



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta tesis doctoral contiene un índice que enlaza a cada uno de los capítulos de la misma.

Existen asimismo botones de retorno al índice al principio y final de cada uno de los capítulos.

[Ir directamente al índice](#)

Para una correcta visualización del texto es necesaria la versión de [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriores

Aquesta tesi doctoral conté un índex que enllaça a cadascun dels capítols. Existeixen així mateix botons de retorn a l'índex al principi i final de cadascun dels capítols .

[Anar directament a l'índex](#)

Per a una correcta visualització del text és necessària la versió d' [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriors.



UNIVERSIDAD DE ALICANTE

FACULTAD DE DERECHO

ÁREA DE DERECHO PROCESAL

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA DE LA
PRUEBA EN EL PROCESO PENAL**



Trabajo de investigación presentado por Mercedes Fernández López para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho y realizado bajo la dirección del Prof. Dr. D. José María Asencio Mellado y de la Prof.^a Dra. Dña. Olga Fuentes Soriano.

Alicante, septiembre de 2004



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A Daniel



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE

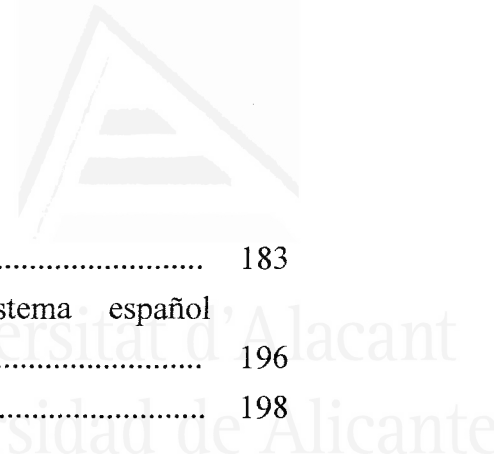
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.	
ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.....	8
1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y A LA FINALIDAD DE LA PRUEBA.....	10
1.1. Los distintos significados del término <i>prueba</i>	12
1.1.1. La prueba como actividad.....	12
1.1.2. La prueba como medio.....	14
1.1.3. La prueba como resultado.....	18
1.2. La finalidad de la prueba.....	19
1.2.1. Aclaraciones previas.....	19
1.2.2. La finalidad de la prueba en el sistema de libre apreciación judicial.....	21
1.2.2.1. La prueba como mecanismo de fijación formal	



de los hechos.....	22
1.2.2.2. La prueba como mecanismo para la obtención del convencimiento judicial.....	24
1.2.2.3. La prueba como medio para el conocimiento de la verdad.....	27
2. EL OBJETO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.....	35
2.1. Introducción.....	35
2.2. Los hechos como objeto de prueba.....	37
2.2.1. Los hechos exentos de prueba.....	45
2.2.1.1. Hechos notorios.....	45
2.2.1.2. Máximas de experiencia.....	51
2.2.1.3. Hechos no controvertidos.....	56
2.2.1.4. Hechos presumidos.....	60
3. EL TEMA DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.....	70
3.1. Los hechos constitutivos del delito.....	76
3.1.1. Hechos constitutivos <i>objetivos</i> o <i>externos</i>	80
3.1.2. Hechos constitutivos <i>subjetivos</i> o <i>internos</i>	82
3.2. Los hechos favorables a la defensa.....	94
CAPÍTULO II.	
CARGAS PROCESALES Y CARGA DE LA PRUEBA.....	102
1. LAS CARGAS PROCESALES.....	102
1.1. El origen del concepto de carga procesal: el proceso en la teoría de la situación jurídica.....	103
1.2. Concepto y naturaleza de las cargas procesales.....	107



1.3. Notas características de las cargas procesales.....	117
1.3.1. La carga procesal como poder de ejercicio facultativo.....	117
1.3.2. Carácter instrumental.....	121
1.3.3. La tutela de un interés jurídico propio como finalidad de la carga procesal.....	123
1.3.4. Las consecuencias derivadas del no ejercicio de la carga procesal.....	125
1.4. Las cargas en el proceso penal.....	128
2. LA CARGA DE LA PRUEBA: PRESUPUESTOS, CONCEPTO Y CARACTERES.....	134
2.1. Las funciones de las reglas sobre carga de la prueba: la carga de la prueba formal y la carga de la prueba material.....	135
2.2. La regla de juicio para el supuesto de hecho incierto: de la prohibición del <i>non liquet</i> a la creación de un expediente formal de decisión.....	141
2.3. La carga de la prueba formal: fundamento y caracteres.....	152
2.3.1. El principio de aportación de parte: su necesaria distinción del principio dispositivo.....	152
2.3.2. Caracteres de la carga de la prueba formal.....	156
2.3.3. Carga de la prueba y derecho a la prueba.....	161
CAPÍTULO III.	
APROXIMACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	169
1. INTRODUCCIÓN.....	169
2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	171
2.1. El proceso penal durante el Antiguo Régimen.....	171
2.2. La reacción del iluminismo: la obra de Beccaria <i>Dei delitti e delle pene</i>	176



2.3. La lucha de Escuelas en Italia.....	183
2.4. La presunción de inocencia en el sistema español preconstitucional.....	196
2.5. La presunción de inocencia en la actualidad.....	198
2.5.1. La presunción de inocencia en la CE de 1978.....	199
2.5.2. La presunción de inocencia en los Textos Internacionales sobre Derechos Humanos	205
3. MANIFESTACIONES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	209
3.1. La presunción de inocencia como principio informador del proceso penal.....	210
3.2. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.....	214
3.3. La presunción de inocencia como regla probatoria.....	229
3.3.1. Existencia de una mínima actividad probatoria.....	230
3.3.2. Existencia de prueba de cargo.....	232
3.3.3. Actividad probatoria suministrada por la acusación.....	234
3.3.4. Prueba practicada en el acto de juicio oral.....	236
3.3.5. La prueba se ha de practicar con respeto de las garantías procesales y de los derechos fundamentales.....	240
3.4. La presunción de inocencia como regla de juicio.....	246
CAPÍTULO IV.	
LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO EN EL PROCESO PENAL.....	249
1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO <i>IN DUBIO PRO REO</i>	250
1.1. El principio <i>in dubio pro reo</i> en la doctrina del Tribunal Constitucional.....	257

1.2. El principio <i>in dubio pro reo</i> en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	263
1.3. El principio <i>in dubio pro reo</i> en la doctrina.....	265
1.4. Algunas cuestiones en torno a la distinción entre presunción de inocencia e <i>in dubio pro reo</i>	268
2. LA REGLA DE JUICIO: SOLUCIÓN A LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE INSUFICIENCIA PROBATORIA.....	281
2.1. Introducción.....	281
2.2. La regla de juicio en el proceso civil: el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	283
2.3. La regla de juicio en el proceso penal.....	287
2.3.1. Sobre la existencia de la regla de juicio penal.....	287
2.3.2. Consecuencias de la prueba de cargo insuficiente.....	293
2.3.3. Consecuencias de la prueba de descargo insuficiente.....	302
2.3.3.1. Soluciones jurisprudenciales y doctrinales.....	304
2.3.3.2. Perspectivas de análisis en el caso italiano.....	311
2.3.3.3. Las consecuencias de la insuficiencia de la prueba de descargo a la luz de la presunción de inocencia.....	319
3. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE JUICIO EN EL PROCESO PENAL.....	325
3.1. La valoración de la prueba. De la íntima convicción al convencimiento racional.....	325
3.2. La valoración racional de la prueba como garantía del derecho a la presunción de inocencia.....	335
4. REGLAS JURISPRUDENCIALES PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	346
4.1. La prueba indiciaria.....	347



4.2. Otras reglas jurisprudenciales para la valoración de la prueba.....	356
4.2.1. La declaración del coimputado.....	357
4.2.2. La declaración de la víctima.....	361
4.2.3. La declaración del testigo de referencia.....	366

CAPÍTULO V.

DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y FACULTADES PROBATORIAS DEL TRIBUNAL ENJUICIADOR..... 369

1. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA: INCONVENIENTES PARA SU FORMULACIÓN EN EL PROCESO PENAL.....	371
1.1. La presunción de inocencia como límite a la distribución de la carga de la prueba.....	372
1.2. La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal.....	380
1.2.1. Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal.....	383
1.2.1.1. Su actuación en la fase de investigación.....	386
1.2.1.2. Su intervención en el juicio oral.....	389
1.2.2. El Ministerio Fiscal como parte.....	390
1.3. La vigencia del principio de investigación oficial.....	396
1.3.1. El principio de investigación oficial en la instrucción.....	398
1.3.2. El principio de investigación oficial en la fase de juicio oral.....	400
1.4. Facultades probatorias del órgano jurisdiccional y carga de la prueba formal.....	405
1.4.1. El artículo 729.2º LECrim.....	406

1.4.1.1. Interpretación jurisprudencial del artículo 729.2º LECrim.....	409
1.4.1.2. Actividad probatoria de oficio e imparcialidad judicial.....	414
1.4.1.3. Actividad probatoria de oficio y principio acusatorio.....	417
1.4.1.4. La actividad probatoria de oficio como excepción justificada al principio de aportación de parte.....	420
1.4.1.5. Requisitos para la aplicación del artículo 729.2º LECrim.....	427
1.4.1.5.1. La prueba debe recaer sobre hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.....	427
1.4.1.5.2. Diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes.....	430
1.4.1.5.3. El momento procesal oportuno para su práctica.....	432
1.4.1.5.4. Aplicación de las facultades probatorias previstas en el artículo 729.2º LECrim al resto de procedimientos penales.....	435
1.5. A modo de conclusión: sobre la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal.....	440
2. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA COMO EXIGENCIA DEL SISTEMA ACUSATORIO MIXTO.....	442
2.1. Sistema acusatorio y carga de la prueba.....	442
2.2. Diferencias y semejanzas entre la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal y en el proceso civil.....	450
CONCLUSIONES.....	458
BIBLIOGRAFÍA.....	466



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

Pocos aspectos del proceso penal despiertan un interés tan intenso en nuestra disciplina como el de la prueba. Este interés no es nuevo, pero parece haberse acentuado en la actualidad por dos razones: En primer lugar, por el reconocimiento constitucional de garantías procesales con una incidencia determinante en la prueba penal, como es el caso del derecho a la presunción de inocencia, que ha supuesto en los últimos años un revulsivo para la concepción tradicional de la actividad probatoria tal y como venía siendo diseñada por nuestra LECrim. En segundo lugar, por la existencia de una regulación ya desfasada, contenida en una Ley de Enjuiciamiento que parece no dar más de sí tras las sucesivas reformas parciales a las que ha sido sometida; reformas que, sin embargo, no han afectado sustancialmente a los postulados a los que responde esta materia, que poco tienen ya que ver con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha ido realizando de la misma, tal y como se pondrá de manifiesto. Todo ello ha contribuido de forma decisiva a la existencia de importantes esfuerzos dirigidos a sistematizar el Derecho Probatorio y a interpretarlo de conformidad con las exigencias constitucionales.

El presente trabajo es fruto de la preocupación generada por esta situación. Su objeto central es el estudio de la carga de la prueba en el proceso penal, materia que, desafortunadamente, ha recibido escaso tratamiento doctrinal en nuestro país –

a diferencia de lo que ha sucedido en Italia o en los países del *common law*- y, en algunos aspectos, ha sido objeto de un enfoque jurisprudencial de planteamientos controvertidos, basados en una percepción civilista o privatista de lo que debe ser la carga de la prueba en el proceso penal. El interés de su estudio, sin embargo, es innegable no sólo a nivel doctrinal, puesto que plantea importantes cuestiones conceptuales sobre las que ha sido necesario realizar algunas reflexiones, sino fundamentalmente a nivel práctico, dadas las importantes consecuencias que su aplicación tiene respecto del contenido de la resolución judicial en los supuestos en los que no se ha podido alcanzar el convencimiento racional necesario acerca de la culpabilidad del acusado: es el caso, por ejemplo, de las consecuencias que deben derivarse de la incertidumbre acerca de circunstancias eximentes y atenuantes; del alcance que ha de tener el control que debe realizarse sobre la correcta aplicación de la regla de juicio; de las reglas que han de regir imperativamente la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, etc...

La aproximación a esta materia, sin embargo, no puede tomar como único punto de referencia -aunque indudablemente sea fundamental- la regulación de la actividad probatoria en nuestro proceso penal y las garantías constitucionales que inciden sobre ella. Por el contrario, es exigible un acercamiento desde perspectivas más amplias que permitan apreciar todos los problemas y matices que se suscitan, sin renunciar, pues, a las importantes herramientas de análisis que proporciona tanto la Teoría General de la Prueba como, más ampliamente, la Teoría General del Proceso.

Partiendo de esta consideración, se entendió necesario analizar previamente el concepto, la finalidad, el objeto y el tema de la prueba, con especial atención a las particularidades que cabe predicar de estas cuestiones en el orden penal. Ciertamente, y aunque han sido muchos los trabajos dedicados a su estudio, en general se han realizado en el contexto del proceso civil, por lo que se han efectuado ciertos ajustes que permitan extraer algunas conclusiones específicas en el ámbito del proceso penal, si bien con el convencimiento de que el Derecho

Probatorio, a pesar de gozar de ciertas peculiaridades en función del orden jurisdiccional de referencia, puede ser objeto de un análisis de conjunto.

Aunque el concepto y la finalidad de la prueba han sido analizados en multitud de ocasiones, no dejan por ello de plantear problemas. Tales problemas se centran fundamentalmente en determinar si, en el contexto procesal, y dadas las limitaciones a las que necesariamente se somete la función cognoscitiva del órgano jurisdiccional, puede considerarse que la finalidad de la prueba es la de conocer la verdad o falsedad de las afirmaciones realizadas por las partes o, por el contrario, si la finalidad última es la de lograr un convencimiento judicial desconectado de la idea de verdad. Ciertamente, y aunque el descubrimiento fiel de los hechos no sea más que un ideal regulativo, no parece posible considerar que la finalidad de la prueba sea exclusivamente la de obtener la convicción judicial, sino que ésta debe reunir ciertos requisitos de racionalidad que permitan considerar que la resolución está justificada en la medida en que representa la máxima aproximación posible al conocimiento de los hechos a partir de los datos que se han podido aportar al proceso.

El punto de partida en el estudio del objeto y tema de prueba ha sido el de marcar las diferencias que se dan al respecto entre el proceso penal y los procesos dispositivos, puesto que determinadas reglas que rigen en éstos no son aplicables al proceso penal. En particular, se ha intentado individualizar los distintos hechos que han de ser probados en atención a la pretensión y a la correlativa resistencia que pueden ejercitarse en el proceso penal, sobre los que ha de recaer, pues, la actividad probatoria de las partes. Para ello ha sido necesario abordar cuestiones tales como si los hechos internos son verdaderos hechos –y si, en su caso, deben ser probados– o si su fijación constituye, como así lo considera el Tribunal Supremo, un juicio de valor que ha de realizar el órgano jurisdiccional; o si es posible considerar que los hechos favorables al acusado pueden ser objeto de una clasificación que permita estudiarlos de forma sistemática, para lo cual ha sido necesario atender a los efectos que, de acuerdo con el Derecho Penal, tales hechos producen respecto de la responsabilidad criminal que se pueda imputar al acusado.

El estudio de la carga de la prueba ha de venir completado con el análisis de la figura de la carga procesal desde la perspectiva de la Teoría General del Proceso. A ella, como situación jurídica subjetiva de carácter autónomo, cabe reconducir la carga de la prueba, que constituye una de sus manifestaciones más importantes. El estudio de su concepto y notas características, así como su expresión en el proceso penal, ha permitido dar cuenta de la caracterización que, a su vez, puede realizarse de la carga de la prueba en su vertiente formal, como ejemplo paradigmático de la responsabilidad que asumen las partes cuando su finalidad es obtener una resolución favorable.

Sentadas las bases conceptuales anteriores, ha podido abordarse el estudio del concepto y las características de la carga de la prueba. Si se configura la carga procesal (y, por tanto, la carga de la prueba) como un poder de ejercicio facultativo –frente a quienes ven en esta figura una manifestación de un estado de sujeción-, lo cierto es que su análisis no puede detenerse en el examen de su vertiente formal, sino que ha de abarcar también el análisis de su vertiente material, caracterizada por plantear las posibles consecuencias de una situación de insuficiencia probatoria provocada por el no ejercicio de la carga de la prueba formal.

Analizadas estas cuestiones de índole general y, por tanto, perfectamente delimitado el objeto de estudio, ha sido posible abordar el funcionamiento de la carga de la prueba en el campo específico del proceso penal.

El eje central en torno al que cabe situar esta parte del trabajo es la incidencia del derecho a la presunción de inocencia sobre la carga de la prueba. Ciertamente, y aunque sus efectos suelen reconducirse al tratamiento que ha de recibir el imputado a lo largo del procedimiento y al modo en el que debe desarrollarse la actividad probatoria, la influencia del derecho a la presunción de inocencia sobre la carga de la prueba en sus manifestaciones formal y material es decisiva.

Al centrar la atención en el estudio de la presunción de inocencia como regla de juicio penal, se plantea un primer escollo al que ha sido necesario hacer

frente: el de las relaciones que cabe establecer entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. Ciertamente, la conclusión de que la presunción de inocencia actúa como regla de juicio penal no es del todo pacífica si se atiende a la consideración –sostenida mayoritariamente por nuestros tribunales– de que la regla de juicio aplicable en el proceso penal no es la presunción de inocencia, sino el principio *in dubio pro reo*, respecto del que, según la jurisprudencia, presenta algunas diferencias esenciales. No obstante, como se ha tenido ocasión de analizar detenidamente, en la actualidad cabe afirmar que el radio de acción del principio *in dubio pro reo* se encuentra integrado en el de la presunción de inocencia.

En cuanto al contenido de la regla de juicio penal, esto es, las consecuencias que han de derivarse de la insuficiencia de pruebas, su análisis se asienta en la exposición de dos cuestiones fundamentales. La primera de ellas es la relativa al resultado de la duda racional acerca de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Se trata ésta de una cuestión ciertamente pacífica a la luz de la tendencia generalizada a considerar que nos encontramos ante el núcleo esencial de la regla de juicio penal, que obliga al órgano jurisdiccional a absolver al acusado cuando se presente esta situación. No obstante, los interrogantes se plantean en relación con el estándar de prueba exigible para considerar que existe el suficiente convencimiento para condenar. Desde esta perspectiva, ha sido necesario realizar un estudio fundamentalmente jurisprudencial, con el fin de dar cuenta del criterio últimamente introducido y referido a la prueba *más allá de toda duda razonable*. Este criterio supone una exigencia especialmente rígida, desde un punto de vista cualitativo, a la actividad que debe desarrollarse para obtener una sentencia condenatoria y, en último término, implica la absolució del acusado cuando no se alcance dicho estándar probatorio.

Más problemática se presenta, sin embargo, la segunda cuestión planteada, relativa al resultado al que cabe llegar en los casos en los que la duda judicial recaiga sobre la existencia de hechos favorables al acusado, habiéndose practicado también pruebas sobre su participación en los hechos delictivos. Nos encontramos a este respecto con la circunstancia de que, por un lado, la LECrim no ofrece una

respuesta clara, mientras que, por otro lado, la jurisprudencia parece decidida a realizar un reparto equitativo de las consecuencias de la falta de prueba en un sentido similar al que se realiza en el proceso civil, cuya compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia es ciertamente controvertida. No obstante, partiendo de una interpretación más amplia del derecho a la presunción de inocencia y más coherente con la propia jurisprudencia en torno a la regla de la duda razonable, la insuficiencia de pruebas relativas a circunstancias favorables al acusado no debería actuar en su perjuicio, tal y como parece haber previsto (aunque no de forma clara) la LOTJ y, en el marco del Derecho Comparado, el legislador procesal italiano de 1988 y la jurisprudencia anglosajona.

Así mismo, y una vez determinado cuál es el contenido de la regla de juicio penal, ha sido necesario abordar el controvertido tema del alcance que debe tener el control de la valoración de la prueba realizada por los órganos jurisdiccionales penales como medida de cierre del marco de garantías derivadas del derecho a la presunción de inocencia. Téngase en cuenta que una protección eficaz de este derecho requiere inevitablemente la previsión de sistemas de control a través de los recursos que aseguren su cumplimiento. Desde este punto de vista, se ha intentado determinar cuál debe ser el alcance que debe darse al control de racionalidad que han de desempeñar el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre la valoración de la prueba realizada en primera instancia o, en su caso, en apelación, así como los criterios que podrían regir dicha fiscalización.

Para completar el estudio de la carga de la prueba, se ha analizado su vertiente formal en el proceso penal. Su existencia en este ámbito ha sido constantemente puesta en duda por nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina con argumentos tales como la vigencia de la propia presunción de inocencia, el especial papel que asume el Ministerio Fiscal en el enjuiciamiento penal y las prerrogativas conferidas al órgano jurisdiccional en la fase de juicio oral para practicar las pruebas que considere necesarias al amparo, fundamentalmente, del art. 729.2º LECrim. Sin embargo, el análisis crítico de estos argumentos, así como el estudio de las implicaciones derivadas del proceso penal configurado como un proceso de

partes, parecen conducir a una distinta conclusión, lo que ha permitido realizar un estudio comparativo de la eficacia y del modo de ser de la carga de la prueba formal en el proceso penal frente a su funcionamiento en el proceso civil y poner así de manifiesto tanto sus semejanzas –que son más de las que pudiera parecer en un primer momento- como sus diferencias.

Todas éstas son cuestiones con una apreciable incidencia práctica. Su solución debe basarse en respuestas que traten de encontrar un equilibrio entre la protección de las garantías constitucionales que asisten al acusado y la eficacia que debe presidir el proceso penal como método eficaz para la actuación del *ius puniendi* estatal. Pero ha de ser un equilibrio justo, y estas páginas se han escrito con la convicción de que esto implica un equilibrio no neutral, sino escorado hacia la protección de las garantías. No podía ser de otro modo teniendo en cuenta que, en último término, el grado de legitimidad democrática del sistema procesal viene condicionado por el nivel de tutela de los derechos fundamentales que el propio sistema sea capaz de proporcionar.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

La práctica totalidad de los juristas está de acuerdo en que la prueba tiene un protagonismo central en el proceso. Se ha llegado incluso a afirmar (con todos los matices que la expresión requiere) que “un proceso no se puede hacer sin pruebas”¹.

Precisamente, debido a la conciencia generalizada de esta importancia, tanto la doctrina como la jurisprudencia han realizado notables esfuerzos dirigidos a reflexionar acerca de las múltiples implicaciones de lo que podemos denominar *Derecho Probatorio* y a sistematizar todas las cuestiones que lo integran. Con ello se ha tratado, de alguna manera, de colmar la incomprensible ausencia de una

¹ CARNELUTTI, F., *Cómo se hace un proceso*, Ed. Colofón, México DF, 6ª ed., 2002, p. 53. Como señalaba DÖHRING, son extraños los casos en los que la base fáctica queda fijada desde el comienzo y sólo es controvertida la cuestión jurídica. Por el contrario, la determinación de los hechos suele constituir el problema central de todo proceso. DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación* (trad. por Banzhaf, T.A.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 1-2.

regulación adecuada de esta materia en el ámbito del proceso penal², a la espera de una reforma integral de nuestra centenaria LECrim³.

Estas primeras notas no obedecen al propósito ambicioso de realizar una aportación original sobre la prueba en el proceso penal; atendiendo a la finalidad principal del presente trabajo, el estudio del concepto de la prueba constituye únicamente el presupuesto a partir del cual reconstruir los conceptos de objeto, tema y –sobre todo- carga de la prueba.

² Es una queja habitual entre los juristas la ausencia de una adecuada regulación de la actividad probatoria en la LECrim, fundamentalmente desde la aprobación de la CE, cuya incidencia en esta materia ha sido ciertamente decisiva. No obstante, también hay quien considera que la LECrim y los derechos de carácter procesal contenidos en la CE son perfectamente conciliables. Muestra de ello es, por ejemplo, DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 7.

³ El último esfuerzo realizado en este sentido fue la constitución de una comisión legislativa con la intención de crear un nuevo código procesal nacido al amparo del Pacto para la Reforma de la Justicia pues, como explicaba quien fuera Excmo. Sr. Ministro de Justicia en el año 2001 ante el Parlamento, “es ineludible afrontar ahora la reforma del proceso penal con una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una completa reforma del proceso penal persigue propósitos muy evidentes, como son los de mejorar los procedimientos abreviados (y de otras formas de finalización rápida del proceso y de reparación del daño causado) para el enjuiciamiento inmediato de delitos menos graves y flagrantes; asumir y desarrollar coherentemente las garantías constitucionales (prisión provisional, nueva regulación de la posición del imputado,...); agilizar trámites en las grandes causas; desarrollar en el orden penal el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución; establecer métodos de investigación y procedimentales apropiados para el enjuiciamiento de los delitos económicos y los delitos de nuevo cuño; modificar el régimen de la acción popular y la acusación particular; y adaptar la regulación de los medios de prueba, entre otras cosas, a los últimos avances tecnológicos (por ejemplo, con las declaraciones a través de videoconferencia); así como otros aspectos concretos urgentes como la prisión provisional, el respeto del secreto sumarial y su alcance, la regulación sistemática de las piezas de convicción, la prohibición cautelar de que los agresores se acerquen a las víctimas de lesiones, o la reforma del recurso de queja...La tramitación de esta reforma de conjunto habrá de servir para resolver definitivamente el debate sobre la instrucción de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez, y para instaurar la generalización de la doble instancia en materia penal, incrementando las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia con el recurso ordinario de apelación”. La intención manifestada en estas palabras, sin embargo, se recondujo, en la práctica, a la modificación de la LECrim en materia de procedimiento abreviado y enjuiciamiento rápido e inmediato de delitos y faltas (llevada a cabo mediante la Ley 38/2002, de 24 de octubre), de la prisión provisional y la introducción de la posibilidad de prestar declaración mediante videoconferencia (LO 13/2003, de 24 de octubre), así como a las modificaciones parciales de la LECrim operadas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, en su Disposición final primera. No parece, pues, el sistema de la reforma integral el elegido por nuestro legislador, a pesar de que la técnica de las reformas parciales se ha revelado ciertamente insuficiente y, como señala GIMENO SENDRA, contraproducente, sobre todo por conducir a una multiplicidad y complejidad normativa que actúa en contra de la búsqueda celeridad del procedimiento. GIMENO SENDRA, V., “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *La Ley*, núm. 5619, de 25 de septiembre de 2002.

Por todo ello, debe advertirse que la intención exclusiva del siguiente análisis del concepto y la finalidad de prueba es la de exponer las principales teorías sobre este tema y, en definitiva, la creación de un contexto a partir del cual sea posible realizar un desarrollo coherente con el mismo del objeto de estudio central de este trabajo.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y A LA FINALIDAD DE LA PRUEBA.

La prueba, como sistema de verificación, aun siendo un aspecto esencial del Derecho Procesal, no puede considerarse de dominio exclusivo de éste, sino que constituye una realidad en todos los ámbitos del conocimiento. Ciertamente, una aproximación general al fenómeno de la prueba nos muestra su relevancia también en el terreno de la investigación científica e histórica⁴, aunque en cada uno de tales contextos su caracterización se ajuste a las exigencias y reglas de verificación respectivas⁵.

⁴ En general, como nos dice DEVIS ECHANDÍA, se trata de un concepto que se extiende a todas las ciencias del saber humano. DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Ed. Víctor P. de Zavallía, 3ª ed., Buenos Aires, 1974, p. 9. Véase igualmente, a título de ejemplo, SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 30; SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio de la prueba” (1962), en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, p. 355 y ROCHA ALVIRA, A., *De la prueba en Derecho*, 5ª ed., Ed. Lerner, Bogotá, 1967, p. 23, quien señala que la prueba, en su sentido más generalizado, es “averiguar la verdad de una cosa”.

⁵ Han sido muchos los estudios en los que se ha realizado un análisis comparativo de la función del juez con la del historiador. Tales estudios han tomado como punto común de partida la existencia de notables similitudes en la finalidad que uno y otro persiguen, y que puede enunciarse genéricamente como la búsqueda de la verdad acerca de hechos que se afirman sucedidos en el pasado o, como señala DEVIS ECHANDÍA, como la reconstrucción de hechos del pasado. DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., p. 12. Gráficamente, señala IGARTUA SALAVERRIA que el juez, como el historiador y a diferencia del científico, no tiende a establecer leyes generales, sino disposiciones del tipo “Fulano mató a su esposa en Lanzarote el 25 de julio de 1991”, equivalentes a las del tipo “Colón descubrió América en 1492”, aunque las diferencias que se

Un primer acercamiento al concepto de la prueba en el ámbito del proceso revela su carácter polisémico, lo que genera no pocos equívocos y obliga a partir de la distinción ya clásica entre sus tres principales acepciones: prueba como actividad, prueba como medio y prueba como resultado⁶, aunque generalmente el

presentan en los medios de los que uno y otro pueden disponer –y, en definitiva, los límites a los que se ve sometida la labor de reconstrucción judicial- impiden considerar que se trata de funciones semejantes. IGARTUA SALAVERRIA, J., “El juez no es historiador. Sobre la admisibilidad de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en AYERBE IRIBAR, M^a.R. (Coord.), *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L.M. Díez de Salazar Fernández*, Vol. II, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1992, pp. 95-96. También TARUFFO se plantea la utilidad del análisis comparativo entre las tareas asumidas por el juez y el historiador, y concluye que la semejanza más significativa es la que se refiere a que ambos se encuentran frente a problemas de epistemología general, pero mientras el juez tiene que determinar la verdad de unas afirmaciones relativas a hechos del pasado, el historiador trata, en términos generales, de explicar hechos más que de limitarse a determinar su existencia. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (trad. por Ferrer Beltrán, J.), Ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 330 y ss, donde además analiza las diferencias que tradicionalmente se han trazado entre el juez y el científico. Sin embargo, las conclusiones alcanzadas al respecto difieren entre sí en función de que el énfasis se ponga en las similitudes o, por el contrario, en las diferencias que caracterizan ambas funciones. Destaca especialmente el trabajo de CALAMANDREI, quien pone de manifiesto que las semejanzas entre la investigación histórica y la tarea del juez se presentan en varios aspectos esenciales, haciendo converger ambas funciones en los siguientes puntos: a) ambos tienen como finalidad descubrir la verdad de unos hechos pretéritos; b) la búsqueda de esa verdad debe realizarse con imparcialidad y objetividad y c) los métodos de investigación son sustancialmente similares, pues la imposibilidad de conocer de *motu proprio* los hechos ya sucedidos conduce a la necesidad de partir de datos del presente (documentos, testigos, etc.), cuya interpretación permite llegar a conocer los hechos pasados. No obstante, CALAMANDREI también pone de manifiesto las diferencias que separan la función del juez de la del historiador, si bien señala que no son de la suficiente entidad como para considerar que se trata de funciones enteramente diversas. Tales diferencias son las que caracterizan a la búsqueda judicial de la verdad y que constituyen límites desconocidos para el historiador: a’) El juez debe resolver un conflicto que le ha sido planteado por terceros, de modo que, por un lado, no puede seleccionar libremente el objeto de la investigación, puesto que éste le viene dado y, por otro lado, en su resolución debe limitarse, por el deber de congruencia, a pronunciarse exclusivamente sobre los hechos que las partes le han proporcionado; b’) tampoco puede elegir libremente los medios más idóneos para conocer la verdad, sino sólo aquéllos que la ley le permite utilizar y, en general, serán las partes (puesto que se refiere, en términos generales, al proceso de tipo dispositivo) las que decidan de qué medios de prueba quieren valerse en el proceso; c’) por último, y ésta es una diferencia sobre la que se profundizará en el capítulo siguiente, el juez está obligado a resolver todos los asuntos que se le planteen, sin que pueda abstenerse de hacerlo cuando no esté seguro de la veracidad de los hechos. Para estos casos, el ordenamiento jurídico prevé una serie de reglas que entran en juego para sustituir su falta de certeza por una certeza legal. Todas estas consideraciones se encuentran extensamente desarrolladas en CALAMANDREI, P. “Il giudice e lo storico” (1939), en *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965, pp. 392 y ss.

⁶ DEVIS ECHANDÍA identifica hasta seis acepciones comunes del término prueba utilizadas por la doctrina procesal: junto con las tres enunciadas, la *prueba* puede hacer referencia al indicio como elemento del razonamiento presuntivo, al conjunto de medios probatorios del cual se debe extraer el convencimiento y a una identificación errónea con su objeto, esto es, con los hechos que se deben acreditar. DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 20 a 28.

significado del término se extraerá fácilmente del contexto en el que sea utilizado. No obstante, en atención a esta especial caracterización, todo intento de realizar un análisis conceptual amplio de la prueba debe englobar la referencia a estos tres aspectos esenciales, así como a su finalidad⁷.

1.1. Los distintos significados del término *prueba*.

1.1.1. La prueba como actividad.

Como regla general, el concepto de prueba suele reconducirse al terreno de la actuación de los sujetos procesales. Con expresiones del tipo “las partes tienen que probar” o “el juez tiene determinadas facultades probatorias”, en cierto modo, se pone el énfasis en quiénes son los sujetos que realizan la actividad tendente a la demostración de la verdad histórica en torno a la que gira la controversia. Una ilustrativa definición de la prueba desde esta perspectiva es la que señala que *prueba* es “aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del Juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso”⁸.

⁷ Señala BAUDI que el concepto de prueba, aunque intuitivamente fácil, resulta racionalmente complejo. BAUDI, A., “Riflessioni sul concetto di prova penale”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 1998, p. 488.

⁸ ASECIO MELLADO, J.Mª., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid, 1989, p. 15. En sentido similar se manifiesta CORTÉS DOMÍNGUEZ, para quien la prueba es “la actividad encaminada a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad”. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 5ª ed., Ed. COLEX, Madrid, 2003, p. 227.

Como actividad procesal, la prueba es actividad del juez y, fundamentalmente, de las partes⁹. Por un lado, cabe afirmar que es una actividad judicial porque las normas procesales, aunque en términos generales reconducen esta posibilidad al ámbito de actuación de las partes, confieren determinadas facultades al órgano jurisdiccional que, bajo ciertas condiciones, puede ejercitar con la finalidad de dar cumplimiento al objetivo último de obtención del convencimiento necesario para resolver el conflicto y, en definitiva, de descubrimiento de la verdad. Por otro lado, la prueba es, sobre todo, actividad de las partes, dirigida esencialmente a hacer constar en el proceso los hechos sobre los que se sustentan las respectivas pretensiones y defensas o resistencias¹⁰. Ciertamente, a diferencia del objetivo que persigue la actividad probatoria practicada por el órgano jurisdiccional, las partes tratan de mostrar a través de ella la verosimilitud de los hechos que les resultan favorables¹¹. Precisamente, el carácter parcial del que tiende a gozar la actividad probatoria que proviene de cada una de las partes en conflicto¹², lleva a considerar imprescindible la confrontación en pie de igualdad entre ambas, esto es, la garantía de una efectiva contradicción, cuyo valor epistémico queda fuera de toda duda¹³. De este modo, su actividad

⁹ ASECIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 15.

¹⁰ Acerca de las condiciones en las que el órgano jurisdiccional está facultado para ordenar de oficio la práctica de medios de prueba, y sobre la incidencia del principio de aportación de parte en el proceso penal, vid. *infra*, capítulo V.

¹¹ “Cada una de las partes tiene interés en que el proceso concluya de un modo determinado: el imputado tiende a ser absuelto; quien pretende ser acreedor, aspira a la condena del deudor, y éste, a su vez, a que se lo absuelva. Es natural, por tanto, que la parte ofrezca al juez las pruebas y las razones que considere idóneas para determinar la solución por él deseada. De aquí una colaboración de las partes con el juez, que tiene, sin embargo, el defecto de ser parcial: cada una de ellas obra a fin de descubrir no toda la verdad, sino aquel tanto de verdad que a ella le conviene”. CARNELUTTI, F., *Cómo se hace...*, ob. cit., p. 72.

¹² Esta idea aparece claramente expuesta en TARUFFO, M., “Elementi per un’analisi del giudizio di fatto”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, septiembre 1995, núm. 3, p. 791.

¹³ UBERTIS, G., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Ed. UTET, Torino, 1995, pp. 13 y ss. En sentido similar se manifiesta GAROFOLI, para quien no es posible hablar de distintos tipos de verdad, sino de una única verdad, que es la que puede lograrse a través del conocimiento, y que será más plausible cuando sea sometida a procedimientos de control de carácter dialéctico. GAROFOLI, V., “Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 2º, abril-junio 2000, p. 518. En el

probatoria (integrada por todas las actuaciones dirigidas a acreditar los hechos, desde la proposición de los correspondientes medios de prueba, hasta su práctica e, incluso, los informes finales cuya finalidad es la de resumir los resultados que, a juicio de las partes, se desprenden de la prueba practicada) conforma, con carácter prácticamente exclusivo, la vía a través de la cual se introducen en el proceso los elementos de juicio a partir de los que el órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión¹⁴.

1.1.2. La prueba como medio.

Una segunda acepción del término prueba es la que alude a los distintos mecanismos a través de los cuales se trata de acreditar los hechos. Por tanto, desde este punto de vista, la prueba hace referencia a los diversos medios que el Derecho reconoce como válidos para la verificación de los hechos alegados y consistentes en la introducción de las diferentes fuentes de prueba relevantes para conocer los hechos que han dado lugar al conflicto (se habla de *prueba* en este sentido cuando se afirma, por ejemplo, que “se ha propuesto la prueba documental” o “se ha practicado la prueba testifical”). En atención a ello, señala TARUFFO que una de las acepciones fundamentales del término *prueba* es la que hace referencia a los instrumentos para la verificación de la verdad de los hechos afirmados en el proceso¹⁵ o, como ha afirmado CABAÑAS GARCÍA, los medios de prueba

mismo sentido, FERRUA, P., “Contraddittorio e verità nel processo penale”, en GIANFORMAGGIO, L. (Coord.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Ed. Giappichelli, Torino, 1993, pp. 239 y ss, donde realiza un interesante análisis de las implicaciones del contradictorio en relación con la prueba, con especial referencia al examen de los testigos.

¹⁴ Como señala TARUFFO, desde este punto de vista, la prueba designa todas las actuaciones del juez y de las partes dirigidas a introducir en el proceso los elementos de prueba que sirvan de fundamento a la decisión judicial sobre los hechos. TARUFFO, M., *La prueba...*, ob. cit., p. 451.

¹⁵ TARUFFO, M., *La prueba...*, ob. cit., p. 448.

“consisten en instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos de hecho existentes en la realidad (exterior)”¹⁶.

Desde este punto de vista, es necesario realizar una distinción que delimita, todavía más si cabe, el alcance del término prueba en su acepción de *medio probatorio*, y que es la que diferencia el medio de prueba en sentido estricto de la *f fuente* de prueba. Como señala MONTERO AROCA¹⁷ entre la doctrina más reciente, la fuente de prueba se caracteriza por ser *extrajurídica* y, en todo caso, anterior al proceso mismo, puesto que está constituida por elementos existentes en la realidad. En este sentido, puede decirse, de acuerdo con la definición adoptada por el autor, que sería fuente de prueba todo aquello (persona o cosa) susceptible de aportar información relevante para la decisión judicial acerca de los hechos litigiosos, tal y como sucede con los testigos, documentos, peritos, etc¹⁸. Por el contrario, el medio de prueba es una entidad eminentemente jurídica, creada en el

¹⁶ CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Ed. Trivium, Madrid, 1992, p. 23.

¹⁷ MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en MONTERO AROCA, J. (Dir.), *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 45.

¹⁸ Así mismo, junto con la distinción principal entre medio y fuente de prueba, se ha tratado de distinguir por algunos autores, partiendo de aquélla, entre *f fuente de prueba* y *elemento probatorio*. Esta distinción se basa en considerar que, mientras la fuente es aquello que puede proporcionar información valiosa al órgano jurisdiccional, el elemento de prueba se caracteriza por ser lo que TONINI denomina el “dato bruto”, obtenido de la fuente de prueba antes de ser valorado por el órgano jurisdiccional. TONINI, P., “La prova penale”, en *Giustizia Penale*, 1996, p. 546. Igualmente señala UBERTIS que el elemento probatorio es la información que el órgano jurisdiccional va a utilizar como parte de su razonamiento valorativo (estando dicha información constituida, pues, por el contenido de la declaración testifical, las propiedades de un objeto o el contenido de un documento). De este modo, la fuente de prueba será el sujeto u objeto a través del cual se introduce el elemento probatorio en el procedimiento. Así, mientras el testigo sería una fuente de prueba, el contenido de su declaración sería el elemento probatorio, pues se trata de la información que el órgano jurisdiccional tiene que verificar UBERTIS, G., *La prova...*, ob. cit., p. 27. No obstante, se trata de una distinción que aporta más elementos de confusión que claridad, y quizás por ello no ha sido ampliamente acogida por la doctrina. Por ejemplo, DEVIS ECHANDÍA encuadraba el elemento probatorio en la definición de la fuente de prueba. La misma postura adoptaba CARNELUTTI, F., *La prueba civil* (2ª ed., 1947) (Trad. por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 70-71, quien señalaba que “mientras no se proponga una terminología mejor, llamo por mi cuenta *medio de prueba* a la actividad del juez mediante la cual se busca la verdad del hecho a probar, y *f fuente de prueba* al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad”.

marco del proceso y cuya misión principal es la de servir de instrumento para la incorporación de las fuentes al procedimiento¹⁹. Por tanto, puede concluirse que, a diferencia de las fuentes, los medios de prueba, en sí mismo considerados, no nos aportan información, sino que son los mecanismos previstos para poner en contacto al órgano jurisdiccional con las fuentes de información de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido²⁰. Hablamos pues, de medios de prueba cuando nos referimos a la prueba testifical, a la prueba documental, a la prueba pericial²¹, etc.

Pero, volviendo a la acepción de la prueba como medio regulado por el Derecho para la introducción de las fuentes probatorias en el proceso (en definitiva, como mecanismo reglado para proporcionarle al juez los instrumentos de juicio necesarios para resolver acerca de los hechos), es necesario poner de relieve que su práctica se encuentra sometida a una doble limitación.

Una primera –y más bien teórica- limitación de índole cuantitativa es la que viene determinada por el carácter, en principio tasado, de los medios de prueba

¹⁹ CABAÑAS GARCÍA sostiene una distinción similar a la examinada, si bien considera que la fuente de prueba no es tanto la persona o cosa que aporta información al proceso, sino la información propiamente dicha. Así, afirma que la fuente de prueba “representará el conocimiento que tiene la persona sobre los hechos”. CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La valoración de las pruebas...*, ob. cit., p. 24.

²⁰ Distinción que, aun siendo aceptada mayoritariamente, no es utilizada por toda la doctrina, al menos, con el mismo alcance. Vid., a título de ejemplo, DEVIS ECHANDÍA, que define el medio de prueba como el instrumento que suministra razones para considerar probado un hecho, y alude, a modo de ejemplo, a los testimonios y a los documentos. Con mayor claridad, señala posteriormente que “no hay que confundir la fuente de la prueba con el *medio* mediante el cual se manifiesta; esta última noción comprende los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba (...). El medio será la inspección judicial, la confesión, la declaración del testigo que presencié los hechos y fuente el hecho inspeccionado, confesado o narrado, del cual se deduce la prueba de otro o de él mismo” DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 29 y 271.

²¹ Para SERRA DOMÍNGUEZ, la llamada *prueba pericial* no puede considerarse realmente un medio de prueba, pues, en su opinión, su finalidad no consiste en dar entrada en el proceso a las fuentes de prueba, sino a máximas de experiencia especializadas, esto es, su función sería la de suplir la inevitable falta de conocimientos técnicos del tribunal. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución...”, ob. cit., p. 363.

utilizables en el proceso²². Se trata de una limitación más teórica que práctica en la medida en que lo realmente importante no es qué medios de prueba son los admitidos en Derecho –que, por otra parte, conforman un listado suficientemente amplio–, sino cuáles son las fuentes de prueba que se pueden introducir en el proceso. De este modo, las restricciones se plantean especialmente en otro ámbito, que es el relativo a las fuentes de información que pueden ponerse a disposición del órgano jurisdiccional. En efecto, aunque en principio son ilimitadas, en atención a razones fundamentalmente de carácter epistemológico no siempre pueden ser admitidas (básicamente se trata de prohibiciones relativas a la declaración de determinados testigos, al limitado valor probatorio que debe darse a la declaración de conocimiento de determinados sujetos exentos del deber de prestar juramento y a la prohibición de utilizar elementos de prueba obtenidos de manera ilegítima)²³.

La segunda limitación a la que se hacía referencia es de carácter cualitativo, y es la relativa a la necesidad de que los medios de prueba se practiquen en la forma legalmente prevista y con respeto a los derechos fundamentales en juego. Se trata, en todo caso, de establecer un procedimiento reglado de modo tal que cualquier actuación que quede fuera de tales márgenes no pueda tener virtualidad probatoria, puesto que –como es ya comúnmente admitido– el descubrimiento de la verdad no debe buscarse a cualquier precio. Por ello, quedan excluidas todas las

²² Limitación que, como es sabido, no puede considerarse especialmente restrictiva, puesto que las propias circunstancias concurrentes en cada tiempo exigen continuas readaptaciones y reinterpretaciones del modo de entender el contenido y la práctica de los distintos medios de prueba regulados por las normas procesales.

²³ En el caso de la llamada *prueba prohibida*, lejos de lo que pudiera pensarse, los motivos para su inadmisión no siempre responden a un fundamento exclusivamente garantista, sino que en ocasiones gozan también de un indudable carácter epistemológico. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la intervención de las comunicaciones que se realiza sin supervisión judicial del tratamiento de los contenidos que realizan quienes la ejecutan. De ello es buena muestra el conocido comúnmente como *caso Naseiro*, en el que la manipulación de las cintas magnetofónicas –así como la entrega al juez de instrucción de copias en lugar de originales– fue uno de los motivos que impidieron su incorporación al juicio como pruebas válidas (ATS de 18 de junio de 1992, FJ 11º.I.5º).

actuaciones probatorias que no se ajusten a tal procedimiento o, en sentido más genérico, no respeten los derechos y libertades fundamentales²⁴.

1.1.3. La prueba como resultado.

Cuando los distintos operadores jurídicos se refieren a la prueba, suelen hacerlo, en tercer lugar, aludiendo al resultado que se extrae de los distintos elementos probatorios incorporados al proceso. La prueba hace referencia, pues, desde este punto de vista, a la conclusión acerca de si constan en el proceso suficientes elementos de juicio para considerar existente o inexistente un determinado hecho²⁵.

En atención a las distintas acepciones del término *prueba* antes señaladas, se puede considerar, pues, siguiendo a TONINI, que el resultado probatorio es la conclusión a la que llega el órgano jurisdiccional, una vez llevada a cabo la valoración la prueba, a partir de la fiabilidad otorgada a las fuentes y a los distintos elementos probatorios introducidos en el proceso²⁶.

Adviértase que el resultado probatorio no implica, en sí mismo considerado, que la prueba practicada haya arrojado un resultado satisfactorio, en el sentido de “hacer prueba” (positiva o negativa) de un hecho o de la participación del

²⁴ Al respecto, vid. *infra*, apartado 3.3.5. del capítulo III.

²⁵ TARUFFO, M., *La prueba...*, ob. cit., p. 449. Como señala este autor (pp. 448-449), en los sistemas jurídicos del *common law* se evitan las confusiones generadas por el término *prueba* al disponer de términos distintos para designar, por un lado, los elementos de prueba disponibles (*evidence*) y, por otro lado, el resultado probatorio (*proof*).

²⁶ TONINI, P., “La prova penale”, ob. cit., p. 546.

acusado²⁷. Por el contrario, el resultado de la prueba, una vez valorada ésta por el órgano jurisdiccional, puede apuntar en varios sentidos: prueba de la existencia del hecho; prueba de su inexistencia; ausencia de prueba de su existencia o de su inexistencia. E, incluso, el resultado no debe medirse, como ya se indicó, en relación con la finalidad perseguida por la parte proponente, de tal modo que –en virtud del principio de adquisición procesal–, tal resultado puede ser el contrario al que la parte trató de lograr y surtir a pesar de ello todo los efectos correspondientes²⁸. El resultado probatorio consiste, pues, como señala ASECIO MELLADO, en la conclusión obtenida por el órgano jurisdiccional tras la valoración de la prueba²⁹.

1.2. La finalidad de la prueba.

1.2.1. Aclaraciones previas.

Una primera idea que debe tenerse presente en el estudio de la finalidad de la prueba y que ya ha sido apuntada es la importancia de la necesaria distinción entre la finalidad que buscan las partes cuando proponen y practican los medios de prueba (generalmente consistente en obtener una resolución favorable gracias a una

²⁷ Así, por ejemplo, ROCHA ALVIRA nos proporciona una buena definición de lo que debe entenderse cuando se expresa que un hecho está probado –lo que no necesariamente coincide con el resultado probatorio–. Señala este autor que probar consiste en “poner de manifiesto la verdad de los hechos en su modo preciso de ser o de haber sido y en infundir sobre su existencia y modalidades una convicción llevada hasta el límite que en cada caso exija la ley”. ROCHA ALVIRA, A., *De la prueba...*, ob. cit., p. 26.

²⁸ El principio de adquisición procesal y su virtualidad en relación con la prueba será objeto de estudio en el próximo capítulo.

²⁹ ASECIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 17.

retórica y una estrategia probatoria más o menos convincentes) y lo que, en sentido estricto, constituye la finalidad de la prueba (cuestión ésta al margen de los deseos e intenciones de los intervinientes en el proceso), que debe analizarse desde el punto de vista de la justificación de la decisión judicial³⁰.

Junto con esta primera observación, es necesario poner de manifiesto que un primer presupuesto para fijar la finalidad que está llamada a cumplir la prueba es tener en cuenta cuál es el sistema que el legislador ha previsto respecto del modo de valorarla. Es innegable que la respuesta al interrogante de la finalidad de la prueba difiere sustancialmente en función del sistema procesal de referencia. Si nos preguntamos acerca de la finalidad de la prueba en un régimen procesal en el que la valoración que el órgano jurisdiccional debe realizar viene impuesta por el propio legislador, la respuesta a la pregunta de la finalidad de la prueba no puede ser, lógicamente, el convencimiento judicial, pues éste pasa a ocupar un segundo plano: se trata en este caso de dar por probados unos hechos cuando se hayan practicado determinados medios de prueba, con independencia del juicio que tales medios le merezcan al órgano jurisdiccional llamado a resolver. En un sistema de estas características encontraría plena aplicación la teoría de CARNELUTTI en función de la cual la finalidad de la prueba, ante la imposibilidad de alcanzar la verdad, es meramente la de fijar los hechos controvertidos relevantes para la resolución del conflicto³¹. Ciertamente, en un contexto como el descrito por el autor, donde las reglas de valoración y las prohibiciones probatorias proporcionan un marco en el que difícilmente puede hablarse de búsqueda de la verdad, su teoría explica la función de la prueba como mero mecanismo de determinación de los hechos controvertidos, con las consecuencias que de ello se derivan y que él mismo señala: se legitima así la aplicación de una norma jurídica a un hecho que es posible que no

³⁰ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 238-239. Una crítica a la capacidad explicativa de la finalidad de la prueba de la teoría llamada *retórico-argumentativa* puede verse en TARUFFO, M., *La prueba...*, ob. cit., pp. 355 a 357. A ello se refiere también FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 33.

³¹ CARNELUTTI, F., *La prueba...*, ob. cit., pp. 21 y ss.

exista, puesto que el propio ordenamiento jurídico renuncia a la búsqueda de la verdad, de modo que la sentencia que declare probados los hechos controvertidos no puede considerarse jurídicamente injusta³².

Sin embargo, si la pregunta se formula en relación con un sistema procesal en el que el tribunal puede decidir la controversia basándose en la libre valoración de la prueba –como sucede en nuestro sistema procesal–, la respuesta parece ser claramente distinta. En efecto, la libre valoración de la prueba implica que el órgano jurisdiccional pueda formar su convencimiento sin atadura alguna a reglas tasadas de valoración, en contraposición al llamado sistema de prueba legal o tasada. En cualquier caso, es necesario dejar sentado que el estudio de la finalidad de la prueba debe hacerse, precisamente, en éste último marco propuesto, que es el que nos dará la respuesta a la cuestión planteada.

1.2.2. La finalidad de la prueba en el sistema de libre apreciación judicial.

Las particularidades del contexto procesal en el que se enmarca la prueba han conducido inevitablemente a diferencias de enfoque en la doctrina a la hora de abordar el estudio de la finalidad del fenómeno probatorio. En efecto, éste es uno de los aspectos que, podría decirse, ha sido foco permanente de discusiones en nuestra disciplina. Y no resulta extraño, sobre todo si se tiene en cuenta que en el trasfondo subyacen discusiones más profundas que exceden del ámbito de ésta y

³² En este contexto, CARNELUTTI considera sostenible, aunque metafóricamente, la distinción entre verdad formal y material, puesto que la fijación de hechos, lejos de consistir en el hallazgo de la verdad, consiste en una mera declaración convencional que bien puede llamarse verdad formal, pero nada tiene que ver realmente con la verdad, a la que el autor se refiere del modo por todos ya conocido: “la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad”. CARNELUTTI, F., *La prueba...*, ob. cit., pp. 25 a 27.

que afectan, fundamentalmente, al concepto de verdad y a los criterios y al método que deben emplearse para su descubrimiento.

El debate está tan abierto y tan cargado de matices que tratar de abordarlo en profundidad en un capítulo introductorio sobre la prueba sería, sin duda, una pretensión demasiado ambiciosa. Por ello, la intención en este momento es únicamente la de dar cuenta de las principales teorías suscitadas al respecto, así como la de poner de manifiesto los problemas más importantes que éstas plantean.

Una primera aproximación nos descubre que la adopción de distintas perspectivas en torno a la finalidad de la prueba viene motivada por las reticencias mostradas por gran parte de la doctrina a admitir que la verdad pueda alcanzarse a través de la prueba. En este sentido, son tres las grandes tesis que, según su menor o mayor proximidad a la idea de verdad como propósito de la actividad probatoria, cabría mencionar: la prueba como mecanismo para la fijación formal de los hechos; la prueba como mecanismo para obtener la íntima convicción y, por último, la prueba como medio para la obtención de la verdad³³. Lógicamente, dentro de estas tres teorías que se han considerado principales, las distintas aproximaciones gozan de ciertas particularidades que serán apuntadas a lo largo de su exposición.

1.2.2.1. La prueba como mecanismo de fijación formal de los hechos.

Una aproximación meramente formal a la finalidad de la prueba es la que, como se ha visto, sostiene CARNELUTTI, quien pone el énfasis en la existencia de mecanismos que limitan e, incluso, imposibilitan la búsqueda de la verdad. Si bien es cierto que CARNELUTTI enuncia esta teoría en relación con la prueba civil -un

³³ De todas ellas da cuenta extensamente FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad...*, ob. cit., pp. 28 y ss.

marco de referencia, pues, claramente diferenciado del que aquí se estudia-, su tesis podría trasladarse al proceso penal si se atiende a lo que el autor señala como causas de su inclinación a adoptar esta posición, puesto que algunas de estas causas encuentran fiel reflejo también en nuestro proceso penal. Ciertamente, para CARNELUTTI la prueba no puede tener como finalidad la búsqueda de la verdad, dadas las limitaciones que el propio ordenamiento jurídico impone a dicho propósito, y que pueden reconducirse a tres, que afectan tanto a los hechos objeto de conocimiento como a los medios aptos para alcanzar dicho conocimiento³⁴: en primer lugar, es el propio legislador quien determina los hechos sobre los que debe recaer la actividad probatoria, siendo únicamente objeto de prueba los hechos controvertidos (así pues, el tribunal se encuentra vinculado por los hechos no discutidos por las partes y, al mismo tiempo, impedido para introducir hechos que no hayan sido puestos en entredicho por ellas)³⁵; en segundo lugar, el órgano jurisdiccional sólo puede utilizar el conocimiento de los hechos adquirido de un determinado modo reglado jurídicamente; y, en tercer lugar, en ocasiones, el propio ordenamiento jurídico le indica las conclusiones que debe extraer de sus percepciones a través de las conocidas como “reglas de prueba legal”. Las apreciaciones de CARNELUTTI le conducen a considerar que, ante tal estado de cosas, la verdad es una meta inalcanzable en el ámbito procesal y, por tanto, la única finalidad atribuible a la prueba es la de fijar definitivamente los hechos controvertidos para obtener una certeza legal que permita resolver el conflicto planteado de acuerdo con los procedimientos previstos legalmente³⁶; y ello, con independencia de cuál sea el convencimiento alcanzado por el órgano jurisdiccional y, en último término, con independencia también de que tales hechos se correspondan o no con la verdad histórica.

³⁴ CARNELUTTI, F., *La prueba...*, ob. cit., p. 18.

³⁵ Acerca de las particularidades que el objeto de la prueba reúne en el proceso penal, vid. *infra*, apartado 2º de este capítulo.

³⁶ MONTERO AROCA, J., “Nociones generales...”, ob. cit., pp. 26-27; del mismo autor, *La prueba en el proceso civil*, Ed. Civitas, 3ª edición, Madrid, 2002, pp. 36-37.

Esta teoría, sin embargo, pronto fue objeto de diversas críticas, una de las cuales resume claramente su insuficiencia como fórmula explicativa de la finalidad de la prueba: nadie discute, lógicamente, que la actividad probatoria tiende a fijar los hechos controvertidos, pero aquí no se agota el problema, puesto que esta conclusión no responde a la pregunta principal, relativa a cuándo debe entenderse que quedan fijados o determinados los hechos³⁷. Por tanto, esta tesis sería compatible con todas aquéllas que se enfrenten al verdadero problema, consistente en determinar si la finalidad de la prueba es alcanzar la verdad o si, por el contrario, se conforma con la íntima convicción judicial.

1.2.2.2. La prueba como mecanismo para la obtención del convencimiento judicial.

Una segunda tesis, que es la que mayor acogida parece haber encontrado a nivel doctrinal, es la que confiere a la actividad probatoria el objetivo de lograr el convencimiento del órgano judicial acerca de los hechos, lo que, en el fondo, conduce a una visión claramente subjetivista del fenómeno probatorio en lo que se considera como máxima aproximación posible a la idea de verdad o, incluso, en algunos casos, renuncia necesaria a la idea de verdad³⁸.

³⁷ Así lo ponen de manifiesto DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 248-249 y SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio...”, ob. cit., pp. 357-358.

³⁸ A título de ejemplo, vid. CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General* (trad. por Ortega Torres, J.J. y Guerrero, J.), Vol. II, Ed. TEMIS, 3ª ed., Bogotá, 1979, p. 383, quien señala que existen tres tipos de certeza (metafísica, física y moral o histórica) y que, en el ámbito del proceso, sólo puede alcanzarse la certeza moral. Se manifiesta en el mismo sentido FURNO, C., *Contributo alla teoria della prova legale*, ed. CEDAM, Padova, 1940, p. 36. También consideran que el convencimiento judicial es la finalidad última de la actividad probatoria SILVA MELERO, V., *La prueba...*, ob. cit., pp. 32 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio...”, ob. cit., p. 359; DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., p. 250, que reconduce el convencimiento a la creencia de que nuestro conocimiento se ajusta a la verdad, pero considera que ésta se encuentra fuera del alcance del proceso; AUGENTI, G., “Onere di prova e processo

Una parte ciertamente representativa de la doctrina considera que la búsqueda de la verdad³⁹ es más una noble aspiración difícilmente alcanzable que una realidad⁴⁰. Son varias las razones en las que se basan para llegar a esta conclusión, y que se reconducen a las siguientes, sistematizadas por MONTERO AROCA⁴¹: el órgano jurisdiccional debe resolver el conflicto en atención a los hechos que las partes le presentan, de modo tal que los hechos que no sean afirmados por éstas no pueden formar parte del objeto del proceso (limitación que, en el orden penal, debe considerarse atenuada, puesto que el Ministerio Fiscal, aun siendo parte, actúa de acuerdo con el principio de legalidad y bajo el principio de imparcialidad)⁴²; la prueba, a diferencia de los actos de investigación, no tiene como finalidad la averiguación de los hechos, sino que está dirigida a verificar los que constituyen el objeto del proceso que, como se ha señalado, es perfilado –al menos, en su vertiente fáctica- por las partes, que le indican al órgano

penale”, en *Rivista Penale*, 1930, pp. 1042-1043; entre la doctrina más reciente, PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Ed. COLEX, Madrid, 2000, pp. 91 a 93; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., p. 227; MONTERO AROCA, J., “Nociones generales...”, ob. cit., pp. 28-29, si bien éste último habla de *certeza* en lugar de *convencimiento*, tratando de resaltar con ello que la certeza derivada de la prueba debe ser una certeza razonada y, por tanto, no meramente un convencimiento moral o subjetivo; HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Ed. J.M^a Bosch, Barcelona, 1999, p. 28, quien habla de “convicción psicológica”.

³⁹ Verdad entendida, en palabras de CAFFERATA NORES, como “adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en la realidad”. CAFFERATA NORES, J.I., *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 6. En el mismo sentido, señalaba FENECH que la verdad es una relación de identidad “entre nuestro pensamiento y las cosas objeto de éste”. FENECH, M., *Curso elemental de Derecho Procesal Penal. Desarrollo sistemático del Derecho positivo español*, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1945.

⁴⁰ A ello se refiere MONTERO AROCA al señalar que “la humildad ha exigido acabar con este mito”. MONTERO AROCA, J., “Nociones generales...”, ob. cit., p. 24.

⁴¹ MONTERO AROCA, J., “Nociones generales...”, ob. cit., pp. 24-25 y en *La prueba...*, ob. cit., 3^a ed., pp. 35-36.

⁴² Una segunda razón aducida por MONTERO AROCA es la admisión de hechos como mecanismo de fijación de los mismos en el proceso civil. No obstante, carece de virtualidad en el proceso penal, puesto que todos los hechos tienen el carácter de controvertidos con independencia de la actitud o estrategia que las partes desarrollen respecto a ellos, a excepción de los supuestos de conformidad. Vid. al respecto el apartado 2.2.1.3. de este capítulo.

jurisdiccional las cuestiones sobre las que debe pronunciarse; dicha actividad probatoria, además, debe realizarse de acuerdo con el procedimiento probatorio establecido legalmente, lo que introduce dos órdenes de límites: por un lado, una limitación temporal, esto es, la necesidad de llevar a cabo dicha actividad en el marco del momento procesal establecido para ello -lo que la convierte en una actuación de carácter preclusivo- y, por otro lado, una limitación en cuanto a los procedimientos que pueden emplearse para realizar dicha verificación, puesto que el convencimiento judicial no puede alcanzarse a costa de derechos y valores que se consideran notablemente superiores. Por tanto, las limitaciones derivadas del propio poder de disposición reconocido a las partes respecto de la introducción de los hechos relevantes, así como las relativas a los medios y al momento procesal para su práctica, junto con las limitaciones naturales derivadas del conocimiento humano -propias del proceso como de cualquier otro ámbito- han llevado a concluir que, en el marco del proceso, la obtención de la verdad -entendida ésta como correspondencia exacta entre lo realmente sucedido y el convencimiento judicial acerca de lo que sucedió- se muestra ciertamente como imposible⁴³.

Sin embargo, la aceptabilidad del convencimiento judicial como exclusiva finalidad de la prueba resulta compleja, por cuanto puede conducirnos a consecuencias francamente indeseables: la principal, sería la consistente en aceptar que, con independencia de que los hechos hayan acaecido o no, el convencimiento judicial acerca de su existencia resulta suficiente para considerar que la decisión sobre la *quaestio facti* se encuentra justificada. Esto es difícil de aceptar y, a la par, fácilmente rebatible, puesto que el propio ordenamiento procesal nos da muestras de la insuficiencia del convencimiento judicial como fundamento justificatorio de las decisiones judiciales: la principal prueba de ello es el establecimiento de mecanismos para revocar sentencias judiciales que, aun habiendo adquirido firmeza, se muestran en franca contradicción con la realidad histórica que dio origen al proceso con ocasión del cual se dictaron. Es lo que sucede con la revisión

⁴³ Como puede apreciarse, se trata realmente de razones semejantes a las aducidas por CARNELUTTI para sostener su teoría de la fijación de los hechos como finalidad de la prueba.

como medio autónomo de impugnación frente a sentencias firmes⁴⁴, que da cuenta por sí mismo de la existencia de un interés latente en el legislador por el descubrimiento de la verdad⁴⁵. Con ello se pone de manifiesto, así mismo, que el convencimiento judicial tiene una importancia crucial en relación con el resultado probatorio, pero no resulta suficiente -tal y como ha sido caracterizado- para considerar que un hecho está probado y que la resolución judicial está justificada.

De hecho, aludir al convencimiento judicial, aisladamente considerado, no nos aporta nada nuevo acerca de la finalidad de la prueba. Ciertamente, no responde a la pregunta de fondo, que sigue siendo: ¿Cuál sería el objeto del convencimiento? ¿La existencia real de los hechos afirmados por las partes? ¿Su verosimilitud? Por todo ello, se muestra necesario avanzar un paso más y referir el convencimiento judicial a la idea de verdad.

1.2.2.3. La prueba como medio para el conocimiento de la verdad.

La concepción antes expresada en virtud de la cual el convencimiento judicial es la finalidad última de la prueba procesal debe ponerse en necesaria conexión con ciertos requisitos y circunstancias cuya presencia otorga la legitimidad imprescindible al pronunciamiento sobre las cuestiones de hecho. Tales requisitos son básicamente dos: su racionalidad y correspondencia -luego se verá en qué grado- con los hechos enjuiciados.

La primera exigencia es la relativa al necesario carácter intersubjetivo de la convicción judicial, de tal modo que se hace obligatorio abandonar la tradicional

⁴⁴ FERRER BELTRÁN, J., “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio 2003, p. 33.

⁴⁵ Revisión de sentencias que, sin embargo, en el orden penal sólo cabe frente a sentencias condenatorias, a tenor de lo dispuesto en los arts. 954 y 955 LECrim.

lectura en clave subjetivista que caracteriza al estudio de esta cuestión. Aunque este tema será desarrollado posteriormente⁴⁶, es necesario dejar ahora constancia de la principal implicación que se deriva de ello: fundamentalmente, el carácter intersubjetivo de la convicción judicial supone que las conclusiones extraídas por el órgano jurisdiccional de la valoración de la prueba deben ser susceptibles de ser compartidas, tanto por quienes son parte en el proceso, cuanto por el resto de ciudadanos, puesto que es necesario que se trate de conclusiones adoptadas racionalmente, de acuerdo con las reglas del razonamiento, conocidas y compartidas, pues, universalmente⁴⁷.

Pero, junto con el carácter racional y, por tanto, intersubjetivo del convencimiento, existe una segunda exigencia, que es la correspondencia de tal convencimiento -a nivel necesariamente aproximativo o probabilístico- con la realidad de los hechos enjuiciados. En efecto, la racionalidad de la convicción judicial deriva, entre otras razones, de que la aplicación del Derecho al caso concreto se realice como consecuencia de la existencia real de los hechos que han dado lugar al proceso. Téngase en cuenta que el carácter intersubjetivo de la verdad, por sí sólo, puede conducirnos a situaciones no deseadas, puesto que -en su versión más fuerte-, la tesis consensual de la verdad puede aceptar como verdadero lo que es comúnmente considerado como tal, aunque no se corresponda con la realidad histórica. Todo ello ha de llevar a concluir que, si bien es cierto que el convencimiento y su carácter intersubjetivo es un elemento no sólo importante, sino esencial para considerar que la decisión judicial se encuentra justificada, dicho convencimiento no es suficiente. Como señala FERRER BELTRÁN, su

⁴⁶ Vid. *infra*, capítulo IV.

⁴⁷ Para una corriente doctrinal, la verdad en el proceso se alcanza exclusivamente en atención a este carácter intersubjetivo del convencimiento. Se trata de la conocida como *teoría consensual o democrática* de la verdad defendida, entre otros, por VIVES ANTÓN y MUÑOZ CONDE, en virtud de la cual la finalidad de la prueba es la obtención de la verdad a través del discurso racional, en el que la verdad sería aquello en torno a lo que existe *consenso*. VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma del proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 277 a 282, quien discute la fuerza explicativa de las limitaciones procesales de la tesis de la verdad como correspondencia. Vid., así mismo, MUÑOZ CONDE, F., “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 1999, núm. 1, pp. 95 a 97.

justificación debe enmarcarse dentro de dos coordenadas fundamentales: en primer lugar, que la conclusión del razonamiento judicial se derive de las premisas (en este caso fácticas) y, en segundo lugar, que las premisas sean verdaderas⁴⁸.

Sin embargo, el convencimiento judicial no puede alcanzarse sin tener en cuenta que el resultado del razonamiento sólo puede tener su origen en la actividad probatoria practicada con todas las garantías⁴⁹. En efecto, aunque el conocimiento de los hechos es una de las finalidades esenciales del proceso, lo cierto es que la vigencia de valores supremos puestos en juego coetáneamente junto con la búsqueda de la verdad determina la necesaria existencia de límites y restricciones esenciales a dicha búsqueda. Así, una primera limitación aparece en atención al mero transcurso del tiempo, puesto que la obtención de datos relevantes para la resolución de los asuntos judiciales se encuentra enmarcada en el contexto de una actuación estatal, que responde no sólo al principio de eficacia, sino también al de celeridad y seguridad jurídica, lo que impide que la obtención de tales recursos pueda dilatarse excesivamente en el tiempo y motiva la existencia de plazos preclusivos al efecto. De este modo, la obtención y práctica de las pruebas debe realizarse en un concreto y delimitado marco temporal establecido por las normas procesales.

Una segunda limitación importante es la relativa a las fuentes que pueden emplearse para el descubrimiento de los hechos, que también aparece motivada por la existencia de valores constitucionales que impiden que la obtención de la verdad pueda realizarse a cualquier precio, incluso con vulneración de derechos esenciales. Por ello, el ordenamiento procesal establece la necesidad de evitar la introducción

⁴⁸ FERRER BELTRÁN, J., "Derecho a la prueba...", ob. cit., p. 32. En el mismo sentido, TARUFFO, M., "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", en *Discusiones*, núm. III, 2003, pp. 29-30 y 39, lugar éste último en el que el autor hace referencia a esta necesidad como muestra de la conveniencia de sostener el concepto de verdad como correspondencia.

⁴⁹ Al respecto, por cuanto se trata de un requisito derivado directamente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, vid. *infra*, apartado 3.3 del capítulo III.

al proceso de información obtenida sin las mínimas y debidas garantías constitucionales y procesales.

En atención a estas limitaciones propias del proceso cabría preguntarse si en el contexto descrito estamos en disposición de hallar la verdad o, incluso, si la prueba tiene como finalidad última la de conocer los hechos. La respuesta parece ser positiva. La existencia de estos límites no debe llevar a concluir que existen dos tipos de verdad –material y formal- y que, dadas tales limitaciones, la finalidad de la prueba es la de conformarse con la verdad formal, en cierto modo desconectada de la realidad histórica. Por el contrario, alcanzar la verdad significa, en cualquier ámbito y, por tanto, también en el del proceso, obtener el máximo conocimiento que es posible acerca de la realidad de un hecho, sin que por ello deba trazarse una distinción entre verdad material y formal (o procesal), pues en cualquier ámbito se produce una limitación de la información disponible⁵⁰. No puede haber una verdad distinta a aquella que puede ser alcanzada con los medios que tenemos a nuestra disposición y, en nuestro caso, con los medios que nos proporciona el proceso como marco institucional. Por ello, puede decirse que la verdad tiene, en todo caso, y no sólo en el proceso, carácter aproximativo⁵¹, pero sin que esto suponga renunciar a alcanzar la verdad, sino que se trata de la única verdad que podemos llegar a conocer⁵². Además, es necesario poner de relieve que las dificultades que

⁵⁰ TARUFFO, M., “Algunas consideraciones...”, ob. cit., p. 37.

⁵¹ Carácter aproximativo que es insoslayable, como pone de manifiesto FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. por Andrés Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón Mohino, J.C., Terradillos Basoco, J. y Cantarero Bandrés, R.), Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 50-51. Suscribiendo su opinión, RUSCONI, M.A., “Principio de inocencia e in dubio pro reo”, en *Jueces para la democracia*, núm. 33, noviembre 1998, p. 50. Para ANDRÉS IBÁÑEZ, se trata, en términos similares, de un juicio o hipótesis *probabilística*. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992. Igualmente, puede verse TARUFFO, M., “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, núm. III, 2003, p. 92.

⁵² Lo expresa con suma claridad FERRAJOLI, quien considera que la idea de “verdad objetiva” no deja de ser un modelo regulativo: “la ‘verdad’ de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la ‘verdad’ de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas *por lo que*

se presentan para llegar a conocer la verdad no son motivo suficiente para considerar que su obtención se torne imposible y, por tanto, no pueda considerarse que ésta sea la finalidad de la prueba.

A modo de recapitulación de las ideas expresadas, cabe señalar que la finalidad de la prueba procesal es la máxima aproximación posible, dentro de los límites del proceso, al conocimiento de la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos. Esta aproximación es evaluada por el juez y se manifiesta en su convencimiento racional, pero para que la decisión esté plenamente justificada el mero convencimiento no es suficiente. Su valor no es el de ser un fin en sí mismo, sino el de ser un indicador de que el fin último –la aproximación a la verdad– se ha satisfecho y en qué grado. Como ya señalaba GORPHE, “si la convicción íntima debe servir como criterio de verdad judicial en la libre apreciación de las pruebas por el juez, ella no podría eximir de un método para el descubrimiento de la verdad, del mismo modo que el criterio de la evidencia no dispensa al científico de una técnica lógica. Librada a sí misma, la simple convicción, como la evidencia, corre el grave riesgo de caer en la intuición afectiva; en consecuencia, su fuerza no es una garantía”⁵³.

Efectivamente, es una exigencia fundamental que la convicción se base en el resultado probatorio⁵⁴ y sea alcanzada racionalmente como garantía de verdad⁵⁵.

sabemos, o sea, respecto del conjunto de conocimientos confirmados que poseemos” (cursiva del autor). FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 50. Igual consideración de la verdad como ideal regulativo sostiene TARUFFO, quien lo explica del modo siguiente: “puedo no llegar al Polo Sur, pero si quiero ir a la Tierra de Fuego debo saber en qué dirección moverme, si deseo actuar racionalmente y llegar a mi objetivo, y para esto me sirve saber dónde se encuentra el Polo Sur”. TARUFFO, M., “Algunos comentarios...”, ob. cit., p. 93.

⁵³ GORPHE, F., *La apreciación judicial de las pruebas* (trad. por García Daireaux, D.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 19.

⁵⁴ Circunstancia que, como señala MIRANDA ESTRAMPES, resulta de suma importancia, pues afirmar que la finalidad de la prueba es lograr el convencimiento judicial resulta una tesis excesivamente amplia, por cuanto la convicción, mal entendida, puede entenderse desvinculada del resultado arrojado por la prueba. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad...*, ob. cit., p. 28.

Ello implica, en primer lugar, que sea susceptible de ser compartida por todas las personas racionales –intervinientes o no en el proceso en cuestión-, y de ahí la importancia de la motivación de la resolución y, en segundo lugar, que sea una conclusión que, de modo aproximativo, se corresponda con la verdad de los hechos, lo que implica que una afirmación será verdadera sólo cuando, tras la valoración racional de toda la prueba disponible, tal afirmación se muestra como verdadera⁵⁶. Ello no significa que la verdad deba ser entendida como algo absoluto, intangible o inalcanzable, sino que, por el contrario, la verdad empírica –género al que pertenece la verdad que se trata de obtener en el proceso- sólo puede alcanzarse por los medios que el conocimiento humano tiene a su disposición, y que no son otros que los de la metodología inductiva⁵⁷ que, por definición, y a diferencia del razonamiento meramente formal, permite alcanzar exclusivamente conclusiones probabilísticas⁵⁸. Así pues, la habitual referencia a la denominada *verdad procesal* debe entenderse alusiva, únicamente, al contexto en el que ésta se obtiene⁵⁹.

⁵⁵ Nuevamente nos dice GORPHE en alusión a esta idea que “mientras que la ley no hace más que reglamentar las pruebas, el método las dirige y permite a los jueces extraer conclusiones racionales. Si a menudo sólo les procura una certeza relativa, por lo menos los mantiene en lo posible en el camino que conduce a la verdad, lo que es esencial para la obra de la justicia”. GORPHE, F., *La apreciación judicial...*, ob. cit., p. 495.

⁵⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ hace referencia a esta idea en términos de *auctoritas* de la decisión judicial: si bien es cierto que la sentencia es un acto de *potestas*, emanado de un poder público, la *auctoritas* de la decisión sólo puede predicarse en aquellos casos en los que ésta se encuentra basada en una actividad previa de valoración de datos relevantes de acuerdo con criterios racionales. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos)”, en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, núm. 49, 1998, p. 396.

⁵⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Carpintería de la sentencia...”, ob. cit., p. 402.

⁵⁸ Y ello por dos razones fundamentales, puestas de manifiesto por GONZÁLEZ LAGIER: en primer lugar, porque no podemos estar absolutamente seguros de la verdad de las premisas del razonamiento y, en segundo lugar, porque el paso de las premisas a la conclusión –salvo en los excepcionales casos en los que el razonamiento es estrictamente deductivo- no es necesario. GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio 2003, p. 38. En el mismo sentido, vid. GASCÓN ABELLÁN, M., “La racionalidad en la prueba”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, núm. 45, 2000, pp. 611 y ss. Esto implica, como afirma GASCÓN ABELLÁN, que, puesto que el conocimiento adquirido inductivamente es sólo probable, el resultado puede ser falso (p. 614).

⁵⁹ Como señala GONZÁLEZ LAGIER, sólo esto puede ser lo que “diferencia” a la verdad procesal de la verdad empírica. GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos...(II)”, ob. cit., p. 50.

Precisamente, la existencia de lo que generalmente se conocen como limitaciones a la búsqueda de la verdad tienen, en muchos casos, un valor epistémico indudable y no responden únicamente, como pudiera parecer en un momento determinado, a una finalidad restrictiva de la búsqueda de la verdad. Así sucede, por ejemplo, en relación con la prohibición de utilizar la tortura como medio para obtener una confesión, que cumple este doble papel apuntado: por un lado, es una garantía de derechos con valor constitucional y, por otro lado, limita la búsqueda de la verdad a través de medios cuyo resultado no parece ser excesivamente fiable.

En cualquier caso, lo que resulta necesario puntualizar es que, si se considera que la finalidad de la prueba es obtener el convencimiento judicial –lo que, necesario es insistir, constituye una finalidad inmediata y utilizable como criterio a partir del cual presumir que la conclusión se aproxima a la verdad histórica-, éste sólo puede ser racional y, por versar sobre hechos del pasado, necesariamente aproximativo o probabilístico. Por ello, no se comparte la opinión de MIRANDA ESTRAMPES⁶⁰, según la cual aceptar que la prueba es un juicio de probabilidad supondría prescindir del convencimiento judicial, puesto que el órgano jurisdiccional se vería obligado a asumir la hipótesis que ofrezca un mayor grado de probabilidad⁶¹. Ciertamente, si se asume la idea de que el convencimiento judicial debe ser racional, es necesario considerar que dicho convencimiento no puede estar legitimado cuando no responde a unos principios básicos, de tal modo que sería irracional cuando, entre varias hipótesis, considera mejor fundada la que es menos probable, plausible o verosímil⁶². Cuando, existiendo una hipótesis explicativa de los hechos que encuentra un mayor apoyo en la prueba practicada, y, por tanto, es más verosímil que otra hipótesis y, sin embargo, el órgano

⁶⁰ Autor que sostiene que la finalidad de la prueba procesal es la obtención del convencimiento judicial acerca de la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes a partir de la prueba practicada. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad...*, ob. cit., p. 102.

⁶¹ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad...*, ob. cit., p. 63.

⁶² Acerca de los posibles criterios a tener en cuenta para una valoración racional de la prueba, vid. *infra*, capítulo IV.

jurisdiccional acoge ésta última, su convicción personal sería contraria a los principios del pensamiento racional. En este caso, tal convencimiento no estaría justificado, pues posiblemente respondería a una serie de creencias o prejuicios que no deben contribuir a formar su convencimiento, que sólo puede nacer a partir del resultado probatorio obtenido, al que el órgano jurisdiccional parece no someterse. En este sentido, hay que suscribir plenamente las palabras de LÓPEZ GUERRA cuando señala que el libre convencimiento o la apreciación en conciencia “no puede equivaler a mera intuición, ni puede permitir llegar a conclusiones sin conexión lógica con las premisas de que se parte, esto es, con la prueba practicada”⁶³.

En definitiva, y a modo de conclusión de estas notas básicas en torno al fenómeno probatorio, bien puede considerarse -retomando las ideas de CALAMANDREI- que el proceso, como marco institucional, adopta la búsqueda de la verdad -a través del procedimiento probatorio establecido al efecto- como finalidad última y justificatoria de su propósito de resolución aceptable de conflictos sociales. Y, en este sentido, puede decirse que, en su tarea de reconstrucción histórica, el órgano jurisdiccional desarrolla una actividad que, con los medios de los que dispone en este contexto, puede entenderse semejante a la que realiza el historiador, pues ambos deben servirse de los medios o huellas que los hechos han dejado en el presente y, mediante su interpretación (lo que, en el ámbito procesal conocemos como *valoración de la prueba* y en el ámbito de la historiografía se denomina como *crítica de las fuentes*) llegar a hacerse un juicio lo más acertado posible sobre el modo en el que aquéllos ocurrieron⁶⁴.

Esta breve reflexión acerca de la finalidad de la prueba da paso a la siempre sugerente cuestión del objeto y el tema de prueba que, especialmente en el ámbito

⁶³ LÓPEZ GUERRA, L., “Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 144.

⁶⁴ CALAMANDREI, P., “Il giudice e lo storico”, ob. cit., p. 394.

del proceso penal, plantea algunos interrogantes que serán desarrollados a continuación y que, como se verá posteriormente, resultan de gran utilidad para abordar el tema de la carga de la prueba.

2. EL OBJETO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

2.1. Introducción.

Cuando se habla del objeto de prueba se está haciendo referencia, tal y como apunta DEVIS ECHANDÍA, a un concepto que es posible catalogar -para diferenciarlo de otros afines- como *objetivo* y *abstracto*. *Objetivo* por cuanto prescinde de los sujetos que tienen interés en aportar dicha prueba, y en esto se distingue del concepto de *carga de la prueba* (en su vertiente formal), y *abstracto* porque no alude a lo que debe probarse en un proceso determinado, sino a aquello sobre lo que, en general, puede recaer la actividad probatoria, distinguiéndose así del concepto de *tema* o *necesidad de prueba*, relativo a lo que las partes deben probar en un concreto proceso⁶⁵.

Como bien puede intuirse, la determinación de lo que constituye el objeto de la actividad probatoria en el proceso penal es un punto de referencia ineludible en el estudio de la carga de la prueba. Ciertamente, si la regla de juicio entra en juego

⁶⁵ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 142-143. En idéntico sentido se manifiesta SABATINI, para quien el objeto de la prueba es una de las dos caras de la moneda, siendo la otra el tema de prueba, caracterizado, a diferencia del objeto de prueba, por hacer referencia a los hechos que deben probarse en un determinado proceso. SABATINI, G., "Prova (Diritto Processuale Penale e Diritto Processuale Penale Militare)", en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol XIV (1967), Unione Tipográfica-Editrice Torinese, Torino, 1980 (reimpr.), p. 303.

ante hechos dudosos⁶⁶, es necesario saber qué hechos deben ser acreditados para formar el convencimiento judicial y evitar la aplicación del expediente formal de decisión de la carga de la prueba.

Sin embargo, hay tener en cuenta que el tratamiento doctrinal del objeto de prueba en el ámbito del proceso penal ha sido ciertamente escaso, por lo que habrá de tomarse como punto de partida necesario los numerosos estudios realizados sobre este tema en el campo del proceso civil. Si bien se trata de procesos con una estructura y unos principios claramente distintos y, en algunos casos, opuestos, estamos ante una materia sobre la que es posible elaborar una teoría general a partir de principios plenamente compartidos, sin perjuicio de tomar en consideración las distintas especialidades que presenta la prueba en cada modelo procesal⁶⁷.

Las aproximaciones doctrinales a lo que deba considerarse objeto de prueba son múltiples, pero en todo caso se trata de elaboraciones teóricas en las que, a pesar de las diferencias que puedan encontrarse entre ellas, destaca el propósito de situar a los hechos como eje en torno al cual debe girar la actividad probatoria. Ello puede comprobarse fácilmente si se ponen de manifiesto las opiniones que la doctrina más autorizada ha mantenido en este campo.

⁶⁶ La regla de juicio, como se verá extensamente en el apartado 2.2 del capítulo II, consiste en un expediente formal previsto por el legislador para dar solución a los supuestos en los que los hechos relevantes para dictar una sentencia de fondo han quedado inciertos una vez practicada la actividad probatoria.

⁶⁷ En este sentido se manifiesta DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General...*, ob. cit., p. 16. También SENTÍS MELENDO considera necesario abordar la materia probatoria desde una perspectiva unitaria. SENTÍS MELENDO, S., "Introducción al Derecho Probatorio", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1965, núm. 4, pp. 663 y ss. Para FLORIAN, sin embargo, las diferencias existentes entre el proceso civil y el proceso penal exigen un tratamiento diferenciado de la mecánica probatoria en cada uno de ellos. FLORIAN, E., *Delle prove penali*, Istituto Editoriale Cisalpino, 3ª ed., Varese-Milano, 1961, pp. 23 a 25.



2.2. Los hechos como objeto de prueba.

Señala DEVIS ECHANDÍA, utilizando un concepto amplio de objeto de prueba, que éste está conformado por “todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) (...); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros y lo que puede asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera)”⁶⁸.

Junto con esta aproximación genérica al objeto de la prueba, DEVIS ECHANDÍA aborda el problema de determinar qué debe entenderse por *hechos* como fenómenos susceptibles de ser probados en el proceso. Así, de forma exhaustiva, entiende este autor que el objeto de la prueba está integrado por los hechos que, a su vez, estarían conformados por las siguientes categorías o tipos de hechos⁶⁹: en primer lugar, la conducta humana, ya sea individual o colectiva; en segundo lugar, los hechos o fenómenos naturales, esto es, en contraposición a los primeros, aquéllos en los que no interviene la actividad humana; en tercer lugar, las cosas o los objetos materiales en sí mismos, así como todas las circunstancias relativas a su existencia; en cuarto lugar, todas las circunstancias relativas al ser humano y, por último, los llamados *hechos internos*, esto es, los estados psíquicos o mentales de los seres humanos que determinan la intención o voluntad.

De esta aproximación al objeto de la prueba se pueden extraer, pues, las siguientes ideas fundamentales: en primer lugar, que el objeto de la prueba son los hechos; en segundo lugar, que a estos efectos, tienen la consideración de hechos la

⁶⁸ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General...*, ob. cit., p. 155. Este mismo concepto se mantiene también en DEVIS ECHANDÍA, H., “Objeto, tema o necesidad, fin y resultado de la prueba”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1965, núm. 4, p. 585.

⁶⁹ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 158 y ss. MONTERO AROCA adopta esta misma enumeración. MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., 3ª ed., p. 49.

conducta humana, los fenómenos naturales, los objetos (con las precisiones que luego se verán) y los hechos internos o psíquicos; en tercer lugar, que los hechos objeto de prueba pueden ser presentes, pasados o futuros y, por último, que la costumbre y la ley extranjera reciben el mismo tratamiento que los hechos como posible objeto de la prueba.

A partir de las anteriores consideraciones se suscitan, como puede comprobarse, una serie de cuestiones de indudable interés que serán abordadas a continuación y que afectan a aspectos que la doctrina ha considerado de fundamental importancia en el estudio del objeto de prueba.

Como punto de partida, conviene recordar la ya tradicional polémica en torno a si el objeto de verificación procesal está constituido por los hechos o si, por el contrario, son las afirmaciones relativas a dichos hechos las que conforman el objeto de la prueba. Se han utilizado muchos argumentos a favor de una y otra postura⁷⁰, pero puede decirse que la controversia gira en torno a si es posible que los hechos -en sí mismos considerados- sean verificados, en la medida en que se trata generalmente de acontecimientos pasados y, por tanto, indemostrables⁷¹. En este sentido, la actual doctrina dominante señala que, en realidad, el objeto de la prueba lo conforman las afirmaciones acerca de los hechos, cuya veracidad o falsedad deberá ser comprobada a partir de la práctica de la prueba⁷². Esta postura

⁷⁰ Sobre este particular, véase la exposición que de las distintas teorías realiza GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 45 y ss.

⁷¹ Vid. por todos GUASP, J., *Derecho Procesal Civil* (4ª ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por Aragoneses, P.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1998, Vol. I, p. 306 y SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ed. EJEJA, Buenos Aires, 1978, pp. 12-14. En sentido contrario, vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general...*, ob. cit., p. 430 y FENECH, M., *Curso elemental...*, ob. cit., Vol. II, p. 134.

⁷² TARUFFO, M., "Elementi per un'analisi...", ob. cit., p. 787. Señala MIRANDA ESTRAMPES en este sentido que "el objeto de la prueba no lo constituyen los hechos de la realidad sino las afirmaciones que las partes realizan en torno a dichos hechos (...). El hecho, como fenómeno exterior al hombre, existe o no con independencia del resultado de la prueba. En cambio, las afirmaciones que las partes realizan, en el marco del proceso, en relación a tales hechos, sí que son susceptibles de demostración de su exactitud y todo su esfuerzo probatorio va encaminado a que el Juez se convenza de que tales afirmaciones coinciden con la realidad, ya que de ello dependerá el

se basa, fundamentalmente, en considerar que sólo de las aserciones, y no de los hechos, puede predicarse su verdad o falsedad, por lo que la prueba recaería sobre los enunciados fácticos que integran el *thema probandum*⁷³.

Sin embargo, que la prueba recaiga sobre las afirmaciones y no sobre los hechos no supone otra cosa que entender que en tanto aquéllas son el vehículo imprescindible a través del cual los hechos se introducen en el proceso, la única forma de probar los hechos es a partir de la comprobación de la verdad de las afirmaciones vertidas en relación con ellos. Precisamente, la verdad de las afirmaciones reside en la necesaria correspondencia que debe producirse entre ellas y su objeto, esto es, los hechos (de modo que podríamos decir que es el hecho el que hace verdaderas o falsas nuestras afirmaciones, pero éstas funcionan jurídicamente con independencia de la existencia o no del hecho, pues la finalidad de la prueba es, precisamente, la de constatar la veracidad de la alegación). Es cierto que no se puede probar la verdad o falsedad de un hecho (puesto que los hechos no son verdaderos o falsos, sino que ocurren o no), sino de una afirmación, pero ello no impide considerar que esta veracidad o falsedad está función de la existencia o inexistencia del hecho que se afirma. Así, decir que una afirmación acerca de un hecho es verdadera es lo mismo que considerar que ese hecho ocurrió y que ocurrió de la manera como se afirma, dado el concepto de verdad como adecuación entre una afirmación y el hecho que tiene como objeto.

Conviene por tanto poner de manifiesto en este punto la opinión suscrita, entre otros, por GARCIMARTÍN MONTERO, y que está en el trasfondo de la opinión manifestada en estas páginas, para quien el objeto de prueba lo es tanto el

éxito o fracaso de sus pretensiones". MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., pp. 33-34. Vid. También ASECIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 15, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, Ed. COLEX, Madrid, 1992, pp. 24-25 y BAUDI, A., "Riflessioni sul concetto...", ob. cit., p. 488.

⁷³ UBERTIS, G., *La prova penale...*, ob. cit., p. 9; BAUDI, A., "Riflessioni sul concetto...", ob. cit., p. 489.

hecho –desde el momento en que se afirma en el proceso- cuanto la afirmación, puesto que la referencia u objeto de ésta es precisamente un hecho⁷⁴.

Otra de las cuestiones fundamentales que se pretende poner en tela de juicio en el presente trabajo es la posibilidad de que los llamados *hechos futuros* sean realmente objeto de prueba⁷⁵. Si bien resulta incontrovertido que la prueba recae sobre hechos pasados, es cuanto menos discutible que los hechos futuros puedan ser objeto de comprobación. Todo lo que no ha sucedido o no está sucediendo durante la tramitación del proceso es absolutamente incierto, y no parece que sobre ello pueda recaer una prueba si por tal entendemos un método de verificación, sino que, en todo caso, las aproximaciones que puedan realizarse a hechos futuros lo serán a modo de predicciones. Piénsese que ésta sería la postura más correcta si se tiene en cuenta, en primer lugar, que es objeto de la prueba lo que es susceptible de demostración histórica y, desde este punto de vista, sólo los hechos pasados y

⁷⁴ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba...*, ob. cit., p. 49. Postura ésta que CARNELUTTI acabó sosteniendo al distinguir, como nos pone de manifiesto AUGENTI, entre objeto *mediato* de la prueba (el hecho) y objeto *inmediato* (la afirmación). AUGENTI, G.P., “Apéndice”, en CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, ob. cit., p. 226. A pesar de ello, han sido muchos los argumentos utilizados para demostrar que el objeto de la prueba está integrado por las afirmaciones, no por los hechos a los que éstas van referidas. Así, se ha dicho que una mesa, un contrato o una obligación no se pueden probar, sino que la actividad probatoria debe recaer sobre las afirmaciones que se realicen respecto de las cualidades de aquéllos (SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio...”, ob. cit., p. 359). Este argumento es perfectamente válido, pero no para negar que los hechos sean objeto de prueba, sino para negar que lo sean los objetos. Ciertamente, una mesa no se puede probar, pero precisamente porque es un objeto, no un hecho. Un hecho es, por el contrario, la existencia de la mesa, la calidad de su madera, su color, etc., y lo que habrá que probar es precisamente la correspondencia entre la alegación y la cualidad de la mesa. Vid. al respecto GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, p. 18. En este sentido, y recordando en este punto la enumeración realizada por DEVIS ECHANDÍA respecto de las distintas circunstancias que reciben la consideración de hechos a efectos, a su vez, de constituir objeto de prueba judicial, sería conveniente tener en cuenta que las cosas u objetos materiales no pueden ser probados, sino que el objeto de prueba lo constituyen las circunstancias que rodean y caracterizan la existencia de los mismos.

⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., p. 155.

presentes lo son y, en segundo lugar, que los hechos futuros son del todo irrelevantes para dictar sentencia⁷⁶.

A ello hay que añadir que el proceso surge como consecuencia de hechos pasados o que, en todo caso, surgidos en el pasado, se están produciendo todavía en el momento de la tramitación del mismo (que precisamente nace para resolver el conflicto jurídico, cualquiera que sea su naturaleza, originado a partir de dichos hechos). Por ello, aun cuando se admitiera que es posible la prueba de los hechos futuros, lo relevante a efectos procesales viene integrado por los hechos sobre los que versa el pleito que, en todo caso, serán pasados⁷⁷. Desde luego, hay acuerdo acerca de la necesidad de probar hechos pasados cuando éstos son los que determinan la posible existencia de responsabilidad criminal. Respecto de los hechos presentes, no cabe duda de que es muy probable que sean de gran utilidad para determinar tal responsabilidad. Pensemos en un supuesto de homicidio. Hechos pasados relevantes para establecer la culpabilidad serán, entre otros, la relación existente entre el acusado y la víctima, los posibles móviles que pudieron llevarle a cometer el delito, las circunstancias en las que éste se cometió, etc. Pero puede suceder que durante la tramitación del proceso se descubra que el arma homicida o el dinero que le fue sustraído a la víctima se encuentra en poder del acusado. Por tanto, se trata en ambos casos –hechos pasados y presentes– de circunstancias íntimamente relacionadas con el hecho objeto de enjuiciamiento y que de igual modo pueden contribuir a esclarecer la existencia de responsabilidad

⁷⁶ No obstante, hay que tener en cuenta que por lo que se refiere al riesgo futuro, al igual que sucede con el lucro cesante, su relevancia para la resolución del asunto es indiscutible. En cualquier caso, lo que sucede es que, tanto el riesgo futuro como el lucro cesante, se infieren a partir de la prueba practicada en el proceso, lo que lleva al órgano jurisdiccional a realizar una predicción acerca de la situación futura que se puede generar una vez probada la existencia de determinados hechos que pueden dar lugar a la creación de un riesgo o que pueden desembocar en una pérdida cuantificable económicamente.

⁷⁷ ROMERO COLOMA también alude a los hechos que han sucedido o que están sucediendo como objeto de prueba. Incluso, al referirse al concreto caso del proceso penal, limita el objeto de prueba a los hechos pasados de los que se deriva la responsabilidad criminal. ROMERO COLOMA, A. M^a., *Estudios de la prueba procesal. Su valoración psicológica*, Ed. Colex, Madrid, 1986, pp. 33 y ss.

penal. Sin embargo, en atención al momento en que se practica la prueba, lo cierto es que parece desvanecerse la posibilidad de distinguir entre unos y otros.

Quizás, si se tratara de establecer una distinción entre los hechos pasados y presentes que pueden ser objeto de prueba, habría que hacerlo tomando como punto de referencia la distinción entre el hecho principal objeto de enjuiciamiento (el hecho delictivo) y los hechos o circunstancias que constituyen indicios de la comisión de aquél. Ciertamente, sólo el primero de ellos (el hecho principal) tiene necesariamente la condición de hecho del pasado, mientras que los indicios o datos probatorios que permiten alcanzar una conclusión respecto de la existencia o inexistencia del hecho principal, pueden pertenecer tanto al pasado como al presente, esto es, pueden ser hechos que están sucediendo durante la tramitación del proceso. Sin embargo, esta distinción en nada afecta a su consideración como objeto de la prueba, en la medida en que –respecto del momento en el que se celebra la actividad probatoria, la actividad de verificación o comprobación– nos encontramos en todo caso ante hechos ya sucedidos o, en su caso, ante estados de cosas que no han variado desde que comenzaron hasta que se han tratado de verificar a través de los correspondientes cauces probatorios. Si se piensa, por ejemplo, en el caso de la confesión del acusado en la que admite estar en posesión de los objetos robados, la prueba recaerá sobre el hecho “los objetos robados se hallaban en el lugar X en el momento en el que la policía los encontró”, pero se trata en todo caso de una circunstancia que, vista desde la perspectiva del momento en el que se está desarrollando la prueba, tiene el carácter de hecho pasado. Por ello, lo relevante a estos efectos es la distinción entre hechos que sucedieron en el pasado (o que, habiéndose iniciado en el pasado, continúan sucediendo durante el proceso) y hechos futuros. Sólo los primeros son susceptibles de comprobación histórica y, por tanto, de ser objeto de prueba en el proceso.

En cualquier caso, y realizada la anterior salvedad, lo cierto es que existe unanimidad en la doctrina procesal al considerar que son las cuestiones fácticas las que conforman el objeto de prueba y, como certeramente ha puntualizado ASENCIO MELLADO, “objeto de prueba, con carácter general, lo constituyen los

hechos y, concretamente, aquellos que guardan relación con lo específicamente pretendido en cada proceso concreto”, esto es, tanto los que fundamentan fácticamente la pretensión como los que –continúa este autor- “sin tener dicha cualidad, tengan relación con aquéllos y con la pretensión propiamente dicha en tanto sirvan indirectamente para su satisfacción y reconocimiento aunque no formen parte o no coincidan con el supuesto de hecho normativo. Son hecho, pues, de los que no se deriva consecuencia jurídica alguna, pero que, en el caso, sirven para acreditar los esenciales”⁷⁸.

Fuera del ámbito de la prueba quedan, pues, las normas jurídicas, respecto de las cuales rige en toda su extensión el principio *iura novit curia*, especialmente en el proceso penal, y con ello se aborda la última cuestión suscitada por el concepto de objeto de la prueba, precisamente la de determinar si las normas jurídicas pueden ser objeto de la actividad probatoria. En efecto, en el proceso civil pueden darse situaciones que constituyen verdaderas excepciones a este principio y que exigen la realización de cierta actividad probatoria encaminada a acreditar la existencia de determinadas normas jurídicas. Es el caso de las normas consuetudinarias y del Derecho extranjero, que deben ser probadas por la parte que pretende su aplicación, de acuerdo con el artículo 281 LEC (salvo que, como establece este precepto respecto de la costumbre, las partes estén de acuerdo en cuanto a su existencia y contenido y no se afecte con ello al orden público)⁷⁹. Sin embargo, en el proceso penal la situación es completamente distinta; las normas penales tienen carácter imperativo y son aplicables a todos los procesos, estando excluidos del sistema de fuentes penal, en primer lugar, la costumbre, puesto que rige estrictamente el principio de legalidad y, en segundo lugar, el Derecho extranjero, en la medida en que las normas españolas son las únicas aplicables por

⁷⁸ ASENCIO MELLADO, J. M^a. (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil Práctico*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, Vol. IV (arts. 281 a 386), p. 3.

⁷⁹ Vid., aunque en relación con la LEC de 1881, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La prueba...*, ob. cit., pp. 25-26.

nuestros tribunales penales⁸⁰. A ello hay que añadir que la aplicación del tradicional criterio de delimitación del ámbito de actuación del principio *iura novit curia* refuerza todavía más la imposibilidad de que el Derecho sea objeto de prueba en el proceso penal. Ciertamente, si se entiende –siguiendo a ASENCIO MELLADO– que la obligación judicial de conocer el Derecho se extiende a todas aquellas normas jurídicas que tengan carácter interno, general y escrito (por lo tanto, aquéllas que hayan sido publicadas en el Boletín Oficial del Estado)⁸¹ resulta entonces que todas las normas penales que hipotéticamente puedan ser aplicadas por nuestros tribunales se encuentran amparadas por el principio *iura novit curia*, pues todas ellas reúnen las características mencionadas.

Tras esta aproximación general al objeto de la prueba, conviene señalar que la regla enunciada en torno a los hechos como objeto de la prueba debe ser analizada a la luz de diversas consideraciones que permiten introducir ciertos matices de indudable relevancia. En efecto, si bien los hechos son el núcleo que forma el objeto de prueba, debe tenerse en cuenta que se producen determinadas situaciones en las que la prueba de un hecho resulta superflua y, por tanto, inútil o, puede suceder también que el propio legislador, ante la dificultad de ofrecer pruebas fehacientes de un determinado hecho, haya querido facilitar tal prueba o eximir de prueba a tal hecho. En el estudio de esta cuestión se centra el siguiente apartado.

⁸⁰ MELCHIONDA señala que, aunque es prácticamente impensable, en el campo del proceso penal podría ser necesaria en algún caso aislado la prueba de la costumbre, como podría suceder, por ejemplo, con las normas consuetudinarias como posible eximente respecto del elemento subjetivo del delito. MELCHIONDA, A., “Prova (diritto processuale penale)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVII, Ed. Giuffrè, Varese, 1988, p. 656.

⁸¹ ASENCIO MELLADO, J.M^a., *Derecho Procesal Civil. Parte Primera, Ley 1/2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 250; del mismo autor, (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil...*, ob. cit., (Vol. IV), p. 10. Vid., así mismo, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La prueba...*, ob. cit., p. 26. De acuerdo con el señalado criterio de delimitación, quedaría excluido del principio *iura novit curia* el derecho estatutario local, provincial y autonómico. No obstante, de acuerdo con el art. 149.1. 6^a CE, el Estado conserva la competencia exclusiva en materia de legislación penal, de modo que tal exclusión carece de relevancia en el ámbito del proceso penal.



2.2.1. Los hechos exentos de prueba.

Aunque se afirma que los hechos –o las afirmaciones sobre ellos- pueden ser objeto de prueba, existen ciertos tipos de hechos que, por su especial naturaleza o situación respecto del convencimiento -o conocimiento- judicial, no necesitan ser probados. En este sentido, resulta útil partir de los estudios que en el campo del proceso civil se han realizado en torno a esta cuestión, sobre todo para determinar si las situaciones que en dicho ámbito excluyen a unos concretos hechos de la necesidad de prueba nos llevan a la misma conclusión en el proceso penal. Es necesario, pues, hacer referencia a la situación en la que, a efectos probatorios, se encuentran los llamados hechos notorios, las máximas de experiencia, los hechos no controvertidos y, por último, los hechos favorecidos por una presunción.

2.2.1.1. Hechos notorios.

Señalaba MANZINI que el hecho notorio está exento de prueba porque sólo deben probarse los hechos que puedan ofrecerle dudas al órgano jurisdiccional⁸². Por lo tanto, y siguiendo a este autor, si entendemos por hecho notorio aquél que es conocido por una generalidad de personas, incluyendo a la persona del juez, esto es, que su existencia sea evidente para una comunidad, resulta inútil su prueba, pues es imposible que el juez pueda dudar de su existencia⁸³. En un sentido similar

⁸² MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Trad. de la 3ª ed. de Sentís Melendo, S. y Ayerra Redín, M.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, Tomo III, p. 204.

⁸³ MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., Vol. III, pp. 205-206. Señala MANZINI que “probar lo evidente es algo, no sólo superfluo, sino estúpido, por lo menos para el derecho” (p. 205). También CALAMANDREI hace referencia a lo pacífico de esta idea. CALAMANDREI, P.,

se manifiesta CHIOVENDA, quien ilustrativamente señala que “los hechos que no pueden negarse *sine tergiversatione* no exigen prueba”⁸⁴.

Parece, pues, que existe acuerdo acerca de la innecesariedad de acreditar un hecho notorio, pues éste debe aparecer a la vista de todos como un hecho conocido⁸⁵. Señala VEGAS TORRES, aludiendo al fundamento de su exclusión del objeto de la prueba, que lo que hace posible la fijación del hecho notorio sin necesidad de prueba es precisamente, a diferencia de lo que sucede con el conocimiento privado del juez respecto de otros hechos, que su conocimiento generalizado hace irrelevante el modo en el que el juez ha llegado a conocerlo⁸⁶.

Sin embargo, quizás el verdadero problema se plantea –dada la ausencia de una definición legal- a la hora de determinar el significado de la “notoriedad”⁸⁷, ya que en función del contexto en el que se utilice, tal noción puede cambiar. Generalmente, suele afirmarse que un hecho es notorio cuando es conocido por

“Per la definizione del fatto notorio” (1925), en *Opere Giuridiche*, Vol. V, Morano Editore, Napoli, 1972, p. 426.

⁸⁴ CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil* (Trad. de la 3ª ed. italiana por Casais y Santaló, J.), reimpresión de la 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 2000, p. 299. Este argumento, utilizado en el proceso canónico, es cuestionado por STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (Trad. por De la Oliva Santos, A.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 137.

⁸⁵ Vid. por todos PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 1ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 230. FENECH distingue entre notoriedad objetiva y subjetiva. La primera categoría sería aquella que vendría a constituir un caso de evidencia, esto es, se trata de hechos que resultan en sí mismos tan perceptibles que nadie los pondría en duda, mientras que la notoriedad subjetiva sería la derivada del conocimiento popular, respecto de la cual el autor señala que no debe sustituir al convencimiento judicial, de forma que el hecho que goza de este carácter debe ser objeto de prueba. FENECH, M., *Curso elemental...*, ob. cit., Vol. II, p. 138. Utiliza la misma distinción entre hechos *evidentes* y hechos *notorios* DÍAZ DE LEÓN, M. A., *Tratado sobre las pruebas penales*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1988, p. 66. Contrario a estas distinciones, por considerarlas supérfluas en el campo jurídico se manifiesta CALAMANDREI, P., “Per la definizione...”, ob. cit., p. 431.

⁸⁶ VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 1993, p. 58, idea que ya fuera puesta de manifiesto por CALAMANDREI, P., “Per la definizione...”, ob. cit., p. 436.

⁸⁷ CALAMANDREI, P., “Per la definizione...”, ob. cit., p. 426. También alude a la importancia de esta delimitación DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., p. 220.

todos los miembros de una comunidad en un determinado momento histórico⁸⁸. Sin embargo, si bien se pone de manifiesto que el elemento cognoscitivo es el que determina la notoriedad⁸⁹, sigue sin quedar claro qué debe entenderse por *comunidad* y, en su caso, si es necesario que el órgano jurisdiccional (como miembro de la misma) conozca el hecho a efectos de su consideración como notorio, lo que constituye quizás el elemento más conflictivo en el estudio de los hechos notorios⁹⁰. Los problemas derivados de la ausencia de delimitación de estos conceptos son evidentes: puede suceder, por ejemplo, que a un juez penal destinado desde hace años en el partido judicial de Alicante le resulte notorio y, por tanto, excluido de la necesidad de prueba, que la Universidad de Alicante se encuentra en el término municipal de San Vicente del Raspeig, pero tal hecho puede dejar de ser notorio (atendiendo a las variables apuntadas) si se alega ante un órgano jurisdiccional perteneciente a otro partido judicial o ante un juez destinado recientemente en Alicante⁹¹.

⁸⁸ ASENCIO MELLADO, J. M^a, *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., p. 248. Una definición similar se contenía en el art. 297 del Proyecto de Código Procesal Civil redactado por CARNELUTTI, según la cual tienen la consideración de hechos notorios aquéllos cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y en el lugar en el que debe dictarse la resolución judicial. Tomo la cita de CALAMANDREI, P., “Per la definizione...”, ob. cit., p. 427.

⁸⁹ Así lo señala STEIN, para quien precisamente el elemento del conocimiento es el denominador común de los hechos notorios y de las máximas de experiencia. STEIN, F., *El conocimiento privado...*, ob. cit., p. 134.

⁹⁰ Así lo pone de manifiesto CABAÑAS GARCÍA, J.C., “Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio”, en *Justicia*, 1991, núm. III, p. 575. CALAMANDREI, por su parte, individualizó el elemento del conocimiento por parte de una determinada *cultura* o grupo social, caracterizándolo como aquel que justifica que, tanto en el caso de los hechos notorios como en el de las máximas de experiencia, se haga excepción a la imposibilidad de introducir hechos en el proceso conocidos privadamente por el órgano jurisdiccional. A juicio de este autor, en este ámbito cabe definir el concepto de *cultura* como el conjunto de conocimientos empíricos adquiridos por quien vive en el seno de un determinado grupo de personas, con quien se compartén determinados intereses y, por tanto, los conocimientos necesarios para satisfacerlos. CALAMANDREI, P., “Per la definizione...”, ob. cit., p. 442.

⁹¹ Sostiene STEIN que “la notoriedad varía según la localidad. Claro está que no existen hechos «universalmente notorios» (...). Basta recordar que suelen ser fundamentalmente desconocidas las circunstancias de un Estado en otro, de una provincia en la provincia vecina, de una ciudad en los alrededores próximos. Nadie en Postdam conoce al notario picapleitos de Berlín”. STEIN, F., *El conocimiento privado...*, ob. cit., pp. 136-137. También para TONINI la notoriedad consiste en el conocimiento público de un hecho en el ámbito de un concreto territorio y, por tanto, goza de un

Una primera idea que conviene apuntar a la vista de lo anterior es que el conocimiento judicial del hecho no resulta imprescindible para que éste pueda ser considerado notorio. En el ejemplo apuntado, aun cuando el juez no conozca el concreto dato apuntado (que la Universidad de Alicante se encuentra en el término municipal de San Vicente del Raspeig), es evidente que puede llegar a conocerlo fácilmente sin necesidad de llevar a cabo una exhaustiva investigación. Resulta, por tanto, que una primera condición para considerar que un hecho es notorio es que sea conocido por el juez o, como señala TARUFFO, que si no lo conoce, pueda llegar a conocerlo a través de medios ordinarios de los que podría servirse cualquier persona para determinar su existencia, sin acudir, pues, a medios de investigación específicos⁹².

De este modo, TARUFFO pone de manifiesto la posibilidad de que un hecho sea notorio aun cuando sea desconocido para el juez. En el proceso civil se puede producir la situación en la que una parte afirma un hecho y la otra parte no lo niega, en cuyo caso el hecho queda fijado sin necesidad de prueba. En estos casos, es indiferente tanto que el hecho fijado sea o no notorio como que el juez lo conozca o no. Pero cuestión distinta es que se alegue un hecho en el proceso que una parte (o ambas) considere notorio pero que el juez no conoce. Admitir la posibilidad de que tal hecho quede fijado supone ampliar enormemente los poderes de las partes respecto de los hechos que forman parte del objeto de la prueba, sin que el juez pueda impedirlo. Parece razonable, pues, entender que cuando el juez desconoce el hecho -o no lo conoce con la exactitud necesaria o no pueda llegar a

carácter relativo. TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè editore, Milano, 1999, p. 161. Vid. asimismo, en torno al alcance de la notoriedad en el tiempo y el espacio, GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba...*, ob. cit., pp. 76-77.

⁹² TARUFFO, M., "Onere della prova", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, Vol. XIII, Ed. UTET (Torino), 1995, p. 70. En este sentido señala CALAMANDREI que lo relevante para caracterizar a un hecho como notorio no es que sea conocido por todos y cada uno de los miembros del grupo social, sino que tal hecho pueda llegar a ser conocido por medios ordinarios. De acuerdo con ello, define el hecho notorio con referencia expresa a su pertenencia a la *cultura normal* propia de un determinado grupo social en un determinado tiempo. CALAMANDREI, P., "Per la definizione...", ob. cit., pp. 445-447, tesis que sostiene igualmente DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 228-231.

conocerlo fácilmente por una vía extraprocesal- se practique prueba sobre él, pero en caso contrario, éste no requiere acreditación. En el proceso penal, si bien la admisión de hechos no exime a las partes de aportar prueba respecto de ellos, sí se puede producir la segunda situación apuntada, en cuyo caso el resultado debiera ser el mismo: si el juez no conoce el hecho presuntamente notorio y no se ha practicado prueba sobre él o no ha conseguido averiguar su existencia por otros cauces, no podrá ser tenido en cuenta en la sentencia, puesto que no ha quedado acreditada la existencia o inexistencia del mismo⁹³.

Resulta, por tanto, que el alcance de la notoriedad debe ser establecido en cada caso concreto por el juez que esté conociendo del asunto a la hora de valorar la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes (arts. 659 y 792 LECrim) o, en su caso, al ordenar pruebas de oficio ex art. 729.2º LECrim. Señalaba STEIN en este sentido que es necesario dejar en manos de los jueces la labor de determinar el alcance de la notoriedad de un hecho⁹⁴. También nuestro Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la estrecha relación existente entre pertinencia de la prueba y hechos notorios, al señalar que el juicio de pertinencia que realice el tribunal debe estar dirigido a valorar, entre otras cuestiones, que la prueba propuesta no recaiga sobre hechos exonerados de prueba, como es el caso de los hechos notorios⁹⁵.

Junto con el criterio principal apuntado, TARUFFO señala, por una parte, la necesidad de que el hecho sea conocido por quienes tienen una cultura media en el tiempo y en el lugar donde se debe adoptar la decisión acerca del mismo y, por otra parte, señala la posibilidad de que la notoriedad sea relativa o restringida, esto es,

⁹³ Para FAIRÉN GUILLÉN, entre otros, es necesario que el hecho notorio sea objeto de prueba. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General...*, ob. cit., p. 437; en el mismo sentido, JUANES PECES, A. (con MORENO CATENA, V., COQUILLAT VICENTE, A., DE DIEGO DÍEZ, A. y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E.), *El proceso penal. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2265.

⁹⁴ STEIN, F., *El conocimiento privado...*, ob. cit., p. 143; en el mismo sentido, CABAÑAS GARCÍA, J.C., "Premisas básicas para una posible redefinición...", ob. cit., p. 583.

⁹⁵ Lo expresa con suma claridad la STC de 10 de abril de 1985 (FJ 9º).

referida a un determinado lugar o a un concreto ámbito social o profesional⁹⁶. Criterio de delimitación similar al empleado por ASENCIO MELLADO, para quien el conocimiento *general* que se exige para que un hecho tenga la consideración de notorio no puede entenderse idéntico a conocimiento *universal*, puesto que ello implicaría lisa y llanamente la imposibilidad de contar en el proceso con este tipo de hechos. Por el contrario, este autor propone circunscribir la idea de conocimiento general al ámbito geográfico en el que se mueven las partes y atender a la exigencia de que dicho conocimiento esté al alcance de quienes poseen una cultura media⁹⁷.

De todo lo anterior se desprende, pues, que el examen acerca de la notoriedad de un hecho debe recaer sobre dos cuestiones centrales: en primer lugar, si se trata o no de un hecho conocido por la comunidad (y, en caso de duda, sería necesario practicar prueba acerca de la notoriedad del hecho como algo distinto de la prueba del hecho mismo⁹⁸) y por el juez (como parte integrante de la misma); y, en segundo lugar, si, dado el desconocimiento judicial del hecho, es posible que éste llegue a conocerlo sin necesidad de llevar a cabo una investigación acerca de su existencia. Sólo cuando la respuesta a ambos interrogantes sea positiva, esto es, que el hecho es suficientemente conocido incluso para el juez o que, en caso de no conocerlo éste, puede constatar su existencia fácilmente, es posible considerar que el hecho es notorio y, por tanto, que está exento de prueba.

⁹⁶ TARUFFO, M., “Onere...”, ob. cit., p. 70.

⁹⁷ ASENCIO MELLADO, J. M^a., (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil...*, ob. cit., (Vol. IV), pp. 9-10.

⁹⁸ TARUFFO, M., “Onere...”, ob. cit., p. 70. En el mismo sentido, VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p.62. Sin embargo sostiene también este autor que tal prueba no sería necesaria, en la medida en que el juez puede alcanzar el convencimiento acerca de la existencia del hecho o de su notoriedad a través de cauces extraprocesales: “La no vinculación del juzgador a la prueba, ni para la fijación del hecho, ni para la determinación de su notoriedad, supone que, cuando el juzgador no tenga conocimiento del hecho antes del proceso, puede proporcionarse por su cuenta tal conocimiento, de tal manera que si a través de gestiones privadas llega a la conclusión de que el hecho antes desconocido para él, es, efectivamente, notorio, puede fijarlo como tal en el proceso”. VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 63.



2.2.1.2. Máximas de experiencia.

Otra de las cuestiones controvertidas a la hora de delimitar el objeto de prueba es la relativa a si dentro de éste hay que considerar incluidas también las máximas de experiencia. Si bien se trata de una materia que, sin duda, forma parte de lo que a grandes rasgos se denominan *cuestiones fácticas*, es necesario distinguir lo que es una máxima de experiencia respecto de lo que es un hecho. Así, cuando se habla de máximas de experiencia, se hace referencia a una regla general, del saber común o especializado, aplicable a todos aquellos casos en los que sea necesario establecer algún tipo de razonamiento para dar por probado un hecho. Con especial claridad y repercusión en la doctrina procesal se manifestó STEIN en relación con el concepto de máximas de experiencia: “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”⁹⁹.

Según lo anterior, parece quedar claro, por tanto, que la máxima de experiencia se diferencia claramente del hecho como fenómeno individualizable, ya que, a diferencia de éste, la máxima de experiencia es una regla (en el sentido de que describe una regularidad) construida a partir de la observación de una multitud de casos en los que se presentan circunstancias fácticas semejantes. Por ello, señala TONINI que, tratándose de reglas –y aunque tienen una base fáctica indudable- hay que excluirlas del mundo de los hechos individuales o concretos¹⁰⁰. Se trata, por

⁹⁹ STEIN, F., *El conocimiento privado...*, ob. cit., p. 22.

¹⁰⁰ TONINI, P., “La prova penale”, ob. cit., p. 547.

tanto, de determinar si las máximas de experiencia, aún no siendo hechos, pueden ser objeto de prueba.

Como es sabido, las máximas de experiencia pueden ser comunes o especializadas. Es importante esta distinción debido a los efectos que produce tanto respecto de los modos de introducción de las mismas en el proceso como respecto de la posibilidad de que las mismas sean objeto de prueba. Las primeras son aquéllas que proceden de la experiencia y de la convivencia en el seno de una comunidad y cuyo conocimiento es común a todos sus integrantes. Por ejemplo, que a los ancianos les resulta dificultoso caminar, que el suelo mojado es resbaladizo o que los perros de presa son potencialmente peligrosos son máximas de experiencia que enuncian un juicio extraído a partir de casos concretos cuya verificación en casos similares permite enunciar tal regla con pretensión de validez para otros casos posteriores. Frente a ellas, las máximas de experiencia especializadas serían aquéllas que provienen de un saber o ciencia y, por tanto, no conocidas generalmente por toda la sociedad sino por quienes pertenecen a un concreto círculo o gremio técnico, profesional o artístico.

Resulta muy difícil, en ocasiones, distinguir nítidamente entre las máximas de experiencia comunes y los hechos notorios¹⁰¹. Como se ha tenido ocasión de observar, los hechos notorios son aquellos hechos conocidos con carácter general por los miembros de una determinada comunidad. Por tanto, se trata de sucesos concretos que han acontecido o acontecen en un espacio y en un tiempo concreto. Sin embargo, cuando hablamos de máximas de experiencia nos referimos a una generalización, al resultado de una operación mental más o menos compleja basada en la observación de hechos semejantes que permite enunciar un juicio, más o menos fiable en función del número de casos que le sirvan de fundamento. En síntesis, en las máximas de experiencia se correlacionan varios hechos y, desde ese punto de vista, tienen la consideración de reglas. Mientras, por ejemplo, es un hecho notorio en Alicante que la Universidad de Alicante se encuentra en el

¹⁰¹ Vid. al respecto GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba...*, ob. cit., pp. 81-82.

término municipal de San Vicente del Raspeig, sería una máxima de experiencia – fundada en mayor o menor grado- aquélla según la cual todo aquél que viva en Alicante sabe que no es posible ir de la Universidad al centro de Alicante en un minuto, cualquiera que sea el medio de transporte que se emplee para ello.

Otra diferencia sustancial entre los hechos notorios y las máximas de experiencia es la circunstancia de que la notoriedad de un hecho no exime a la parte interesada de su alegación (salvo que se trate de hechos no esenciales en el seno de un concreto proceso), mientras que las máximas de experiencia, aplicables por el juez en el momento de valorar la prueba, no son necesariamente introducidas a instancia de parte. Por el contrario, éstas últimas son aplicadas de oficio por el propio juez, que determina qué máxima es aplicable al caso concreto¹⁰², puesto que se trata de reglas que le son conocidas como miembro de una comunidad determinada.

Pero, en cualquier caso, la diferencia fundamental entre el hecho notorio y la máxima de experiencia (de la cual deriva la circunstancia anterior) radica en que el hecho notorio es una realidad concreta, un acontecimiento determinado e individualizable, mientras que la máxima de experiencia es una generalización que, en palabras de DEVIS ECHANDÍA, “contribuye a formar el criterio lógico del juzgador y del perito cuando éste la aplica, para la apreciación de los hechos y de las pruebas”¹⁰³. Sin embargo, no hay que dejarse llevar por la dificultad de distinguir en la práctica entre uno y otro. Como afirma GARCIMARTÍN MONTERO, la diferencia no se encuentra en la notoriedad, sino en tratarse de un hecho el primero y de una regla la segunda, ya que de ambos se puede predicar la característica de la notoriedad¹⁰⁴.

¹⁰² STEIN, F., *El conocimiento privado...*, ob. cit., pp. 157-158.

¹⁰³ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., p. 233.

¹⁰⁴ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba...*, ob. cit., p. 82.

En cuanto a la pregunta de si las máximas de experiencia comunes deben ser objeto de prueba, parece que de lo dicho se desprende fácilmente una respuesta negativa, puesto que se trata de reglas aplicables de oficio para valorar la prueba y, precisamente por ello, su utilización debe ser justificada o razonada por el juez¹⁰⁵. Desde luego, el grado de justificación necesario en cada caso dependerá de la máxima de experiencia que trate de aplicar. Si la regla de experiencia está muy extendida, la justificación puede devenir incluso innecesaria, como sucedería, por ejemplo, en el supuesto en el que el juez considere que la víctima resbaló porque el suelo estaba recién encerado. La máxima de experiencia según la cual el suelo encerado suele ser resbaladizo, parece que no necesita una justificación más allá de la propia explicitación de la regla. No sucede lo mismo, sin embargo, cuando el juez extrae de su experiencia reglas poco extendidas o cuando decide apartarse de una máxima comúnmente aceptada, en cuyo caso su aplicación exige una especial justificación. En todo caso, la idea según la cual las máximas de experiencia son objeto de prueba debe ser entendida en el sentido de que debe tratarse de generalizaciones bien fundamentadas, pero como es sabido, la fundamentación no puede encuadrarse en el concepto clásico y estricto de prueba.

Por lo que respecta a las llamadas máximas de experiencia especializadas, esto es, aquéllas que derivan de un saber o ciencia, se ha señalado por parte de la doctrina la necesidad de que resulten probadas para que puedan ser aplicadas¹⁰⁶. Sin embargo, al igual que acontece con las máximas de experiencia comunes, más que ser objeto de prueba en el mismo sentido que lo son los hechos, este tipo de reglas deben estar bien fundadas, esto es, resulta necesario que el número de casos particulares en los que se basen sea tal que permita entender como suficientemente razonable la regla enunciada y, por tanto, aplicable válidamente a casos semejantes.

¹⁰⁵ En sentido contrario, DÍAZ DE LEÓN, M. A., *Tratado...*, ob. cit., p. 62.

¹⁰⁶ A título de ejemplo, vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general...*, ob. cit., p. 440, MORENO CATENA, V (Dir.) (con COQUILLAT VICENTE, A., DE DIEGO DÍEZ, A., JUANES PECES, A. y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E.), *El proceso penal...*, ob. cit., p. 2261 y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La prueba...*, ob. cit., p. 37.

Cuestión distinta a la de su prueba es que la aplicación de una máxima de experiencia especializada dependa de que haya sido introducida en el proceso por un perito o persona experta en la materia de la que se trate si el juez no la conoce. Imaginemos el siguiente caso: Cayo presenta múltiples contusiones en todo el cuerpo, y la acusación alega que tales contusiones son consecuencia de los golpes propinados por Ticio. Sin embargo, la defensa alega que Cayo se autolesionó. El juez podría aplicar a este caso la siguiente máxima de experiencia: generalmente, es imposible que las contusiones reseñadas en el informe forense aparezcan como consecuencia de una autolesión; éstas suelen aparecer como consecuencia de los golpes propinados por un tercero. Esta máxima de experiencia médica ha podido ser conocida por el juez a través de dos vías: en primer lugar, porque un perito haya expresado su certeza -basada en sus conocimientos especializados- acerca del modo en el que se produjeron las lesiones y, en segundo lugar, porque el juez conozca dicha máxima y la aplique de oficio¹⁰⁷. Parece claro, por tanto, que al igual que sucede en el caso de las reglas extraídas de la experiencia común, tampoco en estos casos puede hablarse en sentido estricto de que las máximas de experiencia sean objeto de prueba. Podría decirse, sin embargo, que es posible probar la máxima de experiencia demostrando que en casos similares -y tomando como referencia el ejemplo propuesto- las contusiones eran consecuencia de una agresión, pero en este caso la prueba debería recaer sobre cada uno de los casos que han servido de base a la máxima de experiencia y, tampoco, en sentido estricto, podría decirse que el objeto de la prueba es la máxima de experiencia, sino que lo serían cada uno de los hechos en los que la misma se funda. Otra cuestión -precisamente la que aquí se quiere poner de manifiesto- es que la validez de la regla dependa de que haya un número suficiente de casos plenamente acreditados en el que el resultado haya sido el mismo, pero ello es distinto a decir que la máxima es objeto de prueba. En el

¹⁰⁷ STEIN se refiere a la prueba pericial como vía para acreditar una máxima de experiencia, lo que, de acuerdo con lo señalado en este trabajo, debe ser matizado en el sentido de que únicamente es necesaria su introducción en el proceso en aquellos casos en los que el juez desconozca su existencia o su fundamento. Ciertamente, su prueba resulta imposible en cuanto no se trata de un hecho y, como hemos visto, sólo los hechos son objeto de prueba. Acerca del modo de "probar" una máxima de experiencia, vid. STEIN, F., *El conocimiento privado...*, ob. cit., pp. 51 y ss.

caso concreto en el que una regla de este tipo sea de aplicación, el objeto de prueba sería el hecho que coincide con los hechos que han servido de base a la máxima de experiencia (en nuestro ejemplo, que “Ticio ha golpeado a Cayo”).

En definitiva, parece que en el terreno de las máximas de experiencia, más que hablar de la prueba de las mismas, hay que atender al hecho de que se encuentren mejor o peor fundadas en función del número de casos que le sirvan de base¹⁰⁸. Tratándose, por tanto, de un problema de mayor o menor justificación de la máxima empleada, resulta imprescindible que el juez actúe con especial cuidado al seleccionar la máxima aplicable, en el sentido, como señala TONINI, de que los casos anteriores que han dado lugar a la creación de la máxima sean lo suficientemente semejantes al hecho enjuiciado como para justificar su aplicación¹⁰⁹.

2.2.1.3. Hechos no controvertidos.

En el ámbito del proceso civil, hay un extenso acuerdo acerca de la exclusión del objeto de prueba de los hechos no controvertidos. Ciertamente, los mecanismos de fijación de hechos en el proceso civil distan mucho de parecerse a los empleados en el proceso penal. En dicho ámbito, y debido a la vigencia del

¹⁰⁸ Señala DÖHRING, de forma un tanto ambigua, que afirmar que las máximas de experiencia pueden ser objeto de prueba significa constatar que gozan de un sustrato fáctico suficiente que permite aceptar la máxima en cuestión. En definitiva, lejos de emplear el término prueba en sentido técnico, se refiere a ella en un sentido muy amplio que engloba la comprobación del suficiente fundamento de la máxima de experiencia. DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos...*, ob. cit., p. 13.

¹⁰⁹ “Il giudice deve formulare le regole in base alla migliore esperienza, e non in base a scelte personali arbitrarie; come pure, deve scegliere in modo corretto quale, fra più massime di esperienza, è applicabile al caso concreto, tenuto conto delle particolarità di quest’ultimo. E cioè, deve applicare quella regola che meglio si attaglia a quel caso”. TONINI, P., “La prova...”, ob. cit., p. 548.

principio dispositivo, las partes tienen el poder de disposición respecto de los hechos, en la medida en que únicamente serán objeto de prueba los hechos que resulten controvertidos, esto es, sobre los que subsiste el conflicto¹¹⁰. De este modo, cuando alguna de las partes introduce un hecho en el proceso y la otra lo admite -expresa o tácitamente-, ese hecho queda fijado de tal forma que, sin necesidad de que recaiga sobre él actividad probatoria, vincula al juez a la hora de formar su convencimiento y dictar sentencia¹¹¹.

Obviamente, esto no sucede en el campo del proceso penal, en el que -frente al principio dispositivo-, es predominante el interés público presente en el proceso en el ejercicio del *ius puniendi*, en virtud del cual la voluntad o la actitud de las partes respecto del hecho es irrelevante en cuanto a la necesidad de prueba del mismo. De este modo, resulta que cualquiera que sea la posición que la acusación o la defensa adopten frente a algún hecho integrante del objeto del proceso, tal hecho debe ser objeto de actividad probatoria, sin posibilidad alguna de que las partes puedan fijarlo de cualquier otra forma¹¹². Hay un ejemplo muy claro en nuestra LECrim conocido por todos que, aunque referido a las declaraciones del imputado en la fase de instrucción, es una evidente muestra de lo que se acaba de señalar. Se trata de la norma contenida en el art. 406 LECrim, según la cual, la confesión del imputado no exime al juez de instrucción de llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para su confirmación y para la determinación de la existencia de los hechos delictivos¹¹³. Por lo tanto, cualquiera que sea la actitud ante un hecho con

¹¹⁰ A ello alude directamente CARNELUTTI cuando afirma que “las partes pueden, bien callando un hecho *real* o bien afirmando acordes un hecho *imaginario*, constreñir al juez a poner en la sentencia una situación de hecho diversa de la realidad” (la cursiva es del autor). CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, ob. cit., p. 9.

¹¹¹ DEVIS ECHANDÍA matiza esta idea al considerar que no se trata estrictamente de hechos excluidos de la prueba, sino que en realidad, la propia admisión del hecho o la confesión tienen valor probatorio, de modo que no es necesario practicar pruebas adicionales. DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., p. 32.

¹¹² DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., p. 32.

¹¹³ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General...*, ob. cit., p. 434. En el mismo sentido, entre otros muchos, vid. MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 77-78.

relevancia para el proceso, debe recaer prueba sobre el mismo. No obstante, señala FAIRÉN GUILLÉN que cuando se trata de la fase de juicio oral, la obligación de practicar ulteriores pruebas sobre hechos admitidos o confesados por el acusado es más débil. Ciertamente, la confesión no deja de ser un medio de prueba más que el órgano jurisdiccional puede valorar libremente sin necesidad de que venga corroborada por otros medios de prueba practicados en el juicio oral. En definitiva, la confesión no excluye la posibilidad de que puedan practicarse otras pruebas sobre los hechos sobre los que versa y, en este sentido, no puede considerarse un mecanismo de fijación de hechos de modo tal que excluya la posibilidad de practicar pruebas sobre ellos. Desde este punto de vista, la confesión implica un reconocimiento de hechos que no vincula al órgano jurisdiccional a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, pero que sin lugar a dudas puede llevarle, en las condiciones que se analizarán posteriormente, a dictar una sentencia condenatoria como consecuencia de su actividad de valoración de la prueba.

Efectos distintos, sin embargo, tiene la figura de la conformidad. Siguiendo a GIMENO SENDRA, la conformidad consiste en un acto de disposición realizado por el acusado sobre la pretensión consistente en un allanamiento a la pena más grave de las solicitadas, ocasionando con ello la finalización del procedimiento¹¹⁴. Es una institución distinta, precisamente, porque no supone necesariamente una admisión de hechos –aunque se trata de una consecuencia generalmente implícita¹¹⁵–, sino una conformidad con la pena. En estos casos, ni siquiera se

¹¹⁴ GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. COLEX, Madrid, 2003, p. 345. Sin embargo, como señala ASENCIO MELLADO, en la práctica, la conformidad, lejos de ser un acto meramente unilateral, es consecuencia de un acuerdo con las partes acusadoras, tal y como lo muestran los arts. 784.3 y 787.1 LECrim, de los que se infiere la existencia de un acuerdo previo que ha dado lugar a la conformidad. ASENCIO MELLADO, J.Mª., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 249 a 251.

¹¹⁵ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General...*, ob. cit., p. 435. GIMENO SENDRA considera que la conformidad puede ser *plena* cuando, además de suponer una aceptación de la pena, el acusado reconoce los hechos (en cuyo caso estaríamos ante lo que denomina “allanamiento-confesión”), o bien puede ser una conformidad limitada a la aceptación de la pena más grave de las solicitadas (lo que constituiría un mero allanamiento). GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2003), p. 348.

llegará a practicar prueba, pues, con independencia de cuál sea la realidad fáctica, se dictará -siempre que concurren los presupuestos necesarios- una sentencia de conformidad¹¹⁶. Sólo hay una excepción a este supuesto y que viene a ser una limitación del poder de disposición manifestado mediante la conformidad. De acuerdo con el art. 787.3 LECrim (tras la reforma llevada a cabo por la ley 38/2002, de 24 de octubre), no procederá dictar sentencia de conformidad cuando el órgano jurisdiccional considere que la calificación jurídica de los hechos es incorrecta o bien que la pena solicitada no procede. En este caso, y ante la inexistencia de una corrección de los escritos de acusación o de defensa o, en su caso, del escrito de conformidad que se presentase al inicio del juicio oral previstos en el art. 784.1 LECrim, así como en los supuestos contemplados en el apartado 4º del art. 787 (cuando el juez albergue dudas acerca de si el acusado ha prestado su conformidad libremente o, cuando su defensor considere necesario la continuación del juicio), el juez podrá ordenar la continuación del mismo y, en este caso, se procederá a la práctica de la prueba.

En definitiva, desde el punto de vista del comportamiento de las partes respecto de los hechos, no se establece ninguna limitación en cuanto al objeto de prueba (salvo en los supuestos de conformidad, en los que el acusado no puede alegar vulneración del derecho a la presunción de inocencia puesto que su propia actuación exime a la acusación de la carga de la prueba¹¹⁷), de tal modo que todos

¹¹⁶ Con la importante reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, el legislador ha querido otorgar al reconocimiento de hechos realizado en las diligencias previas un tratamiento análogo al de la conformidad. En este sentido, el artículo 779.5 LECrim señala que el reconocimiento de hechos efectuado en cualquier momento de la fase de investigación en presencia del letrado defensor obliga a la autoridad judicial correspondiente a convocar al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. De este modo, el reconocimiento de hechos efectuado en este momento procesal, genera el principal efecto de constituir el punto de partida de una posible conformidad.

¹¹⁷ GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2003), pp. 346-347.

los hechos relevantes para la sentencia deberán ser objeto de actividad probatoria con independencia de si son o no controvertidos¹¹⁸.

2.2.1.4. Hechos presumidos.

El tema relativo al papel que cumplen las presunciones es uno de los más complejos -pero también por ello de los más interesantes- a los que se enfrenta quien se aproxima al estudio de la prueba y, en particular, del objeto de prueba.

La presunción es uno de los mecanismos de fijación de hechos en el proceso, y consiste en considerar probado un hecho a partir de la prueba de otro hecho gracias a la existencia entre ambos de una relación tal que nos permite afirmar que, probado el segundo, ha de considerarse probado el primero. Desde un punto de vista amplio de las presunciones, afirma ASENCIO MELLADO que éstas consisten en “un procedimiento mediante el cual, y en virtud de los distintos elementos que la integran, se construye o forma la convicción judicial en relación con los hechos que se pretende probar”¹¹⁹. Esta definición puede entenderse referida tanto a las presunciones *iuris et de iure* como a las presunciones *iuris tantum*. Ambas gozan de una estructura idéntica, integrada por tres elementos básicos: el hecho base o indicio, el hecho presumido y el nexo o relación existente entre ellos.

La diferencia entre las presunciones *iuris et de iure* y las presunciones *iuris tantum* se halla, pues, no tanto en relación con su estructura, sino en relación con la posibilidad de practicar prueba que las desvirtúe, sólo prevista para el caso de las

¹¹⁸ En este sentido se manifiesta claramente SABATINI, que habla de *hechos pacíficos* para referirse a los hechos no controvertidos, que en el proceso penal no estarían exentos de prueba. SABATINI, G., “Prova...”, ob. cit., p. 317.

¹¹⁹ ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., p. 316.

presunciones *iuris tantum*. Como es sabido, las primeras se caracterizan por no admitir prueba en contrario, siendo su principal efecto la directa fijación del hecho presumido sin necesidad de prueba y, lo que es más importante, sin posibilidad de practicar prueba en contrario¹²⁰. En este sentido, se han asimilado las presunciones *iuris et de iure* a las ficciones jurídicas que actúan en el momento de valoración de la prueba y que, en virtud de la voluntad del legislador -generalmente guiado por el interés de tutelar la seguridad jurídica-, limitan, hasta hacerlo desaparecer, el libre convencimiento judicial respecto del hecho al que van referidas, puesto que ambas llevan consigo una prohibición de prueba en contrario¹²¹. Por tanto, los hechos presumidos *iuris et de iure* están excluidos del objeto de prueba, si bien con los matices que a continuación se pondrán de manifiesto.

Aunque no resulta fácil hallar ejemplos de este tipo de presunciones, en algunos casos sí es posible encontrar en las normas sustantivas preceptos que toman como base una presunción *iuris et de iure*. Pensemos en el delito de abusos sexuales. Éstos se definen en el CP de 1995 por exclusión de la agresión sexual, atendiendo a los supuestos en los que, sin mediar violencia o intimidación, no existe consentimiento (bien porque la víctima no lo ha prestado, bien porque el legislador entiende que no ha mediado) o el prestado se considera irrelevante (como sucede con los supuestos de abuso de superioridad o engaño)¹²². Según el artículo 181.2 CP, se entiende por abusos sexuales no consentidos los perpetrados sobre menores de trece años, personas privadas de sentido o con trastorno mental

¹²⁰ Vid., por todos, BETTIOL, G., “Presunzioni ed onere della prova nel processo penale”, en *Rivista italiana di Diritto Processuale*, 1936, p. 242.

¹²¹ Vid. HERCE QUEMADA, V., “La carga de la prueba”, en *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 6, 1 de julio de 1962, p. 23 (separata). En el mismo sentido, vid. SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, Tomo I, p. 114. GARCIMARTÍN MONTERO, si bien señala la existencia de ciertas diferencias entre las presunciones *iuris et de iure* y las ficciones, entiende que el tratamiento procesal de ambas es idéntico, precisamente debido a la prohibición de prueba que pesa sobre ellas. GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba...*, ob. cit., p. 74.

¹²² MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “De los abusos sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2001, p. 894.

del cual se abusare. Este precepto está construido sobre la base de una presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento, esto es, con independencia de que en el caso concreto el sujeto pasivo haya prestado o no su consentimiento, no se admitirá prueba en contrario relativa a la existencia de consentimiento, puesto que el legislador no ha previsto tal posibilidad (se encuadraría, por tanto, entre los supuestos de abuso con inexistencia *legal* de consentimiento). CARMONA SALGADO, en una aproximación ciertamente crítica a la opción legislativa adoptada, señala que, en realidad, únicamente el segundo supuesto contemplado por el art. 181.2 CP (abusos cometidos sobre personas privadas de sentido) encaja en lo que podemos entender como ausencia de consentimiento, mientras que en los otros dos supuestos (abusos sobre menores de trece años y sobre personas con trastorno mental del cual se abusare) lo que sucede es que el consentimiento que, en su caso se hubiera prestado, resulta irrelevante¹²³. Ello es así hasta tal punto que la existencia de esta presunción exige considerar la ausencia de consentimiento aun cuando, en el caso de que la víctima sea menor de trece años, haya sido ésta quien haya propiciado el contacto sexual¹²⁴. Lo mismo sucede cuando la víctima está privada de sentido, si bien en este supuesto es necesario llevar a cabo una más laboriosa interpretación, en la medida en que sólo se considera que se produce tal situación cuando se hayan anulado sus “frenos inhibitorios”¹²⁵. Por último, en el supuesto del abuso del trastorno mental sufrido por la víctima, la presunción de ausencia de consentimiento se formula atendiendo a dos circunstancias: la existencia de un trastorno psíquico que impide entender el acto sexual (y, por ello, le impide también prestar un consentimiento libre y válido) y el abuso del sujeto

¹²³ CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal español (Parte especial)*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 209.

¹²⁴ ORTS BERENGUER, E., “De los abusos sexuales”, en VIVES ANTÓN, T. (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Vol. I, p. 938. El cómputo de la edad se debe realizar en atención a estrictos criterios biológicos, con independencia de la madurez de la víctima. MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “De los abusos...”, ob. cit., p. 896.

¹²⁵ La jurisprudencia viene considerando que ello se produce en los supuestos de personas desmayadas y sometidas a los efectos del alcohol o de la droga. MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “De los abusos...”, ob. cit., p. 897.

activo de esta situación, de tal forma que es necesario que instrumentalice o aproveche tal situación para llevar a cabo el acto punible¹²⁶.

La única forma de destruir la presunción de ausencia de consentimiento en cualquiera de estos tres supuestos es probar que en el caso concreto no se ha dado el antecedente, esto es, tratar de demostrar que el sujeto pasivo era mayor de trece años o que estaba en pleno uso de sus facultades mentales, en cuyo caso no sería aplicable el artículo 181.2 CP. Por tanto, las presunciones *iuris et de iure* –aunque no sea su finalidad principal- tienen el efecto de evitar que la parte a la que le correspondería probar el hecho presumido (en estos casos, la ausencia de consentimiento) tenga que probarlo, pero sin eximirle de probar el antecedente (que el sujeto pasivo es menor de trece años, persona privada de sentido o con un trastorno mental)¹²⁷. En este sentido, la idea de que los hechos presumidos *iure et de iure* no son objeto de prueba debe entenderse con el matiz señalado: para que puedan quedar fijados, debe quedar acreditado el estado de cosas que le sirve de antecedente¹²⁸.

Por lo que respecta a las presunciones *iuris tantum*, la solución viene a ser muy semejante, si bien se amplían las posibles estrategias para impedir su aplicación. Efectivamente, aunque unas y otras son presunciones con una función muy distinta, en materia de prueba no puede decirse de modo tajante que los hechos objeto de una presunción estén exentos de acreditación y, por tanto, queden

¹²⁶ CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad...”, ob. cit., p. 211; MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “De los abusos...”, ob. cit., p. 897; ORTS BERENGUER, E., “De los abusos...”, ob. cit., pp. 941-942.

¹²⁷ Señala en este sentido MENDONCA que “afirmar que no se admite prueba en contrario, no quiere decir que no pueda aportarse prueba para destruir el fundamento de la presunción, es decir, la proposición base. Lo que la ley no permite es atacar el enlace de la presunción o probar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe (o no ha existido) o que no es el que específicamente requiere la ley.” MENDONCA, D., “Presunciones”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998, núm. 21, Vol. 1, p. 97.

¹²⁸ Cuestiona el carácter presuntivo de las presunciones *iuris et de iure* AGUILÓ REGLA, J., “Nota sobre «Presunciones» de Daniel Mendonca”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1999, núm. 22, pp. 658-660.

fuera del objeto de la prueba. La forma condicional se presenta en ambos tipos de presunciones, esto es, tanto en las presunciones *iuris et de iure* cuanto en las presunciones *iuris tantum*, y puede reconducirse a la fórmula “si X, entonces se presume Y”¹²⁹. En el ejemplo propuesto anteriormente, el enunciado contenido en la norma (“se considerarán abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de 13 años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare”) podría ser traducido del siguiente modo: “cuando los abusos sexuales se ejecuten sobre menores de 13 años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, entonces se presume que se trata de abusos sexuales no consentidos”. Lo mismo sucede cuando se trata de una presunción *iuris tantum*, aunque con la diferencia relevante de que éstas últimas admiten prueba en contra del hecho presumido, mientras que las primeras, una vez acreditado el antecedente, fijan definitivamente el hecho presumido sin posibilidad de contraprueba. Ciertamente, puesto que la aplicación de ambas exige la plena acreditación del antecedente, la diferencia sustancial entre unas y otras reside en la derrotabilidad o, en otras palabras, en las formas de evitar la aplicación de la presunción. En las *iuris et de iure* únicamente puede atacarse la existencia del antecedente, mientras que en las presunciones *iuris tantum* se abre una doble posibilidad: puede probarse, en primer lugar, la inexistencia del antecedente y, en segundo lugar, puede probarse que, aunque se da el antecedente, no se produce en el caso concreto el consecuente¹³⁰. Cuestión distinta es determinar si es posible encontrar en el ámbito del proceso penal presunciones *iuris tantum*.

¹²⁹ También podría representarse como “dado P, se presumirá que Q” o “probado P, es obligatorio presumir Q”. Sin embargo, señala MENDONCA, en el caso de las presunciones *iuris tantum* sería más correcta la fórmula “si está probado P y no está probado no-Q, entonces es obligatorio presumir Q”. Vid. En este sentido MENDONCA, D., “Presunciones”, ob. cit., pp. 92 y 94.

¹³⁰ MENDONCA, D., “Presunciones”, ob. cit., p. 98. Una tercera vía para evitar la aplicación de una presunción *iuris tantum* sería la de mostrar que la máxima de experiencia que actúa como nexo entre el hecho base y el hecho presumido es infundada (y, por tanto, no debe ser aplicada ni en el caso concreto ni en los sucesivos), aunque ello constituye un modo indirecto de mostrar que, en el caso concreto, no se ha producido el hecho presumido o consecuente de la presunción. No obstante, esta estrategia sólo sería válida frente a presunciones judiciales, ya que las presunciones legales deben ser aplicadas con independencia de que el órgano jurisdiccional considere bien fundada la máxima de experiencia en la que se fundan.

Desde luego, se trata éste de un tema complejo si se tiene en cuenta que el derecho a la presunción de inocencia impide la existencia de normas contrarias a tal presunción, pero no es óbice, por el contrario, para establecer normas que contengan presunciones favorables al acusado.

En definitiva, y por lo que respecta al objeto de la prueba, cuando estamos ante alguna de estas presunciones (*iuris tantum* o *iuris et de iure*) es posible afirmar que el hecho consecuencia o presumido está exento de prueba, pero entendida esta exención como consecuencia de la prueba previa del hecho antecedente o base. En ambos casos, no hay una exención total de prueba, sino una facilitación de la misma mediante un cambio en el objeto de la prueba¹³¹.

Hay un tercer tipo de presunciones que es conveniente destacar aquí por tratarse de supuestos que, a menudo, suelen confundirse con las llamadas presunciones *iuris tantum* y que también tienen efectos decisivos en materia de prueba. Se trata de las conocidas como presunciones *aparentes* o *verdades interinas*. Éstas se diferencian de las anteriores en su estructura, puesto que todas ellas pueden reconducirse a la forma “se presume Y”, esto es, no existe un antecedente que haya que probar o, en otras palabras, el antecedente consiste en un estado de cosas patente que no es necesario probar¹³². Ello supone que la parte beneficiada por una presunción de este tipo no tiene que probar hecho alguno que actúe como antecedente del hecho presumido. El ejemplo más claro quizás –y más cercano- sea la presunción de inocencia. Como es sabido, su aplicación depende de que se produzca un estado de cosas que la autorice; al tratarse de un derecho de contenido procesal, es *conditio sine qua non* para su aplicación que haya un proceso penal en marcha contra una persona determinada¹³³. Sin embargo, el

¹³¹ A lo que ROCHA ALVIRA se refiere como *desplazamiento* de la prueba, puesto que el objeto de prueba, en lugar de ser el hecho presumido, es el hecho base de la presunción. ROCHA ALVIRA, A., *De la prueba...*, ob. cit., pp. 88-89.

¹³² Señala MENDONCA que se trata de presunciones que no se encuentran sometidas a condiciones específicas. MENDONCA, D., “Presunciones”, ob. cit., p. 94.

¹³³ Vid. más extensamente, *infra*, capítulo III.

acusado no tiene que probar nada para que se aplique la presunción de inocencia, sino que simplemente, tal presunción entrará en juego por el simple hecho de encontrarse inmerso en un proceso¹³⁴. La cuestión es, entonces, el papel que juega este tipo de presunciones sobre el objeto de prueba, esto es, por un lado, si los hechos presumidos están exentos de prueba y, por otro lado, las posibilidades que se ofrecen a la parte perjudicada por la presunción para derrotarla. Respecto de la primera cuestión, los hechos favorecidos por una presunción aparente quedan totalmente exentos de prueba mientras no se practique prueba en contrario. Es decir, en el proceso debe actuarse *como si* el hecho presumido fuera verdad hasta que, en su caso, se pruebe lo contrario. En cuanto a la segunda cuestión, esto es, las posibilidades de atacar una presunción aparente, hay que señalar que la única forma de hacerlo es probando que el hecho presumido no se ha producido en el caso concreto. Si seguimos examinando el caso de la presunción de inocencia, lo dicho se aprecia con gran claridad: el acusado –favorecido por la presunción– no tiene que probar su inocencia, de modo que tal hecho queda fijado mientras no se pruebe su culpabilidad. Precisamente, la prueba de la culpabilidad –esto es, de lo contrario– es la única forma de derrotar esta presunción¹³⁵. En este sentido, las presunciones aparentes tienen un doble efecto, uno consecuencia ineludible del otro: en primer lugar, eximen al hecho presumido de la necesidad de prueba y, en

¹³⁴ AGUILÓ REGLA articula la distinción entre presunciones *iuris tantum* y presunciones aparentes haciendo uso, a su vez, de la distinción entre reglas y principios. Éstos son normas *categoricas* en la medida en que no requieren de más condiciones de aplicación que las que derivan de su propio contenido, mientras que las reglas son normas *hipotéticas*, ya que su aplicación requiere la presencia de determinadas condiciones además de aquéllas que derivan de su propio contenido. Pues bien, a partir de ahí, el autor entiende que las presunciones *iuris tantum* serían presunciones-regla (puesto que su aplicación requiere la prueba del antecedente o hecho base), mientras que las presunciones *aparentes* serían presunciones-principio (no requieren condiciones de aplicación, ya que no es necesario acreditar que se presenta un determinado estado de cosas). De ello, AGUILÓ REGLA deriva una consecuencia importante respecto del papel que unas y otras cumplen en el seno del proceso: las presunciones-principio tienen un valor mucho más relevante que las presunciones-regla respecto de la decisión judicial, lo que se pone de manifiesto si pensamos en las distintas consecuencias que se derivarían de una reforma legislativa que afectase a unas y otras. AGUILÓ REGLA, J., “Nota sobre «Presunciones»...”, ob. cit., pp. 655-656.

¹³⁵ En la terminología de MENDONCA, la prueba de lo contrario al hecho presumido o de la inexistencia de nexo causal entre el hecho base y el hecho presumido es la “estrategia de destrucción”, mientras que la prueba de la inexistencia del antecedente sería la “estrategia de bloqueo”. MENDONCA, D., “Presunciones”, ob. cit., p. 97.

segundo lugar, exoneran completamente a la parte beneficiada por la presunción de la carga de probar el hecho presumido, trasladando la carga de la prueba de lo contrario (o, si se quiere, invirtiendo la carga de la prueba) a la contraparte¹³⁶.

En definitiva, y a modo de conclusión, por lo que se refiere a la incidencia de las presunciones en el objeto de la prueba o, en otras palabras, a la determinación de si los hechos favorecidos por una presunción deben ser objeto de prueba, como ha podido comprobarse, la respuesta debe realizarse en atención a cada uno de los tipos de presunciones que se han individualizado. En primer lugar, por lo que respecta a las presunciones *iuris et de iure*, si bien pesa sobre ellas una prohibición de prueba en contrario (y, por tanto, el hecho presumido queda lógicamente exento de prueba), es posible evitar su aplicación a partir de la prueba relativa a la negación del hecho base, de forma que sí será objeto de prueba este hecho cuando la parte perjudicada por la presunción trate de evitar su aplicación. También en las presunciones *iuris tantum* la parte favorecida por la presunción deberá acreditar el hecho base para que pueda quedar fijado el hecho presumido, pero quien pretenda eludir su aplicación deberá, bien probar que no se ha producido el hecho base, bien que no se ha producido el hecho presumido (o, en el caso de que la presunción sea judicial, que el nexo o máxima de experiencia que conforma el enlace no está bien fundado). Por último, los hechos presumidos mediante presunciones *aparentes* tampoco son objeto de prueba, y, además, a diferencia de las anteriores, la parte favorecida por ellas no tiene la carga de probar hecho base alguno para que tal presunción se aplique. La contraparte únicamente podrá atacar la existencia del hecho presumido, y por ello puede decirse que objeto de prueba

¹³⁶ Los efectos de las presunciones aparentes han sido ampliamente estudiados en nuestra disciplina, especialmente en el campo del proceso civil. Por ejemplo, para SERRA DOMÍNGUEZ, este tipo de presunciones tienen como única finalidad –en la medida en que no responden a la clásica estructura de las presunciones– enmascarar reglas sobre carga de la prueba. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Artículo 1214”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Vol. XVI, Tomo 2º, Ed. Edersa, Madrid, 1991, p. 52. Por su parte, CABEZUDO RODRÍGUEZ entiende que las presunciones aparentes constituyen reglas específicas de la carga de la prueba que vienen a concretar la regla de juicio aplicable en cada caso concreto. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 52, 1998, pp. 262-263.

será el hecho contrario al presumido (en el caso de la presunción de inocencia, serán objeto de prueba los hechos determinantes de la culpabilidad).

Una última reflexión acerca de las presunciones es la relativa al papel que las presunciones judiciales pueden jugar en el proceso penal. Ciertamente, de entre las presunciones antes analizadas, las que tienen el carácter de *iuris tantum* o que constituyen verdades interinas pueden ser de procedencia legal o judicial. En este último caso, nos encontramos ante una opción problemática, en la medida en que se produce la posibilidad de que el órgano judicial introduzca en la motivación presunciones que atañen a alguno de los hechos discutidos acerca de los cuales no ha recaído prueba. Es lo que sucede, por ejemplo, en materia de delitos contra la salud pública, cuando la tenencia de una determinada cantidad de droga se presume destinada al tráfico. En estos supuestos, sin necesidad de que la acusación acredite tal preordenación al tráfico, este hecho queda fijado en virtud de la aplicación de una máxima de experiencia que se ha convertido ya en una regla jurisprudencial ampliamente aplicada¹³⁷. Los problemas que, sin duda, pueden plantear este tipo de presunciones radican, fundamentalmente, en la introducción por vía extralegal de reglas de valoración de la prueba contrarias, en muchos casos, a la presunción de inocencia, puesto que de acuerdo con ésta es la acusación quien tiene que proporcionar la prueba, mientras que la existencia de una presunción contraria a la de inocencia libera a la acusación de la prueba del hecho presumido. En este sentido, el efecto principal que producen es el de traspasar al acusado la carga de la prueba de lo contrario, esto es, una vez acreditado que éste poseía determinada cantidad de droga, deberá acreditar que dicha posesión lo era a los fines de autoconsumo o, en su caso, de lo que se denomina “consumo compartido”. Así, por ejemplo, es clara la STS 2008/2002, de 3 de diciembre, en la que se señala que la decisión del órgano *a quo* considerando la droga aprehendida como preordenada al

¹³⁷ Acerca de las cantidades de sustancias estupefacientes que la jurisprudencia viene considerando como preordenadas al tráfico, vid., entre las más recientes, las SSTS 1703/2002, de 21 de octubre (FJ 3º) y 1628/2002, de 9 de octubre (FJ 3º), relativas a la tenencia de cocaína. No obstante, el Tribunal Supremo considera que este tipo de reglas gozan de un mero valor orientativo y, en este sentido, son instrumentos para valorar la prueba que pueden ser examinadas a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso. Vid., por todas, la STS 1003/2002, de 1 de junio (FJ 2º).

tráfico “tiene pleno apoyo en un tópico jurisprudencial por lo demás elemental: cuando se trata de cantidades de droga que exceden de lo que podría explicarse en función de un destino de consumo personal, la tenencia o transporte no puede tener otro fin que el de la colocación en el mercado ilegal o, en cualquier caso, la transmisión a terceros con la consiguiente facilitación indiscriminada del consumo” (FJ 3º). De este modo, lo que debiera ser acreditado a partir de datos probatorios adicionales a la cantidad de droga incautada, se convierte en una presunción que sólo podría desvirtuarse acreditando que la finalidad de la misma era el consumo compartido, para lo cual, curiosamente, el Tribunal Supremo impone unos criterios especialmente rígidos¹³⁸. Se pone de manifiesto por ello que se ha convertido en presunción ampliamente asentada la preordenación al tráfico, mientras que el consumo compartido, que en estos casos sería la versión más favorable al acusado, se convierte en necesario objeto de prueba como único modo de desvirtuar tal presunción.

Este tipo de prácticas –sin duda necesarias en muchas ocasiones para evitar situaciones de evidente impunidad- deben ser observadas con extraordinaria cautela y, en todo caso, deben ir acompañadas de datos probatorios o indicios que permitan llegar a tales conclusiones con suficiente fiabilidad, sobre todo en aquellos casos en los que las cantidades de droga halladas en poder del acusado escasamente superen los niveles permitidos del autoconsumo¹³⁹. Precisamente por ello, no hay que

¹³⁸ Éstos se encuentran perfectamente delimitados en la reciente STS 2023/2002, de 4 de diciembre: “a) En primer lugar, los consumidores han de ser ya todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud (...). b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica (...). c) La cantidad ha de ser “insignificante” (...), cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro. d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (...). e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (...). f) Debe tratarse de un consumo inmediato” (FJ 6º).

¹³⁹ En el caso de las presunciones legales, las cautelas deben extremarse igualmente, si bien el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene una postura bastante tolerante hacia este tipo de presunciones. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STEDH de 7 de octubre de 1988 (asunto *Salabiaku c. Francia*, § 28), en la que se afirma que las presunciones previstas en las

olvidar que las reglas que han de regir la utilización por nuestros tribunales de este tipo de presunciones no son otras que las de la prueba indiciaria, que aseguran que la condena no se fundamente en meras sospechas. Tales reglas, que serán analizadas posteriormente, no son otras que la pluralidad de los indicios (de los que, en el caso estudiado, la cantidad de droga incautada sólo es uno más) y la entidad suficiente de los mismos para considerar que el resultado incriminatorio es el que razonablemente cabe extraer de la prueba practicada.

3. EL TEMA DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

Se tratará a continuación de poner de manifiesto los hechos que configuran el tema de prueba en el proceso penal. Como es sabido, en el Derecho Probatorio es ya clásica la distinción entre el objeto y el tema de la prueba. Mientras que el primer concepto, como se ha visto, hace referencia a todo aquello que es susceptible de constituir objeto de comprobación en abstracto, el tema de prueba es, más concretamente, lo que debe ser objeto de prueba en un determinado proceso, en función de cuáles sean los hechos introducidos por las partes en el mismo. Precisamente, el carácter abstracto del concepto de objeto de prueba es lo que permite diferenciarlo del tema de prueba, en tanto éste último se encuentra en todo caso referido a un determinado proceso¹⁴⁰. De este modo, mientras la cuestión acerca de cuál es el objeto de la prueba se plantea en el momento de determinar qué puede ser probado en general, la cuestión acerca de cuál es el tema de prueba es la

normas penales (precisamente se discutía en este asunto acerca de la legitimidad de la presunción prevista en el art. 392.1 del Código de Aduanas Francés, según la cual la mera tenencia de mercancías prohibidas importadas implica la culpabilidad por un delito de contrabando) no son, en sí mismas consideradas, ilegítimas, sino que deben interpretarse y aplicarse razonablemente y dentro de los límites del art. 6.2 CEDH.

¹⁴⁰ Vid. *infra*, apartado 2.1 de este capítulo.

relativa a qué puede ser probado en un proceso concreto¹⁴¹. Ciertamente, en el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que son los hechos, genéricamente considerados y con las excepciones que se han señalado, el objeto de prueba. Una vez establecida esta primera premisa, es el momento de determinar qué hechos conforman la pretensión y qué hechos conforman la correlativa resistencia. De este modo, se da un paso más en la tarea de establecer las cuestiones fácticas que deben quedar probadas para que pueda dictarse una sentencia condenatoria o, en su caso, absolutoria.

Como señala al respecto MONTERO AROCA, el tema de prueba en un concreto proceso vendrá determinado por la pretensión ejercitada y, en su caso, la correlativa resistencia¹⁴². PEDRAZ PENALVA afirma en este sentido que “la finalidad de la actividad probatoria es la de formar la convicción del juzgador acerca de la afirmación de la existencia o no del hecho punible y de la participación de un sujeto en ella, con todas las circunstancias jurídicamente relevantes que confluyen en aquél y en la forma que se derive de las afirmaciones de los contendientes”¹⁴³.

La determinación de los hechos que constituyen el tema de prueba en un proceso ha sido, de nuevo, objeto de profundo estudio en el campo del proceso civil, fruto del cual es una conocida y ampliamente aceptada clasificación de los hechos en función de los efectos que surten en el proceso. Tomando como punto de partida dicha distinción, se tratará en las siguientes páginas de determinar si es posible, con las necesarias correcciones y ajustes, emplearla también en el proceso penal, ámbito en el que los estudios sobre esta materia son ciertamente escasos.

¹⁴¹ MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, 2ª ed., ob. cit., p. 62.

¹⁴² MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, 2ª ed., ob. cit., pp. 52 y ss.

¹⁴³ PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 323. En sentido similar se manifiesta BAUDI al señalar –aunque sin distinguir entre tema y objeto de prueba–, que el hecho relevante para el proceso es aquél del que alguna de las partes trata de extraer la fundamentación de su correspondiente pretensión. BAUDI, A., “Riflessioni sul concetto...”, ob. cit., p. 488.

La clasificación a la que se viene aludiendo es la relativa a los hechos constitutivos, impositivos, extintivos y excluyentes. La evidente necesidad de establecer en el campo del proceso civil reglas para distribuir entre las partes las consecuencias de las situaciones de hecho incierto, representa el fundamento de la existencia de la clasificación que ahora se estudia. Con dicha finalidad, la doctrina ha acogido mayoritariamente la distinción entre hechos constitutivos, impositivos, extintivos y excluyentes, por tratarse de la distinción que da mejor cuenta de los distintos tipos de hechos que pueden conformar el objeto del proceso en atención a los efectos que cada uno de ellos surte sobre la controversia. En todo caso, es necesario advertir que la virtualidad práctica de esta clasificación se limita exclusivamente al ámbito del proceso, pues, como se ha señalado, su finalidad principal es la de servir de base a una posterior teoría acerca de la distribución de la carga de la prueba, de modo que en el Derecho material su única función sería, a lo sumo, permitir una mayor clarificación de los distintos tipos de hechos jurídicos, pero sin una especial relevancia práctica¹⁴⁴. Como señala SIRACUSANO, estas categorías tienen la única misión de surtir efectos en relación con la prueba, de modo que no afecta a las distintas clasificaciones de los hechos que se hacen en el ámbito de la doctrina jurídico-penal¹⁴⁵.

A modo de introducción, resulta necesario aproximarse a cada uno de estos hechos desde la Teoría General del Proceso, a fin de determinar, posteriormente, el alcance que las categorías establecidas en dicho ámbito pueden tener en el orden penal respecto de una posible distribución de la carga de la prueba.

Por *hechos constitutivos* cabe entender aquéllos que fundamentan la pretensión de la parte activa del proceso, en la medida en que conforman el

¹⁴⁴ Acerca de la eficacia de esta distinción, prácticamente de forma exclusiva en el campo del proceso, vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, núms. 2-3, p. 593.

¹⁴⁵ SIRACUSANO, D., *Studio sulla prova delle esimenti*, Ed. Giuffrè, Milán, 1959, pp. 13-14.

supuesto de hecho de la norma jurídica cuya aplicación se solicita¹⁴⁶. Como señala TARUFFO, el hecho constitutivo es aquél del cual una norma hace depender la existencia del derecho que se hace valer en el proceso, esto es, su concurrencia es necesaria para que las consecuencias previstas por tal norma puedan ser aplicadas. La existencia del hecho constitutivo (en el que se considera incluida la participación del acusado), pues, es condición necesaria y suficiente para la aplicación de dichas consecuencias jurídicas¹⁴⁷.

Mientras que todos los hechos que apoyan la pretensión se encuadran entre los que se han denominado *hechos constitutivos* (puesto que todos ellos apoyan por igual la pretensión ejercitada), los hechos que pueden actuar como fundamento de la resistencia de la contraparte se encuentran clasificados en función de los efectos que producen respecto de los hechos constitutivos. De este modo, la denominación de tales hechos hará referencia a la forma en la que, desde un punto de vista jurídico, actúen sobre los hechos constitutivos.

En primer lugar, se habla de *hechos impeditivos* para hacer referencia a aquella categoría de acontecimientos que impide el nacimiento de la pretensión sostenida por la contraparte o, en un sentido más amplio, impiden la aplicación de la norma jurídica solicitada por la otra parte. CORTÉS DOMÍNGUEZ los define como aquéllas circunstancias fácticas “cuya inexistencia es necesaria para que nazca válidamente el derecho”¹⁴⁸. Por ejemplo, la incapacidad de alguna de las partes contratantes en el momento de formalizar el acuerdo y, en general, los vicios del consentimiento, tienen el carácter de hechos impeditivos.

¹⁴⁶ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Ed. Aguilar, Madrid, 1943, p. 369; en el mismo sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Artículo...”, ob. cit., p. 55.

¹⁴⁷ Concretamente, señala TARUFFO que “il diritto esiste se esiste il fatto che lo fonda”. TARUFFO, M., “Onere...”, ob. cit., p. 69.

¹⁴⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal Civil*, Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 228.

En segundo lugar, los *hechos extintivos*, a diferencia de los anteriores, no atacan directamente a los hechos constitutivos, sino que, por el contrario, suponen la existencia de una circunstancia que extingue el efecto jurídico solicitado por la parte activa; es decir, aún habiéndose producido los hechos constitutivos, se afirma la existencia de un hecho que hace imposible que surtan los efectos jurídicos que, en otras circunstancias, producirían los hechos constitutivos¹⁴⁹. El ejemplo más paradigmático en el ámbito del proceso civil es el del pago cuando la pretensión se sustenta en la existencia de una deuda contraída por el demandado, si bien todas las causas de extinción de los contratos producen estos mismos efectos sobre la pretensión.

En tercer lugar, se habla también en el ámbito del proceso civil de los *hechos excluyentes*, siempre para hacer referencia a hechos a los que el ordenamiento asocia algún tipo de consecuencia jurídica consistente en imposibilitar la aplicación de la norma solicitada por la parte activa, aun sin negar los hechos alegados en la pretensión ejercitada ni las consecuencias jurídicas solicitadas. En este sentido, ASECIO MELLADO se refiere a ellos como *contraderechos*, pues se trata, más que de hechos en sí mismos considerados, de hechos que generan derechos, al llevar asociado un efecto jurídico que contrarresta el alegado por la contraparte¹⁵⁰. El ejemplo más significativo es el de la llamada *prescripción extintiva y adquisitiva*, esto es, el del transcurso de un determinado periodo de tiempo, que determina la imposibilidad de hacer efectiva una pretensión.

¹⁴⁹ Respecto de los hechos impeditivos y extintivos, vid., entre otros autores, TARUFFO, M., "Onere...", ob. cit., p. 69; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal...*, (1996), ob. cit., pp. 227-228; ROCHA ALVIRA, A., *De la prueba...*, ob. cit., p. 73; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1975, pp. 218-219; CABAÑAS GARCÍA, J.C., "Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil", en *Actualidad Civil*, 1996, núm. 15, p. 355 y SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Artículo...", ob. cit., p. 55.

¹⁵⁰ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., p. 200.

Por último, es posible hacer referencia a una subcategoría que bien puede encuadrarse en la de los hechos impositivos y que está integrada por los denominados *hechos modificativos*. Éstos son los que, sin llegar a impedir el nacimiento de la pretensión (o de los hechos constitutivos), suponen la existencia de determinadas circunstancias cuya constatación exige la modificación de dicha pretensión o, como señala TARUFFO, cambian el objeto de la misma o su contenido¹⁵¹. Serían circunstancias modificativas, por ejemplo, el pago parcial de la deuda reclamada por el actor, así como cualquier otra modificación contractual que implique un cambio sustancial en la pretensión ejercitada. Es importante hacer referencia a este tipo de hechos en la medida en que, si bien en el proceso civil su existencia no es reconocida de forma autónoma por toda la doctrina (puesto que los hechos modificativos se consideran incluidos en la categoría de los hechos impositivos), en el proceso penal, como después se verá, gozan de una especial relevancia que permite dotarles de un tratamiento independiente.

Analizadas brevemente cada una de estas categorías, tal y como se configuran en el ámbito de la Teoría General del Proceso¹⁵², conviene ahora estudiar hasta qué punto son aplicables al proceso penal, para lo cual se analizarán dos cuestiones centrales: en primer lugar, es necesario determinar si en el proceso penal es posible encontrar hechos que se ajusten a cada una de las categorías

¹⁵¹ TARUFFO, M., "Onere...", ob. cit., p. 69.

¹⁵² Hay que tener en cuenta, sin embargo, que no es posible incluir, a priori, cualquier hecho en alguna de las categorías estudiadas, ya que los efectos que cada hecho despliegue en el proceso se encuentra en función de cuál sea la concreta pretensión ejercitada. Piénsese, por ejemplo, en la minoría de edad. Ésta puede actuar como hecho constitutivo de la pretensión (cuando se solicita la declaración de nulidad de un contrato) o como hecho impositivo (cuando se pretende que el contrato surta sus efectos cuando ha sido firmado por un incapaz). Dan cuenta de la necesidad de determinar la naturaleza del hecho en cada caso concreto HERCE QUEMADA, V., "La carga...", ob. cit., p. 19; CORBAL FERNÁNDEZ, J.E., "La adquisición procesal y la carga de la prueba", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, núm. XXXIV, 1993, p. 189 y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Comentario al artículo 1214", en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 320. En el ámbito del proceso penal, vid. SARACENO, P., "Il dubbio sui fatti impositivi ed estintivi nel processo penale", en *Rivista italiana di Diritto Penale*, 1940, p. 195, quien afirma que el carácter constitutivo o impositivo de un hecho no es un atributo esencial, sino que sólo puede venirle dado en función de la relación jurídica en el marco de la cual se afirma, y pone un ejemplo muy claro: la muerte del cónyuge puede ser constitutiva del delito de homicidio y extintivo del (antiguo) delito de adulterio.

expuestas y, en segundo lugar, si ello es así, hay que determinar cuál es la utilidad práctica de esta clasificación en el proceso penal. La primera de las cuestiones planteadas será desarrollada a continuación, dejando para un momento posterior el estudio de la carga de la prueba en el proceso penal y su dinámica en función de los hechos que hayan quedado inciertos¹⁵³.

3.1. Los hechos constitutivos del delito.

El derecho a la presunción de inocencia exige, como es sabido¹⁵⁴, que la condena vaya precedida de suficiente prueba de cargo. Por lo que respecta a la incidencia de este requisito en relación con la carga de la prueba, conviene señalar la idea de que sólo constituye prueba de cargo aquélla que recae sobre los hechos objeto de enjuiciamiento y sobre los participantes en los mismos, de modo que queden evidenciados de esta manera todos los extremos objeto de acusación. Por lo tanto, la prueba debe recaer sobre los hechos en los que se apoya la pretensión punitiva (hechos constitutivos), que no son otros que los relativos a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito, esto es, la realización del hecho delictivo y su comisión por el acusado. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han remarcado esta idea reiteradamente al hacer referencia a las implicaciones prácticas de la vigencia del derecho a la presunción de inocencia¹⁵⁵. Así se expresa con suma claridad en la STC 33/2000, de 14 de febrero (FJ 4º), al

¹⁵³ En cuanto a la segunda cuestión, vid. *infra*, apartado 2.3 del capítulo IV.

¹⁵⁴ Este tema será tratado en profundidad en los capítulos III y IV.

¹⁵⁵ Vid., a título de ejemplo y entre las más recientes, las SSTC 212/2002, de 28 de octubre (FJ 3º); 87/2001, de 2 de abril (FJ 9º) y 209/1999, de 29 de noviembre (FJ 2º). También la Sala 2ª del Tribunal Supremo considera que son hechos constitutivos de la pretensión los relativos a la comisión del hecho y a la participación del acusado. En este sentido, vid. las SSTS 1606/2002, de 3 de octubre (FJ 3º), 1728/2002, de 22 de octubre (FJ 1º), 1711/2002, de 11 de octubre (FJ 2º) y 1552/2002, de 30 de septiembre (FJ 3º).

señalar que la presunción de inocencia supone que la condena sólo puede ir precedida de suficiente prueba de cargo, entendiéndose por tal “toda aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (art. 299 LECrim) (...)”¹⁵⁶.

Junto con la necesidad de probar los hechos constitutivos del tipo penal cuya aplicación se pretende, se ha puesto de manifiesto -también reiteradamente- la exigencia de acreditar, en su caso, las circunstancias agravantes de la responsabilidad. No resulta extraño sobre todo si se parte de la idea de que sólo se trata de una consecuencia necesaria de la regla enunciada anteriormente: la aplicación de la norma penal exige la prueba de la concurrencia de todos los elementos fácticos que la integran. En efecto, en el caso de las agravantes nos encontramos también ante la pretendida aplicación de una norma desfavorable para

¹⁵⁶ En el mismo sentido y con igual claridad se manifiesta el Tribunal Constitucional en las sentencias 229/1999, de 13 de diciembre (FJ 4º) y 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º). En la primera de ellas, apoyándose en su constante jurisprudencia, señala el Tribunal Constitucional que “partiendo, pues, de que la prueba de cargo es «una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado» (...), y, que, en consecuencia, para desvirtuar la presunción de inocencia «se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que, en él, tuvo el acusado» (...), de forma que «la inocencia de que habla el art. 24 de la Constitución, debe entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él» (...), el examen de la existencia de prueba de cargo, una vez constatado que se practicaron pruebas y que se obtuvieron con todas las garantías (...), requiere: verificar, primero, que las pruebas o alguna de ellas hayan teñido por objeto los hechos que se atribuyen al acusado y la intervención misma de éste en ellos, pues si las pruebas practicadas no versaron o carecen de virtualidad genérica para acreditar ambos extremos ni siquiera puede entenderse que haya existido prueba; y comprobar, después, que la prueba tenga carácter incriminatorio del acusado, esto es, que pueda servir para fundar el juicio de culpabilidad y, por consiguiente, sostener una condena penal”.

el acusado, por lo que su eficacia en el caso concreto depende de la efectiva constancia en la causa de todas y cada una de las circunstancias de hecho que la conforman. Así, por ejemplo, cuando el art. 22 CP considera que la alevosía en la comisión de los hechos, o la comisión de éstos mediante disfraz o mediante precio, recompensa o promesa determina la agravación de la pena, es necesario que conste que, efectivamente, los hechos se ejecutaron en tales circunstancias. Al igual que sucede con la prueba de los hechos constitutivos del tipo, podremos encontrarnos aquí también con hechos externos y hechos internos –como después se verá-, cuyo estudio unitario, dadas las especiales características que plantea, se realizará a continuación.

La única diferencia relevante entre la falta o la insuficiencia de las pruebas de cargo sobre los hechos constitutivos del delito y de las circunstancias agravantes de la responsabilidad es la relativa a sus consecuencias: mientras la falta o insuficiencia de pruebas de un hecho constitutivo del delito determina necesariamente la absolución del acusado, la falta o insuficiencia de pruebas de una circunstancia agravante no impide la condena –siempre que se haya acreditado la existencia del hecho y la participación del acusado-, si bien bajo la exclusiva aplicación del tipo básico. En definitiva, en ambos casos se trata de la imposibilidad de aplicar la norma penal cuando no ha quedado suficientemente acreditada la concurrencia en el caso concreto de todas las circunstancias que configuran el supuesto de hecho de dicha norma.

Vistas así las cosas, parece evidente la unanimidad que se presenta en esta materia. Sin embargo, tal unanimidad se desvanece cuando se avanza un paso más y se indaga acerca de la prueba que debe recaer sobre los distintos hechos constitutivos. Ciertamente, a nivel tanto doctrinal cuanto jurisprudencial se viene distinguiendo claramente entre dos tipos de hechos constitutivos que concurren e integran por igual la conducta delictiva: los hechos *externos* u *objetivos* y los hechos *internos*, *subjetivos* o *psicológicos*. Por un lado, los hechos *externos* u *objetivos* son aquéllos a partir de los cuales se procede a la ejecución material del delito y, por otro lado, los hechos *internos*, *subjetivos* o *psicológicos* son los

relativos al estado mental del autor y que, a su vez, determinan la culpabilidad (en sentido jurídico-penal) del acusado¹⁵⁷, cuyo examen permite determinar cuestiones tales como la participación a título de dolo o de culpa en los hechos delictivos o la presencia de atenuantes o eximentes de la responsabilidad criminal cuando éstas tienen como fundamento el elemento intencional¹⁵⁸.

Sin embargo, una vez realizada la distinción apuntada, resulta realmente difícil encontrar un verdadero consenso en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de determinar si es necesario que todos los hechos constitutivos –externos e internos- resulten probados. En este sentido, el Tribunal Supremo parece haberse decantado –quizás atendiendo simplemente a razones de facilidad probatoria- por la exclusiva exigencia de que la prueba recaiga sobre los hechos externos que constituyen la conducta criminal, con independencia de cuál fuera el estado mental o la intención del sujeto al cometer tales hechos. De este modo, como después se verá, se relega la decisión acerca de tales hechos a lo que el Tribunal Supremo considera un mero “juicio de valor”, que corresponde realizar al juez penal a la vista de los hechos externos que hayan quedado probados.

En las siguientes páginas se incidirá, en primer lugar, en la necesaria distinción existente entre los llamados hechos constitutivos *externos* u *objetivos* y los hechos constitutivos *internos* o *subjetivos* y, en segundo lugar, se analizará la repercusión que tal distinción ha tenido en relación con el tema de prueba, con

¹⁵⁷ A diferencia de lo que tradicionalmente se entiende por *culpabilidad* en el ámbito procesal (esto es, la comisión o participación en un hecho constitutivo de delito o falta), en este caso se utiliza la expresión con el mismo sentido empleado en el ámbito de la dogmática jurídico-penal: reproche personal dirigido al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico. Tal reproche sólo será posible cuando el sujeto hubiese podido actuar de modo distinto a como lo hizo, esto es, cuando hubiese podido actuar conforme a su deber. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 5º ed., Valencia, 1999, pp. 535 a 539.

¹⁵⁸ Los hechos psicológicos abarcarían, entre otros, según GONZÁLEZ LAGIER, deseos, intenciones, creencias, emociones y acciones mentales (como las decisiones del tipo “calculó mentalmente las consecuencias”). GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos...(I)”, ob. cit., p. 19.



especial referencia a los fundamentos que pueden estar en la base del distinto tratamiento que unos y otros reciben.

3.1.1. Hechos constitutivos *objetivos* o *externos*.

Como se ha señalado, los hechos constitutivos de la pretensión penal son aquéllos que determinan la existencia de los hechos que conforman la conducta típica, así como la participación en ellos de la persona acusada. Esta caracterización, extraída de la jurisprudencia dictada al amparo del desarrollo del derecho a la presunción de inocencia, encierra, sin embargo, una complejidad considerable si se examina a la luz de la carga de la prueba. Desde esta perspectiva, resulta necesario –y así se hará a continuación– realizar un análisis que abarque no solamente aspectos procesales, como se venía realizando hasta ahora, sino que parta de las distintas concepciones que la doctrina penal ha construido en torno a los elementos esenciales del delito. Ciertamente, ello aparece como necesario si se tiene presente que lo que sea hecho constitutivo de la pretensión penal se encuentra íntimamente relacionado con los elementos que el Código Penal establece para cada una de las conductas que tipifica como delito o falta. No obstante, y sin perder de vista el carácter instrumental de tales notas jurídico-penales, se hará especial incidencia en la culpabilidad como elemento del delito que mayores problemas plantea en el ámbito que aquí se trata de estudiar, puesto que de él deriva directamente la exigencia de que la conducta criminal sea dolosa o culposa.

En cualquier caso, conviene comenzar señalando que los hechos objetivos o externos se configuran como aquéllos que el sujeto lleva a cabo –u omite, en el caso de los delitos de comisión por omisión y de omisión pura– como condición necesaria para la realización de la conducta típica. En este sentido, puede decirse que los hechos constitutivos externos son los que permiten determinar, en primer lugar, que se ha cometido un hecho que podría ser delito y, en segundo lugar, que

el sujeto que lo ha cometido es el acusado, teniendo siempre en cuenta que ello incluye, al mismo tiempo, la determinación del grado de participación en los hechos. De este modo, la determinación en cada caso de cuáles son los hechos constitutivos dependerá directamente de cuáles son los hechos que la norma penal considera conformadores de la conducta típica y, en este sentido, la acusación tendrá que acreditar aquéllos que, contenidos en la norma penal, configuren la concreta actuación delictiva. Así se indica con meridiana claridad en la STC 188/2002, de 14 de octubre (FJ 3º), donde se afirma que “mediante la actividad probatoria practicada con todas las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación de los derechos de defensa del acusado han de resultar acreditadas tanto la existencia del hecho punible como la intervención del acusado en el mismo (...). Es preciso poner en relación la actividad probatoria con el delito por el que ha sido condenado el imputado (...), pues a los efectos de considerar enervada la presunción de inocencia de forma constitucionalmente legítima se han de acreditar todos los elementos fácticos, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada, esto es, todos los elementos del hecho constitutivo de la infracción. En palabras de la STC 24/1997, de 11 de febrero (RTC 1997, 24), F. 4, «la destrucción de la presunción de inocencia (...) ha de venir referida a un determinado hecho configurador de un tipo penal en el que deben incluirse las circunstancias que por mandato legal tienen que concurrir en el mismo»”.

Centrando la atención exclusivamente en los hechos externos u objetivos, cabe sostener que hay tantos supuestos en los que podrían individualizarse hechos constitutivos como conductas delictivas están previstas en el CP. Así, por apuntar un ejemplo entre tantos otros, el artículo 234 CP califica como delito de hurto el acto de “tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño” cuando la cuantía de lo sustraído sea superior a 300 euros. Parece que nos encontramos en este ejemplo con dos elementos constitutivos externos cuya concurrencia es necesaria para determinar la existencia de un delito de hurto: por un lado, la apropiación de cosas muebles ajenas y, por otro lado, el valor de lo sustraído superior a 300 euros.

Vistas así las cosas, resulta claro que la realización de la conducta típica por el acusado únicamente puede entenderse en el caso en el que haya quedado suficientemente probado que se apropió de algo ajeno y de que el valor de la cosa superaba la cantidad señalada. Éste es sólo uno de los múltiples ejemplos que podrían tomarse para ilustrar el significado y alcance de los hechos constitutivos externos.

Parece, pues, que esta individualización no resulta especialmente difícil para la acusación y, por tanto, debe hacer surgir en el órgano jurisdiccional la evidencia de la comisión por el acusado del hecho delictivo, pues, se trata, en todo caso, como ha señalado la jurisprudencia reiteradamente, de hechos perceptibles a través de los sentidos¹⁵⁹.

Sin embargo, lo que hasta ahora se nos muestra como una cuestión claramente pacífica, comienza a presentar problemas en cuanto introducimos en nuestro estudio la categoría de los hechos *internos* o *subjetivos*, cuestión ésta que será abordada a continuación y que, sin lugar a dudas, plantea una serie de interrogantes de especial interés en el campo procesal.

3.1.2. Hechos constitutivos *subjetivos* o *internos*.

Junto con los hechos *objetivos* (también llamados *externos*), encontramos una subcategoría de hechos constitutivos que reciben la denominación de hechos *subjetivos* (*internos* o *psicológicos*) que vienen a completar el cuadro de circunstancias cuya concurrencia resulta necesaria para dictar una sentencia

¹⁵⁹ Ello no significa que no se plantee ningún tipo de problemas en relación con la determinación de los hechos delictivos, sino que, en realidad, tales problemas radican fundamentalmente en el terreno de la interpretación. En este sentido, si bien es evidente que la configuración del delito de hurto exige la apropiación de cosas muebles ajenas, el problema de interpretación se puede plantear en el momento de determinar el significado de “apropiación”, “cosas muebles” o “ajeneidad”.

condenatoria¹⁶⁰. Con dicha denominación se hace referencia a lo que, en términos generales, puede considerarse la voluntad y las creencias del sujeto en el momento de cometer una acción –u omisión– delictiva o, si se quiere, en un sentido más amplio, al conjunto de circunstancias que conforman en dicho momento su estado mental respecto de la producción del hecho delictivo (tales como la intención de producir el resultado, si éste fue previsto, si hubo alevosía, si el agente sabía que actuaba de forma contraria al Derecho, etc.). Estas circunstancias son, por tanto, las que en el campo de la dogmática penal configuran el elemento de la culpabilidad que, como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, incluye a su vez el dolo, la imprudencia (como formas de la culpabilidad), la imputabilidad y la exigibilidad¹⁶¹.

Conviene señalar también que la problemática probatoria que despierta este tipo de hechos se plantea en el ámbito del proceso penal con una entidad prácticamente desconocida en el proceso civil. Ciertamente, los estudios realizados en éste último campo no han tomado como punto de referencia la cuestión acerca de si los hechos subjetivos deben ser o no objeto de prueba y, en su caso, a cuál de las partes le corresponde asumir dicha carga procesal. Quizás ello venga especialmente determinado por el papel secundario que, en este terreno, cobra la voluntad interna como elemento independiente en la configuración de los negocios jurídicos¹⁶². Generalmente, en el ámbito del Derecho Civil se viene considerando que los actos y negocios jurídicos, esto es, aquellas actuaciones que requieren la

¹⁶⁰ Como se pone de manifiesto en el siguiente apartado, también los hechos favorables a la defensa pueden ser psicológicos o internos, si bien se ha optado por reconducir su estudio a este punto por la especial relevancia que adquiere la polémica acerca de si la presunción de inocencia abarca los elementos subjetivos del delito o, por el contrario, sólo exige la prueba de los hechos externos determinantes de la conducta.

¹⁶¹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 545 y 567. Dentro de esta categoría podríamos encuadrar también el estado mental del sujeto pasivo del delito, en algunos casos configurador del tipo penal. En el caso antes planteado, el art. 234 CP exige la ausencia de consentimiento del dueño de las cosas muebles.

¹⁶² Cuestión distinta es la relevancia que adquiere la voluntad interna en los ilícitos civiles, donde los problemas que serán tratados en este apartado se presentan con la misma intensidad que en el proceso penal.

conurrencia del elemento volitivo para surtir efectos en el orden civil, se configuran tomando como punto de referencia lo que se conoce como la *voluntad manifestada* en contraposición a la llamada *voluntad interna*. En este sentido, los problemas de prueba originados por la relevancia del elemento volitivo en relación con esta materia suelen subsanarse acudiendo a la prueba de la manifestación de voluntad del sujeto en lugar de probar la intención que dio lugar a dicha manifestación¹⁶³. Sin duda, es una posible solución a este tipo de problemas pero, como se aprecia claramente, no resulta aplicable a todos los sucesos con relevancia en el orden civil. Como señala TARUFFO, puede suceder que se ponga en tela de juicio la validez de la declaración o manifestación de voluntad, en la medida en que tal declaración quedaría invalidada por la presencia, por ejemplo, de un vicio del consentimiento. Puede suceder también que la declaración de voluntad sea válida pero simulada, no correspondiéndose, pues, con la real intención de quien la realizó¹⁶⁴. En estos supuestos, resulta necesario indagar acerca de cuál era el estado mental del agente y, en este sentido, se presenta como insuficiente el recurso a la prueba de la manifestación de voluntad efectuada.

En síntesis, y dejando de lado los supuestos de ilícitos civiles, en la mayoría de ocasiones la voluntad interna coincide con la voluntad manifestada, de modo que puede decirse que se genera una especie de presunción de coincidencia entre ambos tipos de voluntades. Sin embargo, si bien es cierto que, por ejemplo, quien contrae matrimonio lo hace generalmente a partir de su consentimiento libremente expresado, puede suceder que los motivos por los que un sujeto contrae matrimonio se aparten de los previstos en la ley, como sucede cuando concurren vicios que anulan el consentimiento. Ello explicaría también que la tendencia deba ser la inversa en el proceso penal, puesto que precisamente es controvertida en todo caso la adecuación de los motivos al ordenamiento jurídico.

¹⁶³ TARUFFO, M., *La prueba...*, ob. cit., p. 162.

¹⁶⁴ TARUFFO, M., *La prueba...*, ob. cit., p. 162.

Por tanto, parece que el problema de la prueba de los hechos internos se presenta en el proceso civil y –quizás con mayor agudeza- en el proceso penal, si bien a continuación se hará referencia únicamente a éste último. No obstante, las conclusiones alcanzadas en este punto podrían ser extendidas, con las correcciones necesarias, al ámbito de la prueba en el proceso civil.

Volviendo al tema central de estudio propuesto, conviene recordar que el propósito de las siguientes notas es el de determinar si es o no necesaria la prueba de los hechos internos o subjetivos, en la medida en que, al igual que los hechos externos, éstos configuran el tipo penal cuya aplicación se solicita. En realidad se plantean dos problemas centrales en torno a los hechos subjetivos como tema de prueba: el primero es el relativo a si es posible considerar que se trata de hechos en sentido estricto, pues la imposibilidad de aprehensión directa a través de los sentidos ha llevado a parte de la doctrina y de la jurisprudencia a entender que estamos ante *juicios de valor* o *juicios de inferencia* y, de este modo, se considera más un problema normativo que fáctico¹⁶⁵; el segundo consiste en determinar, ante las dificultades que plantea, de qué modo es posible realizar la fijación procesal de un hecho de estas características. En otras palabras, si hay que probar los hechos internos y, en su caso, de qué modo es posible hacerlo.

En relación con la primera cuestión señalada, conviene señalar que el Tribunal Supremo mantiene una controvertida postura que le lleva a adjudicar a los hechos internos el carácter de “juicios de valor”. En este sentido, señala BENÉYTEZ MERINO que el Tribunal Supremo viene haciendo referencia tradicionalmente a los juicios de valor “para designar un tipo de proposición en que se afirma –o eventualmente se niega- la realidad de un hecho subjetivo, es decir, de un hecho de conciencia, que, por su propia naturaleza, no es perceptible u

¹⁶⁵ La sutil línea que divide los aspectos fácticos y los normativos es puesta de manifiesto por MUÑOZ CONDE, que agudamente se pregunta si es posible hablar en sentido estricto de la *verdad material* en relación con la imputabilidad del acusado o, por el contrario, resulta más exacto considerar que estamos ante un problema de elección de los criterios normativos de atribución. MUÑOZ CONDE, F., “La búsqueda de la verdad...”, ob. cit., p. 86.

observable de manera inmediata y directa –como, por ejemplo, la voluntad de matar o el conocimiento de la procedencia ilícita de un bien”¹⁶⁶.

Sobre esta base, el Tribunal Supremo mantiene –con ciertas oscilaciones- la idea de que todo lo relativo a los hechos internos constitutivos del delito queda excluido del objeto de prueba y, en consecuencia, no se encuentra amparado por el derecho a la presunción de inocencia. Puede verse, como ejemplo, la STS 970/2001, de 22 de mayo, en la que se indica que “parece ignorar el recurrente que la presunción de inocencia despliega sus efectos exclusivamente sobre los elementos materiales del delito, es decir, sobre los hechos objeto de enjuiciamiento y la participación en ellos del acusado, quedando extramuros de su ámbito todo lo referente a los juicios de valor sobre la culpabilidad del agente, a los elementos internos o subjetivos del tipo, o a las inferencias respecto a las intenciones (véanse SSTs de 29 Nov. 1995, 18 Sep. y 23 Oct. 1996, 14 Jun. 1999, entre muchas más)” (FJ 6º)¹⁶⁷.

Es fácil encontrar en la doctrina adhesiones al planteamiento del Tribunal Supremo expuesto. Así, por ejemplo, RIVES SEVA señala que los llamados *hechos internos* no pueden ser considerados en realidad como hechos en sentido estricto, dada la imposibilidad de su aprehensión mediante los sentidos, de modo que no pueden, en sí mismos, ser objeto de prueba¹⁶⁸. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que, quedando fuera del ámbito de la presunción de inocencia el

¹⁶⁶ BENÉYTEZ MERINO, L., “Juicio de valor y jurisprudencia”, en *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 19, septiembre 1990, p. 9.

¹⁶⁷ Incluso señala en esta resolución el Tribunal Supremo que “resulta tan asombroso como hiriente comprobar la frecuencia con la que se acude a esta sede casacional invocando el citado derecho fundamental con un automatismo y ligereza inusitados cuando el reproche carece de todo fundamento, como sucede en el caso presente” (FJ 6º).

¹⁶⁸ RIVES SEVA, A. P., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 3ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 51. En este mismo sentido, vid. entre otros CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Elcano, 1999, p. 161; DEL MOLINO, Mª. S., “La presunción de inocencia como derecho constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, núm. 3, p. 596 y LUZÓN CUESTA, J. Mª., *La presunción de inocencia ante la casación*, Ed. COLEX, Madrid, 1991, pp. 23-24.

elemento intencional, únicamente es necesario acreditar los hechos objetivos constitutivos del tipo penal. Consecuencia de lo anterior resulta la inaplicación de este derecho fundamental a los delitos imprudentes, en la medida en que en ellos se discute el elemento subjetivo del injusto, no las circunstancias objetivas, acerca de las cuales no suele haber conflicto¹⁶⁹.

La polémica suscitada al amparo de esta postura no parece, sin embargo, tener efectos prácticos devastadores, puesto que el debate se plantea más bien en un nivel meramente teórico, y ello porque a pesar de negar la operatividad del derecho a la presunción de inocencia en relación con los hechos psicológicos, no se les priva con ello de acceso a la casación, ya que el propio Tribunal Supremo entiende que tales *juicios de valor* son revisables a través del motivo casacional contemplado en el art. 849.1 LECrim (infracción de norma penal sustantiva). No obstante, es necesario realizar una serie de consideraciones que hacen patentes los peligros de esta línea jurisprudencial ya consolidada.

La postura mantenida por el Tribunal Supremo que se acaba de analizar parece entrar en cierta contradicción con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que aboga claramente por extender el manto protector del derecho a la presunción de inocencia también a los hechos internos, de modo que la prueba de cargo debe abarcar por igual los hechos externos y los hechos internos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional reiteradamente, “en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos

¹⁶⁹ En este sentido, vid. LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 26; RIVES SEVA, A. P., *La prueba...*, ob. cit., pp. 50-51 y JIMÉNEZ-BLANCO, G., “Derecho a la presunción de inocencia”, en JIMÉNEZ-BLANCO, A. (Coord.), *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 351.

subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad” (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 9º)¹⁷⁰.

También en este punto, y del mismo modo, es posible encontrar planteamientos doctrinales plenamente coincidentes con los manifestados por el Tribunal Constitucional. ASECIO MELLADO da buena muestra de ello al considerar que la prueba de cargo (con independencia de quién la produzca, pues no se discute en este punto quién debe aportar la prueba) comporta necesariamente la acreditación de los elementos que integran el tipo penal, tanto objetivos cuanto subjetivos¹⁷¹.

Expuesto así el estado de la polémica, lo cierto es que la importancia de que los hechos psicológicos sean objeto de prueba queda fuera de toda duda si se atiende al dato de la necesaria concurrencia de los mismos para la correcta conformación del tipo penal (de acuerdo con los arts. 5 y 10 CP). Si se toma como ejemplo el art. 234 CP antes analizado, es fácil comprobar que en el caso del hurto el elemento intencional se concreta en el ánimo de lucro¹⁷². De este modo, la única forma de distinguir una actuación delictiva (el hurto) de una actuación no punible (la comisión del hecho por error en la propiedad de la cosa) consiste en comprobar la presencia del elemento intencional¹⁷³.

Por tanto, y aunque el Tribunal Supremo habla de *juicios de valor* para referirse a los hechos internos o subjetivos, como apunta BENÉYTEZ MERINO, la expresión *juicio de valor* no parece estar indicada para hacer referencia a los hechos subjetivos. Por el contrario, su ámbito de aplicación radica en el campo de

¹⁷⁰ Entre las más recientes, vid. las SSTC 209/1999, de 29 de noviembre (FJ 2º), 222/2001, de 5 de noviembre (FJ 3º), 33/2000, de 14 de febrero (FJ 4º) y 229/1999, de 13 de diciembre (FJ 5º).

¹⁷¹ ASECIO MELLADO, J. Mª., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 46. En el mismo sentido se manifiesta MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., pp. 179-180.

¹⁷² Al que habría que añadir, como antes se ha señalado, la ausencia de consentimiento del dueño.

¹⁷³ Vid. en sentido similar, PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 172.

los elementos normativos o valorativos del supuesto de hecho del tipo penal, más concretamente en la fijación judicial de aquellos elementos normativos que exigen una valoración cultural¹⁷⁴. Por ello, los juicios de valor en sentido estricto se sitúan más en el campo de la interpretación que en el de la prueba. Ciertamente, el supuesto de hecho de las normas, en este caso penales, se encuentra integrado por elementos descriptivos (objetivos y subjetivos, de acuerdo con la distinción aquí planteada) y valorativos, de modo que la fijación de unos y otros se realizará de distinta forma: en cuanto a los elementos descriptivos, éstos deben quedar acreditados a través de los distintos medios de prueba pertinentes para ello, mientras que los elementos valorativos exigen, a diferencia de éstos, que el órgano jurisdiccional, a partir de tales elementos descriptivos, realice un juicio de valor para determinar si tales hechos encajan en la norma jurídico-penal¹⁷⁵. Ello sucede, entre otros muchos ejemplos, cuando el art. 205 CP tipifica el delito de calumnia como la imputación de un delito con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad. En este supuesto, el órgano jurisdiccional, una vez constatado el elemento descriptivo (imputación delictiva), debe proceder a realizar una interpretación de la misma que le lleve a determinar si efectivamente ésta se ha realizado o no con temerario desprecio hacia la verdad. Lo mismo ocurre cuando el art. 184 CP considera necesario para la comisión del delito de acoso sexual que la

¹⁷⁴ Señala este autor que “Mezger distingue tres clases de elementos normativos: a) Aquellos en que el Juez ha de fijar el sentido, como por ejemplo la significación ofensiva en el delito de injurias. b) Aquellos que precisan para su fijación procesal una valoración jurídica, como ocurre con el concepto de documento público en la falsedad documental. c) Finalmente están los elementos cuya fijación procesal supone una valoración cultural, como ocurre con los términos *descrédito*, *deshonra* o *menosprecio* en el tipo de injurias. Éstos son los únicos casos en que puede hablarse de juicios de valor con toda propiedad, pues la fijación procesal de un elemento de esta índole, implica la realización de una operación mental que por poner en juego el nivel normativo de la conciencia humana puede recibir de modo adecuado tal denominación”. BENÉYTEZ MERINO, L., “Juicio de valor...”, ob. cit., p. 16.

¹⁷⁵ MIR PUIG se refiere a los elementos normativos del tipo como aquéllos que “aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social”. De acuerdo con esta definición, tales elementos pueden ser jurídicos o sociales y, a su vez, pueden ser valorativos (relativos a una valoración que debe realizar el órgano jurisdiccional, como sucede con la expresión “exhibición obscena” o, en el campo jurídico, el término “delito”) o bien relativos al sentido –jurídico o social– de un término (como sucede, según el autor, con el término “ejecutoriamente” empleado en el artículo 22.8ª 2º párrafo CP). MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 1998, p. 211.

conducta del agente provoque a la víctima “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”. En ambos supuestos es necesario proceder a una valoración de los elementos fácticos previamente acreditados para determinar si se trata o no de una conducta constitutiva de delito.

El propio Tribunal Supremo, en alguna ocasión –aunque de forma más bien aislada- se ha hecho eco de la problemática apuntada acerca de si los hechos subjetivos son hechos en sentido estricto y si, en su caso, han de ser o no objeto de prueba, logrando incluso distanciarse puntualmente de lo que ya es jurisprudencia consolidada en este sentido. Así se desprende de la STS 1657/2001, de 26 de septiembre que, por la claridad del planteamiento, se expone a continuación: “(...) el juicio de valor es una calificación, la atribución de una cualidad, y, por tanto, como tal, la afirmación que lo contiene no es, en rigor, verdadera ni falsa y tampoco verificable mediante la prueba. En cambio, quien sostiene que una determinada acción se ha realizado con una intención también determinada, expresa el resultado de una inferencia inductiva en virtud de la cual tiene por cierta la existencia de un dato fáctico, en este caso una de las características específicas de esa acción. Cuando se dice que hubo ánimo de engaño o de traficar con drogas, se identifica un rasgo propio de la *cara interna* de la conducta objeto del juicio. Predicar de una acción que fue realizada con dolo es, pues, describirla en su forma real de existencia. Y el tipo de juicio que permite llegar a esa conclusión es del mismo género del que, a partir de la constatación de que el suelo está mojado en su totalidad, consiente asegurar que ha llovido. Ambos, pues, juicios en virtud de los cuales se predica la existencia de un dato de hecho que puede *comprobarse*. Por eso están comprendidos –como todos los de esa naturaleza mediante los que se llega a dar por producido un supuesto de hecho (que luego se valorará jurídicamente)-, dentro del radio de acción del principio de presunción de inocencia. Que impone partir de la hipótesis de que el imputado no ha cometido el delito que se le atribuye y obliga a quien le acuse a probar que sí lo ha hecho, en el

sentido de que ha realizado, tanto material como *intencionalmente*, la acción inculpada” (FJ único)¹⁷⁶.

Que los hechos psicológicos se integran en la órbita de los problemas fácticos de la resolución judicial es una realidad que se constata igualmente si se atiende a los pronunciamientos que los jurados deben efectuar en el veredicto. Como ha puesto de manifiesto JORGE BARREIRO: “la naturaleza fáctica y no jurídica del problema se ha puesto también de relieve de forma diáfana en los procedimientos ante el Tribunal del Jurado en que se entra a examinar el dolo homicida del imputado. (...) En el objeto del veredicto se plasman, además de las preguntas relativas a los datos externos de los que puede inferirse el dolo, las referentes a los hechos psicológicos que lo configuran: si el acusado actuó con el conocimiento y la voluntad de matar a la víctima (si actuó con ánimo homicida)¹⁷⁷.”

¹⁷⁶ Quizás sería necesario matizar la idea de que el elemento intencional es siempre una cuestión de hecho. Si bien en relación con los delitos dolosos no parece que se planteen problemas en cuanto a la consideración del estado mental del agente como un hecho psicológico, algo distinto sucede en relación con los delitos imprudentes. La conducta culpable exige, por un lado, la ausencia de intención (y, desde este punto de vista nos encontraríamos ante un problema de hecho) y, por otro lado, la existencia de una obligación del sujeto de prever el resultado de su acción u omisión. En relación con este segundo requisito es donde se presenta la posibilidad de entender que la determinación de la imprudencia, más que un problema de prueba, encierra un problema normativo que sólo puede resolver el órgano jurisdiccional, pues se trata de determinar en qué circunstancias debería haberse previsto el resultado lesivo. No obstante, ello no invalida la regla general según la cual la existencia o inexistencia del elemento intencional es una cuestión de hecho, siempre que se tenga en cuenta que en relación con los delitos imprudentes es necesario hacer la puntualización señalada. Piénsese que, como ha escrito LAURENZO COPELLO, la existencia de una fase valorativa es también propia de la determinación del dolo, en la medida en que, como en cualquier procedimiento de subsunción, el órgano jurisdiccional debe adoptar una definición de dolo con carácter previo a la determinación de si, en el caso concreto, éste se ha producido o no. LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 116. Es más, como ha señalado JORGE BARREIRO, también en relación con los elementos objetivos del tipo los penalistas han formulado diversas teorías jurídicas que son tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales a la hora de determinar si la conducta –previamente acreditada– integra el tipo penal, como sucede, por ejemplo, con circunstancias tales como el desvalor de la acción y del resultado, el resultado lesivo y el resultado de peligro, etc. Ello pone de manifiesto que, en todos los casos, es posible individualizar las cuestiones fácticas de las cuestiones normativas o jurídicas, por lo que los hechos subjetivos no plantean en este punto una dificultad especial. JORGE BARREIRO, A., “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, noviembre 2003, pp. 76-77.

¹⁷⁷ JORGE BARREIRO, A., “Las sentencias absolutorias...”, ob. cit., p. 76.

Cuestión distinta –aunque en íntima conexión- a la necesidad de que los elementos subjetivos del delito sean acreditados, es que su prueba resulte más compleja que la de los elementos objetivos, que se perciben directamente por los sentidos, pero ello traslada el problema al ámbito de cómo deben probarse estos hechos, dejando fuera de toda duda –como así parece entender el Tribunal Constitucional, en contra de lo sostenido mayoritariamente por el Tribunal Supremo- que los hechos subjetivos integrantes del tipo deben quedar acreditados para que pueda dictarse una sentencia condenatoria¹⁷⁸. Esta dificultad de prueba ha sido reconocida sin reservas por gran parte de la doctrina pero, como señala DEVIS ECHANDÍA, aunque este tipo de hechos no gocen de la materialidad propia de los hechos externos, ello no impide en modo alguno considerar que puedan ser probados, en la medida en que generalmente tienen un reflejo externo y, por tanto, sus efectos llegan a ser perceptibles¹⁷⁹. Lo contrario podría llevarnos a aceptar un derecho penal regido por el principio de responsabilidad objetiva (en la medida en que no sería necesaria la verificación del elemento subjetivo del injusto, esto es, la culpabilidad) y, con ello, a castigar conductas con base en la mera causalidad o, en su caso, a establecer una especie de presunción *iuris tantum* de culpabilidad (en sentido jurídico-penal) que, como es sabido, vulneraría el derecho a ser presumido inocente. Como señala PÉREZ DEL VALLE, “la existencia del dolo ha de ser comprobada en el supuesto concreto porque un razonamiento que admita la *praesumptio doli* en algún caso podría quebrantar, desde el punto de vista sustantivo, el principio de culpabilidad”¹⁸⁰. No obstante, no ha de pretenderse llevar esta afirmación demasiado lejos, puesto que, generalmente, el dolo suele inferirse de la propia conducta externa y, por tanto, suele quedar patente una vez que los hechos determinantes de aquélla han sido acreditados. Lo que sucede es que puede

¹⁷⁸ A la posibilidad de probar los hechos internos aludía ya MANZINI al señalar que la prueba puede recaer tanto sobre un hecho *exterior* cuanto sobre un hecho *psíquico*. MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., Vol. III, p. 204.

¹⁷⁹ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 163 y ss.

¹⁸⁰ PÉREZ DEL VALLE, C., *Teoría de la prueba y Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 24.

ponerse en duda su existencia por parte del acusado y, en estos casos, el dolo ha de ser probado acudiendo a ulteriores medios probatorios.

Ello nos conduce a hacer frente a la segunda pregunta que se planteaba al inicio de este epígrafe, relativa a cómo puede constatarse si la actuación del acusado fue dolosa o culposa, lo que ha de resolverse atendiendo a la necesidad de acudir a la prueba indiciaria como única vía para ello, en la medida en que serán los hechos externos (las circunstancias en las que éstos se produjeron) los que nos permitirán inferir la concurrencia o no del elemento intencional¹⁸¹. Por supuesto, y al igual que sucede en el campo del proceso civil, es posible contar en algunos supuestos con la confesión del propio sujeto acerca de su intención¹⁸², pero ello no garantiza en modo alguno –como se ha visto– que el contenido de tal declaración se corresponda con la verdadera intención del sujeto y, junto con ello, es necesario poner de manifiesto que su fiabilidad, como es sabido, es limitada, en la medida en que tal declaración debe ser, en el proceso penal, corroborada por otros datos que apunten en el mismo sentido que la doten de credibilidad.

Resulta, pues, que la comprobación de los elementos subjetivos del delito debe partir necesariamente de las circunstancias objetivas que constan en el proceso y, en este sentido, se hablaría de una fijación a partir de un juicio de inferencia, pero no sería algo distinto a lo que entendemos por juicio de inferencia como razonamiento en virtud del cual el órgano jurisdiccional valora la prueba y, en consecuencia, como tal, se encuentra sometido a las reglas de racionalidad que deben presidir la misma¹⁸³. Ciertamente, la actividad judicial de valoración de la

¹⁸¹ LAURENZO COPELLO, P., *Dolo...*, ob. cit., pp. 125 a 132.

¹⁸² Vid. TARUFFO, M., *La prueba...*, ob. cit., pp. 162 a 164. Pero, además, como señala RAGUÉS I VALLÉS, es posible imaginar supuestos en los que, aun contando con la declaración autoinculpatoria del acusado, éste se atribuye unos conocimientos que no tenía en el momento de la comisión del hecho. RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999 (1ª reimpresión, 2001), p. 234. Por tanto, tal declaración, aunque inculpatoria, no garantizaría el descubrimiento de la verdad.

¹⁸³ FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad...*, ob. cit., pp. 57-58 (nota 50). Sin embargo, si bien no se aprecian diferencias estructurales en cuanto al modo adecuado de acreditar los hechos externos e internos, es evidente que la inexistencia de una definición de éstos, así como la

prueba consiste en dar por probado un hecho a partir de un razonamiento inferencial realizado sobre la base de los elementos probatorios presentes en el proceso y gracias a la aplicación de máximas de experiencia¹⁸⁴. Lo mismo sucede con la prueba de los hechos internos¹⁸⁵, en la medida en que el órgano jurisdiccional debe concluir si se presenta o no el elemento subjetivo del injusto a partir de las pruebas disponibles de conformidad con criterios similares a los que presiden la valoración de la prueba relativa a hechos externos¹⁸⁶.

3.2. Los hechos favorables a la defensa.

Anteriormente se ha visto que los hechos constitutivos del delito y las correspondientes circunstancias agravantes deben quedar probados para que puedan ser apreciados por el juez penal (de modo que la duda acerca de la concurrencia de alguno de ellos supone la necesidad de adoptar la resolución más favorable para el

coexistencia en la doctrina de distintas teorías acerca, fundamentalmente, del dolo, hace más compleja la labor de su fijación procesal y, en todo caso, admite un mayor margen de discrecionalidad en la elección de la teoría aplicable sobre el dolo. LAURENZO COPELLO, P., *Dolo...*, ob. cit., pp. 115-116. En el mismo sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba...*, ob. cit., pp. 25 a 32.

¹⁸⁴ Con más detenimiento vid. *infra*, capítulo IV. Acerca de la similitud del razonamiento judicial en ambos casos, vid. JORGE BARREIRO, A., “Las sentencias absolutorias...”, ob. cit., p. 77.

¹⁸⁵ RAGUÉS I VALLÉS analiza exhaustivamente el razonamiento inferencial necesario para dar por probado un hecho interno, con especial incidencia en el estudio de las premisas integrantes de tal razonamiento (la existencia de una máxima de experiencia y los hechos externos previamente constatados), así como en los problemas para llegar a determinar de este modo la existencia de dolo cuando éste es entendido como un estado mental o hecho interno y no como una imputación normativa, esto es, desde lo que se conoce como *teoría psicológica del dolo*. RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba...*, ob. cit., pp. 237 a 258.

¹⁸⁶ Como señala LAURENZO COPELLO, resulta positivo contar con distintos indicios-tipo que la jurisprudencia ha ido formulando sobre la base de su experiencia y que, sin ser utilizados como presunciones de aplicación automática, puedan ser útiles para obtener la prueba del dolo, para lo cual es necesario que su aplicación está acompañada de la cuidadosa observación de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. LAURENZO COPELLO, P., *Dolo...*, ob. cit., pp. 132 y ss.

acusado). Ahora hay que analizar qué hechos son aquéllos cuya prueba determina la imposibilidad de dictar una sentencia de condena, esto es, todos aquellos hechos que producen efectos favorables a la defensa.

Tales hechos o circunstancias son los que determinan la necesaria exclusión o extinción de la responsabilidad criminal o, en su caso, su modificación en sentido favorable al acusado. Para realizar ese análisis, se acudirá a la clasificación antes trazada entre hechos *impeditivos*, *modificativos*, *extintivos* y *excluyentes*; ello permitirá determinar hasta qué punto es posible –y útil– trasladar dichas categorías del ámbito de la práctica procesal civil al campo del proceso penal.

No existe entre nuestras normas procesales un precepto que enumere los distintos hechos favorables al acusado. Cosa distinta sucede en el cpp italiano, donde el art. 187.1 pone de manifiesto los distintos hechos que pueden constituir el tema de prueba en el proceso penal e, indirectamente, también los que favorecen a la defensa, aunque sin referencia alguna a la carga formal de la prueba. Dicho precepto señala que el tema de prueba lo constituyen los hechos relativos a la imputación, a la punibilidad y a la determinación de la pena o de la medida de seguridad. Así mismo, en el apartado 2º de este mismo precepto se consideran objeto de prueba los hechos de los cuales depende la aplicación de normas procesales. En este sentido, es posible entender que dicha norma delimita lo que puede ser probado en el proceso penal, sin hacer referencia expresa a qué hechos debe probar cada parte. De acuerdo con dicho precepto, pues, tienen que ser probados tanto hechos que corroboran la imputación como aquéllos otros que la ponen en duda o que abiertamente la convierten en infundada; esto es, ofrece cobertura normativa a la prueba de los hechos de descargo¹⁸⁷.

Dada, como se ha comentado, la inexistencia de una norma de similares características en nuestro ordenamiento, se partirá de la distinción antes apuntada para analizar, en primer lugar, qué hechos con relevancia penal tendrán el carácter

¹⁸⁷ CATALANO, E.Mª., *La prova d'alibi*, Giuffrè editore, Milano, 1998, p. 18.

de hechos *impeditivos*. Si se entiende por hecho *impeditivo* aquél que impide el nacimiento mismo de la pretensión sostenida por el actor, podrán encuadrarse en esta categoría gran parte de las circunstancias favorables al acusado; concretamente, todos los hechos que tienden a negar la existencia de alguno de los hechos constitutivos de la pretensión, y que pueden consistir en: negar la existencia del hecho (lo que sucede, por ejemplo, cuando se sostiene que la supuesta víctima de un homicidio está viva); afirmar su no participación en los hechos (coartada); sostener que el hecho no es delito (por ausencia de tipicidad o porque concurre alguna causa de justificación, en cuyo caso estaría ausente la antijuridicidad); alegar la ausencia de culpabilidad (por falta de imputabilidad, de dolo o culpa como formas de culpabilidad o de exigibilidad) o la existencia de alguna causa de exclusión de la punibilidad (como la prevista en el art. 146 CP respecto de la mujer embarazada que, por imprudencia grave, se ocasione un aborto).

Respecto de la coartada, ésta supone la introducción en el proceso de hechos que constituyen una versión alternativa a la hipótesis acusatoria en la medida en que se niega la intervención del acusado en los hechos delictivos. En otras palabras, la coartada consiste en la alegación de determinados hechos cuya verificación determina inexorablemente su no participación. Ciertamente, mientras que, por ejemplo, las causas de justificación no excluyen la existencia del hecho ni la participación en él del acusado (su apreciación determinaría la absolución en la medida en que la conducta está amparada por el ordenamiento jurídico), la coartada está dirigida a mostrar la no participación del acusado en los hechos (de modo que su apreciación supondría su absolución por la no comisión del hecho)¹⁸⁸.

La coartada (y, en general, la posibilidad de solicitar la práctica de prueba tendente a demostrar la inexistencia del hecho¹⁸⁹), constituye una de las

¹⁸⁸ CATALANO, E. M^a., *La prova...*, ob. cit., p. 3. Como señala la autora, no todas las pruebas de descargo tienen como finalidad contrarrestar las pruebas de cargo. Por el contrario, podemos encontrarnos con pruebas de descargo cuyo objetivo es mostrar la existencia de circunstancias ajenas al hecho principal. Un clarificador ejemplo lo constituye la prueba de circunstancias eximentes, que no niegan la existencia del hecho. CATALANO, E. M^a., *La prova...*, ob. cit., p. 23.

¹⁸⁹ CATALANO, E. M^a., *La prova...*, ob. cit., p. 23.

manifestaciones más importantes del derecho de defensa. Como señala CATALANO, el derecho del acusado a la contraprueba es una concreción del derecho de defensa manifestado en el art. 6.3 d) CEDH¹⁹⁰. En un sentido análogo se manifiesta PEDRAZ PENALVA, aunque no únicamente en relación con la coartada, sino también con la posibilidad de solicitar la práctica de las pruebas que se consideren más adecuadas para acreditar las correspondientes alegaciones de las partes, siendo ésta una de las implicaciones directas del derecho de defensa en conexión con el principio de contradicción¹⁹¹.

En segundo lugar, cabe la posibilidad de introducir hechos que excluyan la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En estos dos últimos casos se trata de las llamadas *eximentes*, recogidas en el art. 20 CP.

La exclusión de la tipicidad, en primer término, supone, básicamente, que el hecho cometido no está previsto como delito por el ordenamiento jurídico y, por tanto, sin negar la existencia del hecho, se niegan las consecuencias jurídicas solicitadas por la acusación. Se trata de hechos que se consideran atípicos por faltar alguno de los elementos requeridos en la descripción normativa de la conducta: acción u omisión típica, intención (cuando aparece integrada como elemento del tipo por exigir éste la concurrencia de dolo específico), resultado, nexo causal, etc.

En segundo término, la exclusión de la antijuridicidad se produce ante la presencia de determinados elementos que convierten a una conducta, en principio justificada, en conforme a Derecho. Ello es así puesto que, una vez valoradas las circunstancias en las que se ha cometido, el hecho es correcto, por haberse provocado un mal menor al que se ha tratado de evitar. Es lo que sucede, en concreto, cuando concurre alguna de las causas de justificación contenidas en el artículo 20 CP.

¹⁹⁰ Si bien este precepto alude únicamente al derecho del acusado a presentar declaraciones testimoniales de descargo, el TEDH ha extendido el alcance de este derecho a todo tipo de pruebas. CATALANO, E. M^a., *La prova...*, ob. cit., pp. 21-22.

¹⁹¹ PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal...*, Tomo I, ob. cit., p. 229.

Por último, la exclusión de la culpabilidad se produce cuando el sujeto, teniendo la obligación de acuerdo con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, no haya podido hacerlo. Ello supone que no se le puede dirigir el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. Causas de exclusión de la culpabilidad serían, por tanto y de acuerdo con las prescripciones del CP, las anomalías o alteraciones psíquicas, el estado de intoxicación plena, el síndrome de abstinencia, las alteraciones de la percepción y la minoría de edad, en la medida en que excluyen la imputabilidad¹⁹²; así mismo, también lo son el caso fortuito, el error invencible (puesto que pueden excluir las formas de culpabilidad), el estado de necesidad excusante y el miedo insuperable, éstas últimas por cuanto eliminan la exigibilidad.

Junto con los hechos de naturaleza impeditiva, y dentro de lo que en páginas anteriores se ha denominado *hechos modificativos* (que, en esencia, sin impedir totalmente el mantenimiento de la pretensión frente al acusado, lo condicionan o, en otras palabras, determinan su modificación), tiene cabida, entre otras, la alegación de las circunstancias que afectan a la tipicidad (sin excluirla), como sucede con la introducción de un hecho que obliga a realizar una nueva calificación jurídica de los hechos enjuiciados. Por ejemplo, el hecho es delito, pero distinto a aquél por el que se sigue el proceso; ello puede suceder en el supuesto en el que la calificación sea de asesinato por la concurrencia de la circunstancia de precio y se introduce la posibilidad de que el acusado no actuara por precio, de modo que cabría calificar el hecho como homicidio y no como asesinato; un caso similar se produciría cuando el hurto se califica como delito y se introduce un hecho –el valor de lo sustraído– que obliga a calificarlo como falta. Estos supuestos son similares a

¹⁹² Respecto a la minoría de edad es necesario tener en cuenta que ésta excluye la culpabilidad y, por tanto, exime de responsabilidad penal de acuerdo con el Código Penal, pero ello no impide que el sujeto sea perfectamente imputable a la luz de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. El fundamento de esta exclusión se sitúa, en opinión de MIR PUIG, en dos ideas: en primer lugar, respecto de los niños de menor edad (respecto de los que la exclusión de imputabilidad sería absoluta), en la presunción de que antes de cierta edad no concurre la imputabilidad y, en segundo lugar, respecto de los menores más próximos a la mayoría de edad, el fundamento de la exclusión reside en razones de política criminal, por cuanto se entiende que es preferible un tratamiento educativo específico distinto al del puro castigo. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 610.

lo que en la doctrina penal se conoce como “determinación alternativa del hecho”, esto es, aquellos casos en los que el órgano jurisdiccional tiene la certeza de que se han cometido unos hechos típicos pero se desconocen ciertas circunstancias que afectan a su calificación jurídica (como es el caso de la apropiación de un bien mueble que se hallaba en el interior de un vehículo pero no ha quedado probado si se utilizaron llaves falsas o las puertas del vehículo estaban abiertas)¹⁹³. También se encuadrarían en esta categoría aquellos hechos o circunstancias que modifican –sin excluir– la responsabilidad criminal, como sucede con las circunstancias atenuantes y las eximentes incompletas o atenuantes muy cualificadas.

En cuanto a lo que se conocen como hechos *extintivos*, esto es, aquéllos que en el proceso civil extinguen la relación jurídica alegada por el actor, en el proceso penal es posible considerar como tales aquéllos que extinguen la pretensión acusatoria, dentro de los cuales cabe destacar, a título de ejemplo, la prescripción del delito, la cosa juzgada, el perdón del ofendido en aquéllos casos en los que éste conserva eficacia extintiva¹⁹⁴, etc. Se trata, en todos los casos señalados, de supuestos en los que la concurrencia de circunstancias ajenas a la propia comisión de los hechos determina la extinción misma de la pretensión, esto es, sin abrir la discusión acerca de su fundamentación, se alega la existencia de unos hechos que cierran la posibilidad de seguir manteniendo la pretensión penal.

Por último, no parece que en el proceso penal sea aplicable la categoría civil de los llamados *hechos excluyentes*, al menos en el mismo sentido en el que son entendidos en aquél ámbito. Ciertamente, tratándose de hechos que otorgan *contraderechos* a la parte pasiva del proceso y, por tanto, en la medida en que

¹⁹³ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal...*, ob.cit., p. 98. Señalan estos autores la aplicabilidad del principio *in dubio pro reo* a estos supuestos, de forma que será necesario calificar el hecho de la forma más favorable para el acusado. Lo que sucede en el ejemplo propuesto es que sólo han quedado acreditados los hechos constitutivos del delito de hurto, por lo que no será posible condenar por robo con fuerza en las cosas.

¹⁹⁴ Así sucede con los delitos privados (injurias y calumnias), los delitos *semipúblicos con interés privado* (como es el caso de la revelación de secretos por particulares) y con las faltas semipúblicas. GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. COLEX, Madrid, 2001, p. 338.

gozan de naturaleza privada, se caracterizan básicamente por la circunstancia de que sólo pueden ser alegados a instancia de parte. Como es sabido, en el ámbito del proceso penal, las partes carecen –en general, y con las excepciones ya vistas¹⁹⁵– del poder de disposición sobre los hechos, de modo que cualquier circunstancia que sea favorable para el acusado podrá ser evidenciada tanto de oficio cuanto a instancia de cualquiera de las partes. Ello se manifiesta claramente en relación con la prescripción del delito o de la pena como defensa material del acusado. Efectivamente, en el proceso civil se considera que esta figura jurídica es un ejemplo de hecho excluyente, en la medida en que sólo el demandado puede alegarla en su favor. Sin embargo, como bien pone de manifiesto GIMENO SENDRA, la prescripción del delito puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional en tanto constituye una causa de extinción de la responsabilidad penal, y ello sin necesidad de que sea el acusado quien la alegue¹⁹⁶.

Puestos de manifiesto los distintos hechos que pueden apoyar tanto la pretensión como la posible resistencia o defensa, el siguiente paso será el de estudiar a cuál de las partes corresponde la prueba de los mismos. No obstante, una parte importante de la cuestión planteada ya ha sido resuelta en las páginas precedentes, en la medida en que se ha puesto de relieve reiteradamente la necesidad de que la acusación dé cumplida prueba de los hechos constitutivos de la pretensión (tanto de los llamados hechos *objetivos* cuanto de los hechos *subjetivos*). Resta, por tanto, determinar si es posible hablar en el proceso penal de la carga de la prueba del acusado en relación con los hechos que, como se ha visto, pueden determinar una rebaja de la pena o, incluso, una exención total de responsabilidad criminal, así como las consecuencias de la falta o insuficiencia de prueba acerca de tales hechos.

¹⁹⁵ Vid. apartado 1.2.2.3. de este capítulo, donde se aborda el reconocimiento de hechos y, en especial, la conformidad como actos de disposición admitidos en el proceso penal.

¹⁹⁶ GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2001), p. 353.

Al margen de esta referencia a los hechos excluyentes como categoría de difícil encaje en el orden penal, queda patente sin embargo que, en líneas generales, es posible trazar una distinción semejante a la utilizada en el proceso civil entre los distintos tipos de hechos que deben ser probados por las partes. Una vez conocido, pues, el objeto y el tema de la prueba en el proceso penal, quedan sentadas las bases a partir de las cuales puede realizarse el análisis de la carga de la prueba en este ámbito. No obstante, es necesario realizar un estudio aproximativo previo a las cargas procesales como fenómeno de amplia incidencia en el proceso, que permitirá dotar de un contexto completo a la carga de la prueba como objeto central de análisis.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO II

CARGAS PROCESALES Y CARGA DE LA PRUEBA

1. LAS CARGAS PROCESALES.

Puesto que el objeto de estudio principal de este trabajo es la carga de la prueba en el proceso penal, es imprescindible el análisis de dos cuestiones preliminares: por un lado, el ya realizado acerca de las notas más generales de la prueba, con especial referencia al ámbito del proceso penal (concepto, finalidad, objeto y tema de prueba); por otro lado, y esto es lo que se va a realizar a continuación, el de la categoría de la carga procesal, al menos para determinar cuáles son sus notas esenciales, por cuanto la carga de la prueba, especie del género común de las cargas procesales, participa de ellas. Se partirá, pues, del estudio de la carga procesal, tomando como puntos de referencia tres cuestiones que, a juicio de GAVAZZI, son ineludibles en el análisis de cualquier situación jurídica subjetiva (obligaciones, situaciones de sujeción, derechos, facultades, etc.): qué clase de norma es la que establece la carga procesal, qué interés se persigue con su establecimiento y, por último, cuáles son las consecuencias de su no ejercicio¹.

¹ GAVAZZI, G., *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Ed. Giappichelli, Torino, 1970, p. 13.

Como podrá comprobarse tras la lectura de las siguientes páginas, éstas son las cuestiones que, en todo momento, estarán presentes, en mayor o menor medida, para tratar de situar a esta categoría en el marco de las situaciones subjetivas procesales.

Conviene realizar, sin embargo, dos advertencias previas. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el desarrollo teórico de las cargas procesales tiene una finalidad meramente instrumental, dirigida a permitir una caracterización de la carga de la prueba en función de las notas predicables de las cargas procesales, fundamentalmente por lo que respecta al proceso penal, lo que será objeto de estudio en los siguientes capítulos². En segundo lugar, como es sabido, la construcción doctrinal de la categoría de la carga procesal como figura autónoma se debe principalmente a los estudios realizados durante el siglo XX en el ámbito del proceso civil –y, aunque resulte paradójico, a partir del análisis de esta figura en el campo de la prueba-, por lo que las referencias a tales estudios serán inevitablemente constantes³, aunque siempre con la finalidad última de determinar la incidencia de esta figura en el orden penal.

1.1. El origen del concepto de carga procesal: el proceso en la teoría de la situación jurídica.

² Vid., *infra*, fundamentalmente capítulos IV y V.

³ La relevancia conceptual de la figura de la carga como mecanismo explicativo de multitud de normas jurídicas condujo a la doctrina civilista a extender su configuración al ámbito del Derecho Privado, dejando pues de ser una categoría exclusivamente procesal. Así lo ponen de manifiesto GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Notas para un concepto de carga”, en *Revista General de Legislación*

El arranque como categoría autónoma de la carga procesal se debe fundamentalmente a los trabajos desarrollados por GOLDSCHMIDT acerca del complejo tema de la naturaleza jurídica del proceso, en los que trató de superar las dificultades planteadas por la teoría del proceso como relación jurídica, formulada por BÜLOW⁴. De forma sumamente resumida, cabría afirmar que para éste último autor el proceso se encuentra caracterizado por constituir una relación jurídica triangular entre las partes y el órgano jurisdiccional, de la que, en consecuencia, emanan derechos y obligaciones recíprocas y cuya correcta constitución exige la necesaria concurrencia de determinados presupuestos procesales tales como la competencia y la capacidad⁵: “el proceso –escribió BULÖW- es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso (...). Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común”⁶. Resolver el conflicto y colaborar para ello son, pues, las obligaciones

y *Jurisprudencia*, febrero 1986, núm. 2, pp. 181-182 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988, p. 23.

⁴ Sus tesis se encuentran recogidas, fundamentalmente, en las siguientes obras: GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del proceso. I. Teoría general del proceso*, 2ªed, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961 y BÜLOW, O., *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868) (trad. por De Rosas Lichtschein, M.A.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964. Un análisis detenido de ambas teorías puede verse en PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, Tomo I, ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, pp. 54 y ss; GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 155 y ss; del mismo autor (con ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal*, Tomo I, Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 178 y ss; MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 181 y ss; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pp. 23 y ss; OCHOA MONZÓ, V., *La localización de bienes en el embargo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 24 y ss. En particular, sobre la tesis del proceso como situación jurídica vid. CALAMANDREI, P., “Il processo come situazione giuridica” (1927), en *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965, pp. 177 y ss.

⁵ BÜLOW, O., *La teoría de las excepciones...*, ob. cit., p. 3.

⁶ BÜLOW, O., *La teoría de las excepciones...*, ob. cit., p. 2.

principales del juez y de las partes respectivamente derivadas de la relación jurídica diseñada por BÜLOW.

Frente a la tesis de la relación jurídica, GOLSDCHMIDT pone de manifiesto que el proceso únicamente origina obligaciones para el órgano jurisdiccional como consecuencia del puesto que éste ocupa, cuyo fundamento último reside en el deber de administrar justicia⁷. Para este autor, la inexistencia de una relación jurídica procesal determina, a su vez, la inexistencia de derechos y obligaciones para las partes, considerando que tales categorías deben ser sustituidas por otras que explican mejor la estructura y funcionamiento del proceso al margen de una tesis como la formulada por BÜLOW: las posibilidades y las cargas que vienen a conformar el contenido de las denominadas *situaciones jurídicas procesales*⁸.

GOLSDCHMIDT expone esta teoría –que meramente se ha enunciado– partiendo de la idea de que las partes se encuentran en una situación de expectativa respecto de la resolución de fondo, de forma tal que la transformación de dicha expectativa en una sentencia favorable se hace depender del aprovechamiento de las posibilidades procesales y del ejercicio de las cargas que poseen en virtud de su *status* de parte procesal. Desde este punto de vista, las *posibilidades procesales* serían las oportunidades conferidas a las partes para llevar a cabo una determinada actuación procesal dirigida a obtener un beneficio procesal y, en último término, una resolución favorable⁹, mientras que el ejercicio de las *cargas procesales* tiene

⁷ GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., pp. 20-21; CALAMANDREI, P., “Il processo come...”, ob. cit., p. 178.

⁸ A las que el propio autor define como el “estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas”. GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., p. 62.

⁹ Ejemplos de posibilidades procesales serían, pues, fundamentar la demanda o rebatirla alegando excepciones materiales o procesales. GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., p. 58. Sin embargo, GOLDSCHMIDT no rechaza absolutamente la categoría de los derechos procesales, sino que los reconduce básicamente a la figura de la posibilidad, a la que caracteriza como “situación que permite obtener una ventaja procesal por la ejecución de un acto procesal”.

como finalidad la prevención de una desventaja procesal¹⁰. Precisamente, la finalidad de evitar un perjuicio procesal lleva al autor a catalogar a la carga procesal como *imperativo del propio interés*¹¹, lo que, como después se verá, cobra una especial relevancia en relación con la configuración conceptual posterior de esta categoría.

La teoría de GOLDSCHMIDT, aunque es esencial y ha creado escuela en el ámbito de la Teoría General del Proceso al haber puesto de manifiesto la inexistencia de una relación jurídica procesal y haber logrado explicar el carácter *dinámico* del proceso¹², puede considerarse hoy superada en nuestra doctrina, fundamentalmente porque quizás fue apresurado negar la existencia de obligaciones procesales junto con las posibilidades y las cargas, como pone de relieve un análisis exhaustivo de nuestros textos procesales. Así mismo, cabe llegar a idéntica conclusión si se tiene en cuenta que GOLDSCHMIDT pareció subestimar la situación de contradicción entre las partes¹³, frente a la idea hegemónica que

GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil* (1932) (Trad. por Prieto Castro, L.), Ed. LABOR, Barcelona, 1936, p. 195.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., pp. 58-59. Como señala GIMENO SENDRA, mientras para lograr situarse ante la expectativa de una sentencia favorable, la parte debe generalmente realizar una actuación procesal, lo que GOLDSCHMIDT denomina *perspectiva* de una sentencia desfavorable se produce precisamente en el supuesto contrario, esto es, cuando la parte interesada omite realizar un acto procesal. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 164.

¹¹ GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., p. 91.

¹² Precisamente, como señala PRIETO-CASTRO, la teoría del proceso como situación jurídica puede considerarse *dinámica* porque explica la incertidumbre a la que se somete el resultado del mismo, haciéndolo depender de las actuaciones que las partes lleven a cabo, ejercitando sus respectivas posibilidades y cargas. PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 63; en el mismo sentido, vid. CALAMANDREI, P., "Il processo come...", ob. cit., p. 180 y RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho...*, ob. cit., p. 31. CALAMANDREI alude con mucha claridad a esta idea al señalar que la parte se erige en "árbitro y responsable de su propia suerte". CALAMANDREI, P., *Estudios sobre el Proceso Civil* (Trad. por Sentís Melendo, S.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, Vol. III, p. 266; también en "Il processo come giuoco" (1950), en *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965, p. 558.

¹³ "Actor y demandado, acusador y acusado han de tener en cuenta las conductas del órgano jurisdiccional como las posibilidades y cargas que entre sí van utilizando, porque también de los actos procesales que ejerza el adversario se acrecientan o disminuyen las expectativas de éxito de la otra parte". GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 174.

preside su teoría, basada en la situación de expectativa de cada una de las partes, individualmente consideradas, frente a la sentencia. Esta crítica es la que ha permitido a GIMENO SENDRA adoptar una postura que, partiendo de la teoría del proceso como situación jurídica, se presenta ciertamente como superadora de ella, puesto que pone de manifiesto sus deficiencias. Ello le permite concluir –tesis que se comparte plenamente- que el proceso es el “conjunto de posibilidades, cargas y obligaciones que asisten a las partes como consecuencia del ejercicio de la acción, cuya realización, ante el órgano jurisdiccional, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales desde las que, en un estado de contradicción, examinan sus expectativas de una sentencia favorable y, con ella, la satisfacción de sus respectivas pretensiones y resistencias”¹⁴.

A pesar de todo ello, la teoría de GOLDSCHMIDT goza de un indudable valor por lo que respecta a la figura de la carga procesal, ya que ha dado lugar a dos fenómenos importantes: por un lado, ha puesto de manifiesto que la presencia de las cargas en el proceso es mucho más numerosa que la de las obligaciones¹⁵ y, por otro lado, ha generado un abierto debate teórico acerca de la naturaleza y caracteres de las cargas procesales que será objeto de análisis a continuación.

1.2. Concepto y naturaleza de las cargas procesales.

Una de las cuestiones más controvertidas respecto de la figura de la carga procesal es la relativa a su ubicación entre las *situaciones jurídicas activas*

¹⁴ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 175.

¹⁵ OCHOA MONZÓ, V., *La localización de bienes...*, ob. cit., pp. 29-30.

(poderes, facultades y derechos subjetivos) o *pasivas* (obligaciones y, en general, situaciones de sujeción)¹⁶. Una de las diferencias fundamentales entre ellas reside en el papel que juega la voluntad del sujeto en el momento de realizar una determinada actuación (en términos generales, imprescindible en las primeras e indiferente en las segundas)¹⁷.

La cuestión a resolver se plantea ciertamente compleja, puesto que situar a la carga procesal en uno u otro extremo implica, en último término, asumir una determinada perspectiva de análisis, esto es, atender preferentemente, bien a la situación de sujeción en la que se encuentra el titular de la carga para evitar la *perspectiva* de una situación desfavorable (en cuyo caso la carga procesal habría de ubicarse en la categoría genérica del deber), bien a la libertad que el ordenamiento jurídico le confiere para decidir si la ejerce o no (situándose así entre los supuestos genéricos de poder).

Los autores que consideran que la carga procesal forma parte de la categoría de los deberes jurídicos tienden a estar de acuerdo en un aspecto esencial: en tomar como punto de referencia básica la situación de sujeción a la que el ordenamiento jurídico somete a la parte para que realice una determinada actuación procesal y así evitar una situación desventajosa o, en otras palabras, para obtener la expectativa de una resolución favorable¹⁸. Sin embargo, hay consenso también en torno a la idea de que, aun siendo un tipo de deber, difiere sustancialmente de los deberes típicos, puesto que las consecuencias de su no ejercicio no constituyen una sanción jurídica en sentido estricto.

¹⁶ Un análisis general de las distintas teorías puede verse en ARAZI, R., *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1986, pp. 67 y ss.

¹⁷ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Notas para un concepto...”, ob. cit., pp. 204 y ss; OCHOA MONZÓ, V., *La localización de bienes...*, ob. cit., pp. 30-31.

¹⁸ Se trata, en definitiva, y a juicio de GAVAZZI, de una idea necesariamente compartida por todos aquellos autores que, en último término, consideran que el ordenamiento jurídico se encuentra integrado por normas imperativas. GAVAZZI, G., *L'onere. Tra la libertà...*, ob. cit., pp. 14 y ss.

Una muestra fundamental de ello se encuentra en la teoría sostenida al respecto por CARNELUTTI que, aunque a lo largo de su obra matizó en varias ocasiones su tesis acerca de la naturaleza jurídica de las cargas procesales¹⁹, sostuvo en todo caso que éstas pertenecen a la categoría de los deberes²⁰. Ciertamente, su tesis partía de considerar que el ejercicio de la carga procesal es de carácter necesario para la obtención de un fin, por lo que entendió que el elemento que diferencia a la carga de las situaciones jurídicas activas es precisamente la sujeción de la voluntad –con especiales características- de quien se halla gravado por ella²¹. Pero CARNELUTTI entiende que dicha sujeción se encuentra claramente diferenciada –al menos, desde dos puntos de vista- de la que se produce cuando un sujeto se encuentra sometido al cumplimiento de una obligación: en primer lugar, en atención al interés que se trata de tutelar por la carga y por la obligación, consistente en un interés propio en el caso de la carga y en un interés de un tercero y, por tanto, ajeno, en el caso de la obligación²²; en segundo lugar, en atención al grado de sujeción, que, como señala CARNELUTTI, es también distinto en uno y otro caso, puesto que la carga solamente *obliga* en el supuesto de que el destinatario desee obtener un determinado resultado y la obligación no posee ese carácter condicional, sino que su cumplimiento viene asegurado por la amenaza de una sanción jurídica, desapareciendo, pues, la relevancia de la voluntad como elemento

¹⁹ Así lo pone de manifiesto AUGENTI, G. “Apéndice”, en CARNELUTTI, F., *La prueba...*, ob. cit., pp. 217 y ss.

²⁰ Uno de los méritos que se han atribuido a la tesis de CARNELUTTI acerca de la naturaleza de la carga es la de haber sabido estudiar esta figura desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho, no circunscribiéndola exclusivamente al campo del proceso y, en particular, al proceso civil, opción más habitual entre los estudiosos de las cargas. Vid. GAVAZZI, G., *L'onere. Tra la libertà...*, ob. cit., p. 43 (nota 5).

²¹ CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil* (5ª ed., 1956) (Trad. por Sentís Melendo, S.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, Vol. I, p. 332.

²² En este sentido, sostiene CARNELUTTI que el conflicto de intereses planteado por el Derecho se traduce, en el caso de la carga, en un conflicto entre intereses de un mismo sujeto, de modo tal que, a diferencia de la obligación, en la que puede distinguirse claramente entre sujeto *necesitado* (esto es, quien tiene que llevar a cabo la conducta prevista) y sujeto titular del interés tutelado, ambos confluyen en el caso de la carga en su destinatario. CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho* (trad. por Osset, F.J.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 223.

definitorio de este tipo de deber²³. Esta distinción es diseñada por CARNELUTTI en torno a los conceptos de *acto debido* (esto es, conforme a la obligación), *acto ilícito* (actuación contraria a la obligación) y *acto necesario* (esto es, actuación en la que también se presenta la *necesidad* de actuar, pero sólo en el supuesto de que se desee alcanzar un determinado fin, de modo tal que, en caso de no actuación, no podemos hablar de acto ilícito)²⁴. En este sentido, concluye que la distinción fundamental entre carga y obligación reside, en definitiva, en estudiar si la violación de un precepto jurídico constituye o no una actuación ilícita (si se trata de un acto ilícito, estamos ante un acto debido; en caso contrario, ante un acto necesario y, por tanto, una carga)²⁵.

Pero CARNELUTTI no es el único que adopta esta perspectiva de análisis, si bien es el más representativo. Sobre la base de consideraciones semejantes, CALAMANDREI señala también que la carga procesal se caracteriza por la persecución de un interés propio y por la inexistencia de una sanción jurídica en caso de no ejercicio, puesto que las consecuencias que de éste se derivan se traducen en la pérdida de una ventaja procesal²⁶. La tesis de CALAMANDREI se

²³ CARNELUTTI, F., *Instituciones...*, ob. cit., p. 356. También pone de manifiesto estas diferencias AUGENTI, G., “Onere di prova e processo penal”, en *Rivista Penale*, 1930, p. 1039. Ya había señalado CARNELUTTI en una obra anterior que la distinción entre la obligación y la carga se centra en las consecuencias de su incumplimiento: mientras el incumplimiento de la obligación lleva a la aplicación de una sanción jurídica, el no ejercicio de la carga implica únicamente la pérdida o no consecución de los “efectos útiles” del acto jurídico omitido. Ello le condujo a considerar que, en realidad, la distinción entre carga y obligación se corresponde con la distinción kantiana entre imperativos hipotéticos y categóricos. CARNELUTTI, F., *Lezioni di Diritto Processuale Civile* (1926), Ed. CEDAM, Padova, 1986, Vol. II, pp. 346-347.

²⁴ CARNELUTTI, F., *Teoría general...*, ob. cit., pp. 222-223.

²⁵ CARNELUTTI, F., *Teoría general...*, ob. cit., p. 222. En sentido similar, AUGENTI, G. P., *L'onere della prova*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1932, pp. 131 y ss.

²⁶ CALAMANDREI, P., *Estudios...*, ob. cit., Vol. III, p. 340. En idéntico sentido, COUTURE, quien considera que el ejercicio de la carga procesal es condición necesaria para el ejercicio, a su vez, de un derecho, de modo tal que la sujeción de la voluntad —característica, a su juicio, fundamental de esta figura— se produce como consecuencia, no de la amenaza de una sanción, sino de la amenaza de la imposibilidad de disfrute del concreto derecho protegido por la carga (derecho a la prueba, derecho a la defensa, etc.); en definitiva, por la imposibilidad de satisfacer un interés propio, a diferencia de la obligación. COUTURE, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 211-212.

fundamenta en considerar que las cargas procesales, si bien implican la sujeción de la voluntad del sujeto gravado con ellas, tal sujeción no se produce por la amenaza de una sanción, sino por la advertencia que realiza la norma respecto de las consecuencias perjudiciales que sufriría en caso de no ejercicio²⁷.

También hay un sector representativo de la doctrina española que considera esencial para definir la carga procesal la idea de la sujeción de la voluntad, de modo que la sitúa entre las distintas manifestaciones del deber jurídico, con la salvedad de que, en el caso de la carga, el vínculo de la voluntad viene impuesto por el deseo de alcanzar una determinada finalidad (generalmente una ventaja procesal), solamente realizable mediante su ejercicio. Por ello, HERCE QUEMADA subraya la idea de que la carga, en último término, supone una *conminación* a hacer o no hacer algo, si bien generada por la posibilidad de obtener un perjuicio procesal en caso de inactividad, lo que se diferencia claramente de la obligación, que hace surgir un derecho a favor de un tercero y cuyo incumplimiento acarrea la asunción de responsabilidad subjetiva y el nacimiento de una sanción²⁸.

Con similares argumentos, PRIETO-CASTRO se manifiesta igualmente partidario de considerar a las cargas procesales entre las situaciones jurídicas pasivas, atendiendo fundamentalmente a la necesidad de que sean las partes quienes, en su deseo de obtener una ventaja procesal, realicen las actuaciones previstas para ello por la norma jurídica²⁹.

En definitiva, se desprende de este breve análisis que quienes sitúan a la carga procesal en el plano de los deberes y obligaciones toman en consideración, fundamentalmente, dos ideas básicas: la sujeción de la voluntad del sujeto gravado

²⁷ Concretamente, CALAMANDREI nos habla de “advertencias” o “estímulos psicológicos”. CALAMANDREI, P., “Il processo come giuoco”, ob. cit., p. 558.

²⁸ HERCE QUEMADA, V., “La carga de la prueba”, en *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 6, 1 de julio de 1962, p. 5 (separata). Igualmente, vid. AUGENTI, G.P., *L'onere...*, ob. cit., p. 137.

²⁹ PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 537.

con la carga y las consecuencias derivadas de su no ejercicio, que si bien no pueden catalogarse como sanciones jurídicas propiamente dichas –y ello permite diferenciar a las cargas de los deberes cuyo cumplimiento se encuentra típicamente respaldado por la amenaza de una sanción–, implican en todo caso la pérdida de ventajas procesales.

Junto con la tesis analizada en virtud de la cual la carga procesal es una clase de deber –que podríamos denominar *atípico*, dadas las particularidades vistas– otro sector importante de la doctrina se ha manifestado abiertamente contrario a esta caracterización, considerando que las cargas procesales pertenecen a la categoría de las situaciones jurídicas activas, que estaría integrada de este modo por los derechos, las facultades y las cargas. Nos encontramos en estos casos con un cambio de perspectiva evidente, en virtud del cual se hace prevalecer la ausencia de una sanción jurídica en caso de no ejercicio y, por tanto, la posibilidad conferida a la parte de ejercitar o no la carga; en definitiva, la libertad frente a la sujeción. Ejemplos paradigmáticos de ello son las obras clásicas de MICHELI y ROSENBERG, ambos cultivadores en profundidad de esta materia³⁰.

Ambos autores coinciden plenamente en reconocer que existe en el caso de la carga procesal un tipo de mecanismo que incide psicológicamente sobre las partes y que les inclina hacia su ejercicio, pero coinciden también en poner de manifiesto las importantes diferencias que caracterizan a este tipo de sujeción de la que se produce en el caso de las obligaciones. La primera de ellas es la distinta naturaleza de la conducta de la parte en uno y otro caso, puesto que, mientras en el caso de las obligaciones su incumplimiento constituye la contravención de un mandato o ilícito, en el caso del no ejercicio de una carga procesal nos encontramos únicamente ante lo que algunos autores han denominado *autorresponsabilidad* o

³⁰ Sus contribuciones en este campo son de obligada referencia: MICHELI, G.A., *La carga de la prueba* (1942) (Trad. por Sentís Melendo, S.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961 y ROSENBERG, L., *La carga de la prueba* (1951) (Trad. por Krotoschin, E.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

*responsabilidad frente a uno mismo*³¹. Por ello, el ejercicio de la carga, a diferencia de la obligación, se encuentra plenamente condicionado por la disposición o voluntad del sujeto de lograr la finalidad tutelada mediante su establecimiento³². En atención a ello, MICHELI introduce la idea de *ostentar la carga de ejercitar un poder*, afirmando que también el ejercicio de todas las situaciones jurídicas activas (derechos o facultades; en general, poderes) podría considerarse obligatorio, en la medida en que resulta necesario para lograr el fin tutelado por ellos. Pero advierte también que esta idea no hace más que generar confusión en lugar de ayudar a distinguir claramente unas situaciones de otras³³. En definitiva, a juicio de estos autores, la carga procesal consiste en la posibilidad conferida por el ordenamiento jurídico de realizar determinadas actuaciones para satisfacer un interés del propio sujeto y cuya omisión se traduce en la pérdida de una ventaja procesal. Desde este punto de vista, pues, la carga se configura como un poder más una *necesidad práctica*, esto es, como el mecanismo de ejercicio necesario previsto por el legislador para obtener un beneficio procesal³⁴.

³¹ Vid. reseña realizada sobre esta terminología por MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., pp. 77-78. En similares términos, ROSENBERG se refiere a un “deber para consigo mismo”. ROSENBERG, L., *La carga...*, ob. cit., p. 50.

³² MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., pp. 85 y ss. Especialmente expresivo de esta idea es el siguiente pasaje de su obra: “para hacer valer en juicio los propios derechos, se atribuyen a las partes poderes procesales de contenido diverso, tendentes de cualquier manera que sea todos ellos a producir un determinado resultado jurídico, esto es, el pronunciamiento de una providencia jurisdiccional. El *prius* de tales poderes está constituido por la capacidad de ser parte y de obrar en el concreto proceso; los respectivos poderes están dirigidos a configurar sucesivamente situaciones procesales favorables a los respectivos titulares, ya sea con la presentación de la demanda al juez, ya sea con el cumplimiento de determinadas actividades probatorias. Dada la naturaleza instrumental de tales poderes, es natural que el ejercicio de ellos dependa considerablemente de la entidad de los intereses respectivamente hechos valer; intereses que, en otras palabras, condicionan el interés procesal de las partes en hacer valer los propios derechos ante el juez” (pp. 91-92).

³³ Como posible origen de la confusión, MICHELI alude al uso del lenguaje, puesto que, en el caso de la carga, la expresión “Ticio, si quiere obtener el efecto jurídico X, tiene la necesidad de seguir esta o aquella conducta” no alude a una obligación en sentido estricto, sino que equivale a una expresión del tipo “Ticio tiene el poder de obtener, si quiere, el efecto jurídico X”, para lo cual tiene la necesidad de llevar a cabo una determinada conducta. MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., p. 84 (nota 55).

³⁴ ROSENBERG, L., *La carga...*, ob. cit., p. 53.

La segunda diferencia básica entre carga y obligación procesal reside, como señala ROSENBERG, en la inexistencia de un derecho correlativo a favor de la otra parte o del tribunal generado por la existencia de la carga³⁵. Por el contrario, el derecho de un tercero al cumplimiento sólo se produce en relación con las obligaciones, en cuyo caso sí es posible considerar que surge a favor de éste el derecho a exigir el cumplimiento, o, en su caso, la imposición de una sanción³⁶.

A la vista de esta breve exposición, es posible afirmar que, a pesar de las diferentes tesis doctrinales mantenidas en torno a la naturaleza de la carga procesal, existen varios puntos en los que todas ellas tienden a converger, y que son, fundamentalmente los siguientes: en primer lugar, que el ejercicio de la carga procesal tiene como finalidad situarse ante la posibilidad de obtener una ventaja o beneficio procesal o, en sentido negativo, eludir las consecuencias desfavorables que se derivarían de la inactividad; en segundo lugar, que la inobservancia de la carga no constituye un comportamiento ilícito, sino una conducta permitida por el propio ordenamiento jurídico; y, en tercer y último lugar, que tales consecuencias perjudiciales consisten únicamente en la pérdida de la posibilidad de obtener una ventaja o, en otras palabras, en la obtención de una desventaja o perjuicio procesal lo que, en ningún caso, puede traducirse en términos de sanción jurídica en sentido estricto³⁷. A partir de estos tres puntos de convergencia se tratará de reconstruir la figura objeto de estudio.

³⁵ En atención a esta misma idea, ARAZI descarta también que se trate de un derecho, ya que, igualmente, no existe un sujeto beneficiado y un sujeto perjudicado o deudor de su cumplimiento. ARAZI, R., *La prueba...*, ob. cit., pp. 67 y ss.

³⁶ ROSENBERG, L., *La carga...*, ob. cit., p. 51. En términos semejantes, COUTURE, E., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 213, si bien éste último concluye que, en realidad, se trata de variantes dentro de una misma nota común de sujeción de la voluntad. Ciertamente, esta distinción se encuentra en conexión con la que ya fue sostenida por CARNELUTTI en torno a la confusión, en el caso de la carga, entre el titular del interés tutelado y el destinatario de la carga, de modo tal que no es posible que un tercero pueda exigir el ejercicio de la misma o, en su caso, la imposición de una sanción.

³⁷ Vid., en términos similares, ARAZI, R., *La prueba...*, ob. cit., pp. 67 y ss.

Sin embargo, el aspecto esencial que parece quedar relegado a un segundo plano por quienes encuadran esta categoría procesal entre las situaciones jurídicas pasivas, es el relativo al ámbito de libertad concedido a la parte para decidir si ejercita o no la carga. De este modo, las referencias antes apuntadas al carácter necesario de su ejercicio deben ser matizadas, puesto que conviene adoptar un enfoque intermedio que nos permita dar cuenta de las dos principales situaciones que genera la carga procesal: por un lado, la libertad de elección en cuanto a su ejercicio y, por otro lado, el sometimiento a ciertas reglas una vez que se ha decidido ejercitarla, aunque la tendencia a subrayar uno u otro aspecto, como se ha visto, es prácticamente inevitable.

Cuando un sujeto se enfrenta a una obligación o a un deber jurídico está ausente -o, al menos, es irrelevante- la voluntad de actuar conforme al mismo y, en consecuencia, no existe libertad alguna para decidir acerca de la conveniencia o no de actuar³⁸. En estos casos, la sujeción de la voluntad se encuentra claramente perfilada por el ordenamiento jurídico al considerar que el incumplimiento constituye un ilícito merecedor, en consecuencia, de una sanción. Por el contrario, cuando llega el momento de ejercitar una carga, el sujeto gravado por ella puede decidir libremente si la ejercita o no, en virtud del valor que otorgue al interés que puede llegar a satisfacer³⁹. Libertad, pues, que se presenta en el momento mismo de decidir si se ejercita o no la carga. Obviamente, una vez que el sujeto ha decidido cumplir la carga procesal, debe hacerlo conforme al procedimiento previsto para ello, sin que aquí pueda hablarse de libertad alguna, sino de sujeción a las normas reguladoras de dicho procedimiento. Como señala esclarecedoramente GAVAZZI, las reglas técnicas –categoría a la que el autor circunscribe la figura de la carga- constan de dos partes bien diferenciadas que hacen referencia a dos momentos

³⁸ En todo caso, dicha voluntad se podría circunscribir –si se toma en consideración desde un punto de vista muy amplio- a la decisión de llevar a cabo una conducta obligatoria para evitar la aplicación de una sanción jurídica.

³⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Notas para un concepto...”, ob. cit., p. 196.

también distintos⁴⁰: por un lado, la fase de elección, en la que el destinatario de la regla decide si la ejercita o no, en atención a los fines que ésta tutela y, por otro lado, la fase o momento del vínculo de la voluntad, que entra en juego una vez que se decide ejercitar la regla y que implica la necesidad de actuar de acuerdo con el procedimiento previsto por ella para la obtención del fin.

En cualquier caso, lo realmente relevante es la capacidad de decisión respecto de su ejercicio, capacidad totalmente ausente en el caso de las obligaciones y, en general, de todas las situaciones jurídicas pasivas. Esta diferencia sustancial es reflejada con mucha claridad por MICHELI, quien alude a la obligación como *necesidad jurídica* -impuesta por el ordenamiento jurídico mediante la técnica de la coacción-, mientras que en su concepción, la carga procesal constituye una *necesidad práctica* -impuesta únicamente por el deseo de obtener un efecto favorable-⁴¹ y, por tanto, únicamente vinculante desde un punto de vista estratégico, como medio idóneo para alcanzar un fin.

En definitiva, si atendemos a las dos circunstancias esenciales que se han puesto de relieve (tutela de intereses propios y ausencia de sanción jurídica) la carga procesal se encuentra en la órbita de las situaciones jurídicas activas y, por tanto desde el punto de vista de la libertad que asiste a su destinatario para decir si la ejercita o no, más próxima a la categoría del poder que a la del deber. Ello se manifiesta también en una última nota característica íntimamente conectada con los intereses tutelados en uno y otro caso: mientras la obligación procesal debe llevarse a cabo aun cuando su cumplimiento pueda ser contrario a los intereses de la parte e, incluso, beneficiosa para la contraparte, en el caso de la carga procesal es sólo el interés en alcanzar una determinada ventaja la que determina su ejercicio, de modo

⁴⁰ GAVAZZI, G., *L'onere. Tra la libertà...*, ob. cit., p. 85.

⁴¹ MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., pp. 59 y ss. Es precisamente la distinción ya vista entre *acto debido* y *acto necesario*, mantenida por CARNELUTTI y ciertamente semejante a la sostenida después por MICHELI, la que, a juicio de VERDE, hace surgir la figura de la carga procesal como algo que se distingue de las obligaciones jurídicas en atención, fundamentalmente, al interés jurídico protegido en cada caso. VERDE, G., *L'onere della prova nel processo civile*, Scuola di Perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Camerino, 1974, p. 11.



que constituye el impulso necesario que mueve a la parte a realizar el acto previsto por la norma⁴².

A la vista de las anteriores consideraciones, y a modo de recapitulación, se puede definir la carga procesal como un poder de ejercicio facultativo que se concede a las partes en el proceso y que les facilita, mediante la realización de la conducta prevista por la norma jurídica, la expectativa de obtener un efecto procesal favorable para sus intereses, y cuyo no ejercicio, lejos de tener como reflejo una sanción jurídica, se traduce en la pérdida de una posibilidad procesal (en último término, en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable).

De este concepto se pueden extraer las notas fundamentales que perfilan esta figura procesal y que son fundamentalmente cuatro: la carga es, en esencia, un poder de ejercicio facultativo; tiene carácter instrumental; su finalidad es permitir la obtención o satisfacción de un interés jurídico propio y, por último, su no ejercicio no genera la aplicación de una sanción jurídica, sino la pérdida de una posibilidad procesal y, en consecuencia, una disminución de las posibilidades de obtener una resolución favorable. A continuación, se analizarán con más detenimiento estas características.

1.3. Notas características de las cargas procesales.

1.3.1. La carga procesal como poder de ejercicio facultativo.

⁴² Así lo pone de manifiesto MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., 3ª ed., pp. 86-87. Piénsese que, mientras la sanción cumple, entre sus funciones, la de dirigir la conducta (hacer o no hacer algo para evitar la sanción), esa función, en la carga, la cumple el estímulo consistente en la posibilidad de obtener un efecto favorable.

Hablar de poder como categoría jurídica supone aludir, esencialmente, a la posibilidad que asiste a su titular de realizar una determinada actividad⁴³. Desde este punto de vista, y atendiendo a la anterior configuración, la norma que establece una carga procesal no es más que una norma que confiere un poder para que su destinatario lo ejercite si desea alcanzar una determinada finalidad⁴⁴. Las normas que confieren poderes, constituyen, como señalan ATIENZA Y RUIZ MANERO, razones para la acción de tipo instrumental, rasgo que, como después se verá, se encuentra perfectamente identificado en las cargas procesales. En los casos de las normas que confieren poderes -señalan estos autores- “la motivación de la conducta tiene lugar de una manera indirecta (...): no dicen [solamente] cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias, sino cómo podemos obtener el resultado normativo X. (...) Las reglas que confieren poderes son doblemente condicionales: dicen cómo debemos comportarnos dadas ciertas condiciones y a condición de que pretendamos obtener un determinado resultado”⁴⁵.

Pero dentro de los poderes, es posible hacer una clara distinción relativa a su modo de ejercicio. Ciertamente, no todo poder tiene carácter facultativo, ya que es posible que el ordenamiento jurídico configure algunos poderes como de ejercicio obligatorio⁴⁶ y, por tanto, independiente de los deseos o intereses del titular del

⁴³ GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Notas para un concepto...”, ob. cit., p. 218; MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., p. 85.

⁴⁴ MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., pp. 91-92. Este tipo de reglas también reciben la denominación de *normas de competencia*, por cuanto atribuyen a determinados sujetos la capacidad para realizar actos jurídicos válidos. Como señala FERRER BELTRÁN, la competencia puede definirse como “capacidad, atribuida por reglas de un determinado sistema jurídico, de producir actos jurídicos válidos de acuerdo con ese mismo sistema”. FERRER BELTRÁN, J., *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 125-126 y 130. Por su parte, GAVAZZI habla en todo caso de *reglas técnicas*, que constituye el género común al que pertenecen las normas que confieren poderes. GAVAZZI, G., *L'onere. Tra la libertà...*, ob. cit., pp. 157-158.

⁴⁵ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 66.

⁴⁶ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas...*, ob. cit., pp. 61 y 71-72.

poder. Se trata en estos casos de lo que se ha denominado *poder-deber*⁴⁷. Sin ir demasiado lejos, algunas normas procesales confieren poderes de este tipo, como sucede cuando el artículo 117.3º CE atribuye a jueces y magistrados en exclusiva potestad jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin que puedan renunciar a su ejercicio⁴⁸. Lo mismo sucede con la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia tal y como ésta ha venido caracterizada por la LOTJ (art. 6), en la que se establecen toda una serie de medidas coercitivas para garantizar el ejercicio de este derecho (arts. 39 y 41 LOTJ)⁴⁹.

Sin embargo, dejando a un lado estos supuestos, el ejercicio de los poderes se encuentra generalmente condicionado por la pretensión o voluntad de alcanzar un determinado fin y, en este sentido, su ejercicio es facultativo⁵⁰. En el supuesto común en el que el ordenamiento confiere un poder de ejercicio facultativo, las consecuencias de la decisión de no ejercitarlo no van más allá de la no consecución de un determinado beneficio o ventaja, sin que pueda imponerse sanción alguna ante la libre decisión de no ejercitar el poder, cuestión ésta que se manifiesta claramente en relación con las cargas procesales. Por ejemplo, en el ámbito del proceso civil -donde la presencia de cargas procesales es muy superior a la de las obligaciones-, la carga de contestar a la demanda sólo será ejercitada tras una

⁴⁷ MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., p. 95.

⁴⁸ El incumplimiento de este deber, no sólo por lo que respecta a la denegación de potestad jurisdiccional, sino también cuando se ejercita de forma desviada, da lugar a la imposición de sanciones disciplinarias e, incluso, penales, a las que se hará referencia en el apartado 2.3.1. de este capítulo.

⁴⁹ Vid., si bien con referencia a esta cuestión con anterioridad a la promulgación de la LOTJ y a título de *lege ferenda*, GIMENO SENDRA, V., “El jurado”, en *Constitución y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 25.

⁵⁰ En el ámbito del Derecho sustantivo, es fácil encontrar ejemplos de este tipo. Piénsese, por ejemplo, en el poder conferido por el Código Civil para otorgar testamento. La norma jurídica no prevé obligación alguna, sino que se limita a establecer una serie de reglas que conforman el procedimiento válido para ejercitar dicho poder, siempre a condición de que el sujeto desee ejercitarlo, con la única consecuencia en caso de no hacerlo –o de hacerlo sin observar las formalidades legales- consistente en proceder, en caso de fallecimiento, a la apertura de la sucesión *ab intestato*. El Ordenamiento sólo indica el camino procedimental que debe seguirse para que el testamento sea válido, pero siempre que se manifieste libremente la voluntad de otorgarlo.

deliberación libre del demandado, que tomará la decisión de contestar o no en función del interés que pretenda proteger, de la relevancia que le otorgue en su escala de intereses (puesto que, como señalaba CARNELUTTI, se produce un conflicto intrasubjetivo, al pertenecer al mismo sujeto tanto el interés que se sacrifica cuanto el interés que se persigue⁵¹). Desde luego, las consecuencias que se derivarán de la decisión de no contestar a la demanda serán previsiblemente negativas, pero en modo alguno tendrán el carácter de sanción, sino de pérdida de posibles ventajas procesales. Se trata, pues, de un poder de ejercicio renunciable - puesto que también el interés tutelado es renunciable- y, por ello, junto con la importante consideración de que tal renuncia no constituye un acto ilícito, puede decirse que es de ejercicio facultativo.

Conviene poner de manifiesto, sin embargo, que la libertad de decisión se presenta única y exclusivamente llegado el momento de ejercitar la carga procesal. Por ello, es importante tener en cuenta que, una vez que se ha decidido actuar y ejercitar el poder, la conducta del sujeto debe ajustarse necesariamente a los mecanismos previstos legalmente, pues sólo de este modo será posible lograr la tutela del interés que ha movido su actuación.

Ciertamente, la existencia de dos momentos -libertad de elección y cumplimiento de las normas procedimentales- aparece claramente delimitada en atención a esta idea. Sólo cuando el destinatario ha decidido ejercitar la carga, puede considerarse que se halla vinculado al cumplimiento de las normas que regulan el ejercicio del poder, de modo tal que en este punto es cuando la actuación de la parte puede ser nula -o anulable- en la medida en que no ha seguido el procedimiento establecido por la ley⁵², sin que, como después se verá, la nulidad pueda ser entendida como un tipo de sanción⁵³.

⁵¹ CARNELUTTI, F., *Teoría general...*, ob. cit., p. 223.

⁵² Las consecuencias derivadas de una incorrecta ejecución de las reglas procedimentales, con ser importantes por implicar la nulidad del acto procesal, no constituyen un elemento definitorio de la carga procesal, puesto que lo relevante son las consecuencias del no ejercicio de ésta, consistentes únicamente en la imposibilidad de obtener el interés tutelado por la carga.

1.3.2. Carácter instrumental.

Habitualmente, se alude a la necesidad de ejercitar una carga como mecanismo para obtener una determinada ventaja procesal que permita a la parte, en último término, mantener la expectativa de obtener una resolución favorable. Con ello se pone de manifiesto su carácter instrumental, esto es, su naturaleza de medio para la tutela de un interés que se considera valioso. Precisamente, cargas tales como las de solicitar la adopción de medidas cautelares, alegar, probar o recurrir son algunos de los distintos mecanismos que el Ordenamiento Jurídico ha previsto para que las partes alcancen, como fin último, una sentencia favorable y una eficaz realización de su derecho. En la medida en que son de ejercicio facultativo, se podrá decidir si se ejercitan o no, pero en todo caso el legislador los ha previsto como mecanismos adecuados para la obtención de la tutela judicial⁵⁴.

En atención a esta característica esencial de las cargas procesales frente a las obligaciones, CARNELUTTI trazó la interesante distinción antes analizada entre *actos debidos* y *actos necesarios*⁵⁵. Aunque, como se ha puesto de manifiesto, este autor ubicó a las cargas procesales entre las situaciones jurídicas pasivas, junto con las obligaciones, lo cierto es que fue consciente de las importantes diferencias que separan a esta categoría de la carga procesal, aun cuando consideró que también las

⁵³ MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., pp. 101-102. También ROSENBERG entiende que la forma y el tiempo en el que deben desarrollarse las actuaciones procesales es una consecuencia impuesta por razones de seguridad jurídica, pero de ello no puede derivarse que la realización de un determinado acto procesal sea obligatoria. Es decir, de la necesidad de respetar los requisitos de tiempo y forma de un acto no puede concluirse, lógicamente, que el acto mismo sea de ejercicio obligatorio. ROSENBERG, L., *La carga...*, ob. cit., pp. 50-51. Realmente, tanto ROSENBERG como MICHELI aluden con ello –aunque indirectamente– a la existencia de dos partes en la regla que establece la carga: la que confiere el poder y la que obliga a adoptar un determinado comportamiento si finalmente el destinatario decide ejercitarlo.

⁵⁴ Aunque, como después se verá, no siempre se configuran como los únicos mecanismos posibles.

⁵⁵ CARNELUTTI, F., *Instituciones...*, ob. cit., pp. 433-434.

cargas constituyen un ejemplo de sujeción de la voluntad. Para CARNELUTTI, como se vio, los *actos debidos* son aquéllos cuyo cumplimiento se encuentra garantizado por la amenaza de una sanción, de modo tal que la voluntad del sujeto es irrelevante para el Derecho. Por el contrario, los *actos necesarios*, categoría a la que pertenece la carga procesal, sólo han de realizarse si, y sólo si, la parte desea obtener una determinada tutela, pero sin que el ordenamiento jurídico realice imposición alguna más allá de indicarle el camino que debe seguir para alcanzar dicho fin. Puede decirse, pues, que se trata de un estímulo interno del propio sujeto el que le lleva a realizarlos, esto es, sólo se encuentra movido por sus deseos e intereses, y no por razones externas procedentes de la voluntad del legislador.

Una distinción igualmente sugerente y esclarecedora de la instrumentalidad de las cargas procesales frente a la obligatoriedad de otras figuras jurídicas es la apuntada, como ya se vio, por MICHELI entre *necesidad jurídica* y *necesidad práctica*, en atención a la cual, mientras la primera es consecuencia de una exigencia del legislador (obligación o sujeción), la segunda se impone únicamente como consecuencia de la voluntad de obtener la tutela de un determinado interés constitutivo de una ventaja procesal (carga)⁵⁶.

En definitiva, la carga procesal se presenta como una necesidad estratégica, esto es, como mecanismo de observancia necesaria para alcanzar una determinada finalidad, y sólo cuando la voluntad de tutelar dicho interés motiva a la parte, es cuando debe *-deber* entendido en sentido práctico o estratégico- llevarse a cabo la conducta prevista por el ordenamiento jurídico⁵⁷. Por ello, nos dice GUASTINI⁵⁸ que el destinatario de normas jurídicas que reúnen estas condiciones no tiene la

⁵⁶ MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., pp. 59 y ss.

⁵⁷ Sólo en este sentido pueden interpretarse las palabras de GOLSDCHMIDT caracterizando a las cargas como imperativos, pues como él mismo señala, "*la ocasión obliga o, más bien, impone una carga, y la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión*". GOLSDCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., p. 93.

⁵⁸ A ello lo denomina *norma instrumental* u *obligación condicionada*, aunque ya se han visto los problemas que genera la segunda denominación en este ámbito. GUASTINI, R., "Obligación" en *Distinguiendo* (Trad. Por Ferrer i Beltrán, J.), Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 115.

obligación de perseguir un determinado resultado ni, mucho menos, de llevar a cabo la conducta prevista en la norma, salvo, lógicamente, que pretenda obtener dicho resultado.

1.3.3. La tutela de un interés jurídico propio como finalidad de la carga procesal.

Conforme se va avanzando en el análisis de las notas características de la carga procesal es fácil apreciar cómo todas y cada una de ellas se encuentra en perfecta y sucesiva conexión. En el caso de la finalidad, que ahora se va a estudiar, ésta es, posiblemente, la que da sentido y coherencia a todas las demás, pues tomando en consideración el interés que se protege mediante el establecimiento de la carga, se entiende más claramente que su ejercicio adquiera el mencionado carácter facultativo, así como su naturaleza instrumental.

Cuando GOLDSCHMIDT se planteó la configuración y finalidad de las cargas procesales, decidió referirse a ellas como *imperativos del propio interés*, caracterizándolas, pues, como actuaciones de necesario desempeño en beneficio de uno mismo, en claro contraste con las obligaciones o *imperativos del interés de un tercero*⁵⁹, en el bien entendido que, en el primer sentido, *imperativo* alude a necesidad práctica o conveniencia, mientras que en el segundo caso alude al sentido habitual de obligatoriedad jurídica.

En cualquier caso, y más allá de matices terminológicos, lo cierto es que el ordenamiento jurídico utiliza la fórmula de la carga como un mecanismo más para la tutela de ciertos intereses⁶⁰. En efecto, cuando el legislador propone la

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., pp. 91 y ss.

⁶⁰ Como señala GAVAZZI, junto con las obligaciones y prohibiciones, el Derecho se sirve de otro tipo de técnicas de control del comportamiento, estableciendo no sólo sanciones de tipo represivo o

realización de una determinada conducta para obtener una tutela concreta, está dejando en manos del destinatario la decisión final de llevarla a cabo o no, estableciendo dos tipos de consecuencias: *positivas* para el caso de que decida llevarla a cabo y lo haga según el procedimiento previsto, consistentes en la validez de las mismas y, por tanto, en la obtención del fin perseguido; y *negativas* para el caso de que no la lleve a cabo (no obtención del fin tutelado) o para el supuesto de que, llevándola a cabo, no observe el procedimiento previsto (nulidad y, en consecuencia, no obtención del fin tutelado)⁶¹. De este modo, y nuevamente relacionado con su carácter instrumental, si la parte desea evitar un perjuicio procesal y, en definitiva, situarse en una posición ventajosa respecto de una sentencia desfavorable –por tanto, tutelar un interés que le resulta valioso–, debe llevar a cabo la conducta prevista por el legislador.

Por tanto, y a modo de conclusión, puede decirse que el ejercicio de una carga procesal (comparecer, alegar, probar, recurrir, etc.) se encuentra en íntima conexión con el interés protegido en último término, con independencia de cuáles sean las consecuencias que de él se deriven para el resto de partes intervinientes. Es decir, a diferencia de las obligaciones, donde se produce la sujeción de la voluntad, en el caso de la carga su ejercicio sólo se producirá tras una decisión de la parte en torno a la mejor estrategia posible para defender sus intereses o, incluso, en torno a la conveniencia de llegar a tutelar tales intereses (como sucede, por ejemplo, cuando la parte decide permanecer inactiva o, incluso, cuando ello le es permitido, no participar en el proceso)⁶². Se pone, pues, de manifiesto, que es el fin último

negativo, sino también sanciones positivas, como sucede con los premios e incentivos, presentándose ambas en el caso de la carga. GAVAZZI, G., *L'onere. Tra la libertà...*, ob. cit., pp. 145 y ss.

⁶¹ GAVAZZI, G., *L'onere. Tra la libertà...*, ob. cit., pp. 163 a 165.

⁶² Una singular postura respecto de los intereses tutelados por la carga es la mantenida por RESTA, quien afirma que, si bien la carga protege un interés del propio sujeto, su finalidad no se detiene ahí, sino que, contemporáneamente, la carga tutela también un interés público. En el caso de la carga de la demanda, señala RESTA que la norma que la establece se fundamenta, sólo aparentemente, en la ofrecimiento de un sistema para solicitar la protección de un derecho en juicio, pero, en realidad, la finalidad es la de satisfacer el interés público de que los conflictos sean resueltos ante los tribunales. Ello le lleva a considerar que la diferencia más importante entre la

protegido por la carga el que da sentido al resto de notas características de la misma, especialmente a su naturaleza instrumental, ya analizada.

1.3.4. Las consecuencias derivadas del no ejercicio de la carga procesal.

Las consecuencias del no ejercicio de la carga procesal –última de las características que, según se anunció, serán objeto de estudio- han de ponerse en relación con la finalidad que se persigue al ejercitar la carga. Se trata, pues, junto con la anterior característica, de la nota que por excelencia define claramente a esta figura y, fundamentalmente, la que la distingue de la obligación, cuyo cumplimiento, como hemos visto, es asegurado por el legislador mediante la amenaza de la previsible sanción del comportamiento ilícito.

En efecto, la consecuencia derivada del no ejercicio de una carga procesal no puede ser entendida a modo de sanción jurídica con el significado que ésta adquiere en el ámbito del Derecho sancionador, en el que la acción u omisión –por tener la consideración de acto ilícito- es merecedora de un castigo⁶³. Antes al contrario, y atendiendo a la caracterización que se viene haciendo de las cargas procesales, el Ordenamiento Jurídico confiere plena libertad a la parte para decidir si la ejercita o no, siendo el único estímulo empleado por el legislador de tipo psicológico, consistente en la expectativa de obtener un beneficio como consecuencia de su actuación⁶⁴.

obligación y la carga radica en que, mientras en la primera el vínculo de la voluntad se impone para la protección del interés individual de un tercero, en la segunda dicha sujeción se produce para la protección de un interés público. RESTA, R., “L’onere di buona amministrazione”, en *Anali della Università di Macerata*, núm. XII, 1938, p. 116.

⁶³ GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Notas para un concepto...”, ob. cit., pp. 196-197.

⁶⁴ Nos dice CALAMANDREI en este sentido que “la ley no crea a cargo de las partes deberes jurídicos que les puedan ser impuestos contra su voluntad, sino que pone frente a su voluntad, en el

Por tanto, la ausencia de una sanción jurídica, que se encuentra sustituida en el caso de la carga procesal por la imposibilidad de obtener un concreto beneficio o ventaja, se presenta como elemento esencial configurador de la misma y, al tiempo, como nota básica en la que se fundamenta la distinción entre carga y obligación.

Cuestión distinta es la de evaluar o calificar las consecuencias, no de la decisión de no ejercitar la carga procesal, sino de la inobservancia de las formas y tiempos previstos para su ejercicio, es decir, del incumplimiento del procedimiento. En estos casos, el efecto producido será la nulidad de los actos realizados en ejecución de la carga, pero nuevamente hay que poner de manifiesto que no se trata en modo alguno de una sanción. En efecto, la distinción entre nulidad y sanción puede elaborarse sobre la base de tres pilares fundamentales⁶⁵: en primer lugar, mientras que la sanción constituye siempre un mal para quien la sufre, la nulidad puede imponerse como modo de proteger intereses o, en todo caso, no se identifica necesariamente con la idea de mal (es lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito del Derecho privado, cuando se declara la nulidad de un contrato suscrito por un menor, nulidad que se debe a la necesaria protección de éste); en segundo lugar, la sanción cumple una función desalentadora de actuaciones ilícitas, mientras de la nulidad no puede predicarse esta característica (por el contrario, puede pensarse que, en algunos casos, atiende a necesidades de seguridad jurídica) y, en tercer lugar, mientras hay obligaciones que no vienen acompañadas de una sanción, no sucede lo mismo con la nulidad, pues ésta es consecuencia necesaria del incorrecto ejercicio de la norma que confiere una potestad (y, en caso del proceso, de la infracción de normas en los términos previstos en los arts. 238 y ss LOPJ).

momento en que ella va a determinarse, una serie de admoniciones y de estímulo psicológico en virtud de los cuales puede ocurrir que la parte se convenza de que es interés suyo el responder según verdad al interrogatorio, prestarse voluntariamente a las inspecciones ordenadas por el juez y, más en general, tener en el proceso un comportamiento sumiso y leal: es decir, que se convenza de que a la larga también en el proceso la honestidad termina por ser un buen negocio". CALAMANDREI, P., *Estudios...*, ob. cit., pp. 288-289.

⁶⁵ Sigo en este punto a HART, H.L.A., *El concepto de Derecho* (trad. por Carrió, R.G.), México, 1980, pp. 42 y ss.

Puesta de manifiesto esta importante distinción, y volviendo a las consecuencias del no ejercicio de la carga, es conveniente señalar que no siempre se produce la pérdida de una ventaja procesal. Ciertamente, es necesario, sobre todo para alcanzar una mejor comprensión del fenómeno de la carga de la prueba, tener en cuenta que las consecuencias de su no ejercicio no se traducen en todo caso en la imposibilidad de obtener un beneficio procesal. Por el contrario, en ciertas ocasiones el legislador ha previsto la posibilidad de que la ausencia de actuación de la parte no implique necesariamente la generación de desventajas procesales, sino que éstas puedan ser evitadas por otros medios. A ello se refería GOLDSCHMIDT cuando distinguía claramente entre cargas *perfectas* y *menos perfectas*, aludiendo a las consecuencias derivadas de la inactividad de la parte. Mientras las cargas *perfectas* son las que, en todo caso, dejan en manos de las partes —exclusivamente— la obtención o consecución del fin deseado, las cargas procesales *menos perfectas* son un mecanismo para lograr ese fin, pero no el único, pues éste se puede lograr de otros modos⁶⁶. Como luego se verá, éste último es el caso de la carga de la prueba. De este modo, la diferencia fundamental entre las cargas perfectas e imperfectas reside en que, mientras en el caso de las cargas perfectas las consecuencias del no ejercicio están perfectamente delimitadas y concretadas (no obtención del fin tutelado), en el caso de las cargas imperfectas, las consecuencias se muestran como previsibles o probables, pero no se derivan necesariamente del no ejercicio de la carga, puesto que existen otros mecanismos que permiten suplir la inactividad de la parte o, en su caso, completar una actividad insuficiente. VERDE aludía a la necesidad de dar cuenta de estas circunstancias para evitar que la caracterización

⁶⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., pp. 109-110, quien elude hablar de cargas imperfectas por considerar que se trataría de aquellas cuyo no ejercicio no conlleva consecuencia perjudicial alguna, lo que no se produce en ningún caso. Sin embargo, las cargas *menos perfectas* se conocen actualmente como cargas *imperfectas*. No obstante, no se trata de terminología utilizada unánimemente, aunque su sentido fundamental también se halla detrás de las distinciones entre carga *completa* e *incompleta* y entre *plena* y *semiplena*. VERDE, G., *L'onere della prova...*, ob. cit., p. 13 (nota 3). Sostienen estas distinciones, entre otros, MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., pp. 61-62 (nota 6) y CORDERO, F., *Il giudizio d'onore*, Ed. Giuffrè, Milano, 1959, pp. 88 y ss.

teórica de las cargas estuviera demasiado desconectada de la realidad práctica⁶⁷. Habrá que tener en cuenta, pues, las consecuencias derivadas del no ejercicio de cada concreta carga para determinar si, en sí mismo, provoca la imposibilidad de obtener el efecto favorable para la parte o, por el contrario, éste se puede obtener mediante la actuación de la otra parte o del órgano jurisdiccional. Lo contrario nos obligaría a trabajar en el plano imaginario de un modelo procesal en el que el órgano jurisdiccional permanece absolutamente inactivo y únicamente puede tomar en consideración las actuaciones realizadas por la parte sobre la que pesa la carga, lo que, ciertamente, no se corresponde con un sistema judicial como el nuestro⁶⁸.

1.4. Las cargas en el proceso penal.

Si bien en el proceso civil la existencia de cargas procesales se presenta como una cuestión indubitada y unánimemente sostenida por la doctrina, la situación cambia radicalmente en el ámbito del proceso penal, donde las cargas procesales y su existencia se convierten en un elemento controvertido. Quizás la traba fundamental traiga su causa de la idea ciertamente arraigada en nuestro sistema relativa a que los intereses que se dilucidan en el orden penal, por tener naturaleza pública y estar sustraídos, por tanto, de la titularidad de las partes, impiden que se presente uno de los presupuestos básicos para hablar de carga procesal, que es el de estar dirigida a la tutela de un interés propio de carácter privado⁶⁹.

⁶⁷ VERDE, G., *L'onere della prova...*, ob. cit., pp. 12 y ss.

⁶⁸ Vid. VERDE, G., *L'onere della prova...*, ob. cit., p. 14.

⁶⁹ Así lo ha entendido GARBERÍ LLOBREGAT, para quien el concepto de carga procesal se diseñó pensando en un proceso de tipo dispositivo, por lo que su implantación en el orden penal, donde los intereses que se dilucidan son de carácter público, debe realizarse teniendo en cuenta su especial configuración. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado en el proceso*

En efecto, aunque éste es un tema que se desarrollará más ampliamente al abordar el estudio de la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, la naturaleza de los intereses en juego determina la existencia de ciertas e importantes diferencias estructurales básicas de este proceso respecto del proceso civil, pero no puede decirse por ello que desaparezca esta categoría procesal. Por el contrario, se presentan determinadas situaciones que, detenidamente analizadas, se muestran como manifestaciones de cargas procesales.

La controvertida naturaleza de algunos de los intervinientes en el proceso penal –fundamentalmente del Ministerio Fiscal- y su condición de parte, se proyectan decididamente sobre esta cuestión⁷⁰. Se podría decir, en una primera aproximación, que la inexistencia de una parte activa en sentido material –esto es, parte integrante de una relación jurídica de fondo-, supone que no puede hablarse de cargas procesales debido a su actuación imparcial. Junto con ello, la presencia de intereses públicos en la resolución del asunto, parece conducir a la conclusión de que en el proceso penal cabe hablar más de obligaciones que de cargas procesales; obligaciones que tendrían como contrapartida la imposición de sanciones en caso de incumplimiento. Cabe adelantar ahora, no obstante, que la naturaleza pública de los intereses implicados en el proceso penal no es óbice alguno para hablar de cargas procesales también en el proceso penal, pues la obtención de la tutela jurídica solicitada –ya sea de intereses públicos o privados- se hace depender, en todo caso, del ejercicio de los derechos, posibilidades, cargas y obligaciones previstos a tal efecto.

Efectivamente, lo cierto es que si se analizan detenidamente cada una de las actuaciones procesales que llevan a cabo las partes desde la *notitia criminis* hasta la

penal. Especial referencia al proceso penal abreviado (LO 7/1988, de 28 de diciembre), Ed. COLEX, Madrid, 1992, pp. 71-72.

⁷⁰ Sobre la especial naturaleza del Ministerio Fiscal y el carácter público de los intereses en juego en el proceso penal como pretendido obstáculo para hablar de carga de la prueba en este ámbito, vid. *infra*, apartado 1.2. del capítulo V.

obtención de una resolución firme, los prejuicios a la hora de hablar de cargas en este ámbito parecen difuminarse.

Puesto que la especial naturaleza y status del Ministerio Fiscal como parte exclusivamente procesal y carente, pues, de todo interés subjetivo en la resolución del pleito es uno de los pilares básicos en los que se sustenta la doctrina que niega la asunción por su parte de carga alguna (lo que será objeto de estudio posteriormente), las páginas siguientes están dedicadas a poner de manifiesto las situaciones más emblemáticas en las que las partes intervinientes deben hacer frente a determinadas cargas previstas por el legislador en el orden penal.

De acuerdo con la configuración antes realizada de las cargas procesales, es indudable que todas aquellas situaciones en las que se prevé una determinada actividad para la consecución de un fin, sin la amenaza de sanción alguna para el caso de no realización de tal actividad, constituyen claras manifestaciones de cargas procesales. Los ejemplos de nuestra LECrim son ciertamente numerosos y corroboran ampliamente esta afirmación.

En la fase de instrucción, por ejemplo, la proposición de la práctica de los actos de investigación que las partes consideren conducentes a confirmar sus diferentes posiciones es una buena muestra de ello (vid., fundamentalmente, arts. 311 y 312 LECrim). Es cierto que el juez de instrucción no se halla vinculado por las peticiones que las partes le dirijan en este sentido, pues sólo ordenará la práctica de aquellos actos de investigación que considere necesarios para un mejor esclarecimiento de los hechos, sin necesidad de que sean solicitados por las partes. Sin embargo, la existencia de un claro interés consistente en reforzar la propia posición procesal para garantizar, ya sea la apertura del juicio, ya sea el sobreseimiento del asunto, exige que las partes traten de lograr la práctica de los actos de investigación dirigidos a obtener, bien un auto de apertura del juicio oral, bien un auto de sobreseimiento.

Éste es un claro ejemplo de lo que en páginas anteriores se ha calificado como *carga imperfecta*, puesto que el juez de instrucción llevará a cabo las

actuaciones que considere necesarias aun sin solicitud de ninguna de las partes, pero, qué duda cabe, éstas tratarán de dirigir la investigación hacia los hechos que sustenten sus pretensiones.

Un ejemplo, por el contrario, de carga *perfecta* que tiene lugar en la fase de instrucción es la solicitud, a instancia de las partes acusadoras, de la adopción de la medida de prisión provisional. Tal y como se configura el procedimiento para el acuerdo de esta medida, el órgano jurisdiccional se halla vinculado a la solicitud de las partes, lo que –incorrectamente entendido– se ha calificado como exigencia necesaria del principio acusatorio⁷¹. Lo cierto es que la adopción de la medida de prisión provisional del imputado se hace depender de la solicitud que al respecto le dirijan las partes al órgano jurisdiccional en el ámbito de la audiencia ahora prevista en el art. 505 LECrim en virtud de la reforma operada por la LO 12/2003, de 24 de octubre⁷², si así lo consideran necesario para garantizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria que eventualmente se dicte o de alguno de los fines previstos en el art. 503 LECrim. Se trata, como se ha señalado, de una carga que podemos considerar *perfecta*, puesto que la solicitud de la prisión provisional es una responsabilidad que recae en exclusiva sobre las partes acusadoras, de modo que en caso de no llevarla a cabo, su inactividad no puede ser sustituida por la actuación de oficio del órgano jurisdiccional ni, lógicamente, por un solicitud de este tipo realizada por el acusado.

Lo mismo sucede con el ejercicio de los correspondientes recursos previsto legalmente frente a las resoluciones judiciales dictadas a lo largo de todo el procedimiento.

⁷¹ La incorrecta interpretación del principio acusatorio en este punto es puesta de manifiesto por ASENCIO MELLADO, J.M^a., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., (2003), p. 213.

⁷² Excepción hecha de la salvedad prevista en ese mismo precepto, en virtud de la cual, siempre que el órgano jurisdiccional considere que se presentan los presupuestos del art. 503 y la comparecencia no se haya podido celebrar, se podrá decretar la prisión o la libertad provisional con fianza, pero debiendo convocar una nueva comparecencia que deberá celebrarse en el plazo máximo de setenta y dos horas (art. 505.5 LECrim).

Una situación algo más compleja es la que se produce en relación con la comparecencia del acusado en la fase de juicio que, según las circunstancias y el procedimiento en el que nos encontremos, se configura como una carga o bien como un poder de ejercicio obligatorio con la aplicación, en su caso, de las medidas coercitivas que se consideren necesarias para asegurar su presencia y, de este modo, el ejercicio de sus derechos en el juicio oral. La presencia del acusado adquiere, pues, una naturaleza híbrida⁷³. El art. 786.1 LECrim, tras la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, contempla algunas modificaciones respecto del régimen de celebración del juicio en ausencia del acusado en el procedimiento abreviado en comparación con su antecesor, el art. 793.1 LECrim⁷⁴. La diferencia fundamental respecto de la anterior regulación radica en la posibilidad conferida actualmente de celebrar el juicio en ausencia cuando la pena solicitada no supere los dos años si es privativa de libertad, o los seis años si es de distinta naturaleza. Se ha producido, pues, una ampliación de los supuestos en los que el juicio puede celebrarse en ausencia y, por tanto, se ha configurado en estos casos la incomparecencia como una carga procesal. Por el contrario, cuando la pena solicitada sea superior a la anteriormente señalada –o no se constaten los requisitos señalados por el art. 786.1-, la LECrim deja constancia del carácter obligatorio de la comparecencia del acusado al señalar que tiene carácter preceptivo, salvo en aquellos otros casos que resulten amparados en las circunstancias previstas por el propio artículo 786.1 LECrim⁷⁵. Por lo que respecta al juicio de faltas, el art. 971

⁷³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado...*, ob. cit., p. 64. Como ha escrito este autor, en todos aquellos casos en los que la incomparecencia del acusado no suspende el procedimiento y, por tanto, no obstaculiza el desarrollo del proceso, su falta de comparecencia le impedirá alegar o desvirtuar lo que considere pertinente para su defensa, lo que nos muestra su carácter de carga procesal, debido fundamentalmente a la ausencia de sanción jurídica alguna (pp. 68-69).

⁷⁴ Vid. al respecto GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA DE PAZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 154-155.

⁷⁵ Cuando la presencia del acusado tenga carácter preceptivo, se entiende que la suspensión del juicio se producirá hasta tanto el acusado sea hallado mediante las correspondientes requisitorias. GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA DE PAZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*, ob. cit., p. 154.

LECrim prevé que sólo se suspenderá el juicio cuando la incomparecencia del acusado esté justificada o bien el órgano jurisdiccional considere necesaria, de oficio o a instancia de parte, su declaración, por lo que nuevamente nos encontramos –cuando no se presente alguno de estos dos presupuestos- ante la configuración de la comparecencia como una carga procesal⁷⁶.

Esta breve aproximación a situaciones particulares da cuenta del importante papel asignado a las cargas procesales también en el orden penal, y ello a pesar de la naturaleza pública de los intereses en conflicto. Se pone de manifiesto, pues, que el carácter público o privado de tales intereses no es un rasgo definitorio *per se* de esta categoría procesal. Por el contrario, lo que resulta especialmente relevante para considerar que nos encontramos ante una carga procesal es la previsión de una determinada actividad a cargo de las partes como mecanismo para la protección de un interés –ya sea éste público o privado- que se considere beneficioso para la obtención de una resolución final favorable a los intereses defendidos en el proceso. En cualquier caso, y siguiendo en este punto a GARBERÍ LLOBREGAT, es necesario tener en cuenta que las consecuencias desfavorables que se producen en el orden penal por el no ejercicio de cargas procesales por parte del acusado no pueden traducirse en la imposibilidad de obtener un *sentencia* favorable, fundamentalmente gracias al derecho a la presunción de inocencia que le asiste. Por el contrario, y en el caso de su incomparecencia, tales consecuencias únicamente pueden materializarse en la imposibilidad de ejercitar su derecho a la autodefensa en el concreto momento procesal en el que aquélla se ha producido⁷⁷.

⁷⁶ ASECIO MELLADO, J.M^a., *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., (2003), p. 332.

⁷⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado...*, ob. cit., pp. 72-73.



2. LA CARGA DE LA PRUEBA: PRESUPUESTOS, CONCEPTO Y CARACTERES.

Analizados los aspectos generales tanto de la prueba como de las cargas procesales y sentadas, pues, las bases esenciales sobre las que se sustenta el presente estudio, es necesario poner dichos aspectos en interconexión, lo que permite un análisis más fluido del objeto central de este trabajo. Ciertamente, conociendo el mecanismo de la prueba y de las cargas, el siguiente paso es el de determinar en qué consiste la carga de la prueba, en qué se concretan sus manifestaciones y cuáles son las circunstancias en las que entra en juego. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que este acercamiento a la carga de la prueba se va a realizar a título de introducción necesaria, dejando para un análisis más en profundidad el estudio de las concretas particularidades que caracterizan el funcionamiento de esta figura en el proceso penal. Por tanto, esta primera parte puede considerarse aplicable a todo tipo de procedimientos, no sólo al orden penal, en los que, presentándose los presupuestos y características que ahora veremos, se hace necesario recurrir al mecanismo de la carga de la prueba.

La carga de la prueba presenta una estructura compleja que se tratará de analizar en las páginas siguientes. Tradicionalmente, se han predicado dos aplicaciones o manifestaciones de las reglas sobre carga de la prueba: por un lado, se trata de reglas que cumplen una importante función como expediente formal de decisión para los supuestos de duda judicial sobre los hechos objeto del pleito y, por otro lado, constituyen la forma en la que el legislador determina qué hechos debe probar cada parte. Ello permite que, dentro de lo que en términos generales conocemos como carga de la prueba, pueda distinguirse entre *carga de la prueba material* o *regla de juicio* y *carga de la prueba formal* o *distribución de la carga de*

la prueba⁷⁸. A su vez, esta distinción nos lleva a la necesidad de conocer los diversos fundamentos a los que responde cada una de estas funciones pues, como puede apreciarse a primera vista, están llamadas a dar solución a problemas distintos: mientras la regla de juicio se muestra como una necesidad latente en todo sistema jurídico en el que exista una obligación judicial de resolver los asuntos planteados ante los tribunales (y, por, tanto, como después se verá, constituye un tipo de resultado jurídicamente previsto que es consecuencia de la prohibición del *non liquet*), la existencia de reglas de distribución de la carga de la prueba es una manifestación de la dinámica de nuestras leyes procesales dirigida a confiar a las partes la prueba de los hechos en los que se fundamenta el conflicto.

A partir del estudio de estas cuestiones se irán generando algunos problemas que, puesto que inciden de manera directa en el funcionamiento de la carga de la prueba en el proceso penal, serán analizados en los capítulos siguientes, tal y como sucede, por ejemplo, con la controvertida compatibilidad entre la carga de la prueba y las facultades probatorias conferidas al órgano jurisdiccional.

2.1. Las funciones de las reglas sobre carga de la prueba: la carga de la prueba formal y la carga de la prueba material.

Las reglas sobre carga de la prueba no sólo tienen distintos destinatarios, sino que son también aplicables en momentos procesales distintos⁷⁹.

Como reglas de distribución de los hechos que cada parte tiene que probar, su importancia se muestra fundamentalmente en la fase probatoria, o incluso antes,

⁷⁸ Vid. al respecto ASECIO MELLADO, J. M^a. (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil...*, ob. cit., (Vol. III), pp. 165 y ss.

⁷⁹ MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., p. 88.

cuando las partes se encuentran frente a la necesidad de formular la proposición de pruebas⁸⁰. Ciertamente, las reglas sobre la carga de la prueba, una vez perfilados los hechos sobre los que versa el proceso y que constituyen el tema de prueba⁸¹, informan a las partes acerca de los hechos que cada una de ellas debe probar para situarse ante la expectativa de una sentencia favorable. Por ello, puede decirse, siguiendo a TONINI, que la carga de la prueba, desde este punto de vista, implica tres tipos de actuaciones: en primer lugar, la carga de buscar las fuentes de prueba; en segundo lugar, la carga de valorar la necesidad de practicar un determinado medio de prueba para obtener como resultado una sentencia favorable y, en tercer lugar, la carga de solicitar al órgano jurisdiccional que admita su práctica⁸². Obviamente, a ello habría que añadir la carga de practicar los medios de prueba que finalmente hayan sido admitidos por el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, las reglas sobre carga de la prueba, en su manifestación de regla de juicio y a diferencia de la función anterior, tienen como principal destinatario al juez, si bien indirectamente constituyen también un estímulo para las partes. Constituyen, desde este punto de vista, los criterios proporcionados por el legislador para permitir que el órgano jurisdiccional adopte una decisión en los supuestos en los que alguno de los hechos relevantes ha quedado incierto y, por tanto, no se ha producido el convencimiento judicial necesario para llegar a una conclusión basada en el resultado probatorio. Se trata, pues, de reglas que impiden que la cuestión quede imprejuzgada y, al mismo tiempo, que establecen de forma preceptiva la solución a la que tiene que llegar el tribunal, eliminando en este ámbito cualquier posible arbitrariedad. En definitiva, cumplen la función de expediente formal de decisión (puesto que arbitran un resultado previsto *a priori*)

⁸⁰ Momentos claramente distintos en función del proceso en el que nos encontremos. Mientras en el proceso civil (vid. arts. 429 y 443.4 LEC) la proposición de pruebas se produce al final de la audiencia previa o en el mismo acto de la vista, según nos hallemos en el juicio ordinario o en el juicio verbal, en el proceso penal, la determinación del momento procesal oportuno para ello se torna algo más compleja. Su análisis se realizará en el capítulo V de este trabajo.

⁸¹ Acerca del tema de prueba en el proceso penal vid. *supra*, apartado 3 del capítulo I.

⁸² TONINI, P., “La prova...”, ob. cit., p. 550.

en la medida en que imponen la solución al conflicto en los supuestos de incerteza y, por tanto, entran en juego ante la ausencia de convencimiento judicial⁸³. En clara alusión a esta idea, la carga de la prueba, analizada desde esta perspectiva, se denomina también *regla de juicio*⁸⁴. Sin embargo, como se ha afirmado anteriormente, lo cierto es que la carga de la prueba material también tiene incidencia en la actuación que realicen las partes, de forma tal que bien puede decirse que las reglas establecidas al efecto actúan como estímulo decisivo de su actividad en la fase probatoria. En efecto, aunque el destinatario directo de la carga de la prueba material sea el juez llamado a resolver el asunto, las partes, a la vista de la regla de juicio vigente en un concreto tipo de proceso (civil, penal, contencioso-administrativo o laboral), resultan advertidas mediante esta regla de las consecuencias que pueden derivarse de la ausencia de prueba de aquellos hechos que tienen la carga de probar⁸⁵. Como señalaba CARNELUTTI, sufrir el riesgo de la falta de prueba de un determinado hecho es la forma de estimular a las partes para que lleven a cabo una correcta actuación probatoria⁸⁶.

Tradicionalmente, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia han sido proclives a entender que la importancia de la carga de la prueba reside tan sólo en lo que se refiere a su función como regla de juicio, de tal modo que se ha llegado a catalogar a la teoría sobre la carga de la prueba como *teoría de las consecuencias*

⁸³ Vid., por todos, ASECIO MELLADO, J. M^a. (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil...*, ob. cit., (Vol. III), p. 168.

⁸⁴ Vid., por todos, ROSENBERG, L., *La carga...*, ob. cit., pp. 11 y ss; MICHELI, G.A., *La carga...*, ob. cit., pp. 105 y ss; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., (5^a ed.), p. 250.

⁸⁵ Nuevamente se manifiesta la pertenencia de esta institución a la categoría de las cargas procesales, por cuanto las consecuencias de su no ejercicio se traducen en un perjuicio procesal, cual es el rechazo de la pretensión cuando su fundamento fáctico no ha quedado suficientemente acreditado.

⁸⁶ CARNELUTTI, F., "Prove civili e prove penali", en *Studi di Diritto Processuale*, Ed. CEDAM, Padova, 1925, p. 210.

de la falta de prueba⁸⁷. Sin embargo, lo cierto es que también las normas de distribución de la carga de la prueba, por cuanto delimitan los hechos a probar y las partes que deben probarlos, constituyen por igual objeto necesario de estudio, especialmente por la compleja problemática que, como se verá, encuentra su aplicación en el campo del proceso penal⁸⁸.

Las características de cada una de las manifestaciones de la carga de la prueba pueden resumirse en las siguientes: mientras la carga de la prueba formal tiene como destinatarios a las partes en la fase de prueba, indicándoles qué hechos tiene que probar cada una de ellas para lograr una resolución que satisfaga sus pretensiones o resistencias, la carga de la prueba material está dirigida de forma directa al juez, indicándole, complementariamente, cuál debe ser el sentido de la sentencia en los casos en los que algún hecho relevante permanezca incierto y en función del tipo de hecho incierto, entrando en juego, pues, en la fase decisoria⁸⁹. En atención a esta diferencia sustancial, y puesto que no puede decirse que sobre el órgano jurisdiccional pese carga alguna, en el presente trabajo se ha preferido aludir a lo que tradicionalmente se ha llamado *carga de la prueba material* con la

⁸⁷ Vid. a título de ejemplo RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal...*, ob. cit., pp. 546-547 y PRIETO-CASTRO, L., *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 138. A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo se ha referido en varias ocasiones a la carga de la prueba como “teoría de las consecuencias de la falta de prueba”. Vid. las SSTs (Sala 1ª) 432/2003, de 30 de abril (FJ 3º), 404/2003, de 15 de abril (FJ 5º), 120/2003, de 13 de febrero (FJ 2º), 907/2002, de 3 de octubre (FJ 4º) y 427/2002, de 30 de abril (FJ 4º), entre las más recientes.

⁸⁸ Vid. *infra*, capítulo V.

⁸⁹ TARUFFO individualiza las distintas circunstancias en las que un hecho puede quedar incierto: a) cuando no se ha propuesto la práctica de medios de prueba, o ésta no ha sido admitida y el órgano jurisdiccional no ha practicado pruebas de oficio; b) cuando se han admitido pruebas sobre el hecho pero su práctica ha resultado fallida; c) cuando se han practicado pruebas sobre el hecho pero su resultado no es concluyente y, por tanto, el hecho permanece incierto; d) cuando las pruebas practicadas sobre el hecho conducen a considerar que éste no se ha producido. TARUFFO, M., “Onere...”, ob. cit., p. 66. Habría que añadir, sin embargo, aquellos supuestos en los que existe prueba contradictoria (circunstancia que podría entenderse comprendida en c). Así mismo, es necesario descartar el supuesto d), ya que no existe en tal caso un hecho incierto, sino que de la prueba practicada se desprende claramente que el hecho no existe. Por su parte, CATALANO restringe todavía más el ámbito de aplicación de la regla de juicio –tesis que se comparte plenamente-, ya que considera que éste se halla en la zona intermedia entre la total falta de prueba y la completa demostración del hecho. CATALANO, E.Mª., “L’ accertamento dei fatti processuali”, en *L’ indice penale*, mayo-agosto 2002, núm. 2, p. 555.

denominación de *regla de juicio*, puesto que representa más claramente el alcance y la función de las normas sobre carga de la prueba desde esta perspectiva⁹⁰.

Analizada la carga de la prueba desde este doble plano, es necesario recurrir al estudio del fundamento al que responden cada una de sus manifestaciones, puesto que, como puede intuirse, son claramente distintos: mientras las reglas de distribución de la carga de la prueba (carga de la prueba *formal*) encuentran su razón de ser en la vigencia –en mayor o menor medida– del principio de aportación de parte, la existencia de una regla de juicio para resolver sobre el fondo del asunto en caso de incertidumbre se fundamenta en la obligación jurisdiccional de resolver todos los asuntos que se planteen ante los tribunales.

Así pues, se trata de dos realidades distintas que, sin embargo, se encuentran en perfecta conexión. La prohibición de acudir a la autotutela como método legítimo de resolución de conflictos sólo encuentra lugar en los casos en los que se arbitra un sistema judicial eficaz y capaz de dar respuesta a las demandas de justicia⁹¹. En este contexto, el Estado se ve impelido a diseñar un modelo judicial que, basado en un régimen de monopolio⁹², canalice dichas demandas y ejerza, por tanto, la potestad jurisdiccional⁹³, diseño que, en nuestro caso, encuentra su pilar fundamental en el art. 117 CE. Sólo a partir de la efectiva garantía de resolver los conflictos jurídico sociales puede encontrar fundamento y legitimación la

⁹⁰ Sobre lo impropio de la denominación vid. VERDE, G., *L'onere della prova...*, ob. cit., p. 15.

⁹¹ Acerca de los sistemas de tutela privada de los intereses, como método primitivo autocompositivo de conflictos, vid. extensamente GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 22 y ss.

⁹² Excepción hecha, lógicamente, de los supuestos en los que se permite acudir a otros sistemas heterocompositivos de resolución de controversias, como sucede en el ámbito civil con el arbitraje o la mediación.

⁹³ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 26.

prohibición de autotutela y, al mismo tiempo, la obligación de acudir a los órganos jurisdiccionales⁹⁴.

Precisamente, la existencia de ese firme compromiso tiene como consecuencia la necesaria instauración de mecanismos tendentes a garantizar que, incluso en aquellos casos en los que no sea posible resolver un asunto a partir de las pruebas practicadas, el órgano jurisdiccional esté en disposición de dilucidar la contienda y dictar así, al menos, una resolución basada en el resultado jurídicamente previsto que permita mantener una cierta seguridad jurídica. Junto con ello, hay que tener en cuenta que nuestro sistema procesal –en cualquiera de sus órdenes jurisdiccionales– confía prácticamente en exclusiva a las partes la misión de aportar al proceso los elementos de juicio relativos a los hechos y necesarios para resolver la controversia planteada, y ello atendiendo, fundamentalmente, a razones basadas en la preservación de la debida imparcialidad judicial, puesto que el Estado de Derecho exige que el juzgador mantenga una posición equidistante y de tercero respecto de las partes en conflicto. Las lógicas limitaciones a las que se ve sometida la actuación judicial respecto de la práctica de la prueba convierten a la actividad de las partes en eje central del proceso, de modo tal que son ellas las principales responsables de que el órgano jurisdiccional pueda llegar a alcanzar la convicción necesaria para dictar una resolución de fondo. Por tanto, la obligación judicial de emitir una resolución, unida a la íntima conexión que existe entre ésta y la actividad desarrollada a instancia de parte, dan cuenta del fundamento último de las reglas sobre carga de la prueba en las dos dimensiones apuntadas. Tanto es así que, independientemente de las razones que, como hemos visto, de modo inmediato condicionan la aplicación de una u otra manifestación de la carga de la prueba, resulta difícil –si descendemos al terreno de la práctica– deslindar tajantemente los efectos de ambas, pero sí es necesario realizar un análisis

⁹⁴ Vid. en este sentido RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 4ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 89 y ss. y DÍEZ PICAZO, I. (con BORRAJO INIESTA, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.), *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 90.

independiente de cada una de ellas, al menos para procurar el máximo rigor y claridad expositivos. En definitiva, se trata de un único fenómeno cuya especial naturaleza y bivalencia nos conduce necesariamente a analizarlo desde diferentes puntos de vista, en atención a las diferencias antes apuntadas⁹⁵.

2.2. La regla de juicio para el supuesto de hecho incierto: de la prohibición del *non liquet* a la creación de un expediente formal de decisión.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, constituye, como es sabido, una obligación, de tal modo que su vulneración por un juez o magistrado en el ejercicio de su cargo lleva consigo la aplicación de una sanción jurídica que, como ahora se verá, puede ser de distintos tipos.

Gozamos, pues, de un sistema procesal que, afortunadamente, ha evolucionado distanciándose con claridad del Derecho romano clásico, en el que el órgano jurisdiccional, ante la insuficiencia de elementos de juicio, tenía la facultad de dictar una resolución de *non liquet*, dejando así la cuestión planteada imprejuizada⁹⁶. El *non liquet* consistía, pues, en la facultad judicial de dejar el

⁹⁵ Esta doble aproximación se debe, fundamentalmente, a que carga de la prueba formal y regla de juicio vienen a ser las dos caras de una misma moneda. Vid., por todos, ORDOÑO ARTES, C., *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*, Ed. TAT, Granada, 1988, pp. 107-108 y SERRA DOMÍNGUEZ, M. (con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. y CORDÓN MORENO, F.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, Vol. XVI, Tomo 2º, p. 48.

⁹⁶ Este tipo de resoluciones sólo se dieron en el Derecho romano clásico. En la época postclásica, por el contrario, la figura del juez privado o árbitro deja paso al juez público, al que se le confiere la función del *ius dicere* como derecho y como obligación, generando con ello la necesidad de establecer una serie de reglas que le permitan resolver los asuntos aun cuando no existan suficientes elementos de juicio. Vid. MICHELL, G.A., *La carga...*, ob. cit., p. 19. Un estudio de los antecedentes históricos de la actual prohibición del *non liquet* puede verse en VILLAPALOS SALAS, G., "Los orígenes doctrinales del principio *non liquet*", en *La Ley*, 1981-1, pp. 981 y ss.,

conflicto en el mismo punto en el que se encontraba antes de acudir a los tribunales para solicitar tutela jurídica⁹⁷.

Con independencia de las particularidades que caracterizan a cada uno de los órdenes jurisdiccionales en lo que se refiere a los motivos que llevan a su iniciación y los modos específicos en los que se desarrolla cada tipo de proceso, lo cierto es que, en todo caso, existe la obligación de resolver sobre el fondo del asunto; esta obligación, como ahora se verá, encuentra distintos fundamentos legales claramente delimitados y responde necesariamente a la idea de garantizar la función principal del proceso que, como señala GIMENO SENDRA, radica en esencia en la satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias⁹⁸.

Estas consideraciones, sin embargo, no deben llevar a pensar que mediante el proceso se garantiza, en todo caso, y bajo la presencia de cualquier circunstancia, una resolución de fondo que ponga fin al conflicto planteado. Por el contrario, como es sabido, la ausencia de un presupuesto procesal incide en la posibilidad de que el órgano jurisdiccional llegue a resolver sobre el fondo del asunto⁹⁹, de modo que la resolución que dicte en estos casos puede consistir en una sentencia procesal o absolutoria en la instancia o -en todo caso, puesto que se imponen ciertas limitaciones en nuestras leyes procesales, especialmente en el proceso penal, a este

quien considera que el fundamento de esta prohibición reside en la seguridad jurídica como una de las finalidades del Derecho.

⁹⁷ Vid. por todos, VERDE, G., *L'onere della prova...*, ob. cit., p. 59.

⁹⁸ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 242 y ss, donde el autor, en desarrollo de la tesis sostenida por FAIRÉN GUILLÉN, concreta las específicas características de la satisfacción jurídica como función del proceso.

⁹⁹ Una de las críticas que GOLDSCHMIDT dirigió a la teoría de BÜLOW fue, precisamente, la consideración que en ella se hacía de los presupuestos procesales como requisitos para la realización del proceso mismo. Para él, por el contrario, los presupuestos procesales constituían, a su juicio, requisitos de la resolución de fondo, caracterización hoy compartida unánimemente. GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales...*, ob. cit., p. 20.

tipo de resoluciones¹⁰⁰- en un auto de archivo o de sobreseimiento de las actuaciones¹⁰¹.

Ciertamente, las razones por las que el órgano jurisdiccional debe dictar un auto de archivo y, por tanto, no entrar a resolver sobre la cuestión de fondo, son claramente distintas de las que podrían motivar una resolución de *non liquet* que, como hemos visto, está prohibida. En primer lugar, las sentencias procesales y los autos de sobreseimiento y archivo vienen motivados por la inexistencia de un presupuesto procesal. En estos casos, la resolución judicial no satisface la pretensión como consecuencia de la ausencia de las condiciones básicas para ello. Por el contrario, la sentencia de *non liquet*, en el caso de que ésta fuera posible, respondería a una situación de insuficiencia de elementos de juicio respecto de los hechos que conforman el objeto del proceso, impidiendo que el órgano jurisdiccional alcanzara el convencimiento necesario para resolver sobre el fondo y, por tanto, dejando imprejuzgada la causa. Se trata ésta de una distinción reflejada por el legislador en el artículo 11.3 LOPJ al disponer que “los Juzgados y

¹⁰⁰ SIGÜENZA LÓPEZ pone de manifiesto que la posibilidad de dictar una resolución de *non liquet* en el Derecho romano deja paso en la Edad Media a la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria en la instancia o *absolutio rebus sic stantibus* en los supuestos de duda, pudiéndose reabrir el procedimiento en cualquier otro momento. SIGÜENZA LÓPEZ, J., *El sobreseimiento libre*, Ed. Aranzadi, Elcano, 2002, p. 24.

¹⁰¹ Actualmente, tras la LEC de 2000, lo cierto es que las sentencias absolutorias en la instancia han quedado en la práctica casi desterradas, debido a la previsión normativa de mecanismos tendentes a evitar que el procedimiento avance en ausencia de algún presupuesto procesal. La posibilidad de evidenciar la falta de estos presupuestos en diversos momentos –fundamentalmente en la fase de audiencia previa, aunque también de oficio y a instancia de parte en fases anteriores- hace que, en estos supuestos, la resolución que se dicte consista en un auto de archivo o sobreseimiento. Más clara es la situación en el proceso penal, donde las sentencias procesales o absolutorias en la instancia no aparecen reguladas como tales, puesto que, según el art. 141 LECrim, sólo se considerarán *sentencias* aquellas resoluciones judiciales que resuelvan “la cuestión criminal”, lo que puede considerarse como una llamada clara a la exigencia de que mediante esta resolución se resuelva sobre el fondo del asunto. Ello resulta corroborado por el art. 142.5º LECrim, que al establecer cuál debe ser el contenido de la sentencia, alude a la necesidad de que se consigne la condena o absolución. Así mismo, a tenor del art. 144 LECrim, la absolución se entenderá siempre libre, lo que impide que, una vez firme, puedan volver a enjuiciarse los mismos hechos, lo que resulta incompatible con las sentencias absolutorias en la instancia. De esta forma, cuando no se den los presupuestos necesarios para dictar una sentencia de fondo, el órgano jurisdiccional deberá dictar un auto de sobreseimiento de las actuaciones (vid. arts. 666 y ss LECrim, en especial, los

Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

Este precepto nos introduce en el tema de la fundamentación legal de la prohibición del *non liquet*, que encuentra, como se acaba de poner de relieve, un apoyo constitucional evidente en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Una de las manifestaciones de este derecho fundamental consiste en el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, de tal modo que la ausencia de un pronunciamiento de estas características –siempre que se den los presupuestos para ello– constituye una vulneración de este derecho. A pesar de las numerosas ocasiones en las que nuestro Tribunal Constitucional se ha manifestado en torno al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva desde esta perspectiva, generalmente lo ha hecho en relación con supuestos de incongruencia omisiva, esto es, en relación con los casos en los que los órganos jurisdiccionales han dejado de pronunciarse sobre alguna de las cuestiones que han sido sometidas a su conocimiento¹⁰². No obstante, y con mayor razón, la decisión judicial que deja imprejuzgada la cuestión de fondo –o, en su caso, la ausencia de resolución

arts. 675 a 677, respecto de los artículos de previo pronunciamiento). En el caso de que dicha ausencia se detecte ya en la fase de juicio oral, la sentencia será, en todo caso, absolutoria.

¹⁰² Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la incongruencia omisiva o *ex silentio* sólo tiene relevancia constitucional cuando “por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, denegación que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, sin que quepa la verificación de la lógica de los argumentos empleados por el Juzgador para fundamentar su fallo” (STC 114/2003, de 16 de junio, FJ 3º). En el mismo sentido, en torno al alcance y significado de la incongruencia omisiva, vid. las SSTC 91/2003, de 19 de mayo (FJ 2º), 45/2003, de 3 de marzo (FJ 2º) y 39/2003, de 27 de febrero (FJ 3º) entre las más recientes.

judicial-, son ejemplos más claros si cabe de la vulneración de este derecho fundamental¹⁰³.

Una manifestación de este derecho, implícito en el art. 24.1 CE y reforzado, como hemos visto, por el art. 11.3 LOPJ, se encuentra también claramente establecida en el CC, que establece en su art. 1.7 que “los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”¹⁰⁴. También nuestras leyes procesales establecen ciertas disposiciones de las que puede derivarse la obligación jurisdiccional de dictar una resolución de fondo. En el orden penal, tal obligación puede entenderse contenida en el art. 742 LECrim, al establecer que “en la sentencia se resolverán *todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio*, condenando o absolviendo a los procesados (...), sin que pueda el tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar”. Disposición que, así mismo, corrobora la imposibilidad de dictar en el proceso penal una sentencia absolutoria en la instancia. Por su parte, el legislador procesal civil ha establecido una obligación similar en el art. 218.1 LEC junto a la exigencia de congruencia en las resoluciones judiciales: “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes (...). Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y *decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate*”¹⁰⁵.

De acuerdo con este marco legal, queda clara la existencia de una obligación de los órganos jurisdiccionales de pronunciarse acerca de los asuntos que se les

¹⁰³ En cuanto a la omisión del pronunciamiento de fondo como causa de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva véase, por todos, MILLÁN HERNÁNDEZ, C., *La incongruencia civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 154 y ss.

¹⁰⁴ La presencia de esta norma en un código de carácter sustantivo se debe, fundamentalmente, al carácter supletorio del CC respecto del resto de normas jurídicas.

¹⁰⁵ Vid. en este sentido CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., p. 247.

planteen siempre que se den los requisitos necesarios y, por tanto, aparece claramente configurada en nuestro ordenamiento jurídico la prohibición del *non liquet*, no pudiendo el órgano jurisdiccional ampararse en la insuficiencia de elementos de juicio para dejar de resolver. Pero, si ello es así, ¿cuáles son las consecuencias de no actuar conforme a este deber? Si, como hemos visto, los deberes jurídicos se caracterizan generalmente por ir acompañados de una sanción en caso de incumplimiento, es necesario determinar cómo garantiza nuestro ordenamiento procesal el respeto de esta obligación y, por tanto, cuáles son las distintas sanciones que prevé para disuadir a jueces y magistrados de actuar de forma ilícita.

El artículo 16 LOPJ establece una primera previsión general a tener en cuenta, que es la relativa a los tipos de responsabilidad que asumen jueces y magistrados por su conducta, que puede ser de tres tipos: penal, civil y disciplinaria. Partiendo, pues, de esta primera idea, es posible individualizar los distintos tipos de sanciones que pueden imponerse en atención a las diversas circunstancias presentes en cada caso.

Por lo que respecta a la responsabilidad penal por el incumplimiento de la obligación de juzgar, ésta puede entenderse derivada del artículo 448 CP, que contempla como delito de denegación de justicia la negativa a juzgar “sin causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley”, conducta a la que corresponde una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público que oscila entre los seis meses y los cuatro años. Téngase en cuenta que la aplicación de este precepto exige que el órgano jurisdiccional se niegue expresamente a juzgar, lo que implica una actuación dolosa. El caso de la vulneración de la prohibición del *non liquet* parece desprenderse del primer inciso, en el que se hace referencia a la inexistencia de causa legal alguna para resolver. Así mismo, hay que tener cuenta que, si bien el art. 448 CP no hace una referencia expresa a la negativa a resolver sobre el fondo del asunto, esta actitud debe considerarse incluida en dicho precepto, fundamentalmente por una razón derivada de la lectura del articulado del CP: tratándose de una vulneración directa del

derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que ninguno de los artículos contenidos en el Título XX del Libro II, regulador de los delitos contra la Administración de Justicia, hace referencia explícita a este conducta, llegando a regular ilícitos que pueden considerarse más leves o, cuanto menos, igualmente graves. Así sucede, por ejemplo, con el art. 449 CP, que tipifica el retardo malicioso en la Administración de Justicia, estableciendo la correspondiente sanción penal en los casos de vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Piénsese que la conveniencia de entender incluida en el art. 448 CP la infracción de la prohibición del *non liquet* se justifica si analizamos conjuntamente los bienes jurídicos que se ponen en peligro en uno y otro caso y, junto con ello, la conducta típica que integra ambos delitos: mientras en el caso contemplado en el art. 449 CP se produce un retardo malicioso, en el supuesto del art. 448 CP la intención del agente da un salto cualitativo, pues no se trata ya de provocar unas dilaciones injustificadas, sino que manifiesta su voluntad de no resolver. Estas razones justifican, pues, que la conducta contraria a la obligación judicial de resolver sobre el fondo del asunto, encuentre respuesta en el art. 448 CP, siempre que la misma presente los caracteres de delito exigidos por este precepto¹⁰⁶.

En segundo lugar, la ausencia de resolución de un asunto puede dar lugar a la aplicación de una sanción disciplinaria¹⁰⁷. La LOPJ, sin embargo, no prevé una falta específica que haga referencia expresa a este tipo de conducta. No obstante, ésta podría entenderse contenida en el art. 417.9º LOPJ, que sanciona, como falta

¹⁰⁶ Para una interpretación del art. 448 CP, vid. QUINTERO OLIVARES, G. (con MORALES PRATS, F., VALLE MUÑIZ, J.M., PRATS CANUT, J.M., TAMARIT SUMALLA, J.Mª. y GARCÍA ALBERO, R.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1288 y ss.

¹⁰⁷ La vigencia del principio *ne bis in idem* impide que, bajo ciertas circunstancias, sean compatibles la sanción penal y la disciplinaria. Para que sea posible imponer ambas, es necesario, a tenor de lo dispuesto en el art. 415 LOPJ, que el fundamento jurídico y el bien jurídico protegido sean distintos pues, en todo caso, prevalece la vía penal sobre la disciplinaria, de modo que el inicio del proceso penal suspende hasta su resolución firme la tramitación de la vía disciplinaria. Vid. ASENSIO MELLADO, J.Mª., *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 102.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

muy grave, la desatención en la resolución de los procesos¹⁰⁸. El procedimiento disciplinario para la imposición de sanciones se halla regulado en los arts. 421 y ss LOPJ.

En tercer y último lugar, la conducta del órgano jurisdiccional que no se pronuncia sobre la cuestión de fondo es susceptible de engendrar responsabilidad civil, conforme a los arts. 411 a 413 LOPJ, siempre que concurra dolo o culpa. No se prevé en la nueva LEC un procedimiento específico para tramitar este tipo de pretensión resarcitoria de daños y perjuicios, por lo que el perjudicado deberá acudir al juicio ordinario o al verbal en función de la cuantía de su pretensión, a tenor de lo dispuesto en los arts. 249 y ss LEC¹⁰⁹.

Una vez analizadas las consecuencias que se derivan del no ejercicio de la potestad jurisdiccional, es necesario conocer los mecanismos previstos por el legislador para garantizar que jueces y magistrados puedan cumplir este deber incluso en los supuestos en los que no han alcanzado la certeza necesaria para dictar una resolución de fondo.

Hay que partir para ello de la consideración de que, siendo la finalidad de la prueba, como se ha visto, la obtención del convencimiento judicial tras una valoración racional de la misma sobre la existencia o inexistencia de los hechos, lo cierto es que no siempre es posible alcanzar el grado de convicción necesario para dictar una resolución en un sentido o en otro.

Las situaciones que, en términos generales, se pueden plantear, son dos: en primer lugar, que el resultado de la prueba indique con claridad que el hecho ha existido o que no ha existido (por tanto, prueba positiva o negativa del hecho o, en su caso, inexistencia total de pruebas en torno al mismo) y, en segundo lugar, que no haya quedado suficientemente probada ni la existencia ni la inexistencia del

¹⁰⁸ Las sanciones que pueden imponerse por este título se encuentran recogidas por el art. 420 LOPJ.

hecho, debido a la insuficiencia de pruebas practicadas para demostrar su existencia o inexistencia¹¹⁰. Es este segundo supuesto el que, a efectos de dictar una resolución, plantea el importante problema de determinar cuál debe ser su contenido, pues nos encontramos ante una situación de duda racional que, necesariamente, y a la vista de las consideraciones antes realizadas, no puede desembocar en la ausencia de pronunciamiento¹¹¹. Con el propósito de dar solución a este tipo de casos, el legislador ha previsto determinadas reglas que deben ser aplicadas para determinar cuál de las partes debe sufrir las consecuencias derivadas de la insuficiencia probatoria¹¹². De este modo, se puede concluir que estas reglas, en los supuestos que pueden denominarse *de hecho incierto*, realizan una sustitución de la ausencia de certeza judicial, que no ha podido ser alcanzada mediante la valoración de la prueba, por un resultado jurídicamente previsto que viene a resolver el estado de duda racional para dar cumplimiento al obligatorio ejercicio de la potestad jurisdiccional. Junto con ello, la previsión de una regla de juicio aplicable en estos casos responde también a la necesidad de evitar el arbitrio judicial en la resolución de los asuntos, garantizando así también que las consecuencias de la falta de prueba estén legalmente tasadas con anterioridad al inicio del pleito¹¹³. No podría ser de otro modo, como nos dice VERDE, en un

¹⁰⁹ Se ha derogado, pues, el proceso especial previsto en los arts. 903 a 918 de la LEC de 1881 por el que se tramitaban las demandas de responsabilidad civil frente a jueces y magistrados.

¹¹⁰ Vid. en este sentido GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1975, p. 243; MONTERO AROCA, J. (con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 191 y SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios...*, ob. cit., p. 50. Téngase en cuenta, sin embargo, que la insuficiencia de la prueba depende, en último término, del nivel de prueba exigido en cada proceso. En el caso del proceso penal, la regla de la *duda razonable* determina la existencia de un alto nivel de prueba, claramente diferenciado del exigido en otros órdenes jurisdiccionales. Al respecto, vid. *infra*, capítulo IV.

¹¹¹ IAFISCO, L., “Osservazioni in tema di accertamento “dubbioso”, efficacia in altri giudizi ex art. 654 cpp e uso come prova della sentenza penale irrevocabile”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, abril-junio 2002, pp. 590 y 593.

¹¹² MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., pp. 88-89; ASECIO MELLADO, J.Mª., *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., p. 255.

¹¹³ ROSENBERG alude claramente a esta función de la regla de juicio, conectada con el principio de seguridad jurídica. ROSENBERG, L., *La carga...*, ob. cit., pp. 58-59.

sistema jurídico anclado en un Estado de Derecho regido fundamentalmente por el principio de legalidad, en el que las decisiones judiciales, por tanto, no pueden dejarse en manos del arbitrio o las “intuiciones” del órgano jurisdiccional¹¹⁴. En términos generales, y más expresivos si cabe, señalaba CARNELUTTI la imposibilidad de hacer depender la decisión en estos casos de un resultado caprichoso, como sería el resultante de lanzar los dados¹¹⁵.

En definitiva, la existencia de un supuesto de hecho dudoso es el presupuesto necesario y suficiente para que el órgano jurisdiccional deba aplicar la regla de juicio. De este modo, cuando éste ha alcanzado la certeza necesaria requerida por el ordenamiento jurídico para resolver la controversia, deberá actuar única y exclusivamente en atención al resultado probatorio y, por tanto, no necesitará acudir a regla de juicio alguna. En estos casos, además, resulta igualmente irrelevante quién ha aportado las pruebas que le han llevado a alcanzar dicho convencimiento, y ello en virtud del principio de *adquisición procesal*. Este principio, acuñado por CHIOVENDA¹¹⁶ y adoptado con una gran aceptación por la doctrina¹¹⁷, informa todo el desarrollo del proceso y, en términos generales, tal y como fue expresado por CHIOVENDA, implica que todas las actuaciones procesales que se llevan a cabo entran a formar parte de una relación jurídica

¹¹⁴ VERDE, G., *L'onere della prova...*, ob. cit., pp. 45-46.

¹¹⁵ CARNELUTTI, F., “Prove civili...”, ob. cit., p. 211.

¹¹⁶ CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil* (Trad. de la 3ª ed. italiana por Casais y Santaló, J.), Ed. Reus, Madrid, 1977, Vol. II, pp. 215-216.

¹¹⁷ Dan cuenta del principio de adquisición procesal, aunque generalmente en relación con el proceso civil, ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Trad. por Romera Vera, A.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, Tomo II, Libro 2º, p. 222; PRIETO-CASTRO, L., *Tratado...*, ob. cit., p. 628; FURNO, C., *Contributo alla teoria...*, ob. cit., p. 73; SENTÍS MELENDO, S., “Introducción al Derecho...”, ob. cit., p. 107; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 547; ASENCIO MELLADO, J.Mª., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 254; MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., pp. 83-84; CABAÑAS GARCÍA, J.C., “Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil”, en *Actualidad Civil*, 1996, núm. 15, p. 351; ROMERO COLOMA, A.Mª., *Estudios de la prueba...*, ob. cit., p. 24.

única¹¹⁸. De este modo, los resultados obtenidos de tales actuaciones y, en definitiva, los efectos que generan en el proceso, son comunes y afectan, por tanto, a ambas partes, de tal forma que tanto si son favorables como si resultan ser perjudiciales pueden ser utilizados por cualquiera de ellas. Utilizando un ejemplo apuntado por MONTERO AROCA, los efectos de este principio se dejan notar también en materia de recursos: el acto procesal de interposición de un medio de impugnación, aunque sea realizado únicamente por una de las partes, tiene efectos para ambas, puesto que el recurso se tramita y surte sus efectos sobre las dos¹¹⁹.

Sin embargo, a pesar de su virtualidad a lo largo de todo el proceso y en relación con todas las actuaciones que se lleven a cabo, el principio de adquisición procesal cobra una especial significación en relación con la prueba. En este ámbito, sus efectos se dejan notar fundamentalmente en el hecho de que el resultado de la prueba, con independencia de quién la haya introducido en el proceso, queda integrado en el proceso y puede ser utilizado, por tanto, en beneficio o en perjuicio de cualquiera de las partes. Desde este punto de vista, el principio de adquisición procesal se presenta en franca conexión con la libre valoración de la prueba: una vez que el órgano jurisdiccional, tras la valoración de la prueba, ha alcanzado la certeza necesaria para resolver, deja de ser relevante la distinción entre *autor* y *destinatario* de la actividad probatoria, puesto que, con independencia de quién haya introducido y practicado la prueba, el órgano jurisdiccional es libre para valorarla, encontrándose sometido exclusivamente al resultado que de ella se derive, sea o no beneficioso para la parte que la propuso. Como afirma ASECIO MELLADO, el principio de adquisición implica que “es innecesario acudir a las reglas de distribución [de la carga de la prueba] si el hecho se considera probado o, lo que es lo mismo, se hace abstracción de la carga formal cuando el mismo queda

¹¹⁸ Aunque CHIOVENDA adopta la tesis de la naturaleza del proceso como relación jurídica, ello no es óbice para considerar que la configuración que realiza del principio de adquisición procesal tiene validez en el marco de las actuales teorías acerca de la naturaleza jurídica del proceso.

¹¹⁹ MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., p. 83.

fijado”¹²⁰. También el Tribunal Supremo se ha hecho eco de la incidencia de este principio –aunque siempre con referencia al proceso civil- al señalar que “(...) únicamente ha de acudir a las reglas sobre carga de la prueba cuando los hechos fundadores de las pretensiones de las partes no hayan resultado probados, independientemente de cuál de ellas haya aportado los elementos probatorios”¹²¹. Lógicamente, aunque se trate de jurisprudencia ampliamente asentada en el concreto ámbito del proceso civil, lo cierto es que resulta perfectamente aplicable al resto de órdenes jurisdiccionales.

2.3. La carga de la prueba formal: fundamento y caracteres.

2.3.1. El principio de aportación de parte: su necesaria distinción del principio dispositivo.

En los primeros estudios dedicados a la carga de la prueba en nuestra disciplina se recondujo el fundamento de la distribución de la misma al principio dispositivo, pero un análisis más calmado y analítico ha llevado a la doctrina a distinguir claramente entre éste y el principio de aportación de parte, del que realmente deriva la exigencia de contar con reglas de distribución de la carga de la prueba¹²². Precisamente, esta distinción es la que ha permitido analizar el problema

¹²⁰ ASENCIO MELLADO, J. M^a. (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil...*, ob. cit., (Vol. III), p. 172.

¹²¹ STS, 592/1996, de 10 de julio (FJ 4º); en el mismo sentido, SSTs, 623/1996, de 22 de julio (FJ 2º), 1059/2003, de 10 de diciembre, 414/2003, de 24 de abril (FJ 3º), 279/2003, de 17 de marzo (FJ 3º), 1106/2000, de 5 de diciembre (FJ 3º), 218/2003, de 3 de marzo (FJ 5º), 464/2001, de 14 de mayo (FJ 6º) y 436/2001, de 30 de abril (FJ 1º), todas ellas de la Sala 1ª.

¹²² La errónea identificación entre ambos principios ha sido puesta de manifiesto por GIMENO SENDRA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal*

de la carga de la prueba también en el proceso penal, regido en esencia por el principio acusatorio que, en muchas ocasiones, se muestra antagónico respecto del principio dispositivo pero acompañado también, como después se verá, por el principio de aportación de parte¹²³.

Es necesario, pues, aludir previa y brevemente a las notas generales en las que se sustenta la distinción entre el principio dispositivo y el principio de aportación, puesto que es importante hacer constar las razones por las que se considera que la distribución de la carga de la prueba es un imperativo de éste último, en aras a proceder a su análisis posterior en relación con el proceso penal.

Un primer acercamiento al principio dispositivo nos muestra que su fundamento hay que buscarlo en la concepción liberal del Estado, que se extiende a todos los ámbitos, incluido el jurídico. Desde esta perspectiva, la autonomía privada como sistema autorregulativo se erige en aspecto central de la defensa de los intereses de los ciudadanos¹²⁴. El legislador hace, por tanto, una decidida apuesta por la autonomía de los particulares como sistema para elegir el modo más adecuado para la defensa de sus intereses privados, lo que ha encontrado un claro apoyo constitucional en el artículo 33.1 CE, al reconocer la propiedad privada y, con ello, la existencia de intereses de naturaleza disponible¹²⁵. Ésta es la principal diferencia que permite establecer una clara división entre el proceso civil y el proceso penal, puesto que sólo cuando los intereses en conflicto son de naturaleza privada puede considerarse que el objeto del proceso es disponible por la mera

Civil. Parte general, 5ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 25; ASECIO MELLADO, J.Mª., *Introducción...*, ob. cit., p. 200; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 208 y ss.

¹²³ Vid. *infra*, capítulo V.

¹²⁴ Autonomía privada que, en palabras de DÍEZ-PICAZO, se resuelve en el “poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Vol. I, Madrid, 1994, p. 373.

¹²⁵ CORDÓN MORENO, F., “En torno a los poderes de dirección del juez civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1979, p. 810.

intervención de la voluntad de las partes procesales¹²⁶. Precisamente, en virtud de las condiciones exigibles para la tutela de intereses de naturaleza privada, se habla del principio dispositivo como un principio *material* o *necesario*, esto es, de presencia inexcusable en la configuración de todo proceso que tenga como finalidad la defensa de intereses y derechos de carácter privado¹²⁷. Ello supone que un proceso regido por el principio dispositivo reúne, al menos, las tres siguientes características¹²⁸: en primer lugar, la decisión de iniciar el proceso reside exclusivamente en la voluntad de las partes que, así mismo, tienen la capacidad para ponerle fin en cualquier momento mediante la puesta en marcha de los llamados *modos anormales de terminación del proceso* (desistimiento, renuncia, allanamiento o transacción); en segundo lugar, sólo las partes son competentes - igualmente debido la naturaleza privada de los derechos en conflicto- para delimitar la pretensión sobre la que el juez debe pronunciarse; y, en tercer y último lugar, como consecuencia de dicho poder de delimitación de la pretensión, el órgano jurisdiccional se halla vinculado al objeto del proceso, lo que genera el conocido deber de congruencia respecto de la pretensión y la resistencia hechas valer respectivamente por el actor y el demandado¹²⁹.

Esta genérica caracterización del principio dispositivo, realizada a modo de simple aproximación, permite trazar una clara distinción entre éste y el principio de aportación de parte, verdadero fundamento de la distribución de la carga de la

¹²⁶ PRIETO-CASTRO, L., *Tratado...*, ob. cit., p. 79.

¹²⁷ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 46 y ss.

¹²⁸ Se trata ésta de una materia que ha suscitado un amplio interés en la doctrina procesal, que coincide en destacar tales manifestaciones. Vid., por todos, aunque con algunas referencias específicas a la LEC de 1881, GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Colex, Madrid, 1996, pp. 296 y ss; ASENCIO MELLADO, J.M^a., *Introducción...*, ob. cit., pp. 201-202; MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 80-81; del mismo autor, *Trabajos de Derecho Procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 237 y PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, ob. cit., pp. 212-213.

¹²⁹ Más extensamente vid. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. COLEX, Madrid, 2003, pp. 267 y ss.

prueba. Ciertamente, la preferencia legislativa a favor del principio de aportación en detrimento de la actuación procesal de oficio hay que buscarla, no ya en la naturaleza privada de los derechos en juego, sino en la necesidad de preservar la imparcialidad judicial, por lo que se deja en manos de los particulares la introducción en el proceso tanto de los hechos como de las pruebas, de tal modo que el órgano jurisdiccional debe resolver *secundum allegata et probata partium*¹³⁰. El principio de aportación se muestra, pues, como una exigencia derivada de la garantía de la imparcialidad judicial, si bien en determinados casos, y de acuerdo con ciertas circunstancias, sus efectos procesales pueden verse limitados como consecuencia de la atribución de competencias en este ámbito al órgano jurisdiccional, siempre con el debido respeto a su imparcialidad. Sin entrar ahora a considerar si se trata o no de un principio vigente en el proceso penal -lo que será objeto de estudio al analizar la distribución de la carga de la prueba en el orden penal¹³¹-, sí es conveniente poner de manifiesto que se trata de un principio que reglamenta, en exclusiva, el modo en el que se desarrolla el proceso en relación con una parcela muy concreta del mismo: la introducción de los hechos y de las pruebas. Como se tendrá ocasión de analizar más adelante, mientras el principio dispositivo es un límite infranqueable para el legislador, el principio de aportación puede ser sometido a ciertas correcciones con la finalidad de permitir determinadas actuaciones de oficio y, en este sentido, podríamos concluir que sólo vincula al legislador en cuanto su modificación suponga una vulneración de la debida imparcialidad judicial¹³².

¹³⁰ GIMENO SENDRA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal...*, (1996), ob. cit., p. 23.

¹³¹ Vid. *infra*, capítulo V.

¹³² En el ámbito civil, coincide la doctrina al afirmar que el incremento de las facultades probatorias del órgano jurisdiccional en detrimento del principio de aportación de parte -posibilidad conferida al legislador- no supondría, en ningún caso, modificación del principio dispositivo. Vid., por todos, MONTÓN REDONDO, A., *Iniciación al estudio del Derecho Procesal (conceptos básicos y fuentes)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1987, p. 85; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 52 y PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, ob. cit., pp. 219 y ss.

Con todo ello se ponen de manifiesto las diferentes razones que justifican la vigencia de cada uno de estos principios y, al mismo tiempo, se alcanza una primera conclusión importante: aunque se trata de principios que generalmente actúan de forma conjunta, lo cierto es que no se implican mutuamente. De esta forma, puede decirse que la vigencia del principio de aportación poco tiene que ver —o, al menos, no sólo tiene que ver— con la naturaleza privada de los derechos en conflicto ya que, como más adelante se verá, es posible afirmar que sus efectos se perciben igualmente en el proceso penal, en el que los intereses que se dilucidan se muestran en franca oposición a los debatidos en el orden civil.

En todo caso, es consecuencia del principio de aportación que las partes asuman la responsabilidad de aportar al proceso los hechos y, por lo que aquí interesa, las pruebas en virtud de las cuales consideran que serán atendidas sus pretensiones y resistencias. Como hemos visto, sin embargo, la vigencia de este principio no es absoluta en ningún orden jurisdiccional —ni siquiera en el proceso civil—, de tal modo que la ausencia de actividad de alguna de las partes y, por tanto, el incumplimiento de la carga de la prueba, no conduce necesariamente y en todo caso, a la desestimación de su pretensión. Por el contrario, cabe, bajo determinados requisitos, que ese vacío se cubra, bien mediante la actividad probatoria desarrollada por la otra parte, bien mediante el ejercicio de la facultad judicial de ordenar pruebas de oficio¹³³. Precisamente por ello, se hizo referencia anteriormente al carácter imperfecto de la carga de la prueba, lo que se constata actualmente —en mayor o menor medida— en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales.

2.3.2. Caracteres de la carga de la prueba formal.

¹³³ Acerca de ambas posibilidades en el proceso penal, vid. *infra*, apartado 2 del capítulo V.

La carga de la prueba constituye la manifestación más emblemática de las cargas procesales e, incluso, puede decirse que ha sido a partir de su estudio cuando se ha despertado con más fuerza el interés por el análisis de la importancia de la carga como categoría procesal¹³⁴. Aun así, no hay que olvidar que, como ya se puso de relieve, generalmente la doctrina se ha interesado por la carga de la prueba como regla de juicio, relegando a un segundo plano la importante función que ésta cumple como motor que impulsa la actuación probatoria de las partes.

En las siguientes páginas se tratará de sistematizar los caracteres de la carga de la prueba formal, tarea que se torna algo más sencilla desde el momento en que no deja de ser una carga procesal más, que participa de las notas de ésta antes analizadas. Sólo será necesario, pues, determinar en qué modo se manifiestan tales caracteres cuando se ponen en conexión con la actividad probatoria que las partes desarrollan en el proceso.

De acuerdo con las notas características de las cargas procesales, y en atención a las particulares circunstancias que se presentan en relación con la carga de la prueba y que se analizarán a continuación, puede decirse que ésta -desde el punto de vista *formal*- se configura como el poder de ejercicio facultativo conferido a las partes para aportar pruebas relativas a los hechos objeto del proceso, conforme a las reglas de distribución establecidas por el ordenamiento jurídico, a fin de tutelar -si así lo desean- el derecho fundamental a la prueba, y cuyo incumplimiento puede comportar la aplicación de la regla de juicio correspondiente para determinar cuál de ellas debe resultar perjudicada por la falta de pruebas¹³⁵.

Las notas esenciales a partir de las cuales se ha construido el concepto de carga de la prueba son las siguientes:

¹³⁴ El protagonismo de la carga de la prueba fue puesto de manifiesto por el propio GOLDSCHMIDT, J., *Principios...*, ob. cit., p. 98.

¹³⁵ Nuevamente se pone de manifiesto que carga de la prueba formal y regla de juicio son dos facetas inseparables en la práctica, puesto que las consecuencias que se derivan del no ejercicio de la primera se traducen -generalmente- en la aplicación de la segunda.

a) La carga de la prueba como poder de ejercicio facultativo: El establecimiento de la carga de la prueba como fenómeno procesal responde a la decisión del legislador de dejar al libre criterio de las partes la conveniencia de aportar las pruebas necesarias para acreditar los hechos en los que se fundamentan sus pretensiones. De este modo, cuando el ordenamiento jurídico establece una distribución entre las partes de los hechos que cada una de ellas debe probar – *deber*, si se recuerda, en sentido técnico o estratégico-, no está generando una obligación a cargo de cada una de ellas, sino que les está confiriendo un poder que sólo ejercerán cuando deseen, esto es, cuando lo consideren necesario para tutelar sus intereses. La ausencia de sanción alguna para el caso de no ejercicio permite alcanzar la conclusión de que su realización es de carácter facultativo¹³⁶, sólo condicionado por el efecto que CALAMANDREI denominaba *psicológico*, consistente en la advertencia del peligro que supone no llevar a cabo la conducta prevista legalmente¹³⁷. Sin embargo, éste no constituye una particularidad que se presente únicamente en relación con las cargas procesales y, por tanto, en relación con la carga de la prueba, por lo que no se trata de una característica que diferencie a esta figura de otro tipo de normas jurídicas. En efecto, la existencia de un mecanismo o impulso psicológico que condiciona la voluntad está presente en todas aquellas actividades previstas legalmente que, de no ser llevadas a cabo, impiden el disfrute del interés protegido por ellas, sin que por esta circunstancia pueda considerarse que su ejercicio es obligatorio. Piénsese, no ya en actuaciones procesales sino en cualquier otro ámbito regulado mediante normas jurídicas que confieren poderes: la posibilidad, por ejemplo, de solicitar una beca a la Administración Pública constituye un supuesto de poder de ejercicio facultativo. Sólo si el destinatario de la norma desea obtener la beca ofertada, realizará las actuaciones legalmente previstas para su solicitud. En caso contrario, se abstendrá de realizar actuación alguna, debido a que el interés protegido -la obtención de la

¹³⁶ Al respecto véase GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 172.

¹³⁷ CALAMANDREI, P., *Estudios...*, ob. cit., p. 288.

beca- no es considerado por él como un interés relevante y, por tanto, su no obtención no podrá ser considerada como una sanción.

. Cuestión distinta es la de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las normas que reglamentan la carga de la prueba. No se cuestiona aquí la voluntariedad en el ejercicio de la carga, sino que se trata de determinar los efectos que produce, una vez manifestada la intención de ejercitar esta carga, la actuación en forma distinta a la prevista legalmente. En estos casos, la inobservancia del procedimiento probatorio conduce a la ineficacia procesal de los concretos actos llevados a cabo (proposición de prueba, práctica de la prueba, etc.). Estos temas, sin embargo, pertenecen ya a un terreno que poco tiene que ver con el carácter facultativo de la carga de la prueba, que se manifiesta *a priori*, en el concreto momento de elección.

b) Instrumentalidad: De acuerdo con el interés inmediato protegido mediante el establecimiento de la carga de la prueba, consistente en la tutela del derecho a la prueba -como después se verá más extensamente-, y con el carácter facultativo de su ejercicio, resulta indudable que la carga de la prueba sólo se ejercitará cuando la parte considere valiosa la obtención del fin protegido. La carga de la prueba constituye, pues, el mecanismo a través del cual el legislador estimula a las partes a llevar a cabo la actividad probatoria conducente a acreditar los hechos que les sean favorables, de modo que sólo si las partes desean alcanzar dicho objetivo actuarán en la forma prevista al efecto.

c) Las consecuencias de su no ejercicio se traducen en la puesta en peligro del interés jurídicamente protegido mediante la carga de la prueba: En relación con las consecuencias derivadas del no ejercicio de la carga de la prueba conviene traer a colación dos aspectos ya analizados en relación con las cargas procesales. En primer lugar, el relativo a la inexistencia de sanción jurídica alguna, puesto que la única consecuencia predicable se traduce en la posible pérdida del interés tutelado, que no es otro que el derecho a la prueba y, en último término, la obtención de una sentencia favorable. Como claramente ha puesto de manifiesto ASENCIO MELLADO –aunque en relación con la configuración que la LEC de 2000 hace de

esta materia- “la carga de la prueba no introduce obligación alguna para las partes de cuyo incumplimiento haya de derivarse una sanción, sino, como queda expuesto en la rúbrica del propio artículo 217 LEC, una simple carga con efectos sólo en la expectativa de una sentencia favorable”¹³⁸. En segundo lugar, conviene recordar que la carga de la prueba pertenece a la categoría de las *cargas imperfectas*, esto es, aquellas cuyo no ejercicio no supone necesariamente la pérdida del interés protegido mediante su establecimiento. Ciertamente, en el caso de la carga de la prueba, su inobservancia produce el efecto de poner en peligro la expectativa última de obtener una resolución favorable, pero debido a la vigencia de otros mecanismos -como sucede con el principio de adquisición procesal o con las facultades probatorias conferidas al órgano jurisdiccional-, la pasividad de la parte no va a suponer indefectiblemente el fracaso de su pretensión, a diferencia de lo que sucede con las *cargas perfectas*, si bien dicho fracaso puede considerarse muy probable¹³⁹.

d) El derecho a la prueba como interés jurídico tutelado mediante la carga de la prueba: A diferencia de las obligaciones, hemos visto que las cargas procesales se establecen en garantía de intereses del propio sujeto gravado. Sin perjuicio del desarrollo que se va a realizar a continuación, es necesario adelantar que la carga de la prueba no es sino el medio a través del cual las partes van a hacer efectivo su derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Esta conclusión, que enseguida se justificará, es el *prius* lógico del interés último que las partes se disponen a alcanzar a través de su actuación en el proceso, y que no es otro que la obtención de una sentencia favorable.

¹³⁸ ASENCIO MELLADO, J. M^a. (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil...*, ob. cit., (Vol. III), p. 168.

¹³⁹ Vid., por todos, TONINI, P., “La prova...”, ob. cit., p. 550.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2.3.3. Carga de la prueba y derecho a la prueba.

El legislador procesal, lejos de configurar el derecho a la prueba como de ejercicio obligatorio, ha optado por dejar cierto margen de libertad a las partes para decidir si lo ejercitan o no, como sucede con gran parte de los derechos, que rara vez se convierten en irrenunciables; tal es el caso, por ejemplo, del derecho de defensa en su vertiente de derecho a recibir asistencia letrada.

Es necesario, pues, abandonar la tradicional concepción de la carga de la prueba como un estado de sujeción de la voluntad, que debe ser sustituida, desde esta perspectiva, por su percepción como modo previsto legalmente de ejercitar el derecho fundamental a la prueba, constituyendo así un ejemplo de *autorresponsabilidad* o *autogestión* de intereses, dirigido a la protección de un derecho que se considera valioso.

Se pone de relieve lo evidente de esta conclusión si se tiene en cuenta que pesa sobre las partes la responsabilidad de que los hechos en los que se sustentan sus respectivas pretensiones y resistencias queden acreditados, pues sólo de este modo -a excepción de los escasos supuestos en los que el órgano jurisdiccional puede practicar pruebas de oficio- les es posible tener la expectativa de obtener una sentencia favorable. En definitiva, la relación entre la carga de la prueba y el derecho a la prueba se caracteriza por ser un relación de medio a fin, esto es, sólo cuando éste se considera un fin deseable, se ejercerá la carga de la prueba¹⁴⁰. Señala DÍAZ CABIALE que la actividad probatoria -en el orden civil- puede ser analizada bien como derecho, bien como una carga, indicando respecto de ésta última idea que “desde estrictas consideraciones procesales sobre la naturaleza de los actos que se desarrollan en el proceso (...), la posibilidad de practicar pruebas se

¹⁴⁰ Recuérdese que, según se vio, COUTURE puso de manifiesto que el ejercicio de la carga procesal es condición necesaria para el ejercicio, a su vez, de un derecho, y en el caso de la carga de la prueba, esa relación se establece respecto del derecho a la prueba. COUTURE, E., *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 211-212.

manifiesta como una carga ya que la ausencia de la prueba conlleva una fundada expectativa en que se denegará la tutela solicitada”¹⁴¹.

Si ello es así, resulta necesario reconducir la protección jurídica del derecho a la prueba a dos niveles, relativo el primero al reconocimiento del derecho mismo y a la regulación de su modo de ejercicio y el segundo a la previsión de mecanismos que puedan reparar su vulneración. En el primer nivel, la protección del derecho a la prueba no reside exclusivamente en su reconocimiento constitucional, sino que tal reconocimiento exige, además, que el legislador ordinario prevea los modos y los procedimientos para el ejercicio de tal derecho. Así, nos encontramos, como ya se ha visto, con la previsión de ciertas normas que distribuyen la carga de la prueba, regulando de modo general las condiciones en las que las partes pueden ejercitar su derecho. De esta forma, mientras el derecho a la prueba implica, genéricamente, la posibilidad conferida a las partes de llevar a cabo la actividad probatoria tendente a garantizar su defensa, la carga de la prueba es, en definitiva, la realización misma de dicha actividad. En el caso del proceso penal, tales normas se derivan, como después se estudiará, del derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁴². Junto con esta previsión, el legislador ordinario debe también -aunque en el orden penal, en la práctica, es una labor que casi en su totalidad ha sido asumida por la jurisprudencia- establecer el procedimiento para el ejercicio de la carga de la prueba o, si se quiere, directamente del derecho a la prueba, mediante la previsión de las normas que regulan el procedimiento probatorio¹⁴³. En el segundo nivel, y puesto que el derecho a la prueba se configura

¹⁴¹ DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba...*, ob. cit., p. 48. Sin embargo, considera que esta doble perspectiva no puede mantenerse también en el orden penal pues, como veremos posteriormente (*infra*, capítulo V), niega que pueda hablarse en este ámbito de carga de la prueba en sentido formal debido a las facultades probatorias conferidas al órgano jurisdiccional por el art. 729.2º LECrim.

¹⁴² Vid. *infra*, capítulos III y V.

¹⁴³ El derecho a la prueba puede ser limitado por el legislador ordinario en virtud del artículo 53.1 CE, siempre que permanezca intacto el núcleo esencial del derecho. Vid. por todos GONZÁLEZ MONTES, J.L., “El derecho constitucional a la prueba y sus límites. La prueba obtenida con

como un derecho fundamental, las posibles vulneraciones que de él se realicen impidiendo su ejercicio son revisables a través de la vía de los recursos legalmente establecidos frente a las resoluciones judiciales, incluidas las vías extraordinarias previstas para la tutela de derechos fundamentales, siempre que, como es sabido, la vulneración del derecho haya sido causante de indefensión¹⁴⁴. Esta exigencia, a su vez, permite dejar constancia de las conexiones existentes entre el ejercicio del derecho a la prueba y el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.1 CE. Una de las manifestaciones de la indefensión consiste, efectivamente, en palabras del Tribunal Constitucional, en “un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercer su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que les sean reconocidos (...). Este Tribunal ha reconocido las interrelaciones existentes entre la indefensión contemplada en el art. 24.1 de la Constitución y el derecho a los medios de prueba, y ha entendido como incluida dentro de los medios de defensa (...) la posibilidad de aportación de medios de prueba, habiendo afirmado que “la relación entre el derecho a las pruebas e

violación de derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 2, 1989-1990, p. 151.

¹⁴⁴ La exigencia de que la vulneración cause indefensión es una constante en nuestra jurisprudencia constitucional, de tal modo que, en el caso de que ésta no se produzca, su reparación sólo podrá realizarse a través de los recursos ante los órganos del Poder Judicial, sin posibilidad, pues, de acudir ante el Tribunal Constitucional. Vid., por todas, la STC 187/1996, de 25 de noviembre (FJ 4º). En términos generales, nuestro Tribunal Constitucional considera que la indefensión, en relación con el derecho a la prueba, se presenta cuando ha quedado acreditada la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas, así como cuando la resolución que pone fin a la instancia podría haber sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba en cuestión (STC 170/1998, de 21 de julio, FJ 2º y ATC 268/1997, de 14 de julio, FJ 3º). En definitiva, la indefensión se produce cuando los medios de prueba que no pudieron practicarse eran, en los propios términos del art. 24.2 CE, *pertinentes* para la defensa, teniendo en cuenta que la pertinencia se halla siempre referida a la relación de la prueba con el objeto del proceso. Realiza un estudio de la doctrina constitucional relativa a esta cuestión ASENCIO MELLADO, J. Mª., (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil...*, ob. cit., (Vol. IV), pp. 43-44. Véase, asimismo, GONZÁLEZ MONTES, J. L., “El derecho constitucional a la prueba...”, ob. cit., p. 143.

indefensión, marca el momento de máxima tensión de la eventual lesión del derecho” (Sentencia 51/1985 de 10 de abril)”¹⁴⁵. Esta conexión entre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva y, más todavía, su relación directa con la carga de la prueba, se aprecia claramente en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 133/2003, de 30 de junio (FJ 3º): “el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso (...)”. No es sino la necesidad de posibilitar que las partes impliquen una actividad probatoria tendente a obtener la tutela de sus intereses la que se ha de tomar como núcleo del desarrollo del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa¹⁴⁶. De entre los rasgos más representativos de este derecho, el Tribunal Constitucional destaca los siguientes:

a) Se trata de un derecho de configuración legal. Esta consideración implica, fundamentalmente, que la infracción de este derecho sólo puede entenderse producida cuando la prueba que se ha pretendido practicar se ha propuesto en tiempo y forma, de acuerdo con las normas previstas para ello por el legislador: “al tratarse de un derecho de configuración legal, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es condición inexcusable para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos” (STC 128/2003, de 30 de junio, FJ 4º). Igualmente, exige el Tribunal Constitucional que el medio de prueba propuesto se encuentre autorizado por el ordenamiento jurídico (STC 43/2003, de 3 de marzo, FJ 2º).

¹⁴⁵ STC 89/1986, de 1 de julio (FJ 2º). En similar sentido, SSTC 30/1986, de 20 de febrero (FJ 8º), 50/1988, de 22 de marzo (FJ 3º) y 357/1993, de 29 de noviembre (FJ 2º).

¹⁴⁶ Así lo expone claramente el Tribunal Constitucional en la sentencia 43/2003, de 3 de marzo (FJ 2º).

b) No es un derecho absoluto. El derecho a la prueba constitucionalmente previsto abarca únicamente la posibilidad de practicar los medios de prueba que sean *pertinentes*, calificación que sólo puede realizar el órgano jurisdiccional, pero que habrá de ser puesta de manifiesto a partir de las alegaciones de las partes cuando el tribunal de instancia haya denegado la prueba. De este modo, es necesario descartar la posibilidad de que los litigantes puedan proponer cualquier medio de prueba de modo ilimitado. A ello se refiere el Tribunal Constitucional cuando considera que es fundamental “la idoneidad objetiva de la diligencia solicitada para acreditar hechos relevantes, idoneidad que habrá de ser alegada y fundamentada por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda” (STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 6º)¹⁴⁷. Lógicamente, una limitación de estas características tiende, en esencia, a evitar que los litigantes alarguen indebidamente el procedimiento, planteando de forma ilimitada la práctica de todo tipo de pruebas y vulnerando con ello el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas¹⁴⁸. Una previsión excesivamente amplia de este derecho, en efecto, sufre el grave riesgo de permitir una desvirtuación de la finalidad principal que se le ha de atribuir, que es precisamente la de posibilitar la acreditación de los hechos en los que se fundamenta la pretensión ejercitada en el proceso.

c) La relevancia constitucional de su infracción reside en que se haya producido una efectiva indefensión. El Tribunal Constitucional, en la línea de entender que no se trata de un derecho absoluto, relativo a la posibilidad de practicar cualquier medio de prueba, exige igualmente que la prueba rechazada por el tribunal de instancia sea decisiva en términos de defensa¹⁴⁹. Ello implica, fundamentalmente, que la prueba denegada ha de reunir, no sólo la nota de la pertinencia, sino también de la utilidad y la legalidad, siendo necesario que la

¹⁴⁷ En el mismo sentido, vid. las STC 168/2002, de 30 de septiembre (FJ 3º) y 147/2002, de 15 de julio (FJ 4º).

¹⁴⁸ STC 43/2003, de 3 de marzo (FJ 3º).

¹⁴⁹ Vid. las SSTC 9/2003, de 20 de enero (FJ 3º), 165/2001, de 16 de julio (FJ 2º), 43/2003, de 3 de marzo (FJ 2º) y 183/2002, de 14 de octubre (FJ 3º).

imposibilidad de su práctica en el proceso haya generado una resolución desventajosa para la parte que, de otro modo, hubiera obtenido una resolución favorable. En palabras del propio Tribunal Constitucional, es necesario que la prueba “sea decisiva en términos de defensa, es decir, que tenga relevancia o virtualidad exculpatoria” (STC 104/2003, de 2 de junio, FJ 2º)¹⁵⁰. En síntesis, ha señalado claramente este Tribunal que la arbitrariedad que hay que tratar de evitar en estos casos es la que se presenta cuando “el órgano jurisdiccional frustra con su actitud la práctica de determinada prueba de parte, impidiendo a quien la propuso y solicitó su colaboración en su práctica, la utilización de un medio de prueba pertinente para su defensa, y después desestima la pretensión con el argumento de que no ha quedado probado precisamente lo que se pretendía acreditar con la prueba no practicada”¹⁵¹. Para determinar dicho carácter decisivo, el Tribunal Constitucional considera que sobre el recurrente en amparo pesa la carga de fundamentar, en primer lugar, la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y los medios de prueba que fueron inadmitidos y, en segundo lugar, que la sentencia recurrida podría haber sido favorable si el órgano *a quo* hubiese admitido la prueba¹⁵².

Junto con ello, el Tribunal Constitucional exige insistentemente el agotamiento de la vía judicial previa para admitir el recurso de amparo, garantizando así la subsidiariedad de este recurso, “evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca “per saltum”, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego

¹⁵⁰ En el mismo sentido, vid. la STC 88/2003, de 19 de mayo (FFJJ 2º y 3º).

¹⁵¹ STC 81/2002, de 22 de abril (FJ 3º). Igualmente clara es la sentencia (esta vez del Tribunal Supremo) 32/2003, de 16 de enero, en la que se delimitan perfectamente la *pertinencia* y la *necesidad*, pues señala la Sala que se trata de “conceptos que implican una graduación de exigencia lógica, pues si pertinente, es lo oportuno y adecuado, necesario, quiere decir tanto como obligado y forzoso, teniendo ambas notas en común, un aspecto meramente objetivo que se halla en relación con el “thema decidendi” en toda su complejidad, y un aspecto funcional que implica que la prueba propuesta tenga relevancia en el resultado del juicio respecto de cada uno de los citados temas o cuestiones implicados en el mismo”.

¹⁵² STC 168/2002, de 30 de septiembre (FJ 3º apartado e).

se invoca (...). En definitiva, la exigencia de agotar la vía judicial previa no es en modo alguno una formalidad cuya eficacia real pueda ser debilitada por una interpretación decididamente antiformalista del precepto que la contiene, sino que se trata de un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, cuyo exacto cumplimiento resulta indispensable para preservar el ámbito que al Poder Judicial reserva la Constitución” (STC 93/2003, de 19 de mayo, FJ 2º). Hay que tener presente que la competencia del Tribunal Constitucional en relación con esta cuestión se encuentra circunscrita exclusivamente al examen de la motivación de las decisiones judiciales mediante las que se ha denegado la práctica de un medio de prueba que se considera relevante, por lo que, en todo caso, son los órganos del Poder Judicial los que han de manifestarse previamente acerca de la pertinencia de tal medio de prueba¹⁵³.

De todo ello, se desprende que sólo puede hablarse de la carga de la prueba de las partes en un sistema jurídico que reúna, al menos, las siguientes dos condiciones que, además, se encuentran en perfecta conexión: por un lado, que exista una norma que reconozca legalmente el derecho a la prueba de las partes para garantizar efectivamente que éstas puedan utilizar los medios necesarios para acreditar sus pretensiones y resistencias; por otro lado, y correlativamente, que se establezcan los mecanismos para que las propias partes puedan hacer efectivo el derecho a la prueba, esto es, que por ellas mismas puedan llevar a cabo la actividad tendente a garantizar la real efectividad de tal derecho, lo que únicamente se produce en un sistema jurídico inspirado, al menos en términos generales, en el principio de aportación de parte.

Tanto el reconocimiento del derecho a la prueba cuanto sus modos de ejercicio (fundamentalmente delimitados, como se ha visto, por la jurisprudencia constitucional) y, sobre todo, la predominancia del principio de aportación de parte sobre el principio de investigación oficial, permiten llegar a la conclusión de que la carga de la prueba *formal* no sólo es un fenómeno del que cabe hablar en nuestro

¹⁵³ Vid., por todas, la STC 168/2002, de 30 de septiembre (FJ 3º).

proceso penal, sino que se erige en el modo genérico y esencial de ejercicio del derecho fundamental a la prueba en el marco de todo proceso judicial.

Las anteriores consideraciones, sin embargo, lejos de agotar el problema de la carga de la prueba en el proceso penal, sugieren una serie de cuestiones que deben ser objeto de una profunda reflexión, tales como ¿cuáles son las reglas que establecen la carga de la prueba en el proceso penal?, ¿qué concretas consecuencias se derivan de la duda judicial razonable?, ¿puede hablarse en el proceso penal de distribución de la carga de la prueba con las implicaciones que de ello se derivan para la persona del acusado? Al análisis de todas ellas están dedicados los siguientes capítulos.



CAPÍTULO III

APROXIMACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. INTRODUCCIÓN.

Como se ha señalado en el capítulo precedente, la imposibilidad de alcanzar el grado de certidumbre exigido para dictar sentencia nos sitúa ante la necesidad de establecer unos criterios según los cuales sea posible emitir una resolución de fondo. Esos criterios, en nuestro sistema procesal penal, al igual que en los sistemas de nuestro entorno jurídico, están enmarcados en el régimen de derechos y garantías procesales vigentes que, en el caso español, se concentran en el artículo 24 CE. Desde luego que, a partir de este precepto, se ha ido tejiendo una compleja red de mecanismos garantistas en el ámbito del proceso, pero la búsqueda del fundamento de estos criterios debe partir, necesariamente, del texto constitucional. En efecto, la Constitución ha impuesto toda una serie de pautas dirigidas a garantizar un "proceso justo", elemento esencial en un Estado de Derecho. Ello ha supuesto una importante revolución, sobre todo, en el campo del proceso penal, que ha sido objeto de múltiples reformas y revisiones por parte del legislador y del

Tribunal Constitucional con la finalidad de adaptarlo a dicho Texto Fundamental¹. Si bien esas reformas han afectado a la práctica totalidad de instituciones procesales, es en materia probatoria donde la influencia del artículo 24.2 CE se ha dejado ver con mayor claridad. No sólo en lo que respecta al derecho a la prueba o al modo en el que ésta deba desarrollarse, sino también por lo que se refiere a los criterios legales aplicables en los supuestos de hecho incierto. Así, ha sido el derecho a la presunción de inocencia el que ha dotado de contenido a la regla de juicio en el proceso penal.

Pero no es la única función que cumple la presunción de inocencia. Por el contrario, este derecho adopta tal magnitud, afecta a tantas esferas del proceso, que decir únicamente que se erige en regla de juicio del proceso penal es correr el riesgo de simplificar demasiado². Como ha señalado el Tribunal Constitucional, se trata de un concepto poliédrico³, poniéndose en evidencia, por tanto, que dicha afirmación exige, cuanto menos, realizar un análisis preliminar de este derecho que permita apreciar con la máxima nitidez posible todos y cada uno de sus matices y de sus manifestaciones, y así delimitar la función que cumple en relación con el problema del hecho incierto y con la carga de la prueba en el proceso penal.

Para ello, se ha considerado necesario realizar dos aproximaciones previas al examen del contenido que actualmente se atribuye a la presunción de inocencia: en primer lugar, un breve recorrido en torno a las primeras voces doctrinales que se alzaron en defensa de este derecho como respuesta al sistema inquisitivo y que ocasionaron las primeras reformas tendentes a su reconocimiento legal; en segundo

¹ Así lo pone de manifiesto GIMENO SENDRA, V., “La necesaria e inaplazable reforma...”, ob. cit., p. 2.

² Como señala GIMENO SENDRA, se trata de un derecho presente a la largo de todo el proceso penal. GIMENO SENDRA, V., “Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 188.

³ STC 55/1993, de 15 de febrero (FJ 4º).

lugar, un estudio de las fuentes en las que se recoge la presunción de inocencia como garantía fundamental de toda persona sometida a un proceso penal.

Realizado este doble análisis y, por tanto, disponiendo de un contexto histórico y normativo adecuado, es posible individualizar entonces cada una de las facetas que se atribuyen a este derecho en el ámbito del proceso penal, especialmente las que tienen incidencia en el ámbito probatorio.

2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

2.1. El proceso penal durante el Antiguo Régimen.

El sistema procesal imperante en la Europa del siglo XVIII –y que se prolonga hasta la época de las grandes Codificaciones- era claramente inquisitivo. Ello se manifiesta, especialmente, en su carácter secreto, en la asunción por parte del juez de las labores de acusación, investigación y enjuiciamiento, en la patente desigualdad entre las partes en perjuicio del imputado y en la vigencia del sistema de prueba tasada, en el que el medio de prueba que cobraba mayor protagonismo era la confesión, que podía ser obtenida haciendo uso de la tortura⁴. El fundamento

⁴ Un estudio sobre las manifestaciones del sistema inquisitivo puede verse en FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general...*, ob. cit., p. 50. Es importante resaltar que el acercamiento que realiza este autor a los diversos sistemas procesales –acusatorio, inquisitivo y mixto- lo es con cierta abstracción de las características históricas que cada uno de ellos ha reunido en un momento determinado. Esto es, su caracterización no es una descripción de las notas que ha reunido en un momento o en un sistema jurídico concreto, sino de un modelo teórico. La misma óptica que FAIRÉN adopta FERRAJOLI, al señalar que gran parte de los errores cometidos en la caracterización de los diversos modelos traen su causa de la confusión entre elementos esenciales y elementos históricos, pues éstos últimos, lejos de ser básicos en muchos casos, únicamente constituyen elementos contingentes que, además, pueden ser compatibles con varios de los sistemas procesales estudiados. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 563. En el mismo sentido, véase BETTIOL, G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 5ª ed., Ed. CEDAM, Padova, 1993,

de esto último lo sitúa TOMÁS Y VALIENTE en la palpable influencia del proceso canónico en el proceso penal. El imputado –que tiene la consideración de presunto delincuente- es un pecador y, como tal, debe confesar sus culpas, no ante Dios, sino ante la justicia de los hombres y, si para ello es necesario, se le conmina a hacerlo mediante el tormento⁵. Ciertamente, esta intimidación a la que se sometía al acusado, como sostiene ASÚA BATARRITA, sólo encuentra explicación si se entiende que el sistema procesal inquisitivo del Antiguo Régimen tomaba como punto de partida la presunción de culpabilidad⁶: el tormento –o, en general, cualquier medida destinada a obtener una declaración autoinculpatória que pudiera servir para fundamentar por sí sola una sentencia de condena- no era sino la consecuencia de la existencia de una serie de prejuicios acerca de la culpabilidad del imputado. Muestra de ello es que la confesión sólo tenía valor probatorio cuando era inculpatória, siendo en este caso la prueba decisiva, pero no se le otorgaba valor alguno cuando el reo mantenía su inocencia⁷. Incluso en este caso no se eliminaba totalmente la posibilidad de condena, ya que era suficiente justificarla sobre la base de meras sospechas de culpa⁸.

Es precisamente en este aspecto donde se ha producido uno de los avances más importantes de nuestro sistema procesal: el establecimiento de normas que impiden que el procesado sea obligado a colaborar en la averiguación de los

p. 127. También se refieren a las características del proceso inquisitivo ASECIO MELLADO, J.Mª., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 16 y MÍGUELEZ DEL RÍO, C., “Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, núm. V, p. 364.

⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F., “Introducción” a BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* (Introducción, notas y traducción de Tomás y Valiente, F.), Ed. Aguilar, Madrid, 1982, p. 26.

⁶ ASÚA BATARRITA, A., “Reivindicación o superación del programa de BECCARIA”, en AAVV, *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, p. 12. En el mismo sentido, vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, (mayo-agosto) 1987, pp. 12 y 13.

⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F., “Introducción”, ob. cit., p. 26.

⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, mayo-agosto 1987, p. 12.

hechos, puesto que se presume que es inocente del delito que se le imputa⁹. Ciertamente, la idea de colaboración en el esclarecimiento de los hechos presupone la idea misma de culpabilidad, pues se pretende con ello que el imputado declare su participación en los mismos y no entorpezca la investigación. Así, antes de las reformas legislativas habidas al respecto a lo largo del siglo XIX, el sujeto procesado –o, simplemente, sospechoso de la comisión de un delito– estaba sometido a determinadas actuaciones procesales durante la fase sumarial que ponían de manifiesto su deber de colaboración con la justicia¹⁰, puesto que todas ellas estaban dirigidas a obtener su confesión: si se declaraba culpable recibiría beneficios en relación con la pena; se le tomaba juramento antes de prestar declaración, en tanto no se le reconocía un derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo en los términos en los que hoy lo conocemos¹¹; se le sometía a "indagación" (diligencia que consistía en dirigirle preguntas capciosas, engañosas o sugerentes, a fin de hacerle incurrir en contradicciones que posteriormente pudieran ser utilizadas como indicios de cargo), al trámite de la "confesión con cargos" (el juez le exponía todos los indicios reunidos contra él para que alegara lo que estimara oportuno) y, por último, en los casos de delitos muy graves, el procesado podía ser sometido al tormento como último recurso para obtener su confesión¹².

⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J.L., 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), Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 65, 67 y 68.

¹⁰ VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 65 a 67.

¹¹ Sólo cuando los cargos que pesaban contra él habían sido mal planteados, o se le habían dirigido de manera falsa o engañosa, podía guardar silencio e, incluso, mentir. VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 34.

¹² Lejos de lo que pudiera parecer, la aplicación del tormento se sometía a diversas reglas, algunas de ellas bastantes rígidas, pues a pesar de tratarse de una medida cruel e inhumana para obtener la confesión del procesado, se consideraba que el sufrimiento que se debía causar era el mínimo posible. Así, sólo se podía utilizar el tormento cuando el imputado lo fuera por un delito que llevase aparejada pena corporal, para evitar que el modo de arrancar su confesión fuese más gravoso incluso que la pena misma. Además, no podía ser utilizado contra determinadas personas en razón de su sexo o edad, y se establecían distintos grados en su ejecución: en primer lugar, se colocaba al sujeto frente al instrumento de tortura amenazándole con utilizarlo si no confesaba el crimen; en segundo lugar, si ello no surtía efecto, se le situaba en posición de tortura, interrogándole de este modo; por último, si así tampoco se obtenía la confesión, el verdugo comenzaba la aplicación del tormento propiamente dicho. Sobre este particular, véase VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 50 a 61, en especial, la nota núm. 84, pp.

Esta última institución, la del tormento, no constituía una prueba en sí misma considerada, sino un medio para obtener la confesión, que era la prueba plena fundamental. Por ello, la confesión prestada con ocasión del tormento no era válida, puesto que era consecuencia inmediata del dolor que le producía tal medida –físico o, en caso de tratarse del primer grado de aplicación, moral, entendido como temor o miedo ante la expectativa de ser sometido a un instrumento de tortura-, de tal modo que el sujeto tenía que ratificarla, al menos, veinticuatro horas después en presencia judicial, concediéndole así un valor probatorio irrefutable¹³.

Se pone de manifiesto de este modo que la idea que inspiraba la obtención del convencimiento judicial era básicamente la de entender que existía un deber jurídico del sujeto procesado de colaborar en el esclarecimiento de los hechos delictivos y de su participación en ellos. Y esto por dos motivos fundamentales: En primer lugar, porque la finalidad última atribuida al proceso era la búsqueda de la verdad por encima de cualquier otro tipo de interés o derecho que pudiera corresponderle al imputado. Para FERRAJOLI, ésta es una de las diferencias fundamentales entre los sistemas inquisitivo y acusatorio. Para este autor, si bien ambos sistemas persiguen el mismo fin (la obtención de la verdad¹⁴), en el primero ese fin justifica los medios (cualquier medio de obtención de la verdad es útil para obtener la certeza, siendo las garantías procesales, especialmente la defensa, meros obstáculos), mientras que en el segundo el fin sólo se justifica por los medios

60-61. Tampoco la decisión judicial de ordenar la práctica del tormento estaba exenta de reglas. Así, dicha resolución, denominada “sentencia interlocutoria de dar tormento”, debía expresar claramente cuáles eran los indicios de cargo en los que se fundamentaba la conveniencia de aplicar el tormento, así como la clase de tormento a aplicar. El juez debía ser cauteloso a la hora de emitir esta resolución, puesto que la aplicación injustificada de la tortura podía castigarse incluso con la aplicación al propio juez del tormento que hubiese ordenado indebidamente. Vid. VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 53 a 55.

¹³ TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 117; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 62; BETTIOL, G., *Istituzioni...*, ob. cit., p. 130. Si en ese tiempo no ratificaba la confesión realizada durante el tormento o, en su caso, no se conseguía arrancarle la confesión, el tormento se podía repetir. TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura...*, ob. cit., p. 118; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 63 y 64.

¹⁴ Acerca de la finalidad del proceso y, en particular, de la prueba, vid. *supra*, capítulo I de este trabajo.

utilizados para su consecución, ya que se trata de un sistema basado en las garantías del imputado¹⁵. En segundo lugar, porque resulta evidente el desconocimiento de la presunción de inocencia como criterio inspirador del proceso. Sólo la consideración del mero sospechoso como autor de un delito desde el mismo momento de su aprehensión, explica la aplicación de medidas como la indagatoria, la confesión con cargos o, como medida más dramática, el tormento. La necesidad de conseguir a toda costa que el procesado llegara a la fase plenaria del proceso “convicto y confeso” determinaba la utilización de todos los medios al alcance del aparato judicial para lograr dicha finalidad¹⁶.

Pero todavía hay un dato más que apoya la idea de que el proceso penal durante el Antiguo Régimen no sólo desconocía la presunción de inocencia, sino que partía del presupuesto contrario, de la presunción de culpabilidad: una vez practicadas todas las diligencias encaminadas a la obtención de la confesión del imputado, y sin que éstas hubieran alcanzado un resultado satisfactorio, si al juez le quedaban dudas acerca de la culpabilidad, no sólo no pesaba sobre él la obligación de absolver al acusado, sino que tenía la posibilidad de dictar una sentencia condenatoria considerando probado un delito menos grave del que había sido objeto de acusación¹⁷.

¹⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, ob. cit., p. 541. En el mismo sentido, señala ANDRÉS IBÁÑEZ que “si el proceso estaba preordenado a la obtención de una verdad absoluta, ésta, como fin, podría justificar el empleo de cualquier medio”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación...”, ob. cit., p. 277.

¹⁶ Vid. VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 43.

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo...”, ob. cit., p. 14.



2.2. La reacción del iluminismo: la obra de BECCARIA *Dei delitti e delle pene*.

Con este dramático panorama procesal, no es difícil reconocer como una de las conquistas más importantes del sistema acusatorio la concepción del imputado como sujeto de derechos, y no como un mero objeto en torno al cual gira el proceso pero en el que no tiene intervención alguna distinta de la de confesarse culpable. Así, en el sistema acusatorio, el imputado deja de ser objeto de prueba para convertirse en sujeto titular de una de las garantías más importantes de las que rodean al proceso penal: el derecho de defensa¹⁸. Dicho reconocimiento le viene dado, precisamente, por el hecho de pasar de ser considerado como “objeto del proceso” a “sujeto del proceso”, concretamente, a ostentar el *status* de parte, lo que supone su participación en igualdad de condiciones con la parte activa del proceso, situadas ambas frente a un juez verdaderamente imparcial, que deja de compaginar labores de acusación, investigación, y enjuiciamiento¹⁹.

Pero esta conquista y, fundamentalmente, el paso del sistema inquisitivo al sistema acusatorio ha sido gradual y, en la época moderna²⁰, tiene su origen en el

¹⁸ Vid. ASECIO MELLADO, J.Mª., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 117; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 19-20; CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 467.

¹⁹ ASECIO MELLADO, J.Mª., *Principio acusatorio...*, ob. cit., p. 17; CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional...*, ob. cit., p. 467. Idea también manifestada y ampliamente desarrollada por LÓPEZ YAGÜES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2002, pp. 24 y ss. Es interesante destacar en este punto la opinión de MONTERO AROCA. Para este autor, únicamente puede hablarse de “proceso” en estos casos, es decir, sólo cuando la contienda se eleva ante un tercero imparcial para que la resuelva, y ésta se desarrolla entre dos partes en pie de igualdad y con plena contradicción, estamos ante un verdadero proceso. Por ello, entiende que no existe el “proceso inquisitivo”, sino que para que el proceso exista, éste tiene que ser necesariamente acusatorio. Todo lo demás serían manifestaciones de otros sistemas de resolución de conflictos, pero no verdaderos procesos. Desde este punto de vista, hacer referencia al “proceso acusatorio” resultaría redundante. MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 28 y 29.

²⁰ El inciso se debe a que hay que tener presente que el sistema acusatorio no era un completo desconocido hasta la Revolución Francesa, sino que, por el contrario, estaba presente en su estado

influjo que en la segunda mitad del siglo XVIII ejerció la filosofía iluminista en el modo de concebir el enjuiciamiento penal. Ciertamente, el pensamiento ilustrado, que gira en torno a la razón como instrumento fundamental para alcanzar el conocimiento, se muestra como un intento de superación del oscurantismo definitorio de la justicia penal durante el Antiguo Régimen²¹.

El primero de los pasos en el camino de la reforma lo constituyó la obra *Dei delitti e delle pene*, de BECCARIA²². En ella se contienen las primeras críticas al sistema inquisitivo desde una perspectiva humanizadora y racionalizadora del proceso penal²³, que hasta entonces había sido, en palabras tremendamente ilustrativas de FERRAJOLI, “una especie de ciencia de los horrores”²⁴. Señala además este autor que el pensamiento iluminista –en el ámbito de la ciencia jurídica– se construye sobre la base de un modelo penal garantista, en el que los derechos del imputado se ponen como límite a la arbitrariedad de los jueces²⁵. Y ésta es, precisamente, una de las razones del éxito de la obra de BECCARIA: el

más puro en el proceso penal griego y en el romano (en este último, hasta la época imperial, en tanto a partir de ese momento comienzan a aparecer las primeras manifestaciones del sistema inquisitivo). Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 564 y ss; VERGÉ GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 16 y ss.

²¹ ASÚA BATARRITA, A., “Reivindicación o superación...”, ob. cit., p. 11.

²² El libro apareció impreso por primera vez en Livorno, en 1764, como obra anónima –a fin de evitar las persecuciones a las que obviamente se exponía por el contenido fuertemente crítico de la obra–, siendo objeto rápidamente de numerosas ediciones y traducciones. Un estudio sobre las circunstancias que rodearon a la publicación de *Dei delitti e delle pene* puede verse en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Introducción a BECCARIA BONESANA, C., *Tratado de los delitos y de las penas* (Trad. por De las Casas, J.A.; Introducción de Álvarez García, F.J.), Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 27 y 28.

²³ DOMINIONI, O. (con ALESSANDRI, A., FIANDANCA, G., MERUSA, F. y CLARICH, M.), *Rapporti civili (comentario della Costituzione)*, articoli 27-28, Zanichelli Editore, Bologna, 1991, p. 165.

²⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 566.

²⁵ FERRAJOLI, L., “Il giudizio penale”, en NICOSIA, S. (coord.), *Il giudizio. Filosofia, teologia, diritto, estetica*, Carocci Editore, Roma, 2000, p. 191. En el mismo sentido, señala DOMINIONI que la preocupación fundamental del iluminismo en relación con la ciencia penal es la protección del inocente frente al aparato estatal de la justicia. DOMINIONI, O. (Con ALESSANDRI, A., FIANDANCA, G., MERUSA, F. y CLARICH, M.), *Rapporti civili...*, ob. cit., p. 165; véase también ASÚA BATARRITA, A., “Reivindicación o superación...”, ob. cit., pp. 9-10.

haber sabido expresar el sentir social de la época en torno a la justicia penal²⁶. Se cuestionaba desde hacía años la utilidad de prácticas como la tortura, así como el papel que el imputado debía jugar en el proceso penal. Es BECCARIA quien pone de manifiesto la necesidad de establecer determinados límites a la actuación punitiva del Estado como respuesta a dicha situación. Estas restricciones debían venir de la mano de reformas tanto sustantivas cuanto procesales. Respecto a las limitaciones relativas al derecho penal, señala la conveniencia de que el aparato punitivo estatal intervenga únicamente en los casos de infracciones más graves (gravedad medida en términos de daño social, esto es, lo que hoy se conoce como *principio de intervención mínima*), así como la necesaria actuación del principio de proporcionalidad de las penas, con la necesaria desaparición de la pena de muerte, por su escasa utilidad, ya que la pena debe tener carácter preventivo, no retributivo. Por lo que respecta a las limitaciones procesales, establece la necesidad de que el enjuiciamiento penal se someta a los principios de legalidad y publicidad, así como que se le reconozca al imputado el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, debiendo desaparecer la tortura como método para obtener la confesión²⁷.

Por lo que respecta a la presunción de inocencia, no se encuentra ningún capítulo en *Dei delitti e delle pene* dedicado a su defensa, pero sí alusiones dispersas a lo largo del texto, aunque sin referirse a ella con tal denominación. Señala TOMÁS Y VALIENTE en este sentido que BECCARIA “sienta las

²⁶ TOMÁS Y VALIENTE, F., “Introducción”, ob. cit., pp. 14-15; del mismo autor, *La tortura...*, ob. cit., p. 147. VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 70. Como señala TOMÁS Y VALIENTE, no es extraño que BECCARIA se limitase a reflejar el pensamiento ilustrado de la época, sobre todo si se tiene en cuenta que cuando se publicó la obra el autor contaba con tan sólo 26 años, lo que hace prácticamente impensable que *Dei delitti e delle pene* fuera fruto de una construcción teórica propia. Señala ASÚA BATARRITA que la obra de BECCARIA no debe su éxito a ser la primera que abordó la necesaria reforma del proceso penal – cuestión ésta discutida-, sino al hecho de su aparición en un momento histórico en el que la sociedad estaba madura para su aceptación. ASÚA BATARRITA, A., “Reivindicación o superación...”, ob. cit., p. 10.

²⁷ ASÚA BATARRITA, A., “Reivindicación o superación...”, ob. cit., p. 24; TOMÁS Y VALIENTE, F., “Introducción”, ob. cit., pp. 32-33.

premisas de lo que se llamará después presunción de inocencia”²⁸. Así, por ejemplo, en el capítulo XII (*De la Tortura*)²⁹, el autor expresa una idea que puede interpretarse como un fuerte compromiso en torno al reconocimiento de la presunción de inocencia cuando señala que “un hombre no puede ser llamado culpable antes de la sentencia del juez; ni la sociedad puede quitarle la protección pública sino cuando se haya decidido que violó los pactos con los que aquella protección le fue acordada. ¿Cuál es, pues, el derecho, sino el de la fuerza, que concede poder a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda si es culpable o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si es cierto, no le corresponde otra pena que la establecida en las leyes, y los tormentos son inútiles en tal caso, como inútil es la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados”³⁰.

En este pasaje se pone de manifiesto la necesidad de probar la culpabilidad del acusado para que pueda ser considerado *reo* y, sólo entonces, aplicarle la pena que legalmente le corresponda. Por ello, BECCARIA considera que la aplicación del tormento sobre ciudadanos que todavía no han sido declarados culpables

²⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura...*, ob. cit., p. 188.

²⁹ Es necesario advertir que la numeración de los capítulos puede variar en función de cuál sea la edición del libro que se tome como referencia. Morellet, primer traductor de la obra al francés, introdujo, con la autorización del autor, algunas modificaciones en su estructura, pasando de cuarenta y siete a cuarenta y dos capítulos o epígrafes. Además de la traducción al francés, la edición italiana de 1822 aparece con esa nueva estructura. La traducción que aquí se cita es la realizada por TOMÁS Y VALIENTE, que toma como referencia una edición que contiene las modificaciones introducidas por Morellet. Por lo que respecta concretamente al capítulo dedicado a la tortura, si bien aquí aparece citado como capítulo XII, en otras ediciones se corresponde con el capítulo XVI. Acerca de esta cuestión, véase TOMÁS Y VALIENTE, F., “Introducción”, ob. cit., pp. 49 a 51.

³⁰ BECCARIA BONESANA, C., *De los delitos...*, ob. cit., p. 95. Idea similar a la de considerar menos grave absolver a un culpable que condenar a un inocente, expresada claramente por BENTHAM: “en general, una absolución demasiado fácil no trae remordimiento ni inquietud sino a quienes reflexionan, mientras que la condena de un acusado a quien luego se reconoce inocente, expande un terror general porque la seguridad desaparece y ya no se sabe dónde buscar la salvación cuando la inocencia no basta”. BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales* (Trad. por Ossorio Florit, M.), Ed. Comares, Granada, 2001, p. 330.

judicialmente es contrario a ese principio, puesto que supone la aplicación de una pena sobre un inocente³¹.

Las ideas contenidas en esta obra fueron introducidas en la mayor parte de los textos legales posteriores a la Revolución Francesa, constituyendo éste otro de los méritos que cabe atribuirle³². Señala VÁZQUEZ SOTELO la importancia que al respecto tuvo el pensamiento iluminista. Fue la influencia de este movimiento la que llevó a los legisladores europeos a dar un giro radical al proceso penal, reconociendo en los códigos toda una serie de derechos al imputado –comenzando por la prohibición de la tortura– que, posteriormente, fueron plasmados en las declaraciones de derechos³³. Así, por lo que respecta a la presunción de inocencia, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su artículo 9, señala por primera vez que “*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable*”. Este reconocimiento supuso, como señala Díez PICAZO, el paso definitivo del sistema penal inquisitivo a la nueva justicia penal inspirada en el modelo acusatorio³⁴. No obstante, ha de tenerse presente que las manifestaciones legales de la presunción de inocencia ponían el acento, fundamentalmente, en el tratamiento del imputado a lo largo del proceso, sin atender a la presunción de inocencia en su dimensión de regla probatoria, que hunde sus raíces en la tradición jurídica anglosajona³⁵.

³¹ Téngase en cuenta, además, que BECCARIA rechaza el tormento no sólo como forma de obtener la confesión, sino también como pena, ya que le atribuye a ésta un carácter preventivo.

³² VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 70.

³³ VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 72. Acerca de las reformas impulsadas en los distintos países –especialmente dirigidas a la abolición de la tortura y de la pena de muerte– puede verse también FERRI, E., *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia* (Trad. Por Rodríguez Muñoz, J. A.), Ed. Reus, Madrid, 1933, pp. 33 a 35.

³⁴ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Artículo 24: garantías procesales", en ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Ed. EDERSA, Madrid, 1996, p. 110.

³⁵ DOMINIONI, O. (Con ALESSANDRI, A., FIANDANCA, G., MERUSA, F. y CLARICH, M.), *Rapporti civili...*, ob. cit., p. 170. En el mismo sentido, GHIARA, A., “Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte

Dei delitti e delle pene tuvo una enorme repercusión entre los intelectuales europeos, que la acogieron con un gran entusiasmo. Fue objeto, en muy poco tiempo, de múltiples ediciones y traducciones, si bien en nuestro país su introducción fue algo más tardía. La primera traducción española data de 1774, diez años después de ser publicada la primera edición, no estando exenta de problemas con la Inquisición. Si bien superó la censura civil del Consejo Real de Castilla, el Santo Oficio declaró prohibida la obra en su totalidad en 1777, por entender que abogaba por la impunidad casi absoluta de los delincuentes y promovía el “tolerantismo”³⁶. A pesar de estas dificultades, los pensadores ilustrados españoles no fueron ajenos al movimiento humanizador latente en el resto de Europa. Así, LARDIZÁBAL, el autor que más se aproximó a este movimiento, en su *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma* (1882) adopta gran parte del programa propuesto por BECCARIA³⁷.

Sin embargo, el esfuerzo de los juristas ilustrados para introducir en España las ideas de BECCARIA se encontró con la oposición de un importante sector doctrinal que todavía defendía el sistema penal y procesal vigente. Ante esta situación, durante los reinados de Fernando VI y Carlos IV no se adoptaron medidas legales al respecto, de tal modo que las reformas se hicieron esperar unos años más³⁸. Fue la Constitución de 1812 la que abolió el tormento por primera vez, si bien, debido a la inestabilidad política de la época, la efectiva supresión no se

Costituzionale”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, p. 74; RICCIO, G. (con DE CARO, A. y MAROTTA, S.), *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 77.

³⁶ Así lo expresaba el Inquisidor general F. Beltrán en una carta enviada al Ministro de Gracia y Justicia M. De Roda. Vid. TORÍO LÓPEZ, Á., “Beccaria y la Inquisición española”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril 1971, p. 395.

³⁷ Sin embargo, LARDIZABAL evitó referirse explícitamente a *Dei delitti e delle pene*, ya que su lectura estaba prohibida en España. Sí cita a BECCARIA, sin embargo, al abordar el tema de la pena de muerte, si bien lo hace a título de crítica, ya que LARDIZÁBAL era un convencido defensor de la misma. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura...*, ob. cit., p. 202.

³⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura...*, ob. cit., p. 193.

produjo hasta la Real Cédula de 25 de julio de 1814³⁹. Fue sólo el comienzo de una época reformista, ya que a esta supresión le siguieron toda una serie de modificaciones legislativas tendentes a humanizar el proceso y a reconocer los derechos del imputado frente al aparato punitivo del Estado, tales como la prohibición de utilizar preguntas capciosas o sugestivas durante el interrogatorio, la supresión del deber jurídico de veracidad –sustituido por un simple deber moral–, o la imposibilidad de coaccionar, prometer o engañar al imputado para obtener la confesión de su culpa⁴⁰. No obstante, la presunción de inocencia como garantía autónoma y límite fundamental a las actuaciones del Estado en el marco del proceso no encontró un reconocimiento explícito en los textos legales españoles, ni siquiera en los más liberales, como lo fue la Constitución Española de 1812. Hay que esperar hasta la Constitución de 1978 para encontrar este derecho reconocido en nuestro sistema jurídico.

Pero el reconocimiento y efectiva protección de la presunción de inocencia fuera de nuestras fronteras, en los términos señalados, no fue suficiente para aplacar los intensos enfrentamientos doctrinales que se produjeron durante el siglo pasado. Antes al contrario, dicho reconocimiento fue lo que avivó la discusión en torno al significado de esta garantía, especialmente entre los juristas italianos pertenecientes a tres corrientes de pensamiento claramente diferenciadas: la Escuela clásica, la Escuela positiva y la Escuela técnico-jurídica. Su estudio resulta de gran interés, pues fruto de ello es el debate jurídico-político en torno al alcance de la presunción de inocencia que, posteriormente, tuvo gran calado y repercusión en el resto de Europa.

³⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 78.

⁴⁰ Acerca de las sucesivas reformas legislativas consecuencia del movimiento humanizador y del paso del sistema inquisitivo al acusatorio, véase VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 78 y ss.

2.3. La lucha de Escuelas en Italia.

Sobre la base de las ideas de BECCARIA y, en general, del pensamiento iluminista, a finales del siglo XIX apareció en Italia lo que posteriormente se ha llamado *Escuela clásica*⁴¹, un importante movimiento jurídico que encarnaba la lucha contra el sistema procesal del Antiguo Régimen⁴². A esta corriente se le atribuye, como señala ILLUMINATI, el desarrollo científico de la presunción de inocencia⁴³. Afirma este autor que, si bien el iluminismo “puso la primera piedra” en la evolución teórica de las garantías procesales del imputado, entre ellas, la presunción de inocencia, lo hizo partiendo de meras intuiciones⁴⁴ que hasta la mitad del siglo XIX no fueron enmarcadas en una teoría sistemática acerca del proceso penal.

Los representantes de la Escuela clásica se esforzaron en desterrar la presunción de culpabilidad que había constituido la base del proceso penal durante el Antiguo Régimen. Los trabajos más destacados en este sentido en el ámbito de la Escuela clásica son obra de CARRARA, que considera la presunción de inocencia postulado fundamental de la ciencia penal, en tanto legitimadora del proceso mismo⁴⁵. La dogmática penal —encargada del estudio del derecho penal, de un lado,

⁴¹ FERRI, uno de los máximos representantes de la Escuela positiva, se atribuye la denominación. FERRI, E., *Principios...*, ob. cit., pp. 34 y 40.

⁴² La influencia del iluminismo sobre la Escuela clásica es afirmada, entre otros, por GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, vol. II, p. 1174 y RICCIO, G. (con DE CARO, A. y MAROTTA, S.), *Principi costituzionali ...*, ob. cit., p. 77.

⁴³ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1979, p. 13.

⁴⁴ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 13; en el mismo sentido, GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza e considerazione...”, ob. cit., p. 1174.

⁴⁵ Señala CARRARA que “cuando prescribe [la ciencia penal] estricta adhesión a la competencia; leal, completa y oportuna intimación de los cargos; moderación de la custodia preventiva; plenitud de prueba; prudencia en cuanto a la veracidad de los testigos, condiciones para la legalidad de las confesiones; exclusión de toda sugerencia, de todo fraude, de todo artificio doloso que pueda darle a lo falso aspecto de verdad; crítica imparcial en la apreciación de los indicios; libérrimo campo

y del proceso penal, de otro⁴⁶- trabaja, en función del objeto concreto del que se ocupe, sobre la base de dos ideas centrales. Por un lado, en lo que CARRARA considera primera fase de la ciencia penal, que es la dedicada al derecho penal, es necesario partir del presupuesto de tener ante sí a un culpable, de tal modo que su cometido será el de establecer las medidas necesarias para la protección del culpable, medidas encaminadas a llevar a sus justos términos los límites de su responsabilidad⁴⁷. Parece aludir con ello a la necesidad de observar los clásicos principios del derecho penal: intervención mínima, legalidad, proporcionalidad, etc. Por otro lado, en la segunda fase, relativa al estudio del proceso penal, señala CARRARA que la ciencia penal “parte de un presupuesto contrario, esto es, presupone la inocencia del ciudadano contra el cual la justicia dirige sus sospechas y sus armas. Con toda razón puede, pues, decirse que la primera parte de la ciencia penal sirve principalmente para la defensa de los derechos del culpable, mientras que la segunda parte sirve, de modo especial, para la protección de la inocencia”⁴⁸.

para el ejercicio de la defensa; amplio trato para los abogados; formas sacramentales para la sentencia; recursos de apelación y de revisión; en una palabra, cuando prescribe todo cuanto ella ordena como condición absoluta para la legitimidad del procedimiento y del juicio, no pronuncia sino estas solas palabras: “haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración, si no marcháis por el camino que os señalo”. El procedimiento penal es, pues, la salvaguardia de los hombres de bien; y la ciencia penal en esta parte ejerce la protección de los hombres honrados”. CARRARA, F., *Opúsculos de Derecho Criminal* (Trad. por Ortega Torres, J.J. y Guerrero, J.), 2ª ed., Ed. TEMIS, Bogotá, 1980, Vol. V, pp. 14-15. Un comentario a este pensamiento puede verse en GHIARA, A., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., pp. 75 y 76; ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 15; MARZADURI, E., “Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza”, en *Cassazione Penale*, gennaio 2000, p. 174; En la doctrina española, VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 22-23. Para CHIAVARIO resulta ciertamente exagerada la idea de CARRARA de considerar que todas las garantías procesales responden, en último término, al reconocimiento de la presunción de inocencia, cuando lo correcto, a su juicio, es entender que los parámetros de legitimidad del proceso tienen cierta autonomía unos de otros o, al menos, señala este autor, debe llamarse a cada uno por su nombre, sin necesidad de tratar de justificarlos en un principio superior. CHIAVARIO, M., “Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara”, en AA VV, *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno Internazionale*, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 614-615.

⁴⁶ CARRARA, F., *Opúsculos...*, ob. cit., p. 10.

⁴⁷ CARRARA, F., *Opúsculos...*, ob. cit., p. 10.

⁴⁸ CARRARA, F., *Opúsculos...*, ob. cit., p. 10.

Como un medio de protección que asiste al acusado frente a las sospechas que dan lugar a la apertura de un proceso contra él aparece entonces la presunción de inocencia, cuyo fin es limitar la actividad que el Estado realice en el marco de ese proceso y que pueda afectar a sus derechos e intereses⁴⁹. Como señala BETTIOL, el valor supremo para la Escuela clásica es la libertad del individuo, que debe ser protegida ante cualquier intervención estatal arbitraria que sacrifique dicha libertad por utilidad o conveniencia pública⁵⁰. Afirma FERRAJOLI en este sentido que el mérito más importante del iluminismo –que, por extensión, puede imputarse también a la Escuela clásica- es el de haber reconocido el nexo entre garantismo, convencionalismo legal y cognoscitivism judicial, es decir: sólo con un proceso – y un sistema penal- regulado en la mayor medida posible por normas jurídicas, evitando así la discrecionalidad judicial e imponiendo la necesidad de alcanzar la verdad –de acuerdo con dichas normas-, es posible respetar las garantías de los ciudadanos sometidos a un proceso penal⁵¹.

Se pone así de manifiesto que para la Escuela clásica, la presunción de inocencia no es sólo un principio aplicable en materia probatoria, sino mucho más: es el principio en torno al cual gira el proceso penal. Por ello, de modo semejante a como lo hicieron los ilustrados, adopta como referencia el modelo acusatorio, en el que las garantías del imputado frente al poder del Estado constituyen el eje del proceso, a la vez que lo legitiman⁵². Puede decirse que, ante el conflicto representado por el interés público en la persecución de los delitos y el interés individual del ciudadano sometido al aparato estatal de represión de la delincuencia, la Escuela clásica resuelve dicho conflicto a favor de este segundo

⁴⁹ “Aquí la ciencia (...) afirma: «protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos»” CARRARA, F., *Opúsculos...*, ob. cit., p. 14.

⁵⁰ BETTIOL, G., *Istituzioni...*, ob. cit., p. 21.

⁵¹ Vid. FERRAJOLI, L., “Il giudizio...”, ob. cit., p. 192.

⁵² GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 1175.

interés individual, representado, fundamentalmente, en la presunción de inocencia⁵³.

Las proclamas garantistas lanzadas por la Escuela clásica encontraron la rápida respuesta de juristas que se alinearon en una corriente contrapuesta, y que fue conocida como *Escuela positiva*. FERRI, máximo exponente de este movimiento, si bien acepta ciertos postulados de la Escuela clásica, tales como el respeto a los derechos del individuo frente al Estado, el principio de legalidad o la abolición de las penas corporales, entiende que algunos otros han llevado a situaciones desastrosas insostenibles, principalmente por lo que se refiere al gran aumento de la criminalidad y a la falta de un tratamiento adecuado de los delincuentes⁵⁴. Para superar estos inconvenientes, la Escuela positiva propone un modelo de ciencia penal que adopta como eje los intereses de la sociedad en la represión y el castigo del delito frente a la persona del procesado. El giro en la perspectiva de análisis es evidente: mientras la Escuela clásica sitúa a la persona sospechosa de un delito como sujeto básico de protección –siendo la primera medida a tomar la de considerarle inocente–, la Escuela positiva parte de postulados completamente opuestos, pues para sus integrantes el conflicto de intereses entre el Estado y el individuo debe resolverse a favor del primero, de modo que el reconocimiento ilimitado de la presunción de inocencia supone un grave obstáculo para la satisfacción de los derechos de la sociedad en orden al control de la delincuencia⁵⁵. No obstante, FERRI reconoce que la defensa de las garantías del procesado frente a la sociedad y frente al Estado tiene un valor histórico indudable

⁵³ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 15.

⁵⁴ Concretamente, señala FERRI como consecuencias de la política criminal auspiciada por la Escuela clásica las siguientes: “aumento continuo de la criminalidad y de la reincidencia con formas y asociaciones de delincuencia habitual y profesional (...), aumento progresivo de la delincuencia de los menores y de las mujeres, prisiones con frecuencia más cómodas que las casas de los pobres honrados, agravación financiera de los contribuyentes, defensa ineficaz respecto a los criminales más peligrosos y pérdida de muchos condenados menos peligrosos que podrían haber sido reutilizables como ciudadanos aptos para la vida honrada de trabajo”. FERRI, E., *Principios...*, ob. cit., p. 37.

⁵⁵ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., pp. 15-16; GHIARA, A., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 77; RICCIO, G. (con DE CARO, A. y MAROTTA, S.), *Principi costituzionali ...*, ob. cit., p. 77.

como forma de oposición a las barbaries cometidas en el proceso penal del Antiguo Régimen, pero señala que, superada esta fase, es precisamente esa actitud garantista la que constituye el motivo básico por el que la Escuela clásica perdió gran parte de su incidencia: “se considera al procesado [por parte de la Escuela clásica] como una víctima de la tiranía estatal, y Carrara atribuye a la ciencia punitiva «la tarea de limitar los abusos del Poder»: de aquí derivó, por tanto, un olvido de los derechos, por otra parte legítimos, de la sociedad frente al delincuente”⁵⁶. LUCCHINI, uno de los mayores defensores de la presunción de inocencia, ironizó acerca de la postura de los representantes de la Escuela positiva, señalando que éstos no veían en la presunción de inocencia nada más que “una hábil invención de un astuto delincuente disfrazado de legislador”⁵⁷. De hecho, el propio FERRI entendía que no era más que una exageración del principio *in dubio pro reo*⁵⁸. No sorprende esta posición si se tiene en cuenta que Escuela clásica y Escuela positiva atienden a modelos procesales completamente antagónicos: mientras el pensamiento liberal clásico opta por un proceso de corte acusatorio, respetuoso con los derechos del imputado, es más, dirigido a la tutela de esos derechos, la Escuela positiva aboga por un modelo de proceso inquisitivo, pues constituye un instrumento más adecuado para la defensa social⁵⁹.

A pesar de este firme rechazo a un reconocimiento amplísimo de la presunción de inocencia, lo cierto es que la oposición de la Escuela positiva no fue tan radical como para negarle algún valor, si bien establece dos tipos de límites a su

⁵⁶ FERRI, E., *Principios...*, ob. cit., p. 44.

⁵⁷ GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 1175; ILLUMINATI, G., *La presunzione d’innocenza...*, ob. cit., p. 17.

⁵⁸ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V, p. 109.

⁵⁹ GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 1175; BETTIOL, G., *Istituzioni...*, ob. cit., p. 21. Señala BACIGALUPO ZAPATER en este sentido que la concepción de la pena secundada por FERRI se basa precisamente en su utilidad social. Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., “La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal”, en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 4, diciembre 1999, p. 8.

aplicación, que se podrían denominar objetivos y subjetivos. En cuanto a los límites de carácter objetivo, en primer lugar, aunque FERRI admite la posibilidad de reconocerle esta garantía al imputado, entiende que una vez declarada en primera instancia la culpabilidad del acusado no tiene sentido alguno hablar de presunción de inocencia⁶⁰. De este modo, rechaza la posibilidad de que el condenado por una sentencia que todavía no ha alcanzado firmeza pueda permanecer en libertad durante la sustanciación de los correspondientes recursos. En segundo lugar, entiende que no es aplicable la presunción de inocencia en los casos de delitos flagrantes ni cuando el imputado ha confesado su participación en los hechos y dicha confesión viene corroborada por otros indicios. Respecto a las limitaciones subjetivas –esto es, las relativas a la persona del imputado–, FERRI entiende que no se debe reconocer el derecho a la presunción de inocencia a los reincidentes ni a quienes resulten peligrosos⁶¹.

La principal crítica que puede dirigirse a la Escuela positiva es, como señala VÁZQUEZ SOTELO, que, aunque persigue el ideal de un proceso penal eficaz en orden a la represión de la delincuencia, dicho modelo no responde a lo que hoy se entiende por “proceso eficaz”. Por el contrario, la idea de eficacia está unida a la necesidad de compatibilizar la persecución del delincuente con las garantías fundamentales que asisten a los ciudadanos⁶². Téngase en cuenta que la adopción de un determinado modelo procesal de referencia es, en última instancia, una elección política acerca del régimen de garantías que debe asistir al imputado, de modo que en el Estado de Derecho sólo es posible optar por un modelo acusatorio que otorgue la debida protección a los derechos del imputado, poniéndose así de

⁶⁰ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., pp. 15-16. De hecho, señala el propio FERRI, es cierto que determinadas garantías del procesado reclamadas por la Escuela clásica y adoptadas por algunos textos legales deben ser respetadas, “reserva hecha de la presunción de inocencia tan indistinta y absoluta”. FERRI, E., *Principios...*, ob. cit., p. 38.

⁶¹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, ob. cit., p. 110; VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 25.

⁶² Por esto, VÁZQUEZ SOTELO califica las críticas dirigidas a la Escuela clásica de “pura anécdota doctrinal del pasado”. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, ob. cit., p. 110.

manifiesto la relación existente entre formas de Estado y formas de proceso. Por el contrario, en los Estados en los que las relaciones entre los individuos y el Estado se desequilibran a favor de éste último, desaparecen las garantías del imputado para dejar paso a un sistema procesal inquisitivo⁶³.

Frente al garantismo auspiciado por la Escuela clásica no sólo se manifestaron los integrantes de la corriente a la que se acaba de hacer referencia. La línea de pensamiento encabezada por MANZINI, conocida como *Escuela técnico-jurídica*, sostuvo fuertes enfrentamientos doctrinales con los seguidores de la Escuela clásica. La estrategia ofensiva de la Escuela técnico-jurídica consistió en dirigir críticas a la presunción de inocencia de carácter lógico-formal, y fin de desarmar lo que para ellos era una posición basada en meros argumentos ideológicos⁶⁴. Sin embargo, como la doctrina posterior ha puesto de manifiesto, esas críticas de naturaleza lógico-formal no eran más que una pantalla tras la cual se encubría una clara opción política de tipo fascista⁶⁵. En línea con ello, para la Escuela técnico-jurídica, el fin del proceso no puede consistir en la tutela de los inocentes, sino en hacer posible el castigo de los culpables⁶⁶. Ciertamente, para MANZINI la finalidad del proceso es determinar si se presentan las condiciones necesarias para castigar⁶⁷, mientras que la tutela del inocente se realiza por medios

⁶³ BETTIOL, G., *Istituzioni...*, ob. cit., p. 128. LUCCHINI lo expresó con mucha claridad: “Dove più emerge il potere accentratore e assorbente dello Stato, ivi più prevale l’interesse represivo del procedimento; dove il sentimento della libertà e la dignità individuale sono più vivaci e profondi, ivi la tutela dell’innocenza assume maggior importanza e si fa più seria ed efficace”. LUCCHINI, L., *Elementi di procedura penale*, G. Barbera Editore, 3ª ed., Firenze, 1908, p. 7.

⁶⁴ ILLUMINATI, G., *La presunzione d’innocenza...*, ob. cit., p. 18; GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 1176.

⁶⁵ RICCIO, G. (con DE CARO, A. y MAROTTA, S.), *Principi costituzionali...*, ob. cit., p. 77.

⁶⁶ GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., pp. 1177-1178; ILLUMINATI, G., *La presunzione d’innocenza...*, ob. cit., p. 18.

⁶⁷ MANZINI, V., *Tratado...*, ob. cit., Tomo I, p. 248. Ello conduce, a juicio de MANZINI, a considerar que el interés fundamental tutelado por el proceso penal no es la protección del inocente mediante la proclamación de su moralidad como persona, sino el castigo del culpable en tanto resulte acreditado que se presentan las condiciones exigidas para ejercitar la actividad punitiva del Estado. En este sentido, señala el autor, el proceso penal no cumple una función de honor respecto del acusado que ha sido absuelto, puesto que la declaración de inculpabilidad ninguna información

indirectos: mediante el establecimiento de pautas procesales que impidan el error judicial, pero no a través del reconocimiento de la presunción de inocencia que, para este autor, no es más que una ficción y a la que califica como un concepto “burdamente paradójico e irracional”⁶⁸. Así, para MANZINI, declarar la no culpabilidad del acusado es algo distinto a declarar la inocencia⁶⁹. En consonancia con su tesis acerca de la finalidad del proceso, entiende que en la medida en que se trata de determinar la presencia o no de las condiciones para castigar, la declaración de inculpabilidad del acusado nada tiene que ver con su consideración como inocente, a lo que se une que la declaración de certeza de la inocencia sólo sucede en determinados casos (por inexistencia del hecho, por no haberlo cometido el acusado o porque el hecho no constituye delito)⁷⁰.

Los argumentos de esta corriente de pensamiento (que, como señala GHIARA, muestra un profundo desprecio por los principios políticos liberales⁷¹) comienzan con la descalificación del uso del término *presunción* para hacer referencia al pretendido derecho de todo imputado a ser considerado inocente a lo largo del proceso. Además, se ponen de relieve las significativas contradicciones existentes entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, así como con el hecho mismo de la imputación, hasta el punto de entender que la imputación constituye, en todo caso, una manifestación de lo contrario, esto es, de que existe una presunción de culpabilidad⁷².

nos aporta acerca de su conducta; para ello, habría que indagar en la “moralidad en general” del sujeto absuelto (pp. 250 y 251).

⁶⁸ MANZINI, V., *Tratado...*, ob. cit., pp. 252 a 256; VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 26.

⁶⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, ob. cit., p. 112.

⁷⁰ MANZINI, V., *Tratado...*, ob. cit., p. 253.

⁷¹ GHIARA, A., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 78.

⁷² GHIARA, A., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 78; ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 18.

La Escuela técnico-jurídica, además, extendió la idea de que los principios jurídicos sólo tienen valor en la medida en que encuentran reflejo en las normas del ordenamiento jurídico, de tal manera que un principio que no goce de tal reconocimiento -como lo era en aquel momento la presunción de inocencia- no podía impedir la aplicación de normas jurídicas inspiradas en principios contrarios⁷³.

Fue, además, MANZINI, quien señaló que la condición de imputado es un *tertium genus* entre la inocencia y la culpabilidad; concretamente, considera que su *status* debe ser el de sospechoso⁷⁴. Su opinión queda extremadamente clara en el siguiente pasaje: “Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado como penalmente responsable y, por tanto, se lo debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta. Y esto no equivale precisamente a decir que, antes de la condena, se haya de presumir su inocencia hasta prueba en contrario. El no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede nunca equivaler a presumir en él la inocencia”⁷⁵.

Esta fue la idea que triunfó en la elaboración del código procesal penal italiano de 1930, conocido como *Código Rocco* (en alusión al jurista artífice del mismo). El texto legal -redactado en pleno apogeo del fascismo- regula un proceso penal en el que la investigación del delito se antepone a los derechos del imputado, si bien, más que responder a una teoría acerca del proceso penal más o menos

⁷³ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 18.

⁷⁴ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 19.

⁷⁵ MANZINI, V., *Tratado...*, ob. cit., pp. 256-257.

consolidada, constituye una contundente respuesta a la teoría del proceso penal mantenida por CARRARA y, en general, por la Escuela clásica⁷⁶.

Las tensiones que se acaban de analizar parecen suavizarse posteriormente, hasta el punto de que la Constitución italiana de 1947 es fruto del consenso entre las distintas fuerzas políticas presentes en el momento de su elaboración, cuyas doctrinas acerca del proceso se corresponden con las Escuelas jurídicas analizadas.

Ciertamente, apenas finalizada la II Guerra Mundial y derrotado el fascismo, surgió la necesidad de instaurar un nuevo orden jurídico que reafirmara las garantías procesales que el régimen anterior negaba a los ciudadanos. Una de estas garantías era la presunción de inocencia, gran ausente del proceso penal fascista. Pero los partidarios de su reconocimiento se enfrentaron con el obstáculo de quienes eran reticentes a sacrificar los intereses de la colectividad –representados en la persecución y represión de los delitos a través del proceso penal- para favorecer la protección de una garantía como ésta que hacía prevalecer la libertad del individuo y limitaba los poderes represivos del Estado. El único punto de acuerdo entre unos y otros era en la necesidad de innovar, instaurando un sistema jurídico que reconociera los derechos de los ciudadanos. Los problemas surgían, precisamente, en el modo de configurar tales derechos, en especial los que implicaban un mayor grado de compromiso con los postulados de un ordenamiento jurídico de corte liberal.

Uno de los más evidentes frutos de esos desencuentros fue el artículo 27 párrafo 2º de la Constitución, que señala que “el imputado no es considerado culpable hasta la condena firme”⁷⁷. En los debates parlamentarios se pusieron de

⁷⁶ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 19.

⁷⁷ “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”. En Italia, la “condena definitiva” es aquella contra la que no cabe recurso, es decir, lo que en nuestro sistema se entiende como “condena firme”. Así se pone de manifiesto en el siguiente texto, obra de PAULESU: “con la locuzione «condanna definitiva» si suole alludere alla decisione «irrevocabile», non più soggetta, cioè, agli ordinari mezzi di impugnazione.” PAULESU, P.P., “Presunzione di non colpevolezza”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Vol. IX, Ed. UTET, Torino, 1995, p. 676. Ello no obstante, como señala este autor, ha originado un amplio debate en Italia, en la medida en que se han tratado de evitar los efectos suspensivos de la ejecución de la pena que supone la dicción literal

manifiesto las divergencias entre las Escuelas. Mientras la Escuela clásica defendía el reconocimiento de la presunción de inocencia en su sentido más amplio –como garantía no sólo formal, en un plano meramente político, sino eminentemente material, como garantía directamente aplicable–, la Escuela positiva y la Escuela técnico-jurídica introdujeron en su discurso la idea de “no presunción de culpabilidad” como algo distinto de aquélla⁷⁸. El resultado, como se ha señalado consecuencia del consenso, es el tenor literal del artículo 27 párrafo 2º, que lejos de adoptar una de las dos fórmulas propuestas (*presunción de inocencia* o *no presunción de culpabilidad*), refleja una solución de compromiso: no sanciona abiertamente la presunción de inocencia, pero tampoco la no presunción de culpabilidad, sino lo que se ha dado en conocer como *presunción de no culpabilidad*, que pretendía ser una garantía intermedia entre una y otra fórmula⁷⁹ y que generó –y sigue generando– importantes polémicas acerca de su significado. Dicha fórmula, sin embargo, está más cerca de las ideas defendidas por la Escuela positiva, en la medida en que la presunción de no culpabilidad engloba a la no presunción de culpabilidad y no así a la presunción de inocencia, es decir: presumir la no culpabilidad es un concepto más amplio que el de no presunción de culpabilidad, debiéndose entender éste contenido en aquél.

El mayor problema que se le planteó a la doctrina y a la jurisprudencia italiana es el de determinar si realmente existe alguna diferencia entre la presunción de inocencia y la presunción de no culpabilidad o si, por el contrario, se trata únicamente de distintas denominaciones de una misma garantía. Como señala

del texto constitucional. Los defensores de esta postura sostienen la existencia de una importante diferencia entre “sentencia firme” y “sentencia irrevocable”, lo que, a juicio de PAULESU, no se sustenta en base legal o constitucional alguna. PAULESU, P.P., “Presunzione...”, ob. cit., pp. 676-677.

⁷⁸ Así lo señalan CHIAVARIO, M., “La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”, en AA VV, *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, Ed. Giuffrè, Milano, 2000, Vol. II, p. 78 y GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 1174. Esta expresión recuerda a la idea de MANZINI antes citada según la cual en el proceso no hay un inocente ni un culpable, sino sólo un sospechoso.

⁷⁹ ILLUMINATI, G., “Presunzione di non colpevolezza”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXIV, Roma, 1991, p. 2; GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 1179.

ILLUMINATI, la discusión posee una importante carga ideológica, ya que la postura que se mantenga al respecto implica necesariamente optar entre distintos sistemas de valores políticos y, en definitiva, entre diversos modos de entender la administración de Justicia. Así, la discusión estrictamente normativa ha quedado en un segundo plano, ya que generalmente los juristas realizan la interpretación del art. 27 CI que más se adapta a su discurso⁸⁰.

El parecer de la *Corte Costituzionale* fue expresado con mucha claridad en la sentencia n. 124, de 6 de julio de 1972⁸¹, resolución que constituye el punto de referencia de sus posteriores pronunciamientos. En ella se indica que el art. 27.2 CI no sanciona la presunción de inocencia. Por el contrario, señala la Corte, en el proceso penal no hay un culpable ni un inocente, sino sólo un imputado (FJ 1º). Con esta doctrina, la Corte adopta la posición de quienes consideran que la Constitución italiana se limita a prohibir la asimilación del imputado al culpable, pero sin otorgarle la consideración de inocente. De esta manera, el *status* de imputado aparece claramente diferenciado de los de inocente y culpable⁸².

La *Corte Costituzionale* trata de justificar que ésta es la única interpretación posible del precepto pues, de otro modo, sería patente su contradicción con aquellos preceptos legales que contemplan medidas cautelares y de seguridad que

⁸⁰ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., pp. 12-13.

⁸¹ En *Giurisprudenza Costituzionale*, 1972. No es fácil encontrar, como señala ILLUMINATI, resoluciones de la Corte Costituzionale relativas a la presunción de inocencia. Es más, como señala este autor, la Corte nunca ha fundamentado la inconstitucionalidad de una norma en la vulneración del art. 27 párrafo 2º CI, puesto que siempre ha reconducido las infracciones de la legalidad constitucional a otras garantías. Llega a afirmar ILLUMINATI que “se l'esistenza, sul piano del diritto positivo, della presunzione d'innocenza dipendesse dall'applicazione del principio ad opera della giurisprudenza (analogamente a quanto avviene nei paesi di common law), si dovrebbe concludere che nulla di simile è riconosciuto dal nostro ordinamento”. ILLUMINATI, G., *La presunzione...*, ob. cit., p. 11.

⁸² La Corte Costituzionale acoge, en definitiva, la tesis que al respecto ya había sostenido LEONE: “durante el proceso no existe un culpable, un reo, sino solamente un imputado”. LEONE, G., *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. por SENTÍS MELENDO, S.), Ed. EJEA, Vol. I, Buenos Aires, 1963, p. 465.

resultarían inaplicables en el caso de asimilar la presunción de no culpabilidad a la presunción de inocencia⁸³.

No obstante, la mayor parte de los procesalistas italianos entienden que la expresión *presunción de no culpabilidad* del art. 27 párrafo 2º tiene el mismo significado que la expresión *presunción de inocencia*, esto es, que no existe diferencia alguna entre considerar que un imputado es *presunto inocente* o considerar que es *presunto no culpable*. Ciertamente, analizando los términos “inocente” y “culpable”, puede llegarse a distintas soluciones sobre este asunto, según se entienda que son términos contrarios (como *blanco* y *negro*) o contradictorios (como *blanco* y *no blanco*). Si se consideran términos contrarios, entre las categorías de inocente y culpable podrían encontrarse figuras intermedias, en cuyo caso tendría cabida la figura del no culpable como algo distinto de aquéllas. Si se consideran términos contradictorios, no pueden admitirse tales *status* intermedios, sino que sólo puede hacerse la distinción entre inocente y culpable, de modo que afirmar que el imputado es no culpable sería equivalente a afirmar que es inocente. Sin embargo, cualquier discusión en torno al carácter más o menos garantista de la dicción literal del art. 27 CI ha devenido, en cierta medida, superflua, ya que la ratificación por parte de Italia de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos en los que se produce un reconocimiento sin rodeos de la presunción de inocencia obliga a realizar un análisis de la misma que vaya más allá de la norma constitucional, puesto que tales textos han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico italiano⁸⁴.

⁸³ DOMINIONI, O. (Con ALESSANDRI, A., FIANDANCA, G., MERUSA, F. y CLARICH, M.), *Raporti civili...*, ob. cit., p. 196.

⁸⁴ CHIAVARIO, M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1969, pp. 369 y ss; sigue a CHIAVARIO en este punto –salvando la cuestión del rango de estos Textos Internacionales en el sistema de fuentes italiano– TRANCHINA, G. (con SIRACUSANO, D., GALATI, A. y ZAPPALÀ, E.), *Diritto Processuale Penale*, 2ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1996, Vol. I, pp. 22-23 y 179; del mismo autor, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1984, p. 255; ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., pp. 24 a 26. Téngase en cuenta, que, por ejemplo, la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el 7 de diciembre de 2000, reciente documento en el que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, vincula a todos los Estados europeos.



2.4. La presunción de inocencia en el sistema español preconstitucional.

En España, el reconocimiento de la presunción de inocencia ha sido ciertamente tardío si se pone en relación con los países de nuestro entorno. En las Constituciones previas a la hoy vigente no se encuentran referencias explícitas a este derecho, ni siquiera en las más liberales, como fue el caso de la Constitución de 1931. De este modo, es la CE de 1978 la que reconoce el derecho a la presunción de inocencia por primera vez⁸⁵. No obstante, se ha creído ver en la Exposición de Motivos de la LECrim una referencia –más o menos explícita- a este derecho, que podría así haber tenido un fundamento legal en los años anteriores a la CE de 1978. Concretamente, se señala el siguiente párrafo como apoyo legal de la presunción de inocencia: “Sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad; pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse los fueros de la inocencia porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales”. Para DE VEGA RUIZ, la alusión a “los fueros de la inocencia” muestra la intención de indicar las reglas que tenía que aplicar el juez en los casos

⁸⁵ MONTAÑES PARDO, M. A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 34; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, ob. cit., p. 106. Como señala este autor, si bien la Constitución de 1931 creó un completo sistema de garantías individuales, con sus correspondientes vías de protección –concretamente el Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por el artículo 121 de la Constitución-, no se hace referencia alguna al derecho a la presunción de inocencia.

de duda⁸⁶. Sin embargo, no se encuentra a lo largo del texto legal referencia alguna a tales reglas más allá de la indicada. Además, tal y como señala RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, no puede entenderse que antes de la CE de 1978 existiera un reconocimiento –siquiera implícito- de la presunción de inocencia como criterio informador del proceso penal. Y ello porque, como pone de manifiesto este autor, se entendía que el art. 741 LECrim –íntimamente relacionado con la presunción de inocencia, como se verá posteriormente- ofrecía una libertad omnímoda a los jueces para valorar la prueba, sin sujeción a criterio alguno, de tal modo que la relación de hechos probados era inatacable y, por tanto, no se podía alegar la infracción de la presunción de inocencia⁸⁷. Ciertamente, la interpretación de dicho precepto sufrió importantes restricciones tras la entrada en vigor de la CE.

Es más, como señala ASECIO MELLADO, durante el régimen franquista, en el que la inaplicación de la LECrim fue la tónica dominante, la práctica indicaba un verdadero desconocimiento de la presunción de inocencia, ya que conductas del imputado como el silencio constituían una presunción de culpabilidad⁸⁸.

En cualquier caso, y cualquiera que sea la interpretación que se haga de la Exposición de Motivos de la LECrim, lo cierto es que la presunción de inocencia, como derecho fundamental –y, por tanto, dotada de una protección especial- no

⁸⁶ DE VEGA RUIZ, J. A., “La presunción de inocencia hoy”, en *Justicia*, 1984, núm. 1, p. 95; Vid. también JUANES PECES, A., “El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción”, en *Poder Judicial*, núm. especial VI (Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), 1986, p. 143. GALLARDO RUEDA encuentra el reconocimiento implícito de la presunción de inocencia en este otro pasaje de la Exposición de Motivos de la LECrim: “el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado”. GALLARDO RUEDA, A., “El derecho a la presunción de inocencia”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 38, 1989, pp. 314 y 315; en el mismo sentido, LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 12; de este mismo autor, “La presunción de inocencia ante la casación”, en *Poder Judicial*, 2^a época, núm. 12, diciembre 1988, p. 148.

⁸⁷ RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, A., “Notas sobre la presunción de inocencia”, en *Poder Judicial*, 2^a época, núm. 39, septiembre 1995, p. 288.

⁸⁸ ASECIO MELLADO, J. M^a., “Cien años de Derecho Procesal en España”, en AA VV, *El Derecho español en el siglo XX*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 318.

encuentra lugar en el ordenamiento español hasta 1978. A pesar de ello, como señala parte de la doctrina, si bien no tenía el rango de derecho fundamental, la presunción de inocencia venía reconociéndose en el axioma *in dubio pro reo*, según el cual, ante la duda sobre la culpabilidad del acusado, la sentencia debía ser absolutoria⁸⁹.

2.5. La presunción de inocencia en la actualidad.

El estudio de la presunción de inocencia en el sistema jurídico vigente debe hacerse adoptando un enfoque basado tanto en el examen de lo que la CE de 1978 ha supuesto respecto de su contenido cuanto en las aportaciones que en este ámbito provienen de la participación de España en los distintos documentos internacionales sobre derechos humanos.

⁸⁹ ALAMILLO CANILLAS, F., “La presunción de inocencia y el recurso de casación penal”, en *La Ley*, 1983, Tomo I, p. 1147; BACIGALUPO ZAPATER, E., “Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fasc. II, mayo-agosto 1988, p. 365; BELLOCH JULBE, J. A., “Algunas precisiones en torno a la «presunción de inocencia»”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 22, enero-febrero 1985, pp. 73 a 75; ROMERO ARIAS, E., *La presunción de inocencia. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 22; MESTRE DELGADO, E., “Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, Fasc. III, septiembre-diciembre 1985, p. 728. Este último autor, si bien considera que presunción de inocencia e *in dubio pro reo* tienen campos de actuación distintos, entiende que los tribunales, aplicando el principio *in dubio pro reo* en épocas preconstitucionales, llegaban a soluciones similares a las actuales, en las que se aplica el derecho a la presunción de inocencia.



2.5.1. La presunción de inocencia en la CE de 1978.

Ha sido definitivamente la CE de 1978 la que ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. Y lo ha hecho en el marco del conjunto de garantías procesales recogidas en el art. 24 CE, dirigidas todas ellas a proteger a los ciudadanos frente a los abusos que el Estado pueda cometer en la administración de Justicia. Así, el art. 24.2 CE señala que “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. El derecho a la presunción de inocencia ha sido considerado, como después se verá, uno de los pilares básicos del proceso penal, de los que derivan después el resto de garantías o, si se quiere, cuyo cumplimiento depende del efectivo reconocimiento de aquéllas.

Su consagración constitucional, como señala VÁZQUEZ SOTELO, no supone renunciar a un proceso penal eficaz. Por el contrario, se entiende que la eficacia del proceso penal deriva ahora de su carácter de medio civilizado de persecución y represión de la delincuencia; civilizado en tanto respeta los derechos y libertades básicas de los ciudadanos, lo que le convierte en el “proceso con todas las garantías” al que hace referencia el artículo 24.2 CE⁹⁰.

Se hace preciso en este punto subrayar que la presunción de inocencia es una garantía procesal, en contra de lo mantenido por una corriente doctrinal para la que este derecho tiene incidencia en situaciones que se vienen a denominar

⁹⁰ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, ob. cit., pp. 115-116; El proceso penal constitucional combina, como señala ASECIO MELLADO, eficacia –entendida como hallazgo de la verdad- y respeto a los derechos de las personas. ASECIO MELLADO, J. M^a., “Cien años...”, ob. cit., p. 321.

“extraprocesales”. Para este sector⁹¹, hay que distinguir entre la eficacia procesal y extraprocesal de la presunción de inocencia. Por lo que respecta a su eficacia extraprocesal, supondría el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor de un hecho delictivo, mientras que la eficacia procesal se centraría en la imposición de la carga de la prueba a la acusación y en el establecimiento de determinadas reglas probatorias. JIMÉNEZ-BLANCO hace una distinción más sutil, entendiendo que la eficacia procesal se extiende también al tratamiento del imputado a lo largo del proceso⁹². Incluso el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión y, en alguna de sus sentencias, ha señalado la vigencia de la presunción de inocencia fuera del ámbito estrictamente procesal⁹³.

La posición que se acaba de enunciar debe ser, cuanto menos, matizada, puesto que la expresión *presunción de inocencia* utilizada por este sector doctrinal y, en ocasiones, por el Tribunal Constitucional, parece tener un sentido más amplio que el abarcado por su sentido jurídico. Desde luego que en el lenguaje común, se dice habitualmente que “todas las personas” tienen derecho a la presunción de inocencia, y ello con independencia de que exista un proceso en curso. Pero ese no es el sentido que adopta la expresión en el lenguaje jurídico: Desde este punto de vista, la presunción de inocencia es una garantía procesal *ex art. 24.2 CE* y, como tal, con eficacia exclusiva en el ámbito sancionador (tanto administrativo cuanto jurisdiccional, como señala en su doctrina más consolidada el Tribunal

⁹¹ Representado, entre otros, por BORRAJO INIESTA, I., “La prueba debe practicarse en el juicio oral: titubeos y dificultades para observar el derecho a ser presumido inocente en el proceso penal”, en *Tribunales de Justicia*, 1997, núm. 7, p. 728; GALLARDO RUEDA, A., “El derecho...”, *ob. cit.*, p. 316; JIMÉNEZ-BLANCO, G., “Derecho a la presunción...”, *ob. cit.*, p. 348 y LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La presunción de inocencia...*, *ob. cit.*, p. 13.

⁹² JIMÉNEZ-BLANCO, G., “Derecho a la presunción...”, *ob. cit.*, p. 348.

⁹³ En su dimensión extraprocesal, la presunción de inocencia supone, a juicio del Tribunal Constitucional, “el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo” (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1º). En el mismo sentido, véanse las SSTC 166/1995, de 20 de noviembre (FJ 3º) y 283/1994, de 24 de octubre (FJ 2º).

Constitucional⁹⁴); por tanto, es una garantía exclusiva del imputado o del sometido a un procedimiento que pueda derivar en la aplicación de una sanción o en la restricción de derechos subjetivos⁹⁵. De este modo, la presunción de inocencia, en su vertiente de derecho a recibir el trato de no autor de un hecho delictivo, actúa únicamente en un contexto procesal, y ello por varias razones, además de la ya expuesta de tratarse de una garantía jurisdiccional: en primer lugar, porque la inocencia o la culpabilidad de una persona sólo se pone en juego en el marco de un proceso, puesto que sólo el Estado, a través de este mecanismo, puede declarar la culpabilidad de un ciudadano y, en segundo lugar, porque la violación de la presunción de inocencia –como regla de tratamiento– sólo puede producirse por actuaciones procesales que presupongan la culpabilidad del imputado. Téngase en cuenta, además, que los pretendidos “ataques” a la presunción de inocencia provenientes de otros ámbitos se persiguen a través de otras vías como, por ejemplo, los delitos contra el honor, pero no constituyen quiebras de este derecho, que nace y se extingue con el proceso⁹⁶. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de matizar su postura en torno a esta cuestión pues, como señala en la STC 166/1995, de 20 de noviembre, si bien la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocesal, ésta no constituye por sí sola un derecho fundamental autónomo respecto del contemplado en los arts. 10 y 18.1 CE, de tal forma que su protección en amparo sólo es posible si su invocación se hace a través de dichos preceptos.

Hecha esta salvedad, es necesario ahora hacer frente a las consecuencias que se derivan de la constitucionalización de la presunción de inocencia como derecho

⁹⁴ Vid. por todas, entre las más recientes, las SSTC 104/2002, de 6 de mayo (FJ 4º) y 117/2002, de 20 de mayo (FJ 5º).

⁹⁵ Vid., por todos, GIMENO SENDRA, V., “Los derechos de acción penal, al juez legal...”, ob. cit., p. 189.

⁹⁶ Así lo indica con insuperable claridad VÁZQUEZ SOTELO: “Es (...) una pura extravagancia la invocación de la presunción de inocencia que con alguna frecuencia hacen los políticos ante cualquier crítica o sospecha que reciban. Mientras no existan actuaciones jurisdiccionales o administrativas concretas no puede técnicamente y con propiedad invocarse la presunción constitucional de inocencia”. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, ob. cit., p. 123.

fundamental, encaminadas todas ellas a dotarle de una protección especial⁹⁷. Ello invita a analizarlo desde dos puntos de vista: por un lado, desde una perspectiva jurídico-constitucional, a fin de saber cuáles son esas consecuencias a las que se ha aludido, siquiera de manera breve; por otro lado, desde la óptica del Derecho Procesal, para individualizar las manifestaciones que este derecho presenta en el seno del proceso. Dada la relevancia que para el presente trabajo adquiere este segundo punto de vista –en tanto medio para delimitar el papel que cumple la presunción de inocencia en relación con la carga de la prueba–, su análisis se realizará de manera independiente más adelante.

Por lo que respecta a la primera perspectiva, hay que centrar la atención en las garantías que la propia Constitución establece para la salvaguarda de los derechos fundamentales y que son, por tanto, aplicables al derecho a la presunción de inocencia⁹⁸. Se trata, concretamente, de cuatro garantías esenciales:

A) En primer lugar, los derechos fundamentales –de acuerdo con el art. 53.1 CE– vinculan a todos los poderes públicos, lo que en el caso de la presunción de inocencia atañe de modo especial al Poder Judicial y al Poder Legislativo. Por un lado, al Poder Judicial, puesto que todos los jueces y magistrados están obligados a observar este derecho en sus actuaciones y a interpretar las normas jurídicas de acuerdo con él y con la interpretación que de él haga el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ) y, por otro lado, al Poder Legislativo en la medida en que la

⁹⁷ La bibliografía sobre las características de los derechos fundamentales es ciertamente profusa. Un amplio estudio sobre el sistema de garantías que rodea a estos derechos puede verse en PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 347 y ss y FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 483 y ss, entre otros. Por lo que respecta a las garantías procesales del artículo 24 CE, véase CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales...*, ob. cit., pp. 40 a 44. Y, especialmente, en relación con la presunción de inocencia, vid., entre otros muchos, GUERRA SAN MARTÍN, J., BELLOCH JULBE, J. A. Y TORRES LÓPEZ DE LACALLE, E., “El derecho a la presunción de inocencia”, en *La Ley*, 1982, Vol. 4, p. 1185; MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 35; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, ob. cit., pp. 117 y 118; DEL MOLINO, Mª. S., “La presunción de inocencia...”, ob. cit., pp. 593 a 595; JUANES PECES, A., “El principio de presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 143.

⁹⁸ Un estudio acerca de las consecuencias derivadas de la constitucionalización de las garantías procesales como derechos fundamentales puede verse en PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. BOSCH, Barcelona, 1997, pp. 24 y ss.

creación de normas jurídicas debe respetar los derechos fundamentales, puesto que su contenido es indisponible⁹⁹. Esta vinculación se aprecia especialmente en las materias cuya regulación pueda poner en entredicho la inocencia de un ciudadano con anterioridad a una sentencia de condena. De este modo, el legislador debe poner especial cuidado en evitar la creación de tipos penales que contravengan tal criterio. Uno de los ejemplos más claros en este sentido es el de los delitos de sospecha, de los cuales el tipificado en el art. 509 del antiguo Código Penal era un ejemplo clásico. Como es sabido, dicho precepto castigaba la tenencia de instrumentos especialmente destinados a ejecutar el delito de robo. Este tipo penal, según la interpretación jurisprudencial más extendida, exigía que el poseedor ofreciera pruebas suficientes sobre su adquisición o conservación lo que claramente quebrantaba el derecho a la presunción de inocencia por tomar como base la tenencia para delinquir, teniendo que ser el acusado quien probase que su destino era otro. Sin embargo, el Tribunal Constitucional señaló en su sentencia 105/1988, de 8 de junio, que esta interpretación del precepto era claramente inconstitucional, puesto que la finalidad de tales instrumentos, de acuerdo con la garantía de la presunción de inocencia, debía ser probada por la acusación, sin que la carga de la prueba pudiera pesar sobre el acusado (FJ 3º)¹⁰⁰. El Tribunal Constitucional propuso una segunda interpretación conforme con el art. 24.2 CE, según la cual la expresión utilizada en el art. 509 (“diere descargo...”) debía ser entendida como libertad del acusado para proponer y practicar pruebas que acreditasen que los instrumentos tenían un destino diferente, pero que en modo alguno excluía la necesidad de que fuese la acusación quien aportara los elementos de cargo necesarios para probar todos los elementos del tipo.

B) En segundo lugar, los derechos fundamentales son aplicables directa e inmediatamente, lo que permite su invocación en sede jurisdiccional sin necesidad de que exista un desarrollo legislativo de los mismos¹⁰¹ que, en caso de producirse,

⁹⁹ MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 35.

¹⁰⁰ Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., “Artículo 24...”, ob. cit., p. 119.

¹⁰¹ CORDÓN MORENO, F., *Las garantías...*, ob. cit., p. 40.

debe respetar su contenido esencial¹⁰². Ello no se opone, sin embargo, a que se considere conveniente que, en el caso de la presunción de inocencia, por tratarse de un derecho de contenido complejo, resulte aconsejable contar con una normativa específica que establezca claramente su alcance¹⁰³.

C) En tercer lugar, de conformidad con el artículo 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los demás Tratados Internacionales sobre estas materias que sean suscritos por España. Por supuesto, ello supone que la interpretación que se haga de ellas no puede suponer una merma de garantías respecto del contenido que se les atribuya en dichos textos. Por lo que respecta al derecho a la presunción de inocencia, éste ha sido objeto de reconocimiento en multitud de instrumentos internacionales que serán analizados posteriormente¹⁰⁴.

D) En cuarto lugar, los derechos fundamentales gozan de vías privilegiadas de tutela, de tal modo que ante la vulneración de la presunción de inocencia – siendo ésta un derecho fundamental- se abre una triple posibilidad¹⁰⁵: en primer lugar, es posible invocar su violación ante los tribunales ordinarios, con carácter preferente y sumario; en segundo lugar, una vez agotadas las vías ordinarias, se puede recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional para la reintegración en el

¹⁰² VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, ob. cit., p. 118; BELDA, E., “Sobre el derecho a la presunción de inocencia. Satius est impunitum relinqui facinus nocentes quam innocentem damnari (Ulpiano). Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, Tomo III, p. 2726.

¹⁰³ PÉREZ ROYO, J., *Curso...*, ob. cit., p. 347. No es el caso de nuestro país, puesto que la única referencia normativa a la presunción de inocencia es la contenida en el art. 24.2 CE. Por el contrario, Francia ha aprobado recientemente una norma de reforma del *code de procédure pénale* dirigida a la protección y desarrollo del derecho a la presunción de inocencia (Ley nº 2000/516, de 15 de junio, de refuerzo de la presunción de inocencia y de los derechos de las víctimas).

¹⁰⁴ Vid. *infra*, apartado 2.5.2. del presente capítulo.

¹⁰⁵ BELDA, E., “Sobre el derecho...”, ob. cit., pp. 2726-2727.

disfrute del derecho (arts. 53.2 y 161.1 b) CE)¹⁰⁶ y, por último, acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es otra de las vías posibles para declarar la vulneración de la presunción de inocencia con base en el artículo 6.2 CEDH.

2.5.2. La presunción de inocencia en los Textos Internacionales sobre Derechos Humanos.

De conformidad con el artículo 10.2 CE, las normas sobre derechos fundamentales deben ser interpretadas de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados Internacionales sobre la materia suscritos por España. No es extraño que así lo haya dispuesto la CE si se tiene en cuenta, como señala PECES-BARBA, que los derechos humanos presentan un carácter tal que hace imprescindible acudir a los textos internacionales para su completa identificación¹⁰⁷.

Sin embargo, el mandato constitucional debe ser matizado, puesto que los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vinculan a modo de *estándar mínimo* de protección, de tal forma que el legislador español o el Tribunal Constitucional, si bien no pueden hacer una interpretación que sea contraria a dichos documentos internacionales, sí pueden incrementar la protección que éstos otorgan a los derechos fundamentales¹⁰⁸.

¹⁰⁶ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 263.

¹⁰⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 173.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema...*, ob. cit., p. 167; PICATOSTE BOBILLO, J. C., “La prisión provisional en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995, p. 16; BACIGALUPO ZAPATER, E., “La significación de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 11. En este mismo sentido apunta VEGAS TORRES cuando señala que, si bien los textos internacionales se refieren a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio, ello no es

La búsqueda de una protección integral de los derechos humanos en la Comunidad Internacional comienza con la Declaración Universal de Derechos Humanos y se completa con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el ámbito regional europeo, dicha protección se ha materializado en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) con la finalidad de dar cobertura internacional a los derechos fundamentales que, hasta la fecha, habían sido objeto de terribles ataques¹⁰⁹. Por lo que respecta a la presunción de inocencia, el artículo 11.1 DUDH señala que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Téngase en cuenta que la relevancia de este precepto no radica precisamente en la protección efectiva que supone –puesto que la DUDH no ha sido desarrollada posteriormente ni se han previsto medios concretos para exigir su cumplimiento coactivo a los Estados Parte-, sino en constituir el primer reconocimiento con vocación universal de la presunción de inocencia y, en general, de los derechos humanos¹¹⁰.

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977), éste señala en su artículo 14.2, en los

órbice para entender que el legislador español pueda ampliar el ámbito de aplicación del derecho hasta convertirlo también en una regla de tratamiento del imputado. VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 37 (nota 60).

¹⁰⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, ob. cit., p. 176.

¹¹⁰ TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 27; BLANC ALTEMIR, A., “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en BLANC ALTEMIR, A. (Editor), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 13, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, ob. cit., p. 548.

mismos términos empleados en la DUDH, que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Ya en el ámbito europeo, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 4 de octubre de 1979) señala en su artículo 6.2 que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. El aspecto más relevante de este Convenio es la creación (artículos 19 y ss.) del TEDH, con la finalidad de asegurar el cumplimiento por los Estados Parte de los derechos y libertades en él reconocidos. No obstante, es necesario tener presente que tampoco en este supuesto se establecen métodos para exigir el cumplimiento coactivo de las resoluciones del TEDH, de tal modo que, en último término, su observancia se revela como un deber sin posibilidad alguna de instar su realización.

Por último, es importante destacar que el 7 de diciembre de 2000 (D.O.C.E de 18 de diciembre de 2000) se aprobó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con la finalidad de reforzar y reafirmar el compromiso de los Estados Europeos con la protección de los derechos fundamentales recogidos en la Carta. Por lo que respecta a la presunción de inocencia, el artículo 48.1 de la Carta señala que “todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. Este precepto –en realidad, el texto completo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión- ha sido incorporado a la Constitución Europea (art. II-48 ap. 1)¹¹¹, si bien su entrada en vigor todavía está condicionada a que el texto del Tratado sea rubricado por los Jefes de Estado y de Gobierno¹¹² y a que todos y cada uno de los Estados miembros lo ratifiquen, bien por vía parlamentaria, bien por vía de referéndum.

¹¹¹ Concretamente, la Carta constituye la parte II de la Constitución. El reconocimiento explícito del derecho a la presunción de inocencia se produce, dentro de la parte II, en el título VI (Justicia).

¹¹² Acto previsto para el día 29 de octubre de 2004 en Roma.

Este breve recorrido por los textos internacionales y europeos suscritos por España en los que se eleva a la presunción de inocencia al rango de derecho fundamental, invita a realizar, al menos, tres reflexiones: En primer lugar, que este reconocimiento se produce, por lo general, en términos bastante más explícitos que los utilizados por el legislador constituyente español, que se limitó a reconocer sin el desarrollo que hubiera sido deseable “el derecho a la presunción de inocencia”. En segundo lugar, y a pesar de ello, el tenor literal de los preceptos internacionales señalados no hace referencia, ni mucho menos, a todas y cada una de las funciones que el derecho a la presunción de inocencia cumple en el proceso, por lo que su utilidad como instrumento interpretativo del art. 24.2 CE es bastante limitada. Se impone así la necesidad de acudir a vías complementarias de interpretación del contenido de este derecho, en especial a las representadas por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que posteriormente se tendrá ocasión de analizar¹¹³. En tercer y último lugar, es imprescindible tener en cuenta que la falta de instrumentos y órganos centralizados que garanticen el efectivo cumplimiento por parte de los Estados de los derechos fundamentales contenidos en los textos internacionales genera el grave peligro de rebajarlos, en palabras de CARRIÓ, a la categoría de “agradables ejercicios literarios”¹¹⁴. No obstante, ello no le resta valor a su carácter de criterio interpretativo de los derechos fundamentales.

¹¹³ Señala la STC 259/1994, de 3 de octubre, que la presunción de inocencia se configura “como uno de los derechos fundamentales que sustentan la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 y 2 CE) y como garantía esencial en el Convenio de Derechos Humanos de Roma (1950), a cuya luz, reforzada por la que le añade la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habrá que leer, si necesario fuere, la norma constitucional, por imponerlo así otra complementaria (art. 10.2 CE)” (FJ 2º).

¹¹⁴ CARRIÓ, G.R., *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 48.

3. MANIFESTACIONES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Como se ha señalado, el tenor literal de los Tratados Internacionales analizados no es suficiente como único instrumento para determinar cuál es el contenido concreto de la presunción de inocencia. Desde luego que del hecho de su consideración como derecho humano se deriva su relevancia como garantía en el proceso penal, pero ello no es suficiente para su identificación. Para poder dar cuenta en su justa medida de las manifestaciones de la presunción de inocencia hay que recurrir, inevitablemente, a la literatura científica y a la jurisprudencia. Ambas han puesto de relieve que la presunción de inocencia encuentra las siguientes formas de expresión en el proceso penal¹¹⁵: en primer lugar, la presunción de inocencia actúa como criterio o principio informador del proceso penal de corte liberal, como es el español; en segundo lugar, determina el tratamiento que debe recibir el imputado durante el procedimiento; en tercer lugar, la presunción de inocencia constituye una importante regla con efectos en el ámbito de la prueba y, desde este último punto de vista, si bien se suele estudiar conjuntamente, la presunción de inocencia desempeña dos importantes funciones que serán analizadas de forma separada: por un lado, exige la presencia de ciertos requisitos en la actividad probatoria para que ésta pueda servir de base a una sentencia condenatoria (función de regla probatoria) y, por otro lado, actúa como criterio decisorio en los casos de incertidumbre acerca de la *quaestio facti* (función de regla de juicio)¹¹⁶. Por tanto, la presunción de inocencia actúa en el proceso penal como

¹¹⁵ Como se indica en la STC 111/1999, de 14 de junio, la presunción de inocencia encuentra aplicación a lo largo de todo el proceso, en cada una de sus fases, confiriendo de este modo toda una serie de derechos al acusado (FJ 2º). Así lo indica también, entre otros muchos, VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 35.

¹¹⁶ Sostienen esta misma distinción, entre otros, PAULESU, P.P., "Presunzione...", ob. cit., p. 684, ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 30 y VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 35. Este último autor, aunque a la hora de enumerar las manifestaciones de la presunción de inocencia no distingue expresamente entre sus funciones como regla probatoria y como regla de juicio, sí lo hace al estudiar de forma separada las exigencias que

principio (informando cada una de sus fases) y como derecho subjetivo del imputado (como regla de tratamiento, regla probatoria y regla de juicio). Pero ello no debe conducir a pensar que estas manifestaciones actúan con absoluta desconexión unas de otras. Por el contrario, afirma VEGAS TORRES que la conexión entre todas las manifestaciones de la presunción de inocencia viene dada por la idea última de que no se inflija castigo alguno sobre un ciudadano inocente¹¹⁷. Veamos brevemente cada una de estas manifestaciones antes de centrar la atención en la última de ellas.

3.1. La presunción de inocencia como principio informador del proceso penal.

Desde la perspectiva de la primera de las manifestaciones apuntadas, la presunción de inocencia actúa como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal¹¹⁸. Cuando se estudiaron los postulados de la Escuela clásica, se puso de manifiesto que para los integrantes de esta corriente doctrinal la presunción de inocencia era el eje fundamental sobre el que giraba el proceso penal, entendido éste como sistema de garantías encaminado a la tutela de la inocencia. Pues bien, éste viene a ser uno de los significados que se le asignan a este derecho en la

impone tal derecho en cuanto a la práctica de la prueba susceptible de desvirtuar tal presunción y el contenido de la sentencia penal en los supuestos de incertidumbre (pp. 40 y ss): “la presunción de inocencia nos pone ante dos problemas distintos: en primer término, el de las condiciones en las que el juzgador penal puede tener por cierta la culpabilidad del acusado y, en segundo lugar, el del sentido de la decisión en caso de incertidumbre acerca de la culpabilidad del acusado. La primera cuestión es, en un orden lógico, anterior a la segunda” (p. 42).

¹¹⁷ VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 39.

¹¹⁸ Así ha tenido ocasión de manifestarlo el Tribunal Constitucional en las SSTC 109/1986, de 24 de septiembre (FJ 1º), 137/1988, de 7 de julio (FJ 1º) y 51/1995, de 23 de febrero (FJ 2º). En la primera de ellas, señala ilustrativamente que la presunción de inocencia actúa “como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes”.

moderna concepción del proceso penal¹¹⁹. La presunción de inocencia es un derecho que se le reconoce al imputado con la principal finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* en todo lo que pueda afectar a sus bienes o derechos, esto es, constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal¹²⁰. Por tanto, la presunción de inocencia tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad¹²¹. La presunción de inocencia asume, pues, un papel central desde un punto de vista político, ya que viene a establecer los límites de las relaciones entre el individuo y el poder. Entiende en este sentido GAROFOLI que existe una relación inescindible entre presunción de inocencia y Estado garantista, en la medida en que en un Estado de corte totalitario –donde se persigue el castigo del culpable por encima de la protección del inocente– es impensable la vigencia del principio¹²². En este mismo sentido apunta PAULESU al señalar que no existe otro

¹¹⁹ Esta función de la presunción de inocencia como criterio inspirador del proceso penal, a la que se reconducen el resto de garantías procesales, es también asumida, entre otros, por VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 38 y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación...”, ob. cit., pp. 274 y 285.

¹²⁰ Se suelen distinguir diversas clases de derechos fundamentales en función de las relaciones jurídicas que establecen. Así, éstos se clasifican en derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades. Por lo que respecta a la presunción de inocencia, de acuerdo con la distinción establecida, estaríamos ante un supuesto de inmunidad. Señala PECES-BARBA que un derecho fundamental es una inmunidad “cuando su titular está exento respecto a los efectos del acto X de otro sujeto, es decir, cuando éste es incompetente para alterar mediante este acto la situación jurídica del sujeto titular”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, ob. cit., p. 464. Desde este punto de vista, el sujeto protegido por el derecho fundamental a la presunción de inocencia es inmune frente a los actos dirigidos a menoscabar su derecho mientras ese derecho no se extinga por la prueba en contrario, de tal modo que su situación jurídica seguirá siendo la de inocente.

¹²¹ Este conflicto de intereses es también puesto de manifiesto por RICCIO, G. (con DE CARO, A. y MAROTTA, S.), *Principi costituzionali...*, ob. cit., p. 81.

¹²² Acerca de esta cuestión, vid. *supra*, apartado 2.3 de este capítulo. GAROFOLI, V., “Presunzione di innocenza e considerazione...”, ob. cit., p. 1171; en el mismo sentido, LUCCHINI, L., *Elementi di procedura...*, ob. cit., p. 7. Una posición algo distinta en este tema mantiene BETTIOL, para quien el nexo entre sistema político y proceso penal no puede entenderse en sentido mecanicista, sobre todo a la vista de lo acontecido en la República Italiana, en la que el advenimiento del régimen democrático no supuso la derogación de las normas procesales fascistas, sino que, por el contrario, éstas permanecieron vigentes hasta 1988. Con ello, BETTIOL pretende poner de manifiesto la importancia de la aplicación práctica de las normas: un código de inspiración autoritaria puede ser llevado a la práctica desde una perspectiva garantista, y un código liberal

principio que exprese mejor que la presunción de inocencia el nivel de garantismo presente en un sistema procesal penal¹²³. Mediante el reconocimiento de la presunción de inocencia se está otorgando al imputado un ámbito de inmunidad frente al Estado que impide que la actuación abusiva de éste afecte a sus intereses¹²⁴. Por su parte, LUCCHINI puso de manifiesto que cuanto más centralizador y absorbente es el régimen político de un Estado, más prevalecen los intereses represivos, mientras que en los regímenes donde prevalece la libertad y la dignidad, más importancia adquiere la tutela de la inocencia¹²⁵.

Pero la presunción de inocencia no es la única garantía del sujeto pasivo del proceso penal. Todas las garantías contenidas en el artículo 24 CE están orientadas a configurar un proceso penal de corte liberal, en el que se establece como una de sus finalidades esenciales la protección del imputado, de modo que todas ellas aparecen conectadas por tener un fin común. El resultado que de ello se deriva es un proceso penal en el que la actuación del Estado está sometida a fuertes

puede convertirse, en función de cómo sea interpretado por los operadores jurídicos, en un arma eficaz de defensa social frente a los derechos de los individuos. BETTIOL, G., *Istituzioni...*, ob. cit., p. 129. En términos similares se expresa ASECIO MELLADO, J. M^a, “Cien años...”, ob. cit., p. 279.

¹²³ PAULESU, P.P., “Presunzione...”, ob. cit., pp. 670-671.

¹²⁴ Ello pone de manifiesto que el proceso penal liberal, que tiende al establecimiento de garantías procesales frente a la actuación del Estado, se encuentra profundamente influido por la presunción de inocencia. VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 35. En el mismo sentido, véase, entre otros, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., “Artículo 24...”, ob. cit., p. 110; MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción...*, ob. cit., p. 38 y CORDÓN MORENO, F., *Las garantías...*, ob. cit., p. 155.

¹²⁵ LUCCHINI, L., *Elementi di procedura...*, ob. cit., p. 7. En términos similares se manifiesta BACIGALUPO ZAPATER: “La experiencia histórica revela que en una sociedad autoritaria las garantías del debido proceso son considerablemente más reducidas que en una sociedad basada en la libertad de los ciudadanos, pues una reducción de los derechos fundamentales reconocidos en relación al proceso importa una mayor desprotección del inocente”. BACIGALUPO ZAPATER, E. “La significación de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 9. Vid., así mismo, *supra*, apartado 2.3 del presente capítulo.

limitaciones provenientes del reconocimiento de un conjunto de garantías que asiste al imputado¹²⁶.

Por tanto, y a modo de resumen, la presunción de inocencia, como derecho que asiste al imputado a lo largo del proceso, tiende -junto con el resto de garantías procesales- a minimizar el impacto que la actuación estatal está llamada a producir en el ejercicio del *ius puniendi*¹²⁷. Pero hay que tener presente que, como contrapartida, también se regulan los mecanismos dirigidos a hacer posible la persecución del delito, por lo que ambas finalidades, en muchas ocasiones, entran en conflicto, lo que genera la necesidad de encontrar un equilibrio entre ellas¹²⁸. Este principio actúa conjuntamente con el resto de garantías procesales diseñadas por el artículo 24 de la Constitución y, todas ellas, como garantías autónomas aunque conectadas por el fin común perseguido, son las que permiten entender que nos encontramos ante un proceso penal de corte liberal. De este modo, se comparte la opinión mantenida por CHIAVARIO respecto del carácter autónomo de las garantías. Puede resultar excesivo, señala este autor, reconducir todas las condiciones de legitimidad del proceso a la presunción de inocencia¹²⁹; ello supondría que el resto de garantías procesales son meramente auxiliares de aquélla cuando, a poco que se observen, es fácil concluir la autonomía que las caracteriza,

¹²⁶ ASECIO MELLADO, J. M^a., “Cien años...”, ob. cit., p. 280. Esta opinión ha sido sostenida en ocasiones por el Tribunal Constitucional, puesto que no le otorga el papel de eje fundamental del proceso, sino de un principio informador más. Así se deduce de las SSTC 51/1995, de 23 de febrero (F. J. 2º) y 137/1988, de 7 de julio (F. J. 1º). En sentido contrario se manifiesta en la STC 111/1999, de 14 de junio, en la que señala que la presunción de inocencia “sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura” (FJ 2º). Vid. igualmente el ATC 228/2000, de 2 de octubre (FJ 2º).

¹²⁷ ASECIO MELLADO, J. M^a., “Cien años...”, ob. cit., p. 321.

¹²⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La significación de los derechos humanos...”, ob. cit., pp. 9 y 10. Así lo apunta ROXIN: “Ambos fines del Estado de Derecho –protección de la sociedad y salvaguarda de la libertad- son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana”. ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal* (Trad. de Gómez Rivero, C. y García Cantizano, M^a. C.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 32.

¹²⁹ CHIAVARIO, M., “Presunzione d’innocenza e diritto di difesa...”, ob. cit., pp. 614-615.

al menos en cuanto a su origen: un proceso regido por el derecho a la presunción de inocencia no exige necesariamente la concurrencia del resto de garantías procesales; obviamente, no sería un proceso ejemplar, pero tampoco inimaginable, puesto que no existe una conexión lógica entre ellas. Sin embargo, tal conexión sí tiene carácter necesario cuando se pone en relación con los fines perseguidos, en la medida en que sólo es posible alcanzar el objetivo de un proceso legítimo y garantista cuando concurren todas y cada una de las garantías procesales. Por tanto, estas garantías, en lo que respecta a su carácter de parámetros de legitimidad del proceso, están interconectadas en cuanto a los fines pero son autónomas en cuanto a su origen¹³⁰, de tal modo que no necesitan ser justificadas en un principio superior¹³¹.

3.2. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.

Analizando la presunción de inocencia, no ya como principio inspirador del proceso, sino como derecho subjetivo, hay que señalar que ésta impone la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente¹³². Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que

¹³⁰ Desde luego, todas ellas tienen su fundamento en el principio según el cual el fin que persiguen es valioso, pero no parece que acerca de esto haya discusión alguna.

¹³¹ No obstante, para VEGAS TORRES, que sigue en este punto a CARRARA, la presunción de inocencia es la garantía fundamental del proceso penal de corte liberal, de la que emanan el resto de garantías. Vid. VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 38-39.

¹³² UBERTIS, G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, p. 71. TRANCHINA lo expresa aún de manera más explícita, al señalar que el imputado “ha diritto d’esser trattato alla stregua di una qualsiasi altra persona, senza alcun pregiudizio di colpevolezza che possa socialmente o moralmente sminuirlo nei confronti degli altri cittadini”. TRANCHINA, G. (con SIRACUSANO, D., GALATI, A. y ZAPPALÀ, E), *Diritto Processuale...*, ob. cit., p. 180. En similar sentido, KIRÁLY, T., “Significato e valore della presunzione d’innocenza”, en *L’indice penale*, 1992, p. 8.

impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga una anticipación de la pena¹³³. Por ello, el art. 10.2 a) PIDCP exige que los presos preventivos estén separados de los penados y sometidos a un trato distinto acorde con su carácter de no condenados.

No hay acuerdo, sin embargo, acerca de la vigencia temporal de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado. Para VEGAS TORRES, por ejemplo, el sujeto pasivo del proceso penal debe ser considerado inocente mientras su culpabilidad no haya sido “declarada conforme a la Ley”, y entiende que así es hasta la sentencia condenatoria dictada en primera instancia¹³⁴. No obstante, la garantía estudiada se extiende también a los condenados en este primer grado de conocimiento hasta que la sentencia devenga firme¹³⁵, puesto que mientras sea factible ejercer alguna vía de impugnación, la resolución condenatoria goza de un carácter de provisionalidad que no destruye por completo la presunción de inocencia, aunque haya razones más que suficientes para adoptar medidas que aseguren la ejecución futura de la condena impuesta si ésta no es revocada. Esta solución encuentra un apoyo legal importante en los arts. 504.2, 984 y 985 LECrim. El primero de ellos, en su párrafo 2º (y tras la reforma al respecto llevada a cabo por la reciente LO 13/2003, de 24 de octubre), señala que “si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia cuando ésta hubiere sido

¹³³ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., pp. 29-30; GHIARA, A., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 72; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Ed. AKAL, Madrid, 1991, p. 106; MASCARELL NAVARRO, M^a. J., “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Justicia*, 1987, núm. 3, p. 618; VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 35.

¹³⁴ VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 41.

¹³⁵ Opinan de este modo también MASCARELL NAVARRO, M^a. J., “La carga de la prueba...”, ob. cit., p. 630, CUERDA RIEZU, A., “Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, Tomo III, p. 2698 y ASENSIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal...*, ob. cit., (1998), p. 195.

recurrida”¹³⁶. Es evidente, por tanto, que el régimen de prisión en el que puede encontrarse el penado por una sentencia definitiva es el de prisión provisional. Por su parte, los arts. 984 párrafo 2º y 985 LECrim, relativos a la ejecución de sentencias dictadas en juicios de faltas y causas por delitos, respectivamente, exigen que la resolución judicial de condena sea firme para que pueda ser ejecutada. Especialmente clarificador en este sentido es el art. 985 LECrim, que señala que “la ejecución de las sentencias en causa por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme”.

De este modo, las medidas restrictivas de los derechos del condenado por sentencia definitiva, especialmente por lo que respecta al régimen de prisión, siguen una reglamentación análoga a la prevista para los presos preventivos. Debe tenerse en cuenta también que si la condena definitiva es revocada en segunda instancia, el régimen jurídico del condenado pasa a ser nuevamente el de inculpado, lo que da cierta idea acerca de los problemas que puede generar su tratamiento como penado cuando la resolución condenatoria todavía no es firme. El régimen es muy similar en la legislación italiana, con la diferencia de que es la propia Constitución la que extiende la vigencia de la presunción de inocencia hasta la condena firme (art. 27 párrafo 2º)¹³⁷.

¹³⁶ Norma que, en términos semejantes, se encontraba hasta ese momento contemplada en el artículo 504 párrafo 5º: “una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando ésta hubiere sido recurrida”.

¹³⁷ Vid. UBERTIS, G., *Principi di procedura penale...*, ob. cit., p. 71; TRANCHINA, G. (con SIRACUSANO, D., GALATI, A. y ZAPPALÀ, E), *Diritto Processuale...*, ob. cit., p. 180. Acerca de la polémica sobre la vigencia temporal de la presunción de inocencia en Italia, vid. *supra*, apartado 2.3 de este capítulo. Dejando de lado ahora dicha polémica, el art. 27 párrafo 2º CI, por lo que respecta al tratamiento del imputado, encuentra cumplido desarrollo en el codice di procedura penale (cpp) de 1988, donde se constata que, tal y como señala el texto constitucional, este derecho despliega toda su eficacia hasta que la condena es firme. Así, por ejemplo, del art. 300 párrafo 4º se infiere que las medidas sufridas por quien todavía no ha sido condenado mediante sentencia firme tienen naturaleza cautelar. También se deduce así del art. 314.1 cpp, que en relación con la reparación proveniente de una detención injusta, califica de medida cautelar la prisión sufrida por quien finalmente ha sido absuelto por una sentencia irrevocable. Por último, el art. 650.1 cpp, relativo a la ejecución de resoluciones judiciales, otorga eficacia ejecutiva únicamente a las sentencias y demás resoluciones penales que hayan alcanzado firmeza.

Pero la cuestión central es la de establecer cuál es la conexión existente entre la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y el régimen de medidas cautelares del proceso penal, especialmente por lo que respecta al instituto de la prisión provisional, por tratarse de la medida que en mayor grado puede afectar al derecho a la presunción de inocencia¹³⁸.

Una de las paradojas de los sistemas procesales contemporáneos es la que se produce por la convivencia –no siempre pacífica- de garantías o instrumentos de tutela de la inocencia, por un lado y, por otro, de instituciones dirigidas –como sucede con la prisión provisional- al aseguramiento de una pena todavía no impuesta y, por tanto, incierta.

La postura que se adopte respecto de la justificación de la prisión provisional depende, en gran medida, de la posición que, a su vez, se adopte en torno al conflicto de intereses entre la libertad del imputado y el derecho de la sociedad a la seguridad¹³⁹. Las voces en torno a esta cuestión van desde quienes sostienen que la prisión preventiva está absolutamente justificada hasta quienes entienden que en un proceso de corte garantista como el nuestro debe ser eliminada, pasando por quienes sólo la justifican cuando se presentan determinados presupuestos, postura ésta que, hoy día, cuenta con el respaldo mayoritario, como no podía ser de otro modo.

Así, por ejemplo, en la doctrina italiana algunos autores han sugerido la perfecta compatibilidad de la prisión provisional con la presunción de inocencia. Y lo han hecho a partir de una interpretación literal del artículo 27 párrafo 2º de su texto constitucional: señalan estos autores que, en la medida en que el legislador constituyente no sancionó exactamente la presunción de inocencia sino la así

¹³⁸ El concepto de medida cautelar y, en particular, de la prisión provisional, puede verse, entre otros, en GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Lecciones...*, ob. cit., (2001), pp. 263 y 288 y ss.

¹³⁹ Este conflicto de intereses es puesto de manifiesto por ASECIO MELLADO, J. Mª., *La prisión provisional*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 26; en el mismo sentido, BARONA VILAR, S., “Medidas alternativas a la prisión provisional”, en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995, p. 146.

llamada *presunción de no culpabilidad*, no existe motivo alguno para entender que la prisión provisional sea ilegítima. Para este sector doctrinal, pues, en la medida en que el imputado no es *presunto inocente* sino *presunto no culpable*, es susceptible de ser sujeto pasivo de medidas como la prisión provisional¹⁴⁰. Sin embargo, hay que señalar que se trata de una interpretación absolutamente minoritaria en el panorama doctrinal italiano, puesto que, como ya se indicó, es común la idea de que el art. 27 CI sanciona la presunción de inocencia en su sentido más amplio, sin que pueda entenderse que existe un *status* intermedio entre la inocencia y la culpabilidad.

Ciertamente, la doctrina mayoritaria parte de la base de entender que la presunción de inocencia ejerce un influjo decisivo en el régimen de las medidas restrictivas de derecho del inculgado, ya que impone el establecimiento de límites precisos cuyo quebrantamiento impide su aplicación. Pero, como señala ILLUMINATI –defensor de esta conexión entre presunción de inocencia y medidas cautelares- resulta impensable, siendo realistas, la desaparición de la prisión provisional, ya que ésta, en muchas ocasiones, es necesaria para garantizar la eficacia del proceso penal¹⁴¹.

Para los autores que se sitúan en esta línea, la incompatibilidad entre la presunción de inocencia y las medidas cautelares en el proceso penal se mitiga con el establecimiento de los presupuestos para la autorización de la medida. Sería aquí entonces donde finaliza la función de regla de tratamiento del imputado que cumple la presunción de inocencia. Para ASECIO MELLADO, la presunción de

¹⁴⁰ Así, por ejemplo, RICCIO, G. (con DE CARO, A. y MAROTTA, S.), *Principi costituzionali...*, ob. cit., p. 81 y PISANI, M., *Libertà personale e processo*, Ed. CEDAM, Padova, 1974, p. 8. En palabras especialmente clarificadoras de este último autor, “tra il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza e la ratio della custodia preventiva astrattamente considerata non esistono elementi di disarmonia: entrambi s’incadrono in un disegno programmatico ispirato a coerenza”.

¹⁴¹ ILLUMINATI, G., *La presunzione d’innocenza...*, ob. cit., p. 33. En el mismo sentido, NOBILI, M., “Spunti per un dibattito sull’articolo 27 comma 2° della Costituzione”, en *Il tommaso natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, Istituto di Diritto Processuale Penale dell’Università di Palermo, Palermo, 1978, Vol. II, p. 840. Para este autor, el proceso penal acoge institutos incompatibles, como es el caso de la prisión preventiva (“torturamos para saber si debemos torturar”) con la presunción de inocencia, pero necesarios en aras de la eficacia del proceso penal.

inocencia exige la concurrencia en cada caso concreto de los presupuestos comunes a todas las medidas cautelares: el *periculum in mora* (peligro de fuga) y el *fumus boni iuris* (indicios racionales de criminalidad¹⁴²), imponiendo, al mismo tiempo, la eliminación de los presupuestos legales que no tienen una clara naturaleza cautelar¹⁴³. De este modo, los fines represivos o preventivos –ya sean con carácter general o especial- que parecen estar llamados a cumplir algunos de los presupuestos previstos legalmente (como sucede, por ejemplo, con la evitación de la reiteración delictiva) desnaturalizan las medidas cautelares, en tanto presuponen la culpabilidad del imputado con anterioridad a la sentencia de condena¹⁴⁴.

¹⁴² Respecto a este presupuesto, LLOBET RODRÍGUEZ apunta, en el mismo sentido que la mayor parte de la doctrina alemana y el Tribunal Federal Constitucional alemán, que la exigencia de los indicios graves de criminalidad no procede de la necesaria compatibilidad de la medida con la presunción de inocencia, sino del principio de proporcionalidad. LLOBET RODRÍGUEZ, J., “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, núm. 2, p. 567.

¹⁴³ ASECIO MELLADO, J. M^a., *La prisión...*, ob. cit., pp. 30-31. Aun estableciendo las condiciones señaladas, este autor admite que la prisión provisional es incompatible con la presunción de inocencia, si bien considera que “deviene necesaria en la medida que resulta ineludible para garantizar el proceso penal”. ASECIO MELLADO, J. M^a., *La prisión...*, ob. cit., p. 136. En la misma línea que este autor se sitúa JORGE BARREIRO, para quien la prisión provisional, aún siendo ilegítima por contrariar el derecho a la presunción de inocencia, se justifica en aquellos casos en los que tiene una finalidad claramente cautelar, esto es, cuando se ordena para evitar la fuga y la ocultación de pruebas. JORGE BARREIRO, A., “Prisión provisional: una reforma, para qué”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994, p. 8. En el mismo sentido, PICATOSTE BOBILLO, J. C., “La prisión provisional...”, ob. cit., p. 25; PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías...*, ob. cit., p. 74. Los presupuestos básicos son, como señala RODRÍGUEZ RAMOS, la existencia de unos hechos delictivos y “motivos bastantes” para poder atribuirlos a la persona sobre la que recae la medida de prisión. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?”, en *La Ley*, 1984-2, p. 1056. Para MASCARELL NAVARRO, las medidas cautelares son perfectamente compatibles con la presunción de inocencia siempre y cuando las finalidades perseguidas no tengan carácter represivo, sino que estén destinadas a garantizar el normal desarrollo del proceso y su posible resultado. MASCARELL NAVARRO, M^a. J., “La carga de la prueba...”, ob. cit., p. 620.

¹⁴⁴ BELLOCH JULBE, J. A., “Algunas precisiones...”, ob. cit., p. 85; PICATOSTE BOBILLO, J. C., “La prisión provisional...”, ob. cit., p. 54. Sin embargo, el fin de la evitación de la reiteración delictiva ha sido legitimado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º) y, finalmente, regulado nuevamente por el legislador procesal en la reforma de la LECrim operada por la LO 13/2003, de 24 de octubre en materia de prisión provisional (art. 503.2 LECrim). Piénsese, sin embargo, en lo injustificado y en la incoherencia respecto del derecho a la presunción de inocencia de este motivo: se trata de evitar que quien se encuentra imputado y, por tanto, no ha sido declarado culpable por sentencia firme vuelva a delinquir, cuando todavía no se ha establecido si efectivamente ha delinquido o no. Por su parte, ASECIO MELLADO ha puesto en duda la naturaleza cautelar de la medida cuando se adopta para evitar la reiteración delictiva, calificándola como “una medida preventiva y de seguridad que, como tal, entraña una grave

Más crítico con la prisión provisional se muestra ANDRÉS IBÁÑEZ, para quien, en sí misma, es un problema -el principal problema- del proceso penal inspirado en la presunción de inocencia¹⁴⁵. Para este autor, el instituto de la prisión preventiva cumple, en todo caso, una finalidad de anticipación de la pena. Sin embargo, puesto que reconoce la imposibilidad de prescindir de ella, aconseja a los jueces tener presente la contradicción existente entre presunción de inocencia y prisión preventiva “no para salir de la contradictoria situación (lo que no es posible), sino para vivir en ella con cierto *productivo* realismo”, de tal modo que se limite al máximo la aplicación de este instituto¹⁴⁶. Esta “mala conciencia” con la que los jueces deberían actuar en materia de prisión provisional se convertiría así en una garantía más del imputado frente a la actuación de los órganos jurisdiccionales. Y ello porque el autor es consciente de la imposibilidad de prescindir absolutamente de la medida, pero no por constituir una necesidad lógica del sistema, sino por tratarse de un proceso penal ciertamente desconectado del modelo *ideal-constitucional*¹⁴⁷. Esta opinión es sostenida también por LANDROVE DÍAZ quien, a propósito de la reciente reforma de la prisión provisional realizada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, ha señalado que “la prisión provisional debe ser utilizada con exquisita cautela y restringirse su aplicación a los supuestos en que resulte imprescindible para asegurar el sometimiento del acusado al proceso y a la pena que pudiera corresponderle. Sólo

presunción de culpabilidad y una presunción que, habida cuenta su extensión, resulta injustificada y desproporcionada”. ASECIO MELLADO, J. M^a., “Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 2, octubre 2003, disponible en el Portal Jurídico Iustel (www.iustel.com). Igualmente crítico con el cariz adoptado por las recientes reformas procesales se muestra FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “La reforma por entregas (“Nuevos” rumbos de la política criminal)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, p. 11.

¹⁴⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 17. Para MELERO CANDIL, el principal problema que plantea la prisión preventiva es el de tener una regulación constitucional poco perfilada que permite afirmar que se trata de una institución de “configuración legal”. MELERO CANDIL, J. M^a., “Delimitación legal de la prisión provisional”, en *La Ley*, núm. 4710, 12 de enero de 1999, p. 1.

¹⁴⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 44.

¹⁴⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia...”, ob. cit., pp. 45 y 46.



así puede intentarse una justificación –que tiene mucho de resignación- de ese *trabajo sucio o injusticia necesaria* que supone, siempre, una institución sustancialmente idéntica a la pena privativa de libertad”¹⁴⁸.

Siguiendo con el recorrido por las principales teorías acerca de la compatibilidad entre presunción de inocencia y prisión preventiva, hay que señalar que uno de los juristas que mantienen una posición más reacia a aceptar la necesidad de esta segunda figura es FERRAJOLI. Este autor entiende que se trata de una institución absolutamente incompatible con un modelo de proceso penal garantista respetuoso con los derechos del imputado, especialmente con la presunción de inocencia -axioma básico de este modelo-, lo que se pone de manifiesto si se tiene en cuenta que la evolución histórica de la prisión provisional está inversamente unida a la evolución del reconocimiento de la presunción de inocencia¹⁴⁹. Para FERRAJOLI, es indiscutible que las finalidades de prevención y defensa social que en muchas ocasiones se aparejan a la prisión preventiva son ilegítimas, puesto que parten de considerar la culpabilidad del imputado¹⁵⁰. Hay otras dos finalidades que, en cierto modo, podrían ser discutibles: evitar el peligro de alteración de las pruebas y el riesgo de fuga del imputado. La primera de ellas, a juicio de este autor, también es ilegítima en la medida en que desde una concepción acusatoria del proceso, se perjudica la obtención de la verdad a través del contradictorio, ya que se dificulta la preparación de las pruebas por parte de la

¹⁴⁸ LANDROVE DÍAZ, G., “La reforma de la prisión provisional”, en *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004, p. 2, donde el autor se refiere a la prisión provisional gráficamente como “injusticia legalizada”.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 551 a 553.

¹⁵⁰ El caso más claro en este sentido es el de la evitación de la reiteración delictiva como fundamento de su adopción. Aquí se produce, como señala ASECIO MELLADO, una evidente infracción del derecho a la presunción de inocencia. Lo mismo sucede, como señala este autor, con la finalidad que en ocasiones se asocia a la prisión provisional y que consiste en la satisfacción de las demandas sociales de seguridad, lo que se conoce como “paliar la alarma social” generada por la comisión del delito. ASECIO MELLADO, J. M., “Los presupuestos de la prisión provisional”, en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995, pp. 112 y 117. En el mismo sentido respecto de la alarma social como motivo para adoptar esta medida, vid. GIMENO SENDRA, V., “Los derechos de acción penal, al juez legal...”, ob. cit., pp. 188-189. Vid., así mismo, LANDROVE DÍAZ, G., “La reforma...”, ob. cit., p. 4.

defensa¹⁵¹. Sólo sería posible asumir esta finalidad como legítima si se parte de una concepción inquisitiva en la que el cognoscitivismo deja paso al decisionismo y en la que el principio de contradicción no juega papel alguno¹⁵². La segunda, constituida por el peligro de fuga del imputado, resulta para FERRAJOLI todavía más ilegítima, pues, en su opinión, dicho peligro viene motivado en gran medida por el temor a sufrir la medida de prisión¹⁵³.

Para evitar lo que, como se ha visto, se considera una dependencia de nuestro sistema penal respecto de la prisión preventiva, este autor presenta una serie de posibles reformas del proceso penal, tendentes todas ellas a favorecer la aceleración del proceso y garantizar de maneras alternativas que el inculcado se presente a disposición judicial cuando sea necesario, de tal modo que -al menos hasta la sentencia dictada en primera instancia- pueda permanecer en libertad, fundamentalmente por una cuestión de dignidad, aunque también por motivos procesales: sólo así se favorece la igualdad con la acusación y se permite una eficaz preparación de la defensa¹⁵⁴.

Ciertamente, la postura de FERRAJOLI resulta sugerente, si bien, como él mismo reconoce, es también utópica y, por tanto, de imposible aplicación en el proceso penal¹⁵⁵.

¹⁵¹ En idéntico sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Presunción de inocencia...", ob. cit., p. 28; PICATOSTE BOBILLO, J. C., "La prisión provisional...", ob. cit., pp. 49-50; ASECIO MELLADO, J. M^a., "Los presupuestos...", ob. cit., p. 106. Para este último autor, esta finalidad de la prisión provisional es completamente legítima siempre que no se pretenda con ello obtener una colaboración activa del imputado, sino sólo evitar la manipulación de elementos probatorios y, por supuesto, que la medida se adopte con carácter excepcional, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

¹⁵² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 557-558.

¹⁵³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 558. Respecto a la ilegitimidad de la prisión provisional sigue a FERRAJOLI en los mismos términos LARRAURI, E., "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Fasc. I (enero-abril), pp. 57-58.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 559.

¹⁵⁵ Desde luego, otros procesalistas que, como se ha visto, tratan de compatibilizar la presunción de inocencia con la prisión provisional, desde un punto de vista estrictamente teórico -como en el que

En definitiva, la presunción de inocencia, en su manifestación de regla de tratamiento del imputado impone, al menos, dos tipos de exigencias: en primer lugar, que las medidas cautelares se adopten únicamente cuando se presenten los presupuestos señalados legalmente y, en segundo lugar, que la finalidad aneja a estas medidas tenga exclusivamente naturaleza cautelar¹⁵⁶, nunca represiva, preventiva o de impulso de la fase de instrucción¹⁵⁷.

A ello ha debido atender el legislador en la reforma de esta institución operada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, pero una lectura detenida de la misma da lugar a poner en duda el estricto cumplimiento de tales exigencias. A pesar del loable esfuerzo mostrado al afrontar la difícil modificación de la controvertida regulación de esta medida, lo cierto es que cabe poner en entredicho su adecuación a los principios básicos que han de regir la privación cautelar de libertad. Muestra de ello es, fundamentalmente, la evitación del riesgo de reiteración delictiva como finalidad que legitima su adopción. Aunque se trata de un fin que no responde estrictamente al aseguramiento de la buena marcha del procedimiento o de la sentencia condenatoria que pueda dictarse, no puede pasarse por alto que se trata con él de evitar la puesta en peligro de la seguridad ciudadana y, en particular, como se deduce del articulado de la ley, de las víctimas de la violencia doméstica, lo que lo convierte en un fin digno de tutela pero que hace perder a la medida el carácter cautelar del que ha de gozar¹⁵⁸. Precisamente, por

se sitúa FERRAJOLI- compartirían su razonamiento. Así, por ejemplo, ASECIO MELLADO entiende que sería deseable mantener la situación de libertad del inculgado hasta la finalización del proceso, pero es consciente de su inviabilidad. ASECIO MELLADO, J. M^a., *La prisión...*, ob. cit., p. 30.

¹⁵⁶ Así lo señala claramente el artículo 5 de la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: “El régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos”.

¹⁵⁷ Vid., por todas, la STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3^o). En la doctrina, respecto de los fines ilegítimos de la prisión provisional, vid. LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., “Fines legítimos de la prisión provisional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, Tomo IV, pp. 334 y ss; LANDROVE DÍAZ, G., “La reforma...”, ob. cit., pp. 2 y 3.

¹⁵⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos”, en *La Ley*, 2004, Tomo 1, p. 1605.

tratarse de una medida preventiva o de seguridad, su adopción ha de ajustarse a estrictos requisitos que, sin embargo, no han sido claramente perfilados por el legislador¹⁵⁹, que se ha limitado a autorizarla cuando concurra un riesgo de reiteración delictiva genérico, sin necesidad de que se encuentre en conexión con el delito por el que se imputa¹⁶⁰.

Pero no es éste el único aspecto controvertido de la reforma de la prisión provisional. Al margen de la finalidad de evitar la reiteración delictiva, son dos las razones que, en atención a su naturaleza claramente cautelar, justifican la adopción de la medida: la evitación del riesgo de fuga del imputado y del peligro de ocultación, alteración o destrucción de elementos de prueba. Ambos han sido extensamente regulados por el legislador, pero sobre la base de cláusulas tan abiertas que difícilmente puede considerarse que dicha regulación responde a la necesaria proporcionalidad y excepcionalidad que ha de presidir la adopción de la prisión preventiva. Así sucede, por ejemplo, cuando se autoriza la medida ante la constancia de antecedentes penales del imputado (en cuyo caso no es de aplicación el límite penológico mínimo establecido en dos años de privación de libertad para el delito que se imputa) y ante su incomparecencia a, al menos, dos llamamientos judiciales en los dos años anteriores. Circunstancias ambas que bien hubieran requerido una regulación más exhaustiva en la que se contemplase, al menos, la necesaria conexión entre los delitos por los que el imputado fue castigado anteriormente u originaron su incomparecencia judicial y el que se imputa en el procedimiento en el que ha de adoptarse la prisión provisional, así como el carácter potestativo de la medida que, tal y como aparece contemplada, parece de adopción automática¹⁶¹. No hay que olvidar que se trata en estos supuestos de conjurar un

¹⁵⁹ Acerca de los requisitos que habrían de concurrir, vid., por todos, ASENCIO MELLADO, J. M^a., “Notas sobre el proyecto de ley de reforma...”, ob. cit.

¹⁶⁰ Los requisitos articulados por el Tribunal Constitucional y el TEDH para considerar legítima la medida de prisión cuando se adopta por este motivo han sido puestos de manifiesto, entre otros, por DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Prisión provisional e intereses...”, ob. cit., p. 1605.

¹⁶¹ ASENCIO MELLADO, J. M^a., “Notas sobre el proyecto de ley de reforma...”, ob. cit. y DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Prisión provisional e intereses...”, ob. cit., p. 1604.

peligro concreto de fuga, que sólo puede entenderse existente cuando se examinan todas las circunstancias concurrentes y, en particular, los motivos que llevaron al imputado a no comparecer o, en su caso, la naturaleza de los delitos cometidos previamente y la situación actual en la que se encuentra, puesto que dicho peligro de fuga puede haber desaparecido a pesar de la presencia de tales hechos.

Por lo que respecta al riesgo de destrucción, ocultación o manipulación de elementos probatorios que puedan resultar de cargo, lo cierto es que, aunque el acuerdo de la prisión se somete a estrictos límites¹⁶² y se trata de una finalidad cautelar perfectamente legítima que tiende a asegurar la buena marcha del procedimiento, no viene acompañada de ulteriores previsiones normativas tendentes a atenuar sus efectos, tales como las propuestas por ASENCIO MELLADO, consistentes en la justificación de práctica anticipada de la prueba puesta en peligro o en su aseguramiento cuando ello sea posible, de modo que la situación de privación de libertad no se prolongue más allá del tiempo estrictamente necesario para conjurar dicho peligro, que lógicamente desaparece cuando el imputado pierde la capacidad de influir sobre la prueba¹⁶³.

¹⁶² Concretamente, es necesario que las fuentes de prueba sobre las que exista dicho riesgo sean relevantes, que el peligro sea concreto y fundado y que, lógicamente, no se ponga en peligro el derecho de defensa del imputado (art. 503.1.3ºb) . Ello ha llevado a sostener a ASENCIO MELLADO que no justificaría la adopción de la prisión provisional el aseguramiento de pruebas dirigidas a acreditar la existencia de responsabilidad civil (puesto que no cabe la adopción de una medida de este tipo en el orden civil), así como tampoco la ausencia de colaboración del imputado en la fase de investigación, puesto que con esta finalidad se trata de evitar exclusivamente su actuación obstruccionista. ASENCIO MELLADO, J. Mª., “Notas sobre el proyecto de ley de reforma...”, ob. cit. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional al examinar las relaciones que se establecen entre la prisión provisional y la presunción de inocencia en la STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º), punto de referencia inexcusable en esta materia: “la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existen indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse, nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribire la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas, declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales”.

¹⁶³ ASENCIO MELLADO, J. Mª., “Notas sobre el proyecto de ley de reforma...”, ob. cit.

Todo ello, unido a la ausencia de previsión de medidas de carácter alternativo a la prisión provisional, como bien podía haber sucedido con la generalización de la prisión atenuada –circunscrita actualmente a razones estrictamente humanitarias¹⁶⁴- o de las medidas previstas en los artículos 57, 83, 96 y 105.1 del CP¹⁶⁵, lleva a considerar que la reforma no garantiza plenamente lo que han de constituir principios rectores de la privación cautelar de libertad, en concreto la excepcionalidad y subsidiariedad de la medida, esto es, su adopción exclusiva para la consecución de un fin legítimo cuando no existan otras medidas menos gravosas para la tutela eficaz de dicho fin.

En cualquier caso, es importante destacar que el control del cumplimiento efectivo de las exigencias previstas en la ley para el acuerdo de la medida y, en definitiva, de la adecuación de la privación de libertad a los artículos 17 y 24.2 CE, se produce a través de la motivación del auto de prisión (art. 506.1 LECrim). Esta motivación debe justificar la existencia de los presupuestos anteriores, lo que requiere un gran esfuerzo argumentativo por parte de los jueces, puesto que es necesario concretar en cada caso conceptos jurídicos indeterminados tales como *motivos bastantes, la naturaleza del hecho o la gravedad de los delitos que se puedan cometer*. Sin embargo, como advierte ANDRÉS IBÁÑEZ, una de las tareas realmente complicadas a las que se enfrentan los jueces es “conseguir que en el discurso motivador resulten [las razones por las que se adopta la medida] convincente o verosímelmente compatibles con el principio de presunción de inocencia”¹⁶⁶. Téngase presente que cuando se hace referencia a la importancia de la motivación de los autos de prisión en relación con la presunción de inocencia se hace desde un punto de vista distinto al que se adopta cuando se exige la motivación de la sentencia penal. Desde la primera perspectiva, la presunción de inocencia está en juego en su vertiente de regla de tratamiento del imputado, esto es, la motivación del auto de prisión debe ser compatible, como se ha señalado, con

¹⁶⁴ ASENCIO MELLADO, J. M^a., “Notas sobre el proyecto de ley de reforma...”, ob. cit.

¹⁶⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Prisión provisional e intereses...”, ob. cit., p. 1603.

¹⁶⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 41.

el derecho del imputado a ser tratado como inocente. En este sentido, del auto de prisión no puede –o, al menos, no debería- derivarse la culpabilidad del imputado. Sin embargo, desde la segunda perspectiva, cuando se habla de presunción de inocencia se hace desde la óptica de su función de regla probatoria, en la medida en que ésta sólo puede ser enervada por verdaderas pruebas llevadas a cabo en el acto del juicio oral, y en la motivación deben constar claramente las causas por las que se entiende desvirtuada la presunción de inocencia. Así, aunque el Tribunal Constitucional haya considerado en alguna ocasión que el auto de prisión provisional no puede vulnerar la presunción de inocencia¹⁶⁷, ello hay que entenderlo en el sentido apuntado: si bien no puede vulnerarla en su vertiente de regla probatoria (puesto que la decisión judicial en este momento procesal no se funda en verdaderos actos de prueba, sino en un mero juicio de probabilidades de culpabilidad¹⁶⁸), sí puede ponerla en entredicho cuando el auto de prisión equipare la situación del imputado a la del culpable.

Por lo que respecta a la motivación del auto de prisión, si bien el Tribunal Constitucional reconduce esta obligación al derecho a la libertad *ex art. 17 CE* (FJ 4º), es comprensible que se trata de la única vía a través de la cual es posible constatar la presencia de todas y cada una de las exigencias derivadas de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado. Algo problemática en este sentido puede resultar la motivación del auto de prisión cuando se haya declarado el secreto del sumario, pues no parece que la dicción literal del precepto dedicado a su regulación garantice un efectivo control de la presencia de todos los requisitos necesarios para su adopción (el artículo 506.2 alude únicamente a “una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles

¹⁶⁷ Por ejemplo, en el ATC 191/2000, de julio, el Tribunal Constitucional señala, en relación con la motivación del auto de prisión, que “no existiendo declaración de culpabilidad, el derecho a la presunción de inocencia carece de ámbito de aplicación” (FJ 5º). En conexión con esta idea, señala PICÓ I JUNOY que las medidas cautelares no suponen una merma de la presunción de inocencia, puesto que mientras asuman fines estrictamente cautelares –desechando fines de anticipación de la pena- su ámbito de actuación es distinto al del citado derecho, que funciona principalmente en el terreno probatorio. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales...*, ob. cit., p. 164.

¹⁶⁸ ASECIO MELLADO, J. Mª., *La prisión...*, ob. cit., p. 207.

de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión”). Ciertamente, y aunque se prevé la obligación de notificar el auto completo al imputado una vez levantado el secreto del sumario, lo cierto es que tal previsión no asegura en modo alguno que la decisión se haya adoptado respetando los presupuestos necesarios para ello, por lo que se limita enormemente la posibilidad de recurrir el auto mientras el sumario sea secreto, sin que se entienda en qué punto puede perjudicar a la investigación el conocimiento por el imputado de las concretas razones que llevaron al órgano jurisdiccional a adoptar esta medida cautelar.

Lo que en cualquier caso queda claro es la existencia de un inevitable conflicto de intereses entre la adopción de la medida de prisión provisional y la presunción de inocencia. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, y teniendo en cuenta la necesaria tutela de todos los intereses en juego y no sólo de los derechos del imputado, se justifica la adopción de la medida con la única finalidad de garantizar la efectiva celebración del proceso cuando se aprecie un grave riesgo de fuga o de garantizar su eficacia cuando exista un riesgo concreto de ocultación o alteración de pruebas, pues se minimizan así sus efectos sobre la persona del imputado¹⁶⁹. Más controvertida es la finalidad de evitar la reiteración delictiva si se observa desde la perspectiva de la presunción de inocencia que asiste al imputado. Si bien no responde estrictamente a este carácter cautelar, se justifica en la necesidad de garantizar la seguridad pero, precisamente por carecer de dicha naturaleza, debe someterse a mayores límites, si cabe, para que la privación de libertad pueda entenderse justificada¹⁷⁰.

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “La prisión provisional”, en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial (Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia)*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, p. 343.

¹⁷⁰ Así lo entiende ASENIO MELLADO, que considera que, junto con los requisitos que ha de reunir la adopción de la medida cuando conserva su carácter cautelar, es necesario que, en estos casos, se respeten los siguientes: a) existencia de un riesgo concreto y justificado de reiteración; b) existencia de una relación entre el hecho cometido y el que se pretende evitar, bien sea por la naturaleza común de ambos, por la capacidad del imputado de aumentar mayor daño con su acción o bien, al menos, por la gravedad de los actos delictivos que ha cometido y/o que se presume que puede llegar a cometer; c) por último, aunque conectado con el anterior, es necesario que la



3.3. La presunción de inocencia como regla probatoria.

La siguiente manifestación de la presunción de inocencia en el proceso penal se presenta en el ámbito de la actividad probatoria¹⁷¹ y puede decirse, siguiendo en este punto a DÍAZ CABIALE, que ha constituido la piedra angular de los nuevos enfoques que se suceden en esta materia¹⁷². Dejando ahora de lado el papel que desempeña en relación con la carga de la prueba -que será objeto de análisis en los siguientes capítulos- hay que señalar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional -que se ha encargado de desarrollar ampliamente esta faceta de la presunción de inocencia, sobre todo a partir de la conocida Sentencia 31/1981, de 28 de julio- ésta impone la existencia de determinadas reglas que indican cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba para que puedan fundamentar una sentencia de condena. Por ello, conviene recalcar que no es suficiente cualquier prueba para destruir el *status* de inocente, sino que ésta debe practicarse de acuerdo con ciertas garantías y de una determinada forma para cumplir dicho propósito. En concreto, señala el Tribunal Constitucional que para desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que exista una mínima actividad probatoria, que pueda entenderse de cargo, suministrada por la acusación, practicada en el juicio oral y que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales¹⁷³.

actuación delictiva que se pretenda evitar sea de tal gravedad que justifique la medida. ASECIO MELLADO, J. M^a., “Notas sobre el proyecto de ley de reforma...”, ob. cit.

¹⁷¹ Como señala ARMENTA DEU, la presunción de inocencia constituye, como regla probatoria, una condición de legitimidad del juicio de culpabilidad. ARMENTA DEU, T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en *Revista del Poder Judicial*, 3^a época, núm. 58, 2000 (II), p. 275.

¹⁷² DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba...*, ob. cit., p. 6.

¹⁷³ Las resoluciones del Tribunal Constitucional son muy numerosas. Entre las más recientes, pueden verse las SSTC 171/2000, de 26 de junio (FJ 2º), 278/2000, de 27 de noviembre (FJ 9º), 124/2001, de 4 de junio (FJ 9º), 209/2001, de 22 de octubre (FJ 4º), 222/2001, de 5 de noviembre

Por supuesto, el control acerca de la presencia en cada caso concreto de todas y cada una de estas exigencias corresponde, en último término, al Tribunal Constitucional, en cuanto derivan directamente de un derecho constitucional del más alto rango. Dejando momentáneamente de lado el alcance de dicho control, y aunque no sea la cuestión central del presente trabajo, es conveniente hacer una referencia, siquiera a modo de aproximación, a las imposiciones derivadas de la presunción de inocencia como regla probatoria.

3.3.1. Existencia de una mínima actividad probatoria.

Con esta expresión, o con otras similares utilizadas por el Tribunal Constitucional, tales como *actividad probatoria* o, simplemente, *prueba*¹⁷⁴, este tribunal viene exigiendo la necesaria presencia de actos de prueba para destruir la presunción de inocencia¹⁷⁵. En este sentido, cuando el Tribunal Constitucional se

(FJ 3º) y 17/2002, de 28 de enero (FJ 2º). También los trabajos acerca de esta cuestión son muy numerosos. Vid., entre otros muchos, ASENSIO MELLADO, J. Mª., “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2”, en *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 4, diciembre 1986, p. 34; del mismo autor, *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., (1998), pp. 265 y ss; MIGUÉLEZ DEL RÍO, C., “Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V, p. 367; MONTERO AROCA, J. (con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J. L. y MONTÓN REDONDO, A.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Ed. BOSCH, Barcelona, 1996, pp. 35-36. Del mismo autor, *Principios del proceso...*, ob. cit., p. 154; PELLUZ ROBLES, L. C., “La presunción de inocencia y la prueba en el proceso penal”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V, p. 391; RIVES SEVA, A. P., *La prueba...*, ob. cit., pp. 35 y ss; RUIZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral y otros problemas en el proceso penal”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1542, 15 de octubre de 1989, pp. 138 y ss; del mismo autor, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Ed. COLEX, Madrid, 1997, p. 130.

¹⁷⁴ Acerca de las distintas denominaciones que se han utilizado por el Tribunal Constitucional para hacer referencia a este requisito, puede verse MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., pp. 130-131.

¹⁷⁵ A propósito de este requisito, se ha venido manifestando por nuestros tribunales y por parte de la doctrina que la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*. Sin embargo, gran parte

refiere a la *mínima actividad probatoria* lo hace, fundamentalmente, atendiendo a dos cuestiones: En primer lugar, que existan actuaciones procesales destinadas a obtener el convencimiento judicial acerca de la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos. En segundo lugar, se atiende también a que dicho convencimiento sólo puede obtenerse en presencia de verdaderos actos de prueba, nunca sobre la base de meras sospechas. De este modo, por un lado, los actos de investigación o incluso las fuentes de prueba que no hayan sido debidamente incorporadas al proceso¹⁷⁶ y, por otro lado, el conocimiento que el juez haya adquirido acerca de los hechos que está enjuiciando, sin que pase por el tamiz de los actos de prueba válidamente introducidos en el proceso, no pueden servir para fundamentar válidamente una resolución judicial de condena¹⁷⁷. No obstante, como afirma MIRANDA ESTRAMPES, tanto el Tribunal Constitucional cuanto el Tribunal Supremo han incorporado un requisito adicional, cual es el de que dicha

de los juristas que se han dedicado a estudiar este derecho han puesto de manifiesto que no estamos ante una verdadera presunción, sino ante lo que se ha denominado *presunción interina o verdad provisional*, ya que no reúne los elementos característicos de las presunciones en sentido estricto, concretamente el indicio y –en consecuencia– tampoco el nexo con el hecho presumido. Acerca de esta cuestión, vid., por todos, ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., pp. 39-40 y VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 273 y ss.

¹⁷⁶ Acerca de la imposibilidad de que actuaciones distintas a la prueba puedan fundamentar el convencimiento judicial, vid. RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal*, Ed. BOSCH, Barcelona, 1999, p. 155. Ello no impide que el atestado policial o los actos de investigación llevados a cabo en el sumario, siempre que se practiquen respetando las garantías procesales y se introduzcan debidamente en el juicio oral –generalmente mediante la ratificación– puedan tener valor probatorio. Vid., por todos, DE VEGA RUIZ, J. A., “La presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 101; DEL MOLINO, M^a. S., “La presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 597; JAÉN VALLEJO, M., *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Ed. AKAL, Torrejón de Ardoz, 1987, p. 34; GONZÁLEZ CASSO, J., “Enervación o destrucción de la presunción de inocencia mediante declaración de la víctima”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V, p. 399; LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 32.

¹⁷⁷ Sobre los problemas que conlleva la utilización del conocimiento de los hechos por el juez al margen del proceso, puede verse VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 50 y ss. Precisamente, dichos problemas, señala el autor, provienen de la imposibilidad de control efectivo sobre los modos en que se adquiere dicho conocimiento, control que únicamente es factible cuando su introducción en el proceso se realiza a través de la actividad probatoria legalmente prevista.

actividad probatoria sea *suficiente*¹⁷⁸, lo que adquiere una relevancia fundamental desde dos puntos de vista: en primer lugar, respecto del control en vía de recuero de las posibles infracciones de la presunción de inocencia y, en segundo lugar, como elemento imprescindible para distinguir la función de regla probatoria de la presunción de inocencia de su función como regla de juicio penal o expediente de decisión, tal y como se verá posteriormente. Esta exigencia, pues, que tradicionalmente era constatable a partir de un mero control objetivo acerca de la presencia de actividad probatoria, ha pasado a convertirse en un requisito mucho más exigente, en la medida en que ya no resulta bastante que existan actos probatorios, sino que es necesario que dichos actos sean suficientes para obtener el convencimiento judicial.

3.3.2. Existencia de prueba de cargo.

Un requisito añadido al de la actividad probatoria suficiente es el de que ésta sea de cargo. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la prueba de cargo es aquella “encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (...), por una parte, y, por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad”¹⁷⁹. De

¹⁷⁸ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad...*, ob. cit., pp. 569 y ss. Entre las resoluciones más recientes, vid. las SSTC 171/2000, de 26 de junio (FJ 2º), 124/2001, de 4 de junio (FJ 9º) y 17/2002, de 28 de enero (FJ 2º).

¹⁷⁹ STC 33/2000, de 14 de febrero (FJ 4º). En el mismo sentido, SSTC 138/2000, de 13 de octubre (FJ 2º), 259/1994, de 3 de octubre (FJ 2º) y 173/1997, de 14 de octubre (FJ 2º). Para JUANES PECES, que sostiene una definición muy similar a la del Tribunal Constitucional, sólo constituye prueba de cargo la “actividad probatoria (puesta en relación con el delito en concreto en toda su dimensión objetiva y subjetiva) de la que se derive necesariamente la culpabilidad del sujeto, de suerte que no basta para destruir la presunción de inocencia la existencia de una abundante prueba, si de la misma no se deduce con nitidez la plena convicción acerca de la culpabilidad del sujeto con referencia a todos y cada uno de los elementos del delito”. JUANES PECES, A., “El principio de presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 151.

acuerdo con esta amplia definición, para que la prueba pueda ser considerada de cargo es necesario que recaiga, en primer lugar, sobre la existencia de los hechos delictivos y, en segundo lugar, sobre la participación en ellos del acusado, esto es, sobre los elementos objetivos y subjetivos del delito¹⁸⁰. Ello no excluye la posibilidad de que la prueba indiciaria pueda constituir válida prueba de cargo, siempre que se verifique la presencia de determinados presupuestos, especialmente que los indicios sean debidamente probados mediante prueba directa y que el nexo entre los distintos indicios concurrentes y el hecho que se pretende acreditar sea coherente y razonable¹⁸¹. Para verificarlo, no sólo en el caso de la prueba indiciaria, sino también en el caso de la prueba directa, es fundamental que la sentencia se motive adecuadamente, esto es, que se expresen en ella las razones que han llevado

¹⁸⁰ Entre otros muchos, vid. BORRAJO INIESTA, I., “La prueba debe practicarse...”, ob. cit., p. 733; ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 58. Acerca de la necesidad de probar los hechos subjetivos o internos del delito, vid. *supra*, capítulo I.

¹⁸¹ JUANES PECES, A., “El principio de presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 145. Acerca de los requisitos que debe reunir la prueba indiciaria para constituir válida prueba de cargo, véase ASECIO MELLADO, J. M^a., “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 172 y ss; LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 72; RUIZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones...”, ob. cit., pp. 150 y ss. En gran parte de las ocasiones, cuando se hace referencia a la prueba indiciaria, se indica la necesidad de que el resultado probatorio se haya alcanzado de acuerdo con las reglas de la lógica. Se omite aquí deliberadamente esta referencia en la medida en que se entiende que el razonamiento judicial no opera exactamente de acuerdo con las reglas de la lógica formal. Este tipo de razonamiento se basa en la existencia de inferencias de carácter inductivo, caracterizadas por obtener un resultado más o menos probable, pero no necesariamente verdadero. Desde luego que la argumentación judicial tiene que guiarse por las reglas de la lógica, pero no en el sentido estricto en el que a veces parece utilizarse la expresión: la decisión debe ser lógica en el sentido de plausible, coherente, racional, etc., pero no en el sentido de “deductiva”. Una deducción supone que si las premisas del argumento son verdaderas, la conclusión es necesariamente verdadera. Pero no es éste el caso del razonamiento judicial: en el argumento deductivo, la conclusión no aporta una información extra que no se encuentre contenida en las premisas, mientras que en las decisiones judiciales, se produce un salto entre las premisas y la conclusión en la medida en que ésta se deriva, sólo de manera probable, de la información contenida en aquéllas, de modo que esa conclusión será más o menos plausible según introduzca menos o más información de la contenida en las premisas. Para una explicación acerca de esta cuestión puede verse FAIRÉN GUILLÉN, V., “Reglas de la sana crítica y casación (sobre la Sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1991, núm. 1, pp. 15 y ss; LANDONI SOSA, A., “Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1997, núm. 1, p. 107; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos)”, en *Revista del Poder Judicial*, 3^a época, núm. 49, 1998, pp. 416-417; FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”, en *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, pp. 172 y ss.

al órgano jurisdiccional a interpretar la prueba como incriminatoria. Sólo así es posible controlar que estén presentes los presupuestos exigidos para considerar que existe suficiente prueba de cargo¹⁸². Como señala VÁZQUEZ SOTELO, la libre valoración de la prueba no puede entenderse como una libertad omnímoda, sino como una “libertad responsable”, es decir, libertad para valorar la prueba “unida a la responsabilidad de tener que hacer constar y explicar las razones de su convencimiento”¹⁸³. Como después se verá, esta exigencia, junto con la necesidad de que exista actividad probatoria suficiente, introduce de lleno a la presunción de inocencia en el ámbito de la valoración de la prueba y, por ende, de lo que hasta hace poco se entendía como facultad soberana del juez de instancia. Esto constituye un cambio importantísimo de dicha concepción, pues este terreno deja de ser infranqueable para dar paso a un adecuado control a través de los recursos de la correcta aplicación de la presunción de inocencia.

3.3.3. Actividad probatoria suministrada por la acusación.

Aunque este requisito de la presunción de inocencia será examinado en un capítulo posterior, conviene avanzar aquí que el Tribunal Constitucional, desde su sentencia 31/1981, de 28 de julio, exige que la actividad probatoria de cargo sea aportada al proceso por la acusación, ya que la presunción de inocencia es un derecho que se ha catalogado como *pasivo*, es decir, permite al acusado permanecer inactivo sin que la falta de pruebas de descargo pueda actuar en su perjuicio. En este sentido, y si bien en el proceso penal no existe una distribución de la carga de la prueba en idénticos términos en los que se produce en el proceso civil, es indiscutible que la vigencia de este derecho a favor del acusado atribuye la carga de la prueba de los elementos objetivos y subjetivo del delito a la acusación. Por tanto,

¹⁸² LÓPEZ GUERRA, L., “Presunción de inocencia, tutela judicial...”, ob. cit., pp. 149-150.

¹⁸³ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 520.

aunque en principio no pueda hablarse de *distribución*, sí supone una *atribución* en exclusiva de la carga de acreditar todos los extremos del delito a la acusación, con los matices que después se verán¹⁸⁴. La necesidad de que sea la acusación quien acredite los hechos constitutivos ha sido reiteradamente apuntada por el Tribunal Constitucional. Así, en el ATC de 13 de octubre de 1998 se indica que la presunción de inocencia “supone que cuando el Estado ejercita el *ius puniendi* a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria. En este sentido, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, validez que implica no sólo la conformidad a la LECrim, sino además la conformidad de las mismas a la propia Constitución, correspondiendo la carga de la prueba a quien acusa” (FJ 2º)¹⁸⁵. Lógicamente, no puede pasarse por alto que, en virtud de la vigencia del principio de adquisición procesal, la exigencia de que sea la acusación quien aporte la prueba de cargo ha de relativizarse hasta el punto de admitir la posibilidad, como se verá posteriormente, de que la prueba de cargo pueda provenir del acusado, puesto que una vez ésta ha sido aportada, poco importa quién la ha introducido. Por ello, este requisito ha de entenderse en el sentido de que es la acusación, cuando no se dispone de prueba suficiente de la culpabilidad, quien ha de sufrir las consecuencias.

¹⁸⁴ Como señala KIRÁLY, el derecho a la presunción de inocencia desde este punto de vista tiene el efecto de estimular la actuación de la acusación. KIRÁLY, T., “Significato e valore...”, ob. cit., p. 7.

¹⁸⁵ Muy expresiva también es la STC 140/1991, de 20 de junio: “incumbe a la acusación y no a la defensa (quien, en otro caso, se vería sometida a una probatio diabólica de los hechos negativos) probar en el juicio oral los elementos constitutivos de la pretensión penal o, lo que es lo mismo, la realización de esa actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar dicha presunción constitucional” (FJ 2º). En el mismo sentido, véanse, entre las más recientes, las siguientes resoluciones: ATC 77/1993, de 1 de marzo (FJ 2º), ATC 282/1993, de 20 de septiembre (FJ 2º), STC 303/1993, de 25 de octubre (FJ 3º), STC 259/1994, de 3 de octubre (FJ 2º), STC 93/1994, de 21 de marzo (FJ 2º), STC 102/1994, de 11 de abril (FJ 3º), STC 169/1998, de 21 de julio (FJ 2º), STC 14/1999, de 22 de febrero (FJ 3º) y ATC 228/2000, de 2 de octubre (FJ 2º).



3.3.4. Prueba practicada en el acto de juicio oral.

En conexión con la primera de las exigencias apuntadas, es necesario que la prueba se practique en el juicio oral para que pueda desvirtuar la presunción de inocencia. No podría ser de otro modo si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, sólo las pruebas practicadas en este momento procesal tienen el carácter de verdaderos medios de prueba. Es sólo en este momento cuando se garantiza que la práctica de la prueba respete las garantías procesales inherentes al principio de contradicción exigidas por la jurisprudencia¹⁸⁶. No obstante, ello no impide, a fin de garantizar la eficacia del proceso, que determinadas actuaciones llevadas a cabo con anterioridad al juicio oral puedan tener fuerza probatoria siempre y cuando se practiquen de acuerdo con las condiciones que la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo¹⁸⁷. Es lo que sucede, concretamente, en los casos de prueba anticipada y prueba preconstituida cuando se practican con los siguientes requisitos¹⁸⁸: a) requisito material: imposibilidad de reproducción del acto en el juicio oral¹⁸⁹; b) requisito subjetivo:

¹⁸⁶ Acerca de este principio y de sus implicaciones, vid. DE URBANO CASTRILLO, E., “El principio de contradicción en el proceso penal”, en *La Ley*, núm. 5474, 4 de febrero de 2002.

¹⁸⁷ MARTÍN BRAÑAS, C., “La prueba anticipada en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2001, núms. 1-3, p. 472; GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Ed. COLEX, Madrid, 1999, p. 87; en el mismo sentido, ASECIO MELLADO, J. Mª., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., (1998), p. 266; LUZÓN CUESTA, J. Mª., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 29; MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 75; VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 102.

¹⁸⁸ STC 209/2001, de 22 de octubre (FJ 4º).

¹⁸⁹ ASECIO MELLADO distingue varios tipos de irrepitibilidad que, a grandes rasgos, pueden agruparse en lo que denomina “irrepitibilidad previsible” (integrada por aquellos supuestos en los que en el momento de la práctica del acto de prueba existe un grave riesgo de pérdida de la fuente de prueba misma o de su fiabilidad o, en su caso, existe un conocimiento fundado de que si no se practica de forma anticipada, el juicio oral tendrá que suspenderse) e “irrepitibilidad imprevisible” (aquella que ha sobrevenido una vez practicado el acto de investigación). Señala este autor que, si bien los actos cuya irrepitibilidad es originaria deben gozar de valor probatorio, los que se practicaron sin observar las garantías probatorias y posteriormente han devenido irrepitibles, en principio, no podrán ser valorados por el juez, aunque habrá que analizar, en primer lugar, en qué condiciones se practicaron, esto es, qué garantías estuvieron ausentes y, en segundo lugar, cuál es

intervención del juez de instrucción o, en su defecto, por razones de urgencia, de la autoridad policial¹⁹⁰; c) requisito objetivo: que el acto se practique con posibilidad de contradicción, para lo que es necesaria la intervención y asistencia de letrado y d) requisito formal: que la prueba así practicada se introduzca en el juicio oral a través de la lectura de documentos *ex art.* 730 LECrim.

Por lo tanto, las actuaciones llevadas a cabo durante las diligencias policiales o en la instrucción –salvo las excepciones vistas– únicamente tienen valor de actos de investigación o, en su caso, de meras denuncias (como sucede, por ejemplo, con el atestado policial¹⁹¹), pero no son medios idóneos para desvirtuar la presunción de inocencia¹⁹². Como señala VEGAS TORRES, ello es así por tratarse de actuaciones en las que no se ven satisfechas las garantías constitucionales de la prueba, esto es, oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, especialmente por lo que se refiere a las diligencias policiales¹⁹³.

la causa de la imposibilidad de reproducción para determinar si ésta ha sido provocada por el propio acusado. ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., (1998), pp. 249 a 253.

¹⁹⁰ Así lo indica la STC 94/2002, de 22 de abril (FJ 3º).

¹⁹¹ En relación con el atestado policial debe tenerse en cuenta, no obstante, que si bien se le atribuye el valor de mera denuncia (y, por tanto, no *medio* sino *objeto* de prueba), el Tribunal Constitucional viene diferenciando, de acuerdo con los efectos que puede surtir, aquella parte del atestado en la que se contienen datos objetivos y verificables respecto de aquella integrada por meras apreciaciones subjetivas del agente policial, pues “hay partes del atestado, como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes” (STC 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2º, apartado B). En el mismo sentido, véase la STC 157/1995, de 6 de noviembre (FJ 3º).

¹⁹² ASECIO MELLADO, J. M^a., “La prueba. Garantías...”, ob. cit., p. 35; del mismo autor, *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 41.

¹⁹³ VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 110-111. En la medida en que la práctica de estas diligencias se lleva a cabo en muchas ocasiones sin intervención e, incluso, sin conocimiento del imputado, sólo en el juicio oral se garantiza de forma efectiva el principio de igualdad. A pesar de ello, BACIGALUPO ZAPATER pone de manifiesto la tendencia a privilegiar la fase de instrucción frente a la fase plenaria. BACIGALUPO ZAPATER, E., “La significación de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 12 y 14.

Conviene señalar, sin embargo, la tesis mantenida por BORRAJO INIESTA en relación con este punto, ya que se aparta ostensiblemente del parecer mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia. Señala este autor que la práctica de la prueba en el juicio oral no garantiza, por sí sola, la corrección de la decisión judicial, en la medida en que, de acuerdo con la praxis de nuestros tribunales, la línea divisoria entre actos de investigación y actos de prueba se encuentra muy difuminada y si se intentara separar con rigor unos y otros, nuestro sistema procesal “se hundiría, lisa y llanamente”¹⁹⁴. En un sentido similar se manifiesta LUZÓN CUESTA, al señalar que “admitir sólo las pruebas practicadas en el juicio oral supondría esterilizar el ordenamiento procesal y penal y suministrar, en muchos casos, una patente inmunidad a la acción delictiva”¹⁹⁵. Parece que con ello se trata de explicar el frecuente uso de los tribunales de actos de investigación y diligencias policiales como material probatorio sobre el que sustentar una resolución condenatoria. No obstante, si bien es imposible desconocer la necesidad de reconocer valor probatorio a ciertos actos practicados en la fase de investigación, hay que tener en cuenta también el serio peligro que con ello corren las garantías procesales que deben presidir la práctica de la prueba¹⁹⁶. VEGAS TORRES afirma

¹⁹⁴ BORRAJO INIESTA, I., “La prueba debe practicarse...”, ob. cit., p. 734.

¹⁹⁵ LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 33. El autor señala como ejemplos más significativos -y que, a su juicio, justifican la atribución de valor probatorio a los actos de investigación- los casos de temor de la víctima a reconocer a su agresor en el acto del juicio y los procesos denominados “de ruptura”, en los que el acusado, al no reconocer la autoridad del Estado ni la legitimación de los órganos judiciales, trata de impedir o retardar la celebración del juicio oral, haciéndose expulsar de la sala por alteración del orden, lo que convierte al acto de juicio en un “esquema inservible”. LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 36 a 41.

¹⁹⁶ Una de las propuestas que se han realizado para minimizar estos peligros es la de conferir al Ministerio Fiscal la competencia para instruir los asuntos penales. En opinión de GIMENO SENDRA, puesto que el Ministerio Fiscal no goza de la garantía de la independencia, ello impediría que las diligencias de investigación pudieran fundamentar el convencimiento judicial, de tal forma que se reforzaría la necesidad de que la sentencia se base exclusivamente en los actos de prueba practicados en el juicio oral. GIMENO SENDRA, V., “Algunas sugerencias sobre la atribución al MF de la investigación oficial”, en *Justicia* 88, núm. IV, p. 830. Esta sugerencia se ha convertido en una realidad en algunos países de nuestro entorno, siendo el caso de Italia el más paradigmático. Ciertamente, en el proceso penal ordinario, las diligencias realizadas en la investigación preliminar por el *pubblico ministero* se adjuntan al expediente formado por éste, del que sólo las partes pueden tener conocimiento. De este modo, el órgano jurisdiccional únicamente puede resolver sobre la base de la prueba practicada en el juicio oral, excepción hecha de las diligencias realizadas en la investigación que tengan carácter irreplicable, situación ésta que permite

en esta línea que, detrás de la práctica generalizada de los tribunales a la que se acaba de aludir, está la idea de que si se respetan las garantías probatorias en todo caso, se frustrarían constantemente los fines de represión de la criminalidad¹⁹⁷. La exigida práctica de la prueba en el juicio oral tiene un claro fundamento basado en garantizar, principalmente, el real ejercicio del contradictorio que, de otro modo, quedaría vacío de contenido. No obstante, teniendo en cuenta los problemas que se plantean habitualmente para reunir las suficientes pruebas de cargo en el acto de juicio, el requisito de que la prueba se practique únicamente en dicha fase es salvable siempre y cuando las actuaciones sumariales se reproduzcan efectivamente en el juicio oral y, si ello no es posible, dichas actuaciones sean ratificadas por los funcionarios de policía que las realizaron o sea leída la documentación del sumario, pues sólo de este modo se da cumplimiento a las garantías constitucionales antes mencionadas¹⁹⁸.

anticipar la prueba y practicarla en el *incidente probatorio* ante el juez de las investigaciones preliminares a solicitud del *pubblico ministero* o de la defensa. Vid. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., "El Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano", en *Poder Judicial*, núm. 34, junio 1994, pp. 254-255 y PEPINO, L., "Breve aproximación al sistema procesal italiano", en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, noviembre 2003, p. 99. En cuando a los supuestos de *irrepetibilidad*, éstos se refieren, fundamentalmente, a la existencia de circunstancias que hagan pensar que un testigo no podrá ser oído en juicio o su testimonio en juicio no será genuino (por motivos de salud o por amenazas), al interrogatorio de coimputados, al reconocimiento de personas y a las pericias que hayan de realizarse sobre lugares o cosas cuando concurra un riesgo de modificación inevitable de los mismos. A ello hay que añadir que el cpp de 1988 prevé la posibilidad de dar entrada al juicio oral a las declaraciones prestadas en las investigaciones preliminares con la exclusiva finalidad de contrastarlas con las prestadas en el juicio oral, pero sin que tengan valor probatorio por sí mismas, sino únicamente para valorar la credibilidad del testigo y de su declaración en la fase plenaria, sin que ésta, pues, pueda ser sustituida por la prestada en la fase de investigación. Respecto de ambas cuestiones, vid. PEPINO, L., "Breve aproximación...", ob. cit., pp. 99-100.

¹⁹⁷ VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 116.

¹⁹⁸ VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 117.



3.3.5. La prueba se ha de practicar con respeto de las garantías procesales y de los derechos fundamentales.

La jurisprudencia entiende también que la presunción de inocencia exige que la prueba se practique respetando todas las garantías procesales, y precisamente por ello resulta necesario que, salvo en las excepciones señaladas en el apartado anterior, se practique en el juicio oral. Téngase presente que sólo en el juicio oral la contradicción, oralidad, publicidad, inmediación e igualdad alcanzan su máxima expresión¹⁹⁹.

Esta exigencia excluye, además, la posibilidad de que los actos de *prueba prohibida*, esto es, aquéllos en los que se vulnera un derecho fundamental, puedan ser tenidos en cuenta como fundamento de la sentencia²⁰⁰. Siguiendo a ASECIO

¹⁹⁹ MARTÍN BRAÑAS, C., “La prueba anticipada...”, ob. cit., p. 472.; LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 30. Acerca del significado y alcance de estas garantías existen multitud de estudios doctrinales. A título de ejemplo, puede verse GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 181 y ss; ASECIO MELLADO, J. M^a., *Introducción...*, ob. cit., pp. 197 y ss. En este sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, señala en la sentencia 32/1995, de 6 de febrero, que “el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia” (FJ 4º). Por lo que se refiere al específico ámbito de influencia de estas garantías en el campo probatorio, vid. ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., pp. 160 y ss. y DE VEGA RUIZ, J. A., *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Ed. COLEX, Madrid, 1994, pp. 48 y ss; VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 77 y ss.

²⁰⁰ Se muestran partidarios de dotar de efectos a la prueba prohibida en lo que resulte favorable a la defensa BELTRÁN NÚÑEZ, A., “La prueba de defensa”, en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 469 y ss y MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de la exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio 2003, p. 65. En sentido contrario, ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 85, que señala que la prueba prohibida ex art. 11.1 LOPJ no puede surtir efectos como base para la fundamentación de una sentencia “del signo que sea”. Sin embargo, su admisión como prueba de descargo es una realidad en el Derecho Anglosajón. Como afirma VERGÉ GRAU, en dicho ámbito la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no puede ser considerada ilícita si de ella depende la absolución del acusado, de modo que sólo se excluye su valoración para acusar a un tercero. VERGÉ GRAU, J., “La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio”, en *Poder Judicial*, núm. 68, 2002, pp. 336-337. En un sentido similar, considera DE LA OLIVA que el carácter ilícito de una prueba no impide que ésta pueda surtir efectos favorables para la parte que nada tuvo que ver con la causa de ilicitud. Con ello, la regla de exclusión cumpliría su finalidad disuasoria de actuaciones ilícitas sin restar virtualidad frente a quien pueda

MELLADO, las infracciones –directas o indirectas- de derechos fundamentales que dan lugar a que una prueba sea considerada prohibida *ex art. 11.1 LOPJ* se pueden producir en los siguientes momentos: a) búsqueda de fuentes de prueba, b) obtención de fuentes de prueba con infracción del artículo 15 CE y c) obtención de pruebas con infracción del derecho de defensa y valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales²⁰¹.

El Tribunal Constitucional venía realizando hasta fechas recientes una lectura estricta del art. 11.1 LOPJ, de forma que, como ha tenido ocasión de señalar en la STC 49/1996, de 26 de marzo (FJ 2º) en relación con las escuchas telefónicas (pero que constituía doctrina aplicable a todo tipo de actividad probatoria), “la ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas inconstitucionalmente obtenidas, con vulneración de los derechos fundamentales, arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas”²⁰². Así, parece que el Tribunal Constitucional exigía, únicamente, la existencia de una relación natural o de causalidad entre la prueba originariamente ilícita y la prueba derivada, es decir, que ésta última se hubiese obtenido a partir de la información lograda a través de otra prueba que, en sí misma, vulneraba derechos fundamentales²⁰³.

Sin embargo, en la STC 81/1998, de 2 de abril, el Tribunal Constitucional restringe lo que debe entenderse por “prueba obtenida con vulneración indirecta de

beneficiarse legítimamente del resultado de dicha prueba. DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, septiembre 2003, núm. 8-9, p. 10.

²⁰¹ ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 83. En igual sentido, GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2001), pp. 370-371.

²⁰² Precisamente en relación con la intervención de comunicaciones, conviene traer a colación la reciente STC 184/2003, de 23 de octubre, en la que, resolviendo un recurso de amparo y haciéndose eco de las últimas condenas a España por parte del TEDH por vulneración del art. 8 CEDH, el Tribunal Constitucional urge al legislador a desarrollar adecuadamente el art. 579 LECrim, por no ofrecer una cobertura legal suficiente para la adopción de esta medida (FFJJ 5º y 7º).

²⁰³ Una síntesis de las distintas posturas doctrinales acerca del alcance de la prueba prohibida puede verse en IGARTUA SALAVERRIA, J., “El juez no es historiador...”, ob. cit., pp. 97 y ss.

derechos fundamentales”, exigiendo que concorra, además de esa relación causal-natural, lo que el propio Tribunal Constitucional ha denominado una *conexión de antijuridicidad* entre la prueba prohibida directa y la indirecta para privar de eficacia a ésta última²⁰⁴. Con ello, el Tribunal Constitucional realiza lo que DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES consideran “una ruptura en toda regla con sus propios postulados”²⁰⁵.

Esta nueva perspectiva de análisis de la eficacia probatoria de la prueba refleja trae su causa de la teoría penalista de la imputación objetiva, según la cual la antijuridicidad de una conducta no deriva únicamente de su resultado, sino también de la creación de un riesgo prohibido y de la efectiva lesión de un bien jurídico²⁰⁶.

Extrapolada esta teoría al ámbito de la eficacia probatoria de la prueba derivada de una prueba ilícita, implica que no es suficiente que entre aquella y ésta se produzca una *relación causal-natural* (esto es, que la prueba refleja se obtenga gracias a la información lograda a través de la vulneración de derechos fundamentales). Por el contrario, para privar de eficacia probatoria a la prueba derivada es necesario, además de la conexión causal, que se produzca la llamada *conexión de antijuridicidad* que, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, debe presentarse desde un punto de vista interno y externo. En primer lugar, desde un punto de vista interno, dicha conexión se produce cuando la prueba refleja es dependiente de la prueba que ha violentado derechos fundamentales, lo que implica que la información sólo podía lograrse gracias a la obtención de la prueba prohibida directa; en caso contrario, esto es, cuando se hubiese podido obtener de forma y con medios autónomos a los que determinaron

²⁰⁴ En el mismo sentido que esta resolución pueden verse las SSTC 121/1998, de 15 de junio (FJ 6º), 94/1999, de 31 de mayo (FJ 6º, en la que, en atención a la gravedad de la vulneración, el Tribunal Constitucional aprecia la existencia de conexión de antijuridicidad), 139/1999, de 22 de julio (FFJJ 4º y ss), 138/2001, de 18 de junio (FJ 8º), 28/2002, de 11 de febrero (FJ 4º) y 22/2003, de 10 de febrero (FJ 10º).

²⁰⁵ DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍNEZ MORALES, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 43, 2002, p. 43.

²⁰⁶ Así se pone de manifiesto en la STS 58/2003, de 22 de enero (FJ 3º).

señala MARTÍNEZ GARCÍA, un triple test relativo a la entidad del resultado o de la información obtenida mediante la violación del derecho fundamental, a la magnitud de la dicha violación y, por último, a las necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo que ha sido vulnerado²¹⁰.

La aplicación de la teoría de la imputación objetiva al ámbito de la ilicitud probatoria, como fácilmente puede comprobarse, conduce a situaciones diametralmente opuestas a las que se predicen en el ámbito del Derecho Penal: mientras en éste se produce una limitación del campo de aplicación del tipo penal en su dimensión objetiva, y por tanto, un evidente refuerzo de las garantías para el acusado, en el campo de la ilicitud probatoria dicha teoría se traduce en un claro recorte de las garantías procesales, puesto que se deja abierta la posibilidad de que los órganos judiciales, apreciando libremente la existencia o no de conexión entre la prueba refleja y la prueba directa en atención a los criterios antes apuntados, doten de eficacia a actuaciones probatorias sobre las que pesaba, hasta ahora, y en virtud de la manifiesta claridad del art. 11.1 LOPJ, una indudable prohibición de valoración²¹¹. Parece olvidar el Tribunal Constitucional que, aun cuando la prueba

medida (FJ 8º). Por el contrario, en la STC 22/2003, de 10 de febrero, el Tribunal Constitucional da entrada en nuestro sistema a la llamada *excepción de buena fe*, admitida por la jurisprudencia americana, de modo tal que no será causante de nulidad la actuación de los órganos encargados de la investigación penal que vulneren un derecho fundamental cuando actúen “en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución” (FJ 10º). Con ello, se convalida incluso la prueba obtenida directamente con violación de derechos fundamentales pues, a juicio del Tribunal Constitucional, tal violación fue un *mero accidente* (FJ 11º). El supuesto concreto que dio lugar a esta resolución fue la realización de un registro domiciliario realizado con el consentimiento de la esposa del detenido, sin que la policía conociese que dicho consentimiento no era válido. Así lo pone de manifiesto MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...”, ob. cit., pp. 64 y ss. Vid., así mismo, sobre los supuestos en los que se produce la desconexión jurídica, LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 470 y ss; en relación con la excepción de *buena fe*, tal y como ésta viene siendo admitida por la jurisprudencia americana para dotar de valor probatorio a actuaciones obtenidas violentando derechos fundamentales, vid. PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 185 y ss.

²¹⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, E., Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 95-96.

²¹¹ STS 58/2003, de 22 de enero (FJ 3º). Esta resolución, que estima el recurso de casación interpuesto, resuelve acerca de la licitud probatoria de la declaración inculpativa de los imputados, practicada con asistencia letrada y tras haber sido informados de sus derechos, pero obtenida gracias a una intervención telefónica y un registro domiciliario realizados con vulneración de derechos fundamentales. La Audiencia Provincial consideró rota la conexión de antijuridicidad

refleja no vulnere en sí misma considerada un derecho fundamental sustantivo (puesto que en este caso dejaría de tener la consideración de prueba refleja), lo cierto es que su apreciación vulnera el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia, derechos fundamentales de carácter procesal que se encuentran en la base del art. 11.1 LOPJ²¹². Pero, además, se abre el interrogante -en verdad interesante pero que excede ampliamente los límites de este trabajo- relativo a si el Tribunal Constitucional cuenta entre sus funciones con la de limitar el alcance de las normas aun en contra de su propio tenor literal cuando, como en este caso, tienen como finalidad desarrollar derechos fundamentales.

Esta nueva orientación jurisprudencial, ciertamente controvertida en atención a éstas últimas consideraciones, va a suponer, *de facto*, una significativa reducción de lo que se viene entendiendo por *prueba prohibida indirecta*²¹³ y, en todo caso, una jurisprudencia que -en función de cuál sea el alcance que se le dé a esta expresión- será, cuanto menos, variada.

debido a las garantías de las que se rodeó a las declaraciones, pero el Tribunal Supremo resuelve en sentido contrario, al considerar que las preguntas que sirvieron de base al interrogatorio se realizaron gracias a la información obtenida a través de la vulneración del art. 18.2 y 3 CE, y ocultando a los imputados que los elementos de cargo hallados frente a ellos eran radicalmente nulos (FJ 3º). No se trata ésta, sin embargo, de la jurisprudencia más consolidada del Tribunal Supremo, que habitualmente aplica la teoría de la conexión de antijuridicidad en los términos antes expuestos, tal y como se pone de manifiesto en el voto particular que acompaña a la sentencia. Así mismo, y como afirma MIRANDA ESTRAMPES, el Tribunal Constitucional ha admitido en varias ocasiones la posibilidad de valorar la declaración del imputado aun cuando derive de una prueba ilícita por entender que, si se realiza libremente y con todas las garantías, se produce una desconexión jurídica respecto de la prueba ilícita. MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...”, ob. cit., p. 61. En el mismo sentido, DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍNEZ MORALES, R., “La teoría...”, ob. cit., p. 46.

²¹² MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita...*, ob. cit., p. 210.

²¹³ Como señala MIRANDA ESTRAMPES, salvo en algún supuesto ciertamente aislado, el Tribunal Constitucional reconoce habitualmente eficacia probatoria a las pruebas reflejas. MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...”, ob. cit., p. 59.



3.4. La presunción de inocencia como regla de juicio.

Puesto que, precisamente, el estudio de la presunción de inocencia como regla de juicio constituye el tema central del siguiente capítulo, se tratará de destacar ahora una serie de cuestiones generales respecto de esta manifestación del derecho a la presunción de inocencia que sirvan como introducción para su estudio.

Como se ha visto, además de actuar como guía o criterio para evaluar la corrección de la actividad probatoria desarrollada en el proceso, la presunción de inocencia actúa también como expediente de decisión para aquellos supuestos en los que el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una resolución, ni en sentido absolutorio ni en sentido condenatorio, esto es, cuando se encuentra en un estado de duda irresoluble. En este sentido, la presunción de inocencia viene a constituir la regla prevista por el ordenamiento jurídico para evitar el *non liquet*²¹⁴.

Desde esta perspectiva, se aprecia claramente que esta expresión de la presunción de inocencia, aunque en muchas ocasiones se suele presentar como integrante de la función de regla probatoria –o viceversa-, se manifiesta en realidad en un momento posterior. Ciertamente, aunque ambas tienen un influjo decisivo en el ámbito probatorio, deben recibir un tratamiento diferente, ya que sus presupuestos habilitantes y los momentos en los que deben ser aplicadas son distintos. De un lado, la presunción de inocencia como regla probatoria supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, de tal forma que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria. De otro lado, y si bien la consecuencia es la misma (declaración de inocencia del acusado), la función de regla de juicio asume un papel relevante en un momento posterior, concretamente cuando tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías (esto es, cuando ha sido superada la

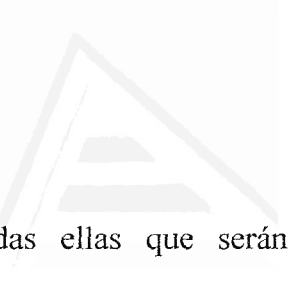
²¹⁴ Vid. *supra*, capítulo II.

presunción de inocencia desde el punto de vista de su función como regla probatoria), el resultado que de ella se deriva no es concluyente y, por tanto, impide que el órgano judicial resuelva conforma a él. En estos casos, la duda –como consecuencia de una actividad probatoria de cargo insuficiente- debe resolverse a favor del acusado por aplicación de la presunción de inocencia²¹⁵. Sin embargo, como después se verá, la absolución en caso de duda se suele reconducir al campo de aplicación del principio *in dubio pro reo*, que, por otra parte, tiende a ser excluido del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia.

En cualquier caso, la aplicación de este derecho como regla de juicio obedece a una situación de duda razonable acerca de la culpabilidad (entendida en sentido amplio: existencia del hecho punible o de la participación en él del acusado). Por el contrario, en los supuestos de certeza de la inocencia, la absolución vendrá de la mano de la prueba de la misma, de la que se deriva dicha conclusión, no por aplicación de la presunción de inocencia.

Esta regla, que formulada en los términos expuestos puede parecer muy sencilla, encierra algunos problemas a la hora de enfrentarse a su contenido, tales como si es posible hablar, en el proceso penal, de algún tipo de consecuencia desfavorable para el imputado ante la falta de elementos de descargo o si, por el contrario, la presunción de inocencia supone, en cualquier caso, que la falta o insuficiencia de prueba debe llevar a la absolución. Ello hace necesario abordar la cuestión realizando un análisis comparativo del funcionamiento de la carga de la prueba en el proceso civil y en el proceso penal, ya que sólo así es posible determinar si los esquemas de funcionamiento en el primero de los campos son aplicables al ámbito que ahora se estudia. Así mismo, se plantea la duda, como cuestión preliminar, de saber con exactitud el terreno de operatividad de la presunción de inocencia, principalmente por lo que respecta a su deslinde -si éste es

²¹⁵ Así lo indica MARCARELL NAVARRO: “este derecho fundamental opera en el juicio desplazando la carga de la prueba a los acusadores, y en el momento de la sentencia significa que la falta o insuficiencia de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia”. MARCARELL NAVARRO, M^a. J., “La carga de la prueba...”, ob. cit., p. 616.



posible- del principio *in dubio pro reo*, cuestiones todas ellas que serán desarrolladas en el próximo capítulo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO IV

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO EN EL PROCESO PENAL

La delimitación del alcance de la presunción de inocencia como regla de juicio es uno de los aspectos que menos tratamiento doctrinal ha recibido, fundamentalmente si se compara con la atención prestada a las exigencias que esta figura impone en la práctica de la prueba. Por ello, con carácter previo a su estudio, parece conveniente realizar una aproximación a algunas cuestiones en íntima conexión con esta materia. En primer lugar, resulta inevitable el estudio de las relaciones entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* para determinar si se trata de figuras distintas o si, por el contrario, éste último no es más que una faceta de la presunción de inocencia, cuestión ésta sobre la que no es fácil encontrar consenso. Su estudio es necesario no ya por cuestiones meramente conceptuales sin relevancia práctica alguna, sino porque tal distinción conlleva importantes consecuencias en relación con el control que las instancias superiores pueden ejercer sobre la correcta aplicación de una y otra figura en vía de recurso. En segundo lugar, y conectado con lo anterior, serán objeto de estudio las posibilidades de revisión que tienen el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre las decisiones adoptadas en primera y segunda instancia



cuando se alegue vulneración del derecho a la presunción de inocencia, fundamentalmente por los problemas prácticos que ello plantea.

1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*.

Ya antes del reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia existía acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de la aplicación del principio *in dubio pro reo* en los supuestos de duda sobre las cuestiones de hecho¹. Tanto es así que se entiende que este principio constituye el precedente inmediato de lo que hoy se conoce como presunción de inocencia².

El principio *in dubio pro reo*, con un importante arraigo en nuestra tradición jurídica³ y cuyo fundamento se sitúa en los principios *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine culpa*⁴, permitía evitar situaciones que desembocasen en un *non liquet* cuando –finalizada la fase del juicio oral– subsistían dudas cuya superación había devenido imposible⁵. Sin embargo, de su vigencia en nuestro sistema

¹ Vid., por todos, MESTRE DELGADO, E., “Desarrollo jurisprudencial...”, ob. cit., p. 728.

² HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal...*, ob. cit., p. 40. Así lo puso de manifiesto también la STC 31/1981, de 28 de julio: “Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (“in dubio pro reo”) para convertirse en un derecho fundamental...” (FJ 2º).

³ Como señala MARTÍNEZ VAL, el principio *in dubio pro reo* no tiene su origen en el iluminismo (aunque este movimiento humanizador lo retomó como principio básico de un nuevo sistema procesal), sino que se remonta, en el Derecho occidental, al Derecho romano. MARTÍNEZ VAL, J. Mª., “El principio in dubio pro reo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1956, vol. I, pp. 330-332.

⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación...”, ob. cit., p. 17; HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo...*, ob. cit., p. 41; SARACENO, P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Ed. CEDAM, Padova, 1940, p. 238.

⁵ Vid., a título de ejemplo, MONTÓN REDONDO, A., “Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, núm. 2-3, p.

procesal no es posible derivar que se trate de un principio presente en la estructura procesal inquisitiva del Antiguo Régimen, sino que, por el contrario, los datos disponibles hacen pensar que la aplicación de tal principio sufrió un largo paréntesis. Como indica TOMÁS Y VALIENTE, el propio esquema procesal inherente a dicho sistema dejaba poco margen a su aplicación. Ciertamente, durante el Antiguo Régimen, inocencia y culpabilidad no eran las únicas conclusiones a las que el juez podía llegar tras la valoración de la prueba. Por el contrario, había una tercera situación que consistía en la *semiculpabilidad* y que era la consecuencia de la duda judicial en torno a la culpabilidad del acusado como consecuencia de la inexistencia de *plena probatio*. En estos casos, en los que el sistema actual adopta como criterio de decisión el principio *in dubio pro reo*, el resultado habitual era la condena a una pena más leve a la que le correspondía al delito imputado. No en vano, el citado principio era concebido como una mera norma moral relativa al comportamiento judicial, pues se consideraba que su aplicación convertiría a los jueces en personas piadosas, en definitiva más virtuosas, sin que en ningún momento se entendiera como una garantía procesal del ciudadano sometido a un proceso. Lo que estaba en juego era el talante justo y la rectitud moral de los jueces, no los derechos del inculpado⁶.

Habría todavía una razón más para pensar que el principio *in dubio pro reo* era desconocido en el sistema inquisitivo, y ello sobre la base de una idea apuntada por BETTIOL. Señala este autor que allí donde rige el sistema de prueba tasada no hay lugar para la duda judicial, puesto que la valoración de la prueba es independiente del convencimiento del juez y, en muchos casos, puede ser incluso contraria al mismo⁷. Esta idea, sin embargo, debe ser matizada. La posibilidad de duda, como estado mental, no puede ser eliminada cualquiera que sea el sistema de valoración de la prueba, sino que, más bien, lo que sucede es que en los sistemas

392. Como señala este autor, el principio *in dubio pro reo* era aplicable tanto en los casos de falta total de prueba cuanto en los supuestos de insuficiencia de la misma.

⁶ TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación...”, ob. cit., pp. 11 a 14.

⁷ BETTIOL, G., “La regola in dubio pro reo nel diritto e en el processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto Processuale*, 1937, p. 246.

regidos por la prueba tasada, ésta no aparece como resultado de la operación de valoración de la prueba, sino que su aparición sería anterior, concretamente en el momento de subsumir el medio de prueba concreto en la norma que lo contempla como prueba tasada. Imaginemos una norma que obligue al juez a condenar al acusado cuando la acusación aporte al proceso tres testigos cuya declaración inculpatória sea coincidente. Si constan en el proceso tales testimonios, la duda del juez acerca de la culpabilidad del acusado será irrelevante –y, en este sentido, puede decirse que no se le deja margen de duda-, pero no sucede lo mismo con la incertidumbre judicial acerca de la credibilidad de los testigos, lo que puede suponer la imposibilidad de aplicar la norma que establece el valor que debe darse a los testimonios.

En cualquier caso, la idea apuntada por BETTIOL da cuenta de la dificultad de concebir una norma para la resolución de los casos dudosos en el seno de un sistema en el que el convencimiento judicial es sustituido por el criterio del legislador.

Posteriormente, y coincidiendo con la influencia del pensamiento iluminista en el campo del Derecho, el principio *in dubio pro reo* pasa a ser considerado una garantía más del acusado de una infracción penal frente al arbitrio judicial, basada en razones de justicia universal, pero sin apoyo normativo alguno hasta la Declaración Francesa de 1789⁸.

En el sistema procesal español anterior a la CE de 1978 se mantuvo, quizás de forma algo más atenuada, la idea de que el principio *in dubio pro reo* era una norma moral sin carácter vinculante alguno desde un punto de vista jurídico. Ciertamente, ante la inexistencia de una expresión normativa del principio (a pesar de que algunos autores han considerado que la LECrim contenía alusiones más o menos implícitas al mismo), se entendió en algunos casos que el principio *in dubio*

⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación...”, ob. cit., p. 14.

pro reo era un mero consejo dirigido a los jueces, y no así una norma imperativa⁹. Todavía se sostiene en ocasiones que este principio no es de aplicación obligatoria, sino que constituye únicamente un consejo dirigido al juzgador¹⁰, o bien que su fuerza imperativa responde a meras razones de humanidad del juez¹¹. No podía ser más expresivo el Tribunal Supremo al señalar en este sentido que “el *in dubio pro reo* no es otra cosa que un apotegma jurídico basado en la *aequitas*, que orienta al Juez, y que al no constituir un precepto penal sustantivo ni norma jurídica del

⁹ TOMÁS Y VALIENTE afirma que el *in dubio pro reo* no pasaba de ser un mero principio jurídico, sin plasmación en norma jurídica alguna. TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación...”, ob. cit., pp. 14 y 15. Esta tendencia permanece todavía en parte de nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS de 26 de junio de 1998 (FJ 5º). En sentido contrario, señala la STS 249/2001, de 23 de febrero, que “el principio *in dubio pro reo* (...) no tiene un valor sólo orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el de no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza” (FJ 2º). En Italia, sin embargo, si bien no hubo un reconocimiento expreso de la presunción de inocencia hasta la Constitución de 1948, algunos autores entendieron que el principio *in dubio pro reo* se encontraba plasmado en el art. 479 del Codice di Procedura Penale de 1930, que obligaba a los jueces a absolver al acusado en los casos de insuficiencia de pruebas para condenar. Vid. SARACENO, P., *La decisione...*, ob. cit., p. 242. Para BETTIOL, por ejemplo, se trataba de un principio normativo consuetudinario cuyo reconocimiento legal vino de la mano del art. 473.3 del mismo código, según el cual “qualora nella votazione si manifestino più di due opinioni, i giudici che hanno votato per la pena più grave si riuniscono a quelli che hanno votato per la pena gradatamente più prossima alla più grave, fino a che venga a risultare la maggioranza: su ogni altro caso, quando su una questione vi è parità di voti, prevale l’opinione più favorevole all’imputato”. BETTIOL, G., “La regola *in dubio pro reo*...”, ob. cit., p. 253. Por su parte, como ya se apuntó, en Alemania la falta de reconocimiento explícito del principio *in dubio pro reo* no ha sido óbice para entenderlo incluido en el derecho a la presunción de inocencia reconocido por el art. 6.2 CEDH. Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, J., “La presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 552 y GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, p. 53.

¹⁰ Vid., entre otros, VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “La presunción...”, ob. cit., p. 121.

¹¹ Especialmente ilustrativa es la STS de 31 de enero de 1983, al señalar que el principio *in dubio pro reo* no se puede confundir con la presunción de inocencia “que crea a favor de los ciudadanos un verdadero derecho subjetivo a ser considerados inocentes de cualquier delito o infracción jurídica que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima; mientras que el “*in dubio pro reo*” se dirige al Juzgador como norma de interpretación, para establecer que en aquellos otros casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejaren dudas en el ánimo del Juzgador de la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá por humanidad y justicia absolverle” (FJ 1º). A este respecto puede verse JAÉN VALLEJO, M., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 19-20; en el mismo sentido, DE VEGA RUIZ, J.A., “La presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 96.



mismo carácter carece de fuerza vinculante, y no es por ende alegable en casación”¹².

Esta actitud, sin embargo, conlleva un grave riesgo: si se aceptase que el principio *in dubio pro reo* "aconseja" al juez absolver en caso de duda, estaríamos ante un potestad judicial discrecional. Indica TOMÁS Y VALIENTE en este sentido que esta visión del principio por los tribunales suponía (en la época preconstitucional) que “el ciudadano podía beneficiarse de su aplicación si el juez de instancia o el Tribunal Supremo lo utilizaba, pero no podía exigir su cumplimiento”¹³.

En cuanto al significado y alcance del principio *in dubio pro reo*, señala SENTÍS MELENDO que consiste en una máxima aplicable no sólo en el proceso penal, sino que informa cualquier tipo de proceso, en la medida en que se trata de una norma procesal, independiente del ordenamiento jurídico material. Téngase presente que dicho principio viene a establecer una regla aplicable en las situaciones de duda respecto de los hechos, puesto que cualquiera que sea el orden jurisdiccional de que se trate, el juez se puede encontrar en un estado de duda, en la medida en que su función es, en todo caso, la subsunción de unos hechos en el supuesto de hecho de una norma jurídica¹⁴. Sin embargo, puesto que en el proceso

¹² STS de 28 de febrero de 1990 (FJ 1º).

¹³ TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación...”, ob. cit., p. 19.

¹⁴ SENTÍS MELENDO, S., *In dubio pro reo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 55; del mismo autor, “In dubio pro reo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971, núm. 2-3, p. 510. Acerca de los ámbitos de aplicación de la regla *in dubio pro reo* a otros ámbitos procesales distintos al de la decisión sobre el hecho incierto véase, además de las obras citadas en esta misma nota, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., “El principio pro reo en el Derecho y en el proceso penal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1974, pp. 463 y ss. Además, señala también SENTÍS MELENDO que el término *reo*, a pesar de que tradicionalmente ha sido entendido en el sentido de imputado o acusado, es un término que, en el ámbito jurídico, viene a designar a una de las partes en litigio y, por tanto, es también aplicable a otros tipos de procesos distintos del penal. Así, el autor pone como ejemplo la máxima según la cual *reus in excipiendo fit actor* -utilizada fundamentalmente en el proceso civil- para poner de manifiesto que el término *reo* no es de aplicación exclusiva al proceso penal. SENTÍS MELENDO, S., *In dubio...*, ob. cit., pp. 45 a 47.

civil se encuentra específicamente formulada la regla de juicio aplicable¹⁵, aunque sin negar que su origen y fundamento pueda coincidir con el del principio *in dubio pro reo*, sería conveniente distinguir ambas reglas de decisión y tener presente que cuando se habla de *in dubio pro reo* se hace en exclusiva referencia al proceso penal. No se pretende con ello cuestionar ahora las semejanzas o diferencias estructurales en materia de carga de la prueba o de regla de juicio entre ambos tipos de procesos, sino únicamente distinguir, a efectos expositivos, entre un proceso y otro. Desde luego, la incertidumbre judicial no es un estado mental exclusivo del juez penal, pero ello no supone que las reglas legales para superar tal estado de indecisión sean necesariamente las mismas en todos los procesos¹⁶. Seguramente es posible encontrar similitudes entre esta regla y otras aplicables en el proceso civil (por ejemplo, la que, *ex art. 217 LEC*, obliga al juez a dictar una sentencia absolutoria cuando los hechos constitutivos de la pretensión no han quedado suficientemente probados), pero parece arriesgado pensar que la regla aplicable ante hechos dudosos sea siempre el principio *in dubio pro reo* o una regla derivada de él. Por el contrario –aunque esta idea será desarrollada posteriormente–, las diferencias en el funcionamiento de la carga de la prueba en uno y otro proceso (que, aunque no son sustanciales sí exigen un tratamiento distinto) determinan indefectiblemente que la regla de juicio aplicable sea distinta en cada uno de ellos. En este sentido, mientras que la regla de juicio en el proceso penal es el principio *in dubio pro reo*, en el resto de procesos nos encontramos con reglas que –respondiendo a otros intereses o a otro fundamento– cumplen esa misma función.

En cualquier caso, su vigencia y aplicación en el proceso penal no deja lugar a dudas, lo que no obsta para que (tras el reconocimiento expreso de la presunción de inocencia en la Constitución de 1978) hayan aparecido los primeros debates doctrinales y jurisprudenciales acerca del ámbito de aplicación de este principio. Como a continuación se expondrá, mientras para algunos autores el principio *in dubio pro reo* no es más que la expresión latina de la presunción de inocencia en su

¹⁵ Vid. art. 217 LEC.

¹⁶ Vid. *supra*, capítulo II.

manifestación de regla de juicio, para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia sus ámbitos de operatividad son diversos e, incluso, incompatibles.

Es significativo, sin embargo, que en países de nuestro entorno jurídico, como es el caso de Italia, no haya existido una verdadera discusión al respecto. Por el contrario, está plenamente asumida la identidad entre ambas figuras –en lo que respecta a su función de regla de juicio–, hasta tal punto que, en unas ocasiones, se utilizan como sinónimos y, en otras, simplemente se hace referencia a la presunción de inocencia¹⁷. Una situación similar se produce en Alemania, donde hay un amplio acuerdo doctrinal acerca de que la presunción de inocencia se identifica –en una de sus facetas– con el principio *in dubio pro reo*¹⁸.

Sea como fuere, en España es ya tradicional la distinción entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, lo que hace ineludible el estudio de la jurisprudencia y doctrina existente sobre el tema, para profundizar en las razones que han llevado a sostener tal diferenciación y determinar hasta qué punto éstas están justificadas.

¹⁷ Por ejemplo, IACOVIELLO, al apuntar las implicaciones que derivan de la presunción de inocencia, señala que una de ellas es que la duda beneficia a la defensa. IACOVIELLO, F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 1997, p. 231; en el mismo sentido, ILLUMINATI, G., “Presunzione...”, ob. cit., p. 5, quien, no obstante, señala que la presunción de inocencia tiene un alcance mucho más amplio que el clásico principio *in dubio pro reo*, que ha quedado subsumido en ella.

¹⁸ En Alemania, si bien se entiende que la presunción de inocencia ejerce su influencia a lo largo de todo el proceso, es polémica su incidencia en algunas instituciones, concretamente en la regulación de la prisión provisional. LLOBET RODRÍGUEZ, J., “La presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 552. En el mismo sentido, acerca de la identidad entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, ob. cit., p. 53; DELMAS-MARTY, M. (Dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, (Trad. por MORENILLA ALLARD, P.), Ed. Edijous, Zaragoza, 2000, p. 606.



1.1. El principio *in dubio pro reo* en la doctrina del Tribunal Constitucional.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha estado enfocada principalmente a establecer cuáles son los requisitos que debe reunir la actividad probatoria para desvirtuar legítimamente la presunción de inocencia, esto es, se ha detenido en lo que respecta a su carácter de regla probatoria. Sin embargo, también ha tenido ocasión de manifestarse acerca de la dimensión de regla de juicio de la presunción de inocencia y sobre su vinculación con el principio *in dubio pro reo*.

En una primera aproximación a las resoluciones del Tribunal Constitucional en esta materia, se constata que su evolución ha sido inversa a la que, como después se verá, está experimentando el Tribunal Supremo. Ciertamente, si bien en sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional sostenía con extrema claridad la esencial identificación entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, se aprecia que en las resoluciones más recientes ha comenzado a trazar una importante distinción entre ambos.

Como es sabido, la andadura del Tribunal Constitucional como máximo intérprete del derecho fundamental a la presunción de inocencia comenzó ya en 1981, siendo la resolución más relevante de aquella primera época la STC 31/1981, de 28 de julio, en la que, textualmente, se afirmaba que “la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (“*in dubio pro reo*”) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata” (FJ 2º). Esta afirmación -compartida también en el voto particular formulado a esta sentencia por el magistrado ESCUDERO DEL CORRAL¹⁹- se encuentra reflejada con

¹⁹ Señala este magistrado que “la presunción de inocencia que en su formulación latina “*in dubio pro reo*” ha estado presente en nuestro ordenamiento y en la propia jurisprudencia penal como principio general (...), ha venido a ser, como se afirma en la sentencia, desde su constitucionalización en el art. 24.2 CE, un auténtico derecho fundamental (...)”.

similares términos en posteriores resoluciones del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, la STC 13/1982, de 1 de abril (FJ 2º), con cita literal de la STC 31/1981, de 28 de julio, la STC 107/1983, de 29 de noviembre (FJ 2º) o el ATC 21/1985, de 16 de enero (FJ 6º); señala éste último que, si bien la presunción de inocencia tiene un alcance más amplio, el principio *in dubio pro reo* es una de sus manifestaciones. No podía ser más claro el Tribunal Constitucional al señalar en la citada STC 107/1983, de 29 de noviembre que “la presunción de inocencia, que limitadamente venía siendo un mero principio teórico de derecho, en el ámbito de la jurisdicción criminal, a través del axioma “*in dubio pro reo*”, relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, pasó a convertirse en un amplio derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia en el art. 24.2 CE (...), representando por su contenido una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso (...)” (FJ 2º). Por su parte, la STC 24/1984, de 23 de febrero constata lo dicho hasta ahora y propone incluso abandonar la expresión *in dubio pro reo* en beneficio de la *presunción de inocencia*²⁰.

Sin embargo, esta doctrina sufrió un cambio considerable en resoluciones posteriores, como se aprecia, entre otras muchas, en las SSTC 44/1989, de 20 de febrero (FJ 2º), 63/1993, de 1 de marzo (FJ 4º), 103/1995, de 3 de julio (FJ 4º) y 16/2000, de 31 de enero (FJ 4º). En la STC 44/1989, de 20 de febrero, se trazó una distinción que bien parece constituir el punto de inflexión. Esta sentencia, aunque no es la primera en la que presunción de inocencia e *in dubio pro reo* son catalogadas como figuras distintas, sí es la primera en la que el Tribunal Constitucional trata de justificar claramente esta distinción²¹. En su FJ 2º, señala

²⁰ Señala la sentencia, en la que intervino como ponente el magistrado TOMÁS Y VALIENTE, que “el Juez penal (...), se limita a afirmar que “no se ha logrado traer a la convicción del juzgador una certeza plena de que el denunciado sustrajese las cantidades que se expresan”, por lo que teniendo dudas sobre si las huchas pudieron ser manipuladas por personas distintas al denunciado, declara a éste inocente, en virtud, dice el Juez, del principio “*in dubio pro reo*”, aunque debió decir, porque es norma directamente aplicable por cualquier Juez, en virtud del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE” (FJ 3º).

²¹ Como precedentes de la STC 44/1989, de 20 de febrero, pueden verse las SSTC 25/1988, de 23 de febrero (FJ 2º) y 105/1986, de 21 de julio (FJ 2º).

que, aunque la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* constituyen manifestaciones del principio genérico *favor rei*, cada uno de ellos opera en circunstancias diversas. Por un lado, la presunción de inocencia es aplicable en los supuestos en los que hay una total ausencia de prueba de cargo o, en su caso, cuando las pruebas practicadas carecen de las garantías procesales exigidas, situaciones que, por sus efectos, vienen a ser idénticas. Por otro lado, el principio *in dubio pro reo* constituye una regla de valoración dirigida al juez de instancia y aplicable únicamente cuando, llevada a cabo actividad probatoria que pueda entenderse de cargo, al órgano judicial le surgen dudas acerca de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito cuya presencia es indispensable para declarar la culpabilidad del acusado. En este sentido, la circunstancia consistente en la existencia de pruebas de cargo -que, sin embargo, generan dudas en el juzgador- o inexistencia o práctica ilegal de las mismas, se erige en el presupuesto básico de aplicación de una u otra figura²². Esta distinción se ha consolidado, manteniéndose en resoluciones posteriores del Tribunal Constitucional, como en la sentencia 63/1993, de 1 de marzo, en la que se sostiene que "a pesar de la íntima relación que guardan el derecho a la presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo", puesta de relieve de forma reiterada por este Tribunal (...), y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico "favor rei", existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. Así, en lo que aquí interesa, el principio "in dubio pro reo" sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia" (FJ 4º).

²² "Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico *favor rei*, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desvirtúa su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de jugar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia «subjetiva» del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso" (STC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2º).

Señala MIRANDA ESTRAMPES, en relación con los criterios empleados por el Tribunal Constitucional al trazar la distinción apuntada, que, por un lado, el criterio para determinar la aplicación de la presunción de inocencia es objetivo -inexistencia de prueba de cargo o vulneración de las garantías procesales en las practicadas-, mientras que, por otro lado, el criterio determinante en la aplicación del principio *in dubio pro reo* es netamente subjetivo, en la medida en que consiste en el estado de duda que surge en la mente del juez sentenciador al llevar a cabo la actividad de valoración de la prueba²³. Esta distinción entre criterios objetivos y subjetivos en atención al control de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo* es apuntada también por VÁZQUEZ SOTELO cuando señala que “este examen (...) siempre resultará más fácil tratándose de la presunción de inocencia, por no referirse a un estado subjetivo de “duda”, y, será, además, más amplio porque es independiente de la duda o certidumbre del Tribunal”²⁴. A pesar de ello, este autor admite la hipotética situación en la que fuera posible supervisar el razonamiento judicial para saber si el tribunal de instancia debió dudar, pero entiende que para ello sería necesario, en primer lugar, una motivación exhaustiva de las sentencias y, en segundo lugar, que se abandonase la idea de que la íntima convicción supone una libertad omnímoda de los órganos judiciales en su función de valoración de la prueba²⁵.

Esta distinción ha sido la idea principal en la que se ha apoyado el Tribunal Constitucional para negar relevancia constitucional al principio *in dubio pro reo* y, por tanto, vetar así su acceso al mismo por la vía del recurso de amparo²⁶. Todo ello pone de manifiesto la enorme relevancia que, en la práctica, adquiere dicha opción jurisprudencial. En consonancia con ello, y en la medida en que este

²³ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 607.

²⁴ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 293.

²⁵ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 292-293.

²⁶ Véanse las SSTC 138/1992, de 13 de octubre (FJ 2º), 133/1994, de 9 de mayo (FJ 5º), 157/1995, de 6 de noviembre (FJ 4º), 259/1994, de 3 de octubre (FJ 2º) y el ATC 13/1995, de 24 de enero (FJ 1º).

principio queda vinculado a lo que se conoce como *aspecto subjetivo* de la convicción judicial (resultado alcanzado tras la valoración del material probatorio disponible y practicado con todas las garantías), el Tribunal Constitucional entiende que, por tratarse de una esfera que le compete en exclusiva al órgano judicial de instancia, es imposible su revisión por otro órgano jurisdiccional: “constituye doctrina consolidada de este Tribunal que no nos corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que el art. 117.3 CE y el art. 741 LECrim atribuyen dicha tarea a los Tribunales penales, sino controlar exclusivamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia, de modo que tampoco es posible que entremos en el análisis de otras posibles inferencias distintas a las efectuadas por los órganos judiciales. Tales límites de la jurisdicción constitucional de amparo derivan, por un lado, de la imposibilidad legal [art. 44.1 b) LOTC] de valorar los hechos del proceso y, por otro, de la imposibilidad material de contar en el proceso de amparo con las garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria. Ello, conforme hemos declarado también de forma continuada en el tiempo, nos impide valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada por el Tribunal con arreglo a criterios de calidad u oportunidad (...). El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECrim, implica por tanto que los distintos medios de prueba han de ser ponderados por los órganos judiciales, que son quienes tiene la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia” (STC 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3º).

Junto a los datos expuestos debe tenerse presente un argumento frecuentemente utilizado por el Tribunal Constitucional y que se refiere a la prohibición establecida en el art. 44.1 b) LOTC de realizar en amparo un nuevo juicio sobre las cuestiones de hecho. Concretamente señala este precepto que para acudir al recurso de amparo es necesario “que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano

judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”. Sin embargo, algunos autores realizan una interpretación de esta prohibición distinta de la que hace el Tribunal Constitucional. En efecto, entienden que el artículo 44.1 b) LOTC hace referencia a la imposibilidad de realizar un nuevo enjuiciamiento sobre los hechos que dieron lugar a la resolución que se recurre en amparo, lo que no impide que el Tribunal Constitucional examine la racionalidad de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en la medida en que pueda resultar vulneradora de la presunción de inocencia o, en su caso, del principio *in dubio pro reo*. Ello les lleva a sostener que, en modo alguno, esto debe suponer una revisión, a su vez, de los hechos sobre los que versa dicha actividad probatoria, puesto que ésta es una facultad que excede claramente del ámbito de su función. En definitiva, consideran que la labor del Tribunal Constitucional consiste en determinar si se ha producido una vulneración de la presunción de inocencia, para lo cual debe examinar la valoración de la prueba –lo que constituye un juicio acerca de la racionalidad de la valoración y no un juicio sobre la prueba misma²⁷- para determinar si se ha realizado de acuerdo con las exigencias derivadas de este derecho; si aprecia tal vulneración, desde luego, no le compete realizar un nuevo enjuiciamiento de los hechos, sino que éstos quedaran a la espera, en su caso, de un ulterior proceso ante el órgano jurisdiccional correspondiente²⁸.

No obstante, ésta es una cuestión que será analizada posteriormente, pues las facultades de revisión del Tribunal Constitucional son cuanto menos controvertidas y generan, en la práctica, importantes problemas.

²⁷ En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E., “El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”, en *Actualidad Penal*, 2002, núm. XXXIX.

²⁸ Sostiene esta interpretación del art. 44.1 b) LOTC VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 342. Téngase en cuenta, además, que la competencia relativa a la valoración de la prueba está atribuida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales penales en virtud de los artículos 117.3 CE y 741 LECrim. Vid. por todas, la STC 178/2002, de 14 de octubre (FFJJ, 3º).



1.2. El principio *in dubio pro reo* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A diferencia de lo que sucede con otras cuestiones jurídicas, respecto de las cuales el Tribunal Supremo ha ido perfilando su jurisprudencia en función de los cambios operados por la doctrina del Tribunal Constitucional, en la materia que ahora nos ocupa ha sido éste último el que, partiendo de una postura abiertamente garantista en lo que respecta a la consideración del principio *in dubio pro reo* como manifestación del derecho a la presunción de inocencia, ha finalizado convergiendo con la línea de pensamiento más tradicional del Tribunal Supremo²⁹. Ciertamente, la trayectoria más consolidada del Tribunal Supremo ha sido la de entender que existe una importante diferencia entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, y ello basándose en los mismos argumentos aducidos por el Tribunal Constitucional antes mencionados. Así, en la inmensa mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo relativas a esta cuestión se establecen importantes límites a las posibilidades de revisar en casación la infracción del principio *in dubio pro reo*, por ser de aplicación en un ámbito de exclusiva competencia del tribunal sentenciador, como es la valoración de la prueba obrante en el proceso. Así se indica, por ejemplo, en la STS 693/1999, de 30 de abril (FJ 3º), al señalar que el principio estudiado es “una norma de interpretación, de naturaleza procesal, no integrada en precepto sustantivo alguno, de tal suerte que su aplicación entra de lleno en el ámbito exclusivo del juzgador de instancia y en su libertad de criterio para formar el veredicto definitivo”. Se trata ésta de una muestra de lo que constituye todavía hoy una línea jurisprudencial absolutamente consolidada³⁰.

²⁹ Esta idea ha sido apuntada por MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., pp. 610 a 612.

³⁰ En el mismo sentido, a título de ejemplo de la extensísima jurisprudencia al respecto, véanse las SSTS 2165/1992, de 15 de octubre (FJ 3º), 1727/1992, de 15 de julio (FJ 2º), 1123/1992, de 6 de

Sin embargo, se está abriendo camino una nueva línea en el seno del Tribunal Supremo que tiende a considerar que el principio *in dubio pro reo* es una de las manifestaciones de la presunción de inocencia y, en cuanto tal, merecedor de tutela jurisdiccional. La jurisprudencia más reciente admite la posibilidad -bajo determinados presupuestos- de revisar el juicio de hecho de la sentencia y, por tanto, de establecer si la condena está sólidamente justificada o, por el contrario, vulnera la presunción de inocencia. De este modo, el Tribunal Supremo parece estar acercándose a la postura inicial mantenida por el Tribunal Constitucional en la STC 31/1981, de 28 de julio en la que el principio *in dubio pro reo* era considerado merecedor del más alto rango constitucional, aunque, obviamente, con un campo de actuación más reducido que el de la presunción de inocencia. Así, por ejemplo, en la STS 1623/1992, de 10 de julio, se afirma tajantemente que el principio *in dubio pro reo* se encuentra amparado por el art. 24.2, formando parte de la presunción de inocencia (FJ 3º), y en la STS 1123/1992, de 6 de julio se califica a este principio como “de universal vigencia e implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, dentro de él, en la propia Ley fundamental que presume la inocencia hasta que no se demuestre la culpabilidad” (FJ 2º)³¹. En otras ocasiones, se ha entendido que el principio *in dubio pro reo* se encuentra integrado en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, como sucede en la STS 1013/1997, de 12 de julio (FJ 3º) y en la STS 744/1996, de 23 de octubre (FJ único)³². En cualquier caso, parece quedar patente la existencia de una corriente jurisprudencial que entiende posible la tutela casacional del principio *in dubio pro reo*. Pero ello no debe llevar a

julio (FJ 2º), 1394/1992, de 11 de julio (FJ 4º), 1245/1992, de 27 de mayo (FJ 4º), 923/1992, de 21 de abril (FJ 4º), 1375/1999, de 27 de septiembre (FJ 1º), 1202/1999, de 20 de julio (FJ 3º), 307/1999, de 2 de marzo (FJ 3º) 892/1998, de 26 de junio (FJ 5º), 45/1997, de 16 de enero (FJ 6º), 937/1996, de 29 de noviembre (FJ 4º), 1178/1995, de 23 de noviembre (FJ 4º) 1062/1995, de 30 de octubre (FJ 8º), 885/1995, de 12 de julio (FJ 1º), 878/1995, de 11 de julio (FJ 7º), 134/1995, de 7 de febrero (FJ 4º), 76/1995, de 24 de enero (FJ 7º), 675/1994, de 29 de marzo (FJ 1º), 290/1994, de 9 de febrero (FJ 3º), 2954/1993, de 27 de diciembre (FJ único), 476/1993, de 8 de marzo (FJ 1º), 73/1993, de 25 de enero (FJ 5º), 2165/1992, de 15 de octubre (FJ 3º) y los AATS de 29 de junio de 1994 (FJ 5º) y 564/1994, de 27 de abril (FJ 6º).

³¹ En sentido similar, véanse las SSTS 1587/1992, de 6 de julio (FJ 2º), 26 de febrero de 1990 (FJ único), 7 de febrero de 1990 (FJ único).

³² Igualmente, pueden verse las SSTS 536/1999, de 26 de marzo (FJ 1º) y 1202/1999, de 20 de julio (FJ 3º).

pensar que el Tribunal Supremo admite sin reservas el control de las posibles vulneraciones del principio *in dubio pro reo*. Por el contrario, tan sólo se admite dicha fiscalización en un supuesto muy concreto: cuando el órgano sentenciador ha expresado sus dudas respecto de algún hecho relevante para la resolución y, sin embargo, ha adoptado la solución más desfavorable para el reo de entre todas las posibles. De este modo, el Tribunal Supremo ha entendido que el principio *in dubio pro reo* posee una dimensión normativa (por tanto revisable en casación), consistente en el derecho a que, en caso de duda, se acoja la solución más favorable para el acusado, pero sin constituir en modo alguno un derecho a que el tribunal *a quo* dude³³. No obstante, como sucede con las facultades revisoras del Tribunal Constitucional en este punto, el acceso del principio *in dubio pro reo* a la casación no es de fácil encaje atendiendo, fundamentalmente, a la naturaleza extraordinaria de este recurso, como se tendrá ocasión de analizar posteriormente.

1.3. El principio *in dubio pro reo* en la doctrina.

Las posiciones de la doctrina en este punto han estado profundamente influidas por las mantenidas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, por lo que los argumentos utilizados vienen a coincidir en su mayor parte con los ya aducidos por ambos tribunales. Tal y como pone de manifiesto MONTAÑÉS PARDO, los puntos de apoyo de quienes formulan la distinción pueden reconducirse a tres³⁴: el diferente rango normativo de la presunción de inocencia y

³³ Vid., a título de ejemplo, las siguientes resoluciones del Tribunal Supremo: STS 444/2001, de 22 de marzo (FJ 1º), STS 120/2001, de 5 de febrero (FJ único), STS 1514/2000, de 26 de septiembre (FJ 1º), STS 825/1999, de 26 de mayo (FJ único), STS 34/1998, de 24 de enero (FJ único), STS 1013/1997, de 12 de julio (FJ 3º), STS 744/1996, de 23 de octubre (FJ único), STS 730/1996, de 11 de octubre (FJ 2º), STS 2105/1993, de 2 de octubre (FJ 4º) y STS 1623/1992, de 10 de julio (FJ 3º).

³⁴ MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 46 y ss.

del principio *in dubio pro reo*, la diferente protección jurisdiccional que reciben uno y otro y, por último, los distintos ámbitos de aplicación de cada uno de ellos.

En primer lugar, la distinción entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* se suele fundamentar en el distinto rango del que gozan. Se dice que mientras la presunción de inocencia es un derecho elevado a la categoría de derecho fundamental, el principio *in dubio pro reo* no pasa de ser un mero criterio informador de la actividad valorativa de la prueba de los órganos jurisdiccionales³⁵.

En segundo lugar, y en relación con la diferente protección jurisdiccional de las dos figuras estudiadas, se señala que mientras la violación de la presunción de inocencia, en tanto derecho fundamental, tiene acceso al recurso de amparo y al recurso de casación (*ex art. 5.4 LOPJ*)³⁶, la tutela del principio *in dubio pro reo* es mucho más limitada -como ya se ha visto-, por constituir un instrumento interpretativo aplicable únicamente por el órgano judicial de instancia³⁷.

Se afirma, en tercer y último lugar, que la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* operan en esferas no plenamente coincidentes, si bien se puntualiza que ambos tienen una raíz común que viene a confluir en el principio del *favor rei*³⁸. La tesis podría resumirse del siguiente modo: la presunción de

³⁵ En este sentido, véase JUANES PECES, A., “El principio de la presunción de inocencia...”, *ob. cit.*, p. 151; LUZÓN CUESTA, J.M^a., *La presunción de inocencia...*, *ob. cit.*, p.17; JAÉN VALLEJO, M., *La presunción de inocencia...*, *ob. cit.*, p. 19; ORTELLS RAMOS, M. (con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. Y MONTÓN REDONDO, A.), *Derecho Jurisdiccional...*, *ob. cit.*, p. 283; RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, A., “Notas...”, *ob. cit.*, pp. 288 y 289; ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación en el proceso penal*, Ed. DYKINSON, Madrid, 1999, p. 40; VÁZQUEZ SOTELÓ, J.L., “La presunción...”, *ob. cit.*, p. 121. Este último autor reconoce la estrecha relación existente entre uno y otro, pero niega la posibilidad de otorgar al principio *in dubio pro reo* el rango de derecho fundamental; HUERTAS MARTÍN, M^a.I., *El sujeto pasivo...*, *ob. cit.*, p. 74.

³⁶ En torno a las consecuencias derivadas del rango de derecho fundamental que ostenta la presunción de inocencia, véase *supra*, apartado 2.5.1 del capítulo III.

³⁷ Vid. la bibliografía citada al inicio de este apartado.

³⁸ Señala SABATINI que el principio *favor rei* inspira las normas procesales en las que se presentan dos intereses contrapuestos: los intereses del acusado y los intereses punitivos del Estado. De este modo, “Tale principio altro non è che l’applicazione specifica nel campo penale del

inocencia está llamada a resolver las situaciones en las que no existe verdadera prueba de cargo o, en su caso, cuando la prueba practicada no reúne las garantías constitucionales exigidas. Como es sabido, la presunción de inocencia impone la necesidad de que exista actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías como presupuesto de una sentencia de condena. Es precisamente en los casos en los que falte esa actividad probatoria cuando la sentencia debe ser, necesariamente, absolutoria por aplicación de este derecho fundamental. Por su parte, el principio *in dubio pro reo* encontraría aplicación en un momento posterior y en circunstancias diversas: existe mínima actividad probatoria para entender desvirtuada la presunción de inocencia pero, ya en la fase de valoración, el juez se encuentra en un estado de duda irresoluble (respecto de la suficiencia de la prueba de cargo o respecto de la confrontación entre pruebas de cargo y descargo), como consecuencia del cual debe aplicar dicho principio³⁹.

principio generale (...) secondo il quale la posizione del soggetto che sopporta una limitazione nella propria sfera di libertà giuridica è favorita dal diritto nel senso che tale limitazione sia sempre la meno gravosa possibile nel regolamento degli opposti interessi”. SABATINI, G., “Del favor rei come principio generale del diritto”, en *Giustizia Penale*, Parte Terza, 1955, p. 5; Véase también, del mismo autor, “In dubio pro reo”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, 1969, p. 613; ILLUMINATI, G., *La presunzione d’innocenza...*, ob. cit., p. 106 (nota 43). Para VÁZQUEZ SOTELO el principio *favor rei* es el que cumple la función de regla de juicio en el proceso penal en su manifestación como derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, el propio autor señala que ello es así porque ésta -o, si se quiere, aquél- exige que se realice actividad probatoria de cargo para que pueda declararse la culpabilidad, de forma que si no es así, la única solución es confirmar el *status* inicial de inocencia. Por su parte, señala este autor, el principio *in dubio pro reo*, que también constituye una manifestación del *favor rei*, entra en juego únicamente en los casos de duda. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 285 a 287. Pero hay que tener en cuenta que cuando VÁZQUEZ SOTELO habla de regla de juicio, en realidad se está refiriendo a la presunción de inocencia como regla probatoria, puesto que hace referencia a las exigencias para que tal presunción sea desvirtuada, mientras que hablar de regla de juicio, en su sentido tradicional, supone partir del estado mental de duda, sin que ello signifique que su aplicación sea incontrolable.

³⁹ MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 47; FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba...”, ob. cit., pp. 160 y ss; DE VEGA RUIZ, J.A., “La presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 96; JAÉN VALLEJO, M., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 19-20; JIMÉNEZ-BLANCO, G., “Derecho...”, ob. cit., p. 348; RIVES SEVA, A.P., *La prueba...*, ob. cit., p. 40; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 269.



1.4. Algunas cuestiones en torno a la distinción entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

Los tres argumentos aducidos por la doctrina y la jurisprudencia para justificar la distinción entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* (distinto ámbito de aplicación, distinto rango normativo y distintas posibilidades de protección) plantean una serie de problemas sobre los que conviene realizar algunas consideraciones.

El primero de los argumentos utilizados (relativo al distinto ámbito de aplicación de las dos figuras estudiadas) refleja, simplemente, dos de las manifestaciones atribuidas a la presunción de inocencia y, por tanto, no excluyentes entre sí: la exigencia de que la prueba sea practicada con todas las garantías (y en este sentido se emplea el término *prueba* entendido como actividad probatoria) deriva de la regla probatoria, mientras que la exigencia de que la prueba sea suficiente (entendida la *prueba* en este segundo caso como resultado probatorio), se pone en conexión con la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio. Sucede, pues, que si se entiende que la presunción de inocencia goza de esa doble función (regla probatoria y regla de juicio), el ámbito de aplicación del principio *in dubio pro reo* queda plenamente absorbido por el de aquélla. Lo veremos más adelante⁴⁰.

Por su parte, el argumento del distinto rango normativo de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo* se fundamenta únicamente en una interpretación literal del art. 24.2 CE, de tal modo que no aporta información acerca de las razones por las que se consideran figuras distintas. Para ello, sería necesario dar un paso más allá: si se entiende que la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* son figuras distintas, recibiendo de este modo un trato distinto, hay que mostrar, en primer lugar, cuáles son las diferencias que se presentan entre una

⁴⁰ Vid. *infra*, apartado 2º de este capítulo.

y otra y, en segundo lugar, si tales diferencias son tan relevantes como para justificar ese distinto trato. Esta doble labor es la que parecen olvidar quienes sostienen la distinción entre ambas figuras. Como después se verá, la consecuencia fundamental de tal diferenciación es la de permitir el control por instancias superiores de la correcta aplicación de la presunción de inocencia, mientras que la aplicación del principio *in dubio pro reo* no estaría sujeta a un control ulterior.

Por último, el tercer argumento (relativo al distinto control jurisdiccional de la vulneración de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*), consecuencia inevitable de los dos anteriores, nada nuevo parece justificar acerca de la pretendida distinción. Como señala MIRANDA ESTRAMPES, se confunden las diferencias existentes entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* con las posibilidades de impugnación de uno y otro⁴¹, ya que éstas —en lugar de constituir una muestra de que se trata de figuras distintas— no son más que las consecuencias que ineludiblemente se derivan de dicha diferenciación. Es precisamente en este punto donde se manifiesta el verdadero problema de fondo —y que quizás esté en el origen de la distinción estudiada—, consistente en determinar las posibilidades de control de la actividad jurisdiccional de valoración de la prueba. En efecto, negar la competencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional para revisar la apreciación probatoria realizada por los tribunales de instancia impide, si se considera que el principio *in dubio pro reo* es uno de los principios que rigen tal actividad, que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional entren a conocer de su vulneración. Entre todas las cuestiones examinadas, es ésta la que merece una mayor atención, pues, como bien puede observarse, plantea consecuencias prácticas de indudable envergadura.

Como es sabido, la doctrina jurisprudencial acerca de la valoración de la prueba comporta, en primer lugar, que una vez obrante en autos (a juicio del órgano judicial) prueba de cargo, la valoración que le merezca al tribunal de instancia no es revisable, salvo que resulte ilógica o carente de todo fundamento. En segundo

⁴¹ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 613.

lugar, como corolario de ello, la aplicación del principio *in dubio pro reo* se convierte en una práctica igualmente incontrolable, en la medida en que es imposible saber cuándo el tribunal de instancia debió dudar ante determinadas pruebas. En tercer lugar, admitir tal distinción implica que sólo la absolución provocada por aplicación de la presunción de inocencia como regla probatoria es controlable, mientras que la decisión acerca de si la sentencia debía ser absolutoria por insuficiencia de las pruebas practicadas pasa a ser una facultad sobre la que no cabe supervisión alguna⁴².

Por lo que respecta a la primera cuestión apuntada (ausencia de control de la valoración de la prueba), es de todos conocida la copiosa doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la valoración realizada por los órganos jurisdiccionales sólo es revisable cuando resulte carente de toda lógica y sea contraria al sentido común⁴³. Pero, desde esta perspectiva, las posibilidades de control serían prácticamente inexistentes, en la medida en que pocas son las ocasiones en las que la valoración de la prueba realizada en primera instancia –y puesta de manifiesto a través de la motivación– aparece realmente como ilógica o fuera de todo sentido. Como señala IGARTUA SALAVERRIA, generalmente la estimación del recurso de amparo se produce como consecuencia de la falta de motivación, esto es, por resultar imposible saber si la valoración ha sido racional o no, pero no por tratarse de valoraciones carentes de un verdadero fundamento racional⁴⁴.

En cuanto a la segunda cuestión (ausencia de control de la vulneración del principio *in dubio pro reo*), nos encontramos con el hecho de que este principio, de ser una regla de obligada observancia ante una situación de duda, pasa a convertirse

⁴² Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 619. En el mismo sentido, vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 24 (nota 25).

⁴³ Vid., por todas, la STC 220/1998, de 16 de noviembre (FJ 4º). En esta misma resolución se admite también el examen de la valoración de la prueba realizado por el tribunal cuando existan tantas hipótesis alternativas a la adoptada finalmente que sea imposible considerar ésta como probada.

⁴⁴ IGARTUA SALAVERRIA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 59.

–hasta fechas recientes– en un principio cuya aplicación, en la práctica, y si el tribunal no expresa sus dudas, carece de toda posibilidad de control⁴⁵. No obstante, estos problemas serán en gran parte solucionados con la generalización del doble grado de jurisdicción posibilitada por la reciente reforma de la LOPJ mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre (art. 73.3.c) LOPJ), de modo que se extiende a todo tipo de procedimientos penales la posibilidad de realizar un nuevo enjuiciamiento de los hechos y, por tanto, una revisión de la valoración de la prueba practicada en primera instancia. En cualquier caso, esto será objeto de un análisis más detenido posteriormente.

En relación con la tercera cuestión, resulta interesante reflexionar acerca de la crítica que MIRANDA ESTRAMPES dirige a la existencia de una doble causa de absolución (por aplicación del principio *in dubio pro reo* y por aplicación de la presunción de inocencia). Señala este autor que la distinción entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* supone adoptar un sistema similar al tantas veces repudiado sistema establecido por el cpp italiano de 1930, en el que expresamente se establecía la posibilidad de absolver al acusado por insuficiencia de pruebas (art. 479 cpp 1930)⁴⁶. El aspecto problemático que planteaba este precepto era, sin duda, que la absolución no era libre. Por el contrario, el juez se limitaba a absolver poniendo de manifiesto en el fallo que la absolución era debida a la insuficiencia de las pruebas y, por lo tanto, no se declaraba abiertamente la inocencia del acusado aunque en virtud del art. 479 cpp procediese dicha resolución⁴⁷. En efecto, no es admisible en nuestro sistema una norma del tenor del art. 479 cpp italiano, pues la absolución provocada por una insuficiencia de pruebas no puede dejar sombra de sospecha alguna sobre la persona declarada inocente, ya que las consecuencias de la absolución dictada por este motivo deben ser idénticas a las que se producen por

⁴⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación...”, ob. cit., p. 19.

⁴⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 619.

⁴⁷ El problema que planteaba la absolución por insuficiencia de pruebas no era otro que el tratamiento que podríamos denominar de “sospechoso” que el absuelto por esta causa recibía en la parte dispositiva de la sentencia.

la falta absoluta de pruebas⁴⁸. Ello es así por dos razones: por un lado, porque la absolución en nuestro sistema es libre en todo caso, esto es, no puede suponer un juicio de sospecha acerca de la posible autoría del acusado de la que no se han obtenido las pruebas suficientes (art. 144 LECrim) y, por otro lado, porque la incertidumbre constituye un posible resultado de la valoración de la prueba, de tal forma que el lugar adecuado de la sentencia en el que el órgano judicial debe expresar sus dudas no es el fallo o parte dispositiva (dirigida únicamente a exponer la declaración de inocencia o culpabilidad, tal y como se desprende del art. 142 regla 4ª ap. 5º LECrim⁴⁹), sino la motivación, ya que ésta consiste en la explicitación del razonamiento probatorio y del subsiguiente resultado⁵⁰. De este modo, no es posible negar que existen dos causas de absolución (una por inexistencia o ilegalidad de las pruebas y otra por insuficiencia de las mismas), pero ello no supone necesariamente que ésta última lleve implícita un juicio desfavorable para el acusado. Así se ha reconocido expresamente en el cpp italiano de 1988, que ha eliminado la absolución por insuficiencia de pruebas y cuyo artículo 530 obliga a los jueces a absolver en tres supuestos: inexistencia de pruebas de cargo, insuficiencia de las mismas y existencia de pruebas contradictorias (éste último supuesto sería similar al anterior, puesto que supone la existencia de pruebas de cargo y de descargo cuyo balance arroja dudas y, por

⁴⁸ Señalaba CARNELUTTI en este sentido que la insuficiencia de pruebas sólo puede ser interpretada en dos sentidos: bien como existencia de prueba, bien como inexistencia de la misma: "Il dubbio deve essere risolto come la superficie del circolo deve essere misurata. Se è così non resta che ricorrere a una equazione. E le equazioni non possono essere se non due: o insufficienza di prove = esistenza di prove oppure insufficienza di prove = mancanza di prove. (...) Tra le due soluzioni bisogna scegliere. Se non è punito è trattato come se prove della sua colpevolezza non esistessero. L'equazione non può essere dunque che tra l'insufficienza e la mancanza". CARNELUTTI, F., "Confutazione logica del proscioglimento per insufficienza di prove", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1963, pp. 3-4. Esto mismo señala RICCIO, G. en AA VV, *L'insufficienza di prove. Atti del seminario del 9 aprile 1981*, Centro Stampa dell'Università di Salerno, Salerno, 1983, p. 12.

⁴⁹ Téngase en cuenta, además, que el art. 742 LECrim prohíbe expresamente que, una vez concluido el juicio para sentencia, los jueces puedan utilizar la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a los que consideren que no deben condenar.

⁵⁰ La disyuntiva apuntada acerca del lugar oportuno en el que debe constar la insuficiencia de pruebas es puesta de manifiesto por GALATI, A., en AA VV, *L'insufficienza di prove...*, ob. cit., pp. 20 y ss.

tanto, hace que las pruebas de cargo sean insuficientes para declarar la culpabilidad). No podía ser de otro modo cuando el TEDH mantiene desde hace años una jurisprudencia claramente consolidada en torno al tratamiento que debe recibir quien ha sido acusado sin que se haya logrado acreditar su responsabilidad penal. Así, por ejemplo, en el asunto *Marziano c. Italia* (STEDH de 28 de noviembre de 2002), se afirma que la presunción de inocencia “se vulnera si una decisión judicial relativa a un acusado refleja un sentimiento de culpabilidad, cuando dicha culpabilidad no ha sido con anterioridad legalmente probada”, si bien entiende que “debe distinguirse entre las decisiones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir una sospecha. Las primeras vulneran la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas en varias ocasiones como conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio” (§ 28 y 31, respectivamente)⁵¹.

Por lo tanto, el problema no reside tanto en la existencia de dos causas de absolución (lo que resulta indiscutible si se tiene en cuenta que son la contrapartida de los resultados probatorios posibles⁵²), sino en las consecuencias que se han querido derivar de ello, consistentes en otorgar un distinto tratamiento al absuelto por insuficiencia de pruebas y, fundamentalmente, en privar de control jurisdiccional a la absolución por esta causa.

⁵¹ En el mismo sentido, y más claro si cabe, es el TEDH en la sentencia de 5 de noviembre de 2002 (asunto *Demir c. Austria*), en la que afirma que “una vez que la absolución ha pasado a ser definitiva -aunque sea una absolución que otorga al acusado el beneficio de la duda de acuerdo con el artículo 6.2- la expresión de cualquier sospecha de culpabilidad, incluyendo las expresadas en las razones para la absolución, es incompatible con la presunción de inocencia” (§ 27). Vid., asimismo, ORTELLS RAMOS, M., “Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal (La doctrina de la “noción autónoma de materia penal”. Derechos a un tribunal independiente e imparcial y a que la causa sea oída equitativamente. Presunción de inocencia)”, en *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993, pp. 198-200.

⁵² Señala en este sentido TRANCHINA que “sul piano psicologico il problema del dubbio del giudice è un problema grossissimo, ed è un problema purtroppo ineliminabile. Il discorso è se questo dubbio possa, poi trovare il suo ingresso nell’operato dell’uomo-giudice; se, in altri termini, sul piano giuridico (...) questo dubbio che si trasferisce nell’assoluzione con formula dubitativa possa o no essere accettabile”. TRANCHINA, G., en AA VV, *L’insufficienza di prove...*, ob. cit., p. 25.

Precisamente, retomando el problema de la posibilidad de examinar si en la sentencia de instancia se ha vulnerado el principio *in dubio pro reo*, es necesario poner de manifiesto que la postura teórica adoptada por el Tribunal Supremo no responde estrictamente a lo que realmente realiza en la práctica. En efecto, como se ha visto, el Tribunal Supremo considera que sólo cuando el tribunal haya condenado a pesar de haber expresado sus dudas, es posible revisar la sentencia a través del recurso de casación⁵³. Pero, en la práctica, y siguiendo en este punto al Tribunal Constitucional⁵⁴, el Tribunal Supremo prescinde del requisito de que las dudas se expresen en la sentencia y considera que la existencia de hipótesis alternativas igualmente fundadas impide considerar que alguna de ellas está suficientemente acreditada. Así puede verse, por ejemplo, en la STS 1359/1998, de 10 de noviembre. En su FJ 1º se afirma que “si el Tribunal de instancia llegó a estar convencido de la culpabilidad del acusado, es evidente que no pudo infringir el principio “*in dubio pro reo*” puesto que despejó en su conciencia la duda que metódicamente debe preceder a todo pronunciamiento judicial condenatorio”. Sin embargo, en el FJ 4º se indica que la presunción de inocencia exige que “la declaración de culpabilidad del acusado resulte ser la única certeza a que razonablemente pueda llegar el Tribunal en la apreciación de la prueba”, tras lo cual, y entendiendo que de la prueba practicada ante el tribunal de instancia la hipótesis acusatoria no es la única razonable posible, se estima el recurso de casación interpuesto por vulneración de la presunción de inocencia. Tal afirmación

⁵³ Para GASCÓN ABELLÁN, ello supone convertir la libre valoración de la prueba en “un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona”, pues la duda sólo resultará relevante cuando haya sido puesta de manifiesto en la sentencia y, en segundo lugar, porque lógicamente son realmente escasos los supuestos en los que el órgano judicial condena tras haber expresado sus dudas. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 159. Por el contrario, si se admite que el *in dubio pro reo* forma parte de la presunción de inocencia, es necesario determinar si, en el caso concreto, la valoración de la prueba (tal y como se expresa en la misma) conduce indefectiblemente a declarar la culpabilidad del acusado o si, por el contrario, de la prueba practicada se desprenden hipótesis alternativas más favorables e igualmente fundadas, lo que, en definitiva, es tanto como afirmar que el órgano judicial tendría que haber dudado. Así lo pone de manifiesto RUSCONI, quien señala que la certeza racional en el ámbito del proceso para condenar exige, para reunir todas las condiciones de legitimidad necesarias, que exista una única hipótesis fáctica. RUSCONI, M. A., “Principio de inocencia...”, ob. cit., p. 48.

⁵⁴ STC 220/1998 (FJ 4º).

del Tribunal Supremo (la existencia de varias hipótesis que pueden entenderse igualmente fundadas) parece que sólo puede entenderse en el sentido de que el principio *in dubio pro reo* no sólo es vulnerado cuando el tribunal de instancia, a pesar de sus dudas, condena, sino en un sentido más amplio: la coexistencia de varias hipótesis explicativas de los hechos, que razonablemente puedan entenderse igualmente fundadas, debe llevar a acoger la que resulte más favorable para el acusado. En definitiva –y aunque el Tribunal Supremo lo exprese de otro modo–, ante dicha situación, el tribunal de instancia no puede tener la certeza de su culpabilidad y, por tanto, debe declarar su inocencia⁵⁵. Así se deduce también de la STS 1625/2000, de 31 de octubre, en la que aprecia una infracción del principio *in dubio pro reo* “dado que no eran de excluir posibilidades de los hechos más favorables al acusado” (FJ 3º). Más expresiva todavía es la STS 39/1999, de 26 de enero, en la que el estado de duda adopta una dimensión más objetiva, puesto que el Tribunal Supremo no exige para apreciar la violación del *in dubio pro reo* que el tribunal de instancia exprese sus dudas en la sentencia y, a pesar de ello, condene, sino que es necesario que la sentencia recurrida ofrezca al órgano judicial revisor “suficientes dudas sobre la culpabilidad del encausado” (FJ único)⁵⁶.

Resoluciones de este tipo son las que llevan a BELLOCH JULBE a considerar, con acierto, que, en la práctica, el Tribunal Supremo revisa la correcta

⁵⁵ En este sentido, señala la STS 620/1998, de 6 de mayo que el estado de duda consiste en no poder “descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado” (FJ 4º). En similares términos se manifiestan JIMÉNEZ VILLAREJO y GARCÍA ANCOS, por un lado, y BACIGALUPO ZAPATER, por otro, en sendos votos particulares emitidos a la STS 2/1998, de 29 de julio, al entender que de la prueba practicada se desprenden hipótesis alternativas a la acusatoria respecto de algunos de los acusados que, incluso, pueden llegar a ser más fiables que la mantenida por el resto de miembros de la Sala en la sentencia (FFJJ 4º y 2º, respectivamente), por lo que, a su juicio, en palabras de BACIGALUPO ZAPATER, la valoración de la prueba realizada en la resolución “no cumple con las exigencias de racionalidad del art. 741 LECrim (...)”.

⁵⁶ Así se desprende también de la STS 459/2000, de 22 de marzo (FJ 3º) y de la STS 1791/2000, de 22 de noviembre (FJ único).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

aplicación del principio *in dubio pro reo* aunque no se haga un reconocimiento expreso⁵⁷.

En definitiva, y a juicio de quienes no secundan la distinción perfilada por nuestros tribunales entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, la razón fundamental no confesada que ha llevado a sostener esta doctrina es la voluntad de evitar que los recursos de casación y amparo se conviertan en una nueva instancia en la que se pretenda un nuevo enjuiciamiento del relato fáctico llevado a cabo por el tribunal sentenciador⁵⁸. Sin embargo, no parece que una finalidad de este tipo justifique la distinción entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. En primer lugar, porque, como ya se vio, no existen diferencias sustanciales entre ambas figuras, siempre, por supuesto, teniendo en cuenta que se está analizando la presunción de inocencia desde su dimensión de regla de juicio. En segundo lugar, no es afortunada la distinción por carecer de sentido clarificador, en la medida en que aporta más elementos de confusión de los que pretende eliminar. Para la obtención de los propósitos señalados, hubiera sido suficiente con apuntar que la dimensión de regla de juicio de la presunción de inocencia, puesto que entra de lleno en el territorio de la libre valoración, no puede ser objeto de control. De este modo, la polémica se traslada a otro ámbito, cual es la fiscalización de la valoración de la prueba. Especialmente contundente en este sentido ha sido ANDRÉS IBÁÑEZ (si bien en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque la crítica puede hacerse extensible perfectamente al Tribunal Supremo), para quien “otra cosa es que el Tribunal Constitucional, por razones esencialmente pragmáticas, incluso de agenda, tenga necesidad de establecer algún criterio-filtro

⁵⁷ “Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo, en la práctica totalidad de los casos en que han hecho uso de su facultad de anular o casar sentencias recurridas, ha sido, precisamente, como consecuencia de entender que los indicios podían conducir no sólo a la tesis condenatoria sino también a otras tesis alternativas igualmente razonables de contenido absolutorio, lo que supone, en mi opinión, una clara aplicación de las consecuencias implícitas en el principio interpretativo “*in dubio pro reo*””. BELLOCH JULBE, J. A., “La prueba indiciaria”, en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 77. En el mismo sentido, MARTÍNEZ VAL, J. M^a., “El principio...”, ob. cit., p. 345.

⁵⁸ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 613.

en el acceso al recurso de amparo. Pero de este dato de hecho no deberían derivarse perturbadoras consecuencias de índole conceptual”⁵⁹.

De lo visto hasta ahora se desprende una idea con bastante claridad: que la distinción entre presunción de inocencia y principio *in dubio pro reo* responde a una necesidad práctica de nuestros tribunales, en la medida en que con ella se ha tratado de evitar dotar de relevancia constitucional a este principio y, de este modo, su acceso al recurso de casación (ex art. 5.4 LOPJ) y, en su caso, al recurso de amparo, salvo –como ha sido expuesto anteriormente- en supuestos en los que la decisión resulta abiertamente injustificada. Pero, en todo caso, dicha finalidad podría haber quedado igualmente clara sin necesidad de acudir a esta diferenciación.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a continuación se tratará de poner de manifiesto la función que actualmente se atribuye a la presunción de inocencia como regla de juicio y su operatividad en nuestro proceso penal si se entiende –a diferencia de la tesis sostenida por nuestra jurisprudencia- que su ámbito de actuación se encuentra también integrado por el del aforismo *in dubio pro reo*⁶⁰.

Como se ha señalado en las páginas precedentes, la presunción de inocencia, entre otras funciones, asume el papel de regla de juicio en el proceso penal. Ello supone, si aceptamos el concepto que tradicionalmente se le otorga a la expresión *regla de juicio*, que en los casos en los que el órgano jurisdiccional no haya alcanzado la certeza necesaria acerca de la culpabilidad del acusado sobre la base del material probatorio disponible, debe absolver. Como es sabido, la duda racional, la incertidumbre irresoluble, es la que determina la aplicación del

⁵⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 24 (nota 25). También CUERDA RIEZU señala razones del volumen de trabajo, entre otras, como motivo de la negativa del Tribunal Constitucional a realizar un exhaustivo control de la valoración de la prueba. CUERDA RIEZU, A., “Bastantes falacias, algunas verdades...”, ob. cit., pp. 2694-2695.

⁶⁰ Así lo entiende, entre otros, TARUFFO, M., “Algunos comentarios...”, ob. cit., p. 99.



expediente formal de decisión. La regla de juicio, pues, constituye una regla de clausura sobre la decisión fáctica⁶¹.

En el ámbito del proceso civil que, como se ha señalado en varias ocasiones, es donde se han realizado la mayoría de estudios doctrinales sobre esta materia, no es ni mucho menos controvertido que la regla de juicio hace referencia a lo que tradicionalmente ha venido entendiéndose como *carga material de la prueba*, esto es, el expediente formal de decisión aplicable en aquellos casos en los que el juez no ha obtenido la certidumbre necesaria para dictar sentencia condenatoria o absolutoria y, por tanto, cuando se encuentra ante un hecho incierto. Partiendo de la obligación de resolver sobre el fondo del asunto, dada la prohibición del *non liquet*, el ordenamiento establece una serie de reglas –que no tienen por qué ser las mismas en el proceso civil y en el proceso penal– que no sólo orientan la labor judicial de decisión, sino que imponen, de manera predeterminada y con abstracción del caso concreto del que se trate, la solución que debe dar el juez al caso dudoso⁶².

No parece haber problemas, pues, en importar estas ideas al campo del proceso penal. Lo que se entienda por *regla de juicio* es independiente del contenido de la misma en cada tipo de proceso. Así, por lo que respecta al proceso penal, señala FERRAJOLI que éste adopta como regla de clausura el principio *in dubio pro reo*, según el cual la incertidumbre sobre la existencia de los presupuestos de la pena se resuelve siempre a favor del acusado lo que, a su vez, constituye una garantía de imparcialidad judicial en la elección de hipótesis explicativas de los hechos⁶³. De este modo, en los supuestos en los que la acusación no aporta elementos de prueba o, en su caso, los aportados no pueden entenderse racionalmente de cargo, no hay duda, sino carencia absoluta de instrumentos para decidir y, por tanto, la presunción constitucional de inocencia como regla de juicio

⁶¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 151.

⁶² Acerca de esta cuestión, véanse las observaciones que se hicieron *supra*, en el capítulo 2º de este trabajo.

⁶³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 105.



no llega siquiera a aplicarse, puesto que sigue en pie la consideración inicial de inocencia a favor del acusado. En estas situaciones, la absolución es consecuencia de la presunción de inocencia como regla probatoria, puesto que no se han cumplido las exigencias que ésta impone. Sin embargo, existiendo prueba de cargo, puede plantearse la duda acerca de si ésta resulta suficiente, en cuyo caso la absolución se produce necesariamente por aplicación de la regla de juicio que constituye la presunción de inocencia⁶⁴. Parece posible –y, sobre todo, necesario– sostener la distinción entre la dimensión probatoria y la dimensión como regla de juicio de la presunción de inocencia. Si se recuerda, la presunción de inocencia impone (cuando actúa como regla probatoria), que la condena vaya precedida de actividad probatoria de cargo practicada en el juicio oral y de acuerdo con el sistema de garantías constitucionales y procesales previsto. En estos casos, actúa como regla relativa a las condiciones de legitimidad que debe reunir la actividad probatoria, por lo que es un presupuesto de la actividad de valoración y, por tanto, rige en un momento anterior a la misma. Pero en su vertiente de regla de juicio, la presunción de inocencia supone que en el caso en el que el órgano sentenciador, tras la valoración del material probatorio obrante en el proceso tenga dudas sobre la culpabilidad del acusado, debe declarar su inocencia. Dichas dudas –que constituyen, por tanto, el presupuesto necesario para la aplicación de la regla de juicio– pueden tener su origen, bien en la insuficiencia *per se* de la prueba de cargo (por supuesto, en este caso se habla de prueba en el sentido de *resultado probatorio*), bien en la ponderación de las pruebas de cargo y de descargo que, en su caso, se hayan practicado.

La idea de suficiencia de la prueba aparece así como punto clave para distinguir entre regla probatoria y regla de juicio. De este modo, se pone de manifiesto que la aplicación de la presunción de inocencia como regla probatoria requiere un examen previo acerca de la existencia de prueba en su acepción de actividad probatoria, mientras que como regla de juicio su aplicación es consecuencia del examen relativo a la prueba en su sentido de resultado

⁶⁴ Vid., por todos, ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 45.

probatorio⁶⁵. Como señala ILLUMINATI, desde este punto de vista, en la base de la regla de juicio que constituye la presunción de inocencia está el principio *in dubio pro reo*⁶⁶ y, por tanto, asume relevancia constitucional. Desde luego, las posibilidades de control de los supuestos en los que debiera haberse aplicado este principio y no se ha hecho es otra cuestión de indudable relevancia que será examinada a continuación, pero que en nada influye en la adopción de esta postura. Lo que no parece oportuno es señalar, por un lado, que la presunción de inocencia está llamada a resolver los supuestos de insuficiencia de la prueba y, posteriormente, excluir esta función -expresada en el axioma *in dubio pro reo*- de la órbita de este macroderecho e, incluso, sostener que se trata de figuras incompatibles. Como señala IGARTUA SALAVERRIA, es precisamente la exigencia jurisprudencial de que la prueba sea *suficiente* la que determina que sea imposible distinguir entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, pues establecer la suficiencia probatoria, lejos de ser una apreciación objetiva, es una actividad claramente valorativa⁶⁷.

Así, parece quedar claro que presunción de inocencia e *in dubio pro reo* son expresiones distintas llamadas a resolver una misma situación: la duda acerca de las cuestiones fácticas. Como señala el TEDH en el caso *Telfner v. Austria*⁶⁸, la presunción de inocencia supone que cualquier duda acerca de la culpabilidad del acusado debe interpretarse a su favor, y éste es, precisamente, el sentido de la regla de juicio en el proceso penal, sea cual sea la calificación que reciba.

⁶⁵ Acerca de la distinción entre prueba como actividad y prueba como resultado, véase TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo, libre apreciación...”, ob. cit., p. 22, si bien en relación con las facultades de control que ostenta el Tribunal Constitucional en materia de valoración de la prueba, aunque sus conclusiones pueden extenderse fácilmente al tema que ahora se estudia. Así mismo, vid. *supra*, apartado 1º del capítulo I.

⁶⁶ ILLUMINATI, G., *La presunzione...*, ob. cit., p. 106.

⁶⁷ IGARTUA SALAVERRIA, J., “¿Ni inocente ni culpable? Tribunal del Jurado, presunción de inocencia, in dubio pro reo”, en *La Ley*, núm. 5203, 12 de diciembre de 2000, p. 1.

⁶⁸ STEDH de 20 de marzo de 2001, núm. 33501/1996.

Esta conclusión invita a reflexionar acerca de la necesidad de mantener esta doble denominación, sobre todo teniendo en cuenta los problemas examinados. En este sentido, se entiende completamente acertada la propuesta realizada en la STC 24/1984, de 23 de febrero antes apuntada, consistente en abandonar la expresión *in dubio pro reo* para adoptar exclusivamente la de *presunción de inocencia*, puesto que se trata ya de un derecho constitucional consagrado y evita los inconvenientes estudiados⁶⁹. Cuestión distinta es determinar la posibilidad de supervisar si la decisión judicial en la que se absuelve o se condena al imputado ante una situación de duda es o no acertada, pero esto será analizado más adelante.

2. LA REGLA DE JUICIO: SOLUCIÓN A LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE INSUFICIENCIA PROBATORIA.

2.1. Introducción.

Realizado ya el análisis de las relaciones existentes entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, corresponde ahora proceder al desarrollo del contenido de la regla de juicio en el proceso penal, lo que en realidad consiste en abordar las consecuencias derivadas de las situaciones de insuficiencia probatoria tanto de cargo como de descargo. Ambas cuestiones – principalmente la segunda- plantean algunos problemas que, como después se verá, adquieren una importante dimensión práctica.

⁶⁹ MIRANDA ESTRAMPES sostiene en esta línea que la presunción de inocencia ha venido a sustituir al principio *in dubio pro reo* como regla de juicio penal. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 618.

La carga de la prueba en su manifestación de regla de juicio es lo que en la terminología tradicional se denomina carga de la prueba *material*⁷⁰. Se trata ésta de una de las vertientes del derecho a la presunción de inocencia que menor tratamiento ha recibido, y ello porque la mayoría de los estudios dedicados a este derecho fundamental han tomado como eje central su papel como regla probatoria, esto es, como derecho fundamental que impone una serie de exigencias respecto de la actividad probatoria necesaria para dictar una sentencia condenatoria. Requisitos que, como es sabido, están más bien referidos a la legitimidad de la prueba de cargo, dejando en un claro segundo plano el estudio de las consecuencias inherentes a la insuficiencia de la prueba, tanto de cargo como de descargo.

Junto con ello, hay que recordar que esta materia es objeto de un grave vacío legal, dada la ausencia de norma procesal alguna que desarrolle el marco concreto de actuación del derecho a la presunción de inocencia con excepción, como luego se verá, de las previsiones establecidas en la LOTJ, por lo que resulta necesario acudir a una triple vía de análisis para dar respuesta a las cuestiones que plantea su estudio. En primer lugar, se hará referencia a los estudios que se han realizado en el campo del proceso civil sobre la carga de la prueba, sin olvidar por ello las diferencias existentes entre ambos tipos de procesos. Adviértase que la relevancia de este instrumento de análisis se pone de manifiesto desde el mismo momento en que, tradicionalmente, los estudios doctrinales relativos a la carga de la prueba se han desarrollado en el campo del proceso civil, siempre tomando como eje las ideas de autonomía y autorresponsabilidad de las partes, lo que, en palabras de ILLUMINATI, ha planteado una suerte de “hipoteca metodológica” que ha obstaculizado un análisis más profundo desde la perspectiva del proceso penal, por cuanto éste permanece ajeno a tales presupuestos⁷¹. Por todo ello, será necesario incidir en las diferencias existentes entre ambos procesos a fin de evitar una transposición totalmente automática de la regla de juicio civil al proceso penal.

⁷⁰ Vid. *supra*, capítulo II.

⁷¹ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 102.

En segundo lugar, se centrará la atención en las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales realizadas sobre el alcance de la presunción de inocencia como regla de juicio. Debido precisamente al vacío legislativo antes apuntado, se producen en este punto importantes diferencias entre la doctrina y la jurisprudencia que, incluso en algunos aspectos, se manifiestan en conclusiones diametralmente opuestas.

En tercer y último lugar, se tomarán en consideración, como vía de análisis, las soluciones normativas y doctrinales propuestas en el marco del sistema jurídico italiano. La reforma efectuada por el legislador de 1988 en dicho país en torno a esta cuestión podría constituir el modelo de una futura fijación normativa de las consecuencias de la falta de prueba en nuestro proceso penal.

2.2. La regla de juicio en el proceso civil: el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No es extraño que el legislador de 2000 haya prestado especial atención a la concreción normativa de la regla de juicio aplicable ante hechos dudosos en el proceso civil, porque la regulación de la carga de la prueba, que hasta la aprobación de la LEC de 2000 se contenía en el art. 1214 del Código Civil⁷², resultaba claramente insuficiente, dando por ello lugar a numerosas polémicas en torno a su alcance⁷³. Como es de todos sabido, a dicho precepto se le imputaban dos defectos fundamentales: en primer lugar, se decía de él que era incorrecto, en la medida en

⁷² Señalaba este precepto que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción a quien la opone”.

⁷³ Una primera polémica, que no será tratada aquí por exceder ampliamente de la finalidad del presente estudio comparativo, fue la relativa al carácter procesal o material de la norma, sin duda provocado fundamentalmente por su ubicación en un código de carácter material. Un reflejo de esta polémica, claramente superada hoy día –sobre todo a partir de la sustitución del art. 1214 CC por el art. 217 LEC en virtud de la disposición derogatoria única (apartado 2.1º) de la nueva LEC- puede verse en HERCE QUEMADA, V., “La carga de la prueba”, ob. cit., pp. 8 y ss. (separata).

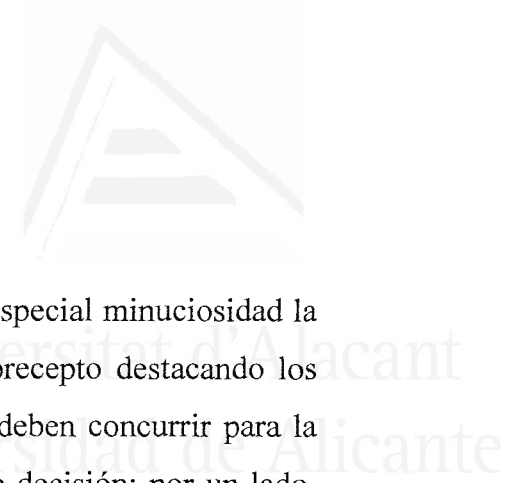
que el objeto de la prueba no son las obligaciones, sino los hechos –o las afirmaciones realizadas en torno a los mismos-, así como porque los hechos que fundamentan las obligaciones no son los únicos que pueden ser objeto de prueba, sino que lo son todos aquéllos en los que se pretenda fundamentar la existencia de cualquier relación jurídica⁷⁴. En segundo lugar, el art. 1214 CC se consideraba incompleto, puesto que sólo hacía referencia a los hechos que constituyen y extinguen las relaciones jurídicas, sin hacer alusión alguna a los hechos impositivos, modificativos y excluyentes, igualmente relevantes para la decisión judicial⁷⁵.

Pues bien, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha venido a colmar, si no una laguna legal, sí una importante deficiencia legislativa que hasta entonces sólo había sido resuelta parcialmente por nuestros tribunales⁷⁶. El artículo

⁷⁴ Vid., por todos, MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., (1998), p. 60 y SERRA DOMÍNGUEZ, M. (con GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CORDÓN MORENO, F.), “Artículo 1214”, ob. cit., p. 320.

⁷⁵ Acerca de los distintos tipos de hechos relevantes en atención a los efectos que producen sobre las relaciones jurídicas, vid. *supra*, apartado 3º del capítulo I. Esta insuficiencia es puesta de manifiesto, entre otros muchos, por VALLESPÍN PÉREZ, D., “Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español”, en *Justicia* 99, núm. II, pp. 299-300.

⁷⁶ El Tribunal Supremo mantuvo, desde la sentencia de 3 de junio de 1935, la distinción entre hechos constitutivos, impositivos, extintivos y excluyentes a fin de completar la norma del art. 1214 CC. Entre las últimas sentencias relativas a la interpretación de este precepto, véanse las SSTS de 17 de junio de 1989 (FJ 3º), 30 de marzo de 1995 (FJ 3º), 27 de febrero de 1998 (FJ 3º), 12 de marzo de 1998 (FJ 2º), 12 de febrero de 1999 (FJ 3º) y 17 de abril de 1999 (FJ 3º). Así mismo, en los últimos años, el Tribunal Supremo trató de atemperar la rígida distribución de la carga de la prueba introduciendo el criterio corrector de la facilidad probatoria, sobre todo en materias como la responsabilidad médica, tal y como se pone de manifiesto en las SSTS de 2 de diciembre de 1996 (FJ 3º), de 1 de julio de 1997 (FJ 5º) y de 22 de mayo de 1998 (FJ 3º). Especialmente expresiva es la STS de 18 de mayo de 1988 (FJ 5º), en la que se indica que “la carga de la prueba, concebida como la consecuencia adversa que ha de sufrirse, si no se ha probado lo suficiente, en ejercicio del derecho a probar, sin otros límites que su licitud, (...) ha de ser interpretada según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte”. En el mismo sentido, véanse las SSTS de 17 de junio y 23 de septiembre de 1989, 8 de marzo y 26 de septiembre de 1991. También el Tribunal Constitucional se hizo eco de la necesidad de introducir criterios correctores a las normas sobre carga de la prueba, como se aprecia en la STC 7/1994, de 17 de enero (FJ 7º), en la que se afirma que el carácter formalista del art. 1214 CC no puede actuar en detrimento de derechos constitucionales, como sucede cuando está en juego el derecho a la determinación de la filiación frente a la libertad de sometimiento a las pruebas biológicas de paternidad.



217 LEC, a lo largo de sus seis apartados, regula con una especial minuciosidad la carga de la prueba en el proceso civil. Comienza dicho precepto destacando los presupuestos que, como ya se tuvo ocasión de analizar⁷⁷, deben concurrir para la aplicación de la regla de juicio como expediente formal de decisión: por un lado, que el proceso se encuentre en la fase decisoria⁷⁸ (y, por tanto, en un momento inmediatamente posterior al de la valoración de la prueba) y, por otro, que permanezcan en la causa hechos inciertos que sean relevantes para dictar sentencia.

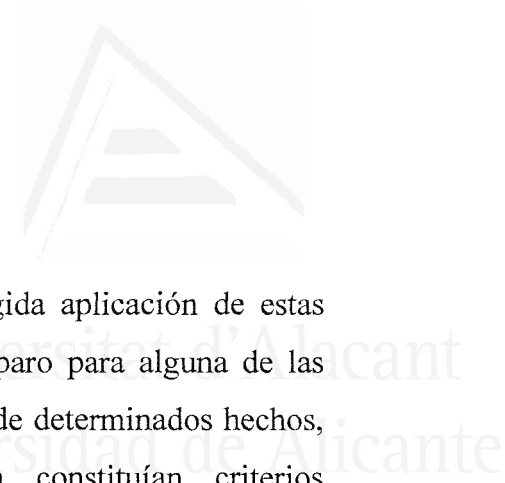
A continuación, y una vez verificadas estas dos circunstancias, el artículo 217.1 LEC señala cuál es la regla de juicio aplicable con carácter general y, por tanto, el sentido de la decisión judicial: “desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”. De acuerdo con ello, la regla de juicio está claramente delimitada en el proceso civil, especialmente cuando se completa con los apartados segundo y tercero del mismo precepto, en los que se explicitan los hechos que corresponde probar a una y otra parte (contemplando, por tanto, también la distribución formal de la carga de la prueba)⁷⁹.

Resulta, pues, que la distribución de las consecuencias de la falta o insuficiencia de prueba acerca de los hechos en el proceso civil se realiza en atención a un reparto igualitario: la sentencia deberá ser desestimatoria para la parte que no haya logrado probar los hechos en los que se fundamenta su pretensión. No

⁷⁷ Vid. *supra*, capítulo II.

⁷⁸ No en vano, un análisis sistemático de este precepto nos descubre que su ubicación –aun sin dejar por ello de ser controvertida– entre las normas reguladoras de la sentencia obedece a su carácter de regla aplicable, precisamente, en el momento de dictar sentencia.

⁷⁹ Señala el apartado segundo del art. 217 que “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición”. Respecto a la carga de la prueba del demandado o reconvenido, señala el apartado tercero que a éstos les corresponde probar “los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a los que se refiere el apartado anterior”.



obstante, el propio legislador, consciente de que una rígida aplicación de estas reglas puede conducir a supuestos de inaceptable desamparo para alguna de las partes por las dificultades que puede engendrar la prueba de determinados hechos, se ha decidido a positivizar lo que hasta ahora constituían criterios jurisprudenciales de corrección de las estrictas reglas de la carga de la prueba. De este modo, el art. 217.6 LEC contempla los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, en virtud de los cuales, una vez constatada judicialmente la necesaria aplicación de la regla de juicio, se debe tomar en consideración la posición que cada una de las partes ocupa respecto de la prueba del hecho que ha quedado incierto⁸⁰. Se otorga con ello una facultad importante al órgano jurisdiccional consistente en posibilitar una inversión judicial de la carga de la prueba en atención a las circunstancias que se presenten en cada caso concreto.

Perfilada a grandes rasgos la regulación de la regla de juicio en el proceso civil, la primera conclusión que puede extraerse es la imposibilidad de aplicar en el proceso penal criterios correctores similares a los contenidos en el art. 217.6 LEC. Ciertamente, sin tomar todavía en consideración el contenido que la regla de juicio deba tener en este ámbito, bien es sabido que la protección garantizada al acusado al amparo de la presunción de inocencia impide que las dificultades con las que pueda encontrarse la acusación para acreditar la pretensión punitiva puedan tenerse en cuenta para fundamentar una inversión de la carga de la prueba. Como se ha señalado reiteradamente, la insuficiencia de la prueba de cargo no puede contrarrestar la situación inicial de inocencia y, en este sentido, la regla de juicio penal se caracteriza por ser especialmente rígida –por motivos estrictamente garantistas- si se compara con la prevista en el proceso civil⁸¹.

⁸⁰ Acerca de la distinción entre ambos principios vid. ASECIO MELLADO, J.M^a. (con GIMENO SENDRA, V., LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil...*, ob. cit., (Vol. III), pp. 176 y ss; del mismo autor, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 257-258 y MALDONADO RAMOS, J., “Aspectos sustanciales de la regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La Ley*, núm. 5205, 14 de diciembre de 2000, p. 2.

⁸¹ Acerca de esta cuestión, vid. *infra*, apartado 2.2 del capítulo V.



2.3. La regla de juicio en el proceso penal.

Una de las ideas centrales que ya han sido objeto de análisis en este trabajo es que la presunción de inocencia, una vez alcanzado su reconocimiento constitucional y junto con otras importantes funciones que tiene asignadas, constituye también la regla de juicio aplicable en el proceso penal, ampliando así su campo de actuación a los supuestos que, en la época preconstitucional, resultaban amparados por el principio *in dubio pro reo*⁸². Se plantea entonces el interrogante acerca de cuál debe ser el sentido de la sentencia (absolutorio o condenatorio) cuando permanecen inciertos hechos relevantes para dictar la resolución que ponga fin al proceso. En definitiva, se tratará en las siguientes páginas de establecer cuáles son las consecuencias que –en virtud del derecho a la presunción de inocencia- han de derivarse de la insuficiencia de pruebas en atención a su carácter de pruebas de cargo o, en su caso, de descargo.

2.3.1. Sobre la existencia de la regla de juicio penal.

Tradicionalmente se ha circunscrito el estudio de la regla de juicio al ámbito del proceso civil sobre la base de dos ideas: por un lado, la creencia relativa a que la existencia de una regla de juicio es inherente a la responsabilidad que las partes contraen de convencer al tribunal de la existencia de los hechos en los que se fundamenta su pretensión y, por otro lado, se ha querido ver en la regla de juicio

⁸² Si se recuerda, a pesar de la falta de unanimidad en este sentido, en alguna ocasión el Tribunal Supremo se ha mostrado propenso a entender que el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia abarca también los supuestos de duda acerca de la culpabilidad del acusado. Vid. la ya citada STC 24/1984, de 23 de febrero (FJ 3º).

una manifestación o consecuencia evidente de la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil que, por tanto, sólo existe en la medida en que rige éste. De este modo, el estudio de la regla de juicio y, en general, de la carga de la prueba en el proceso penal ha sido en gran parte relegado a un segundo plano por cuanto, partiendo de los citados postulados, sus principios reguladores y el rol que las partes asumen en él son sustancialmente distintos a los que caracterizan al proceso civil. Ello ha llevado a considerar en ocasiones, como pone de relieve ILLUMINATI, que resulta impropio hacer referencia a la carga de la prueba en todo proceso que no responda a tales planteamientos⁸³. Sin embargo, conviene apuntar algunos matices en atención a los cuales es posible observar el fenómeno desde otra perspectiva. En primer lugar, como ya se vio, la existencia de una regla de juicio no responde –ni siquiera en el proceso civil– a la idea de autorresponsabilidad, sino que su fundamento hay que buscarlo en la prohibición del *non liquet*, ya que se trata de un expediente formal de decisión dirigido al órgano jurisdiccional aunque, indirectamente, actúe también como estímulo de la actuación de las partes⁸⁴. Pero, además, y en segundo lugar, ni las reglas de distribución de la carga de la prueba formal ni –más claramente– la regla de juicio, constituyen corolario alguno del principio dispositivo. Como es sabido, el principio dispositivo implica la ausencia de interés estatal en el resultado de la controversia planteada ante un órgano jurisdiccional, de forma que el Estado se limita a poner a disposición de los ciudadanos el mecanismo necesario para lograr una resolución que ponga fin al conflicto, siempre que sean los propios interesados quienes manifiesten su intención de obtener dicha tutela jurisdiccional. Ello, lógicamente, tiene una serie de implicaciones que se ponen de relieve en relación con la actuación que las partes desarrollan en el proceso civil (necesidad de que sean los ciudadanos quienes pongan en marcha el procedimiento para la tutela de sus

⁸³ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 102. Así lo manifiesta también, entre otros, FOSCHINI, para quien no cabe hablar en el proceso penal de carga de la prueba en ninguna de sus acepciones, si bien reconoce la necesidad de establecer el contenido de la decisión judicial en caso de duda. FOSCHINI, A., “Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale”, en *Archivio Penale*, 1946, p. 210. En el mismo sentido, MELCHIONDA, A., “Studio sull'onere della prova...”, ob. cit., pp. 217-218.

⁸⁴ Vid. *supra*, capítulo II.

derechos; delimitación por las partes tanto de la pretensión como de la resistencia ejercitadas, con la consiguiente vinculación judicial a las mismas y posibilidad de finalización del procedimiento a instancia de parte a través de los denominados *modos anormales* de terminación del proceso)⁸⁵, pero sin que ninguna de ellas suponga la necesaria configuración del procedimiento de modo tal que sean las partes quienes deban aportar el material probatorio para acreditar sus pretensiones. Precisamente, la existencia de esta carga en el proceso civil no tiene su razón de ser en el principio dispositivo, sino en el principio de aportación de parte. Éste supone la necesaria introducción a instancia de las partes del material fáctico y probatorio, lo que lógicamente implica la existencia de cargas procesales correlativas de alegación y prueba⁸⁶.

Se trata, pues, de dos principios que se encuentran en íntima conexión, aunque no necesaria, ya que responden a exigencias diversas. Esto debe llevar a distinguir claramente, como señala ILLUMINATI, entre, por un lado, las consecuencias del carácter privado de los intereses en juego y, por otro lado, una vez iniciado el procedimiento, el modo de funcionamiento del mismo⁸⁷. Una idea similar manifiesta MARTÍN OSTOS cuando afirma que en el proceso civil las partes ostentan la titularidad de los derechos en conflicto (y ello se manifiesta en el derecho a decidir si solicitan o no la tutela jurisdiccional de los mismos), pero el desarrollo del proceso, regulado por normas de *ius cogens*, permanece extramuros de su poder de disposición⁸⁸. Ciertamente, aunque se trata de principios claramente interrelacionados, la conexión que entre ellos se establece no es de carácter necesario. Si bien es cierto que el proceso civil, de naturaleza indiscutiblemente

⁸⁵ Vid., por todos, ASECIO MELLADO, J.M^a., *Introducción...*, ob. cit., pp. 201-202.

⁸⁶ ASECIO MELLADO, J.M^a., *Introducción...*, ob. cit., p. 202.

⁸⁷ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 103. Aun sin distinguir abiertamente ambos principios, el autor sostiene de este modo que el principio dispositivo, entendido en sentido estricto, sólo afecta a aquellas cuestiones derivadas de la autonomía de las partes, por cuanto precisamente son éstas las dueñas de los intereses en juego en el proceso.

⁸⁸ MARTÍN OSTOS, J., "La prueba de oficio en el nuevo proceso civil", en *La Ley*, 1998, núm. 5, p. 1789. En el mismo sentido, PICÓ I JUNOY, J., "El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", en *La Ley*, núm. 5888, 7 de noviembre de 2003, pp. 1-2.

dispositiva, se halla regido también por el principio de aportación de parte a tenor de lo dispuesto expresamente por el art. 282 LEC, no hay que olvidar por ello que la introducción en el proceso de hechos y de pruebas de oficio no sólo no es imposible, sino que en algunos casos, y con determinadas cautelas, el legislador ha considerado necesario que la actividad de las partes pueda ser completada con determinadas actuaciones judiciales. Así sucede con las facultades excepcionales contenidas en el art. 435 LEC que, en su apartado segundo, regula la única posibilidad que la LEC de 2000 otorga al juez –en los procesos de carácter dispositivo- para introducir pruebas de oficio⁸⁹.

Se trata, en definitiva, de una asociación de principios conveniente (si se tiene en cuenta que, siendo las partes quienes solicitan la tutela jurídica de un interés de naturaleza privada, son ellas quienes se encuentran en una mejor posición para proporcionar los elementos fácticos y probatorios para resolver el conflicto), pero en nada consustancial a la idea misma de proceso dispositivo, pues el principio de aportación de parte puede ser modificado o atemperado por el legislador, siempre que con ello no se ponga en peligro la imparcialidad judicial⁹⁰.

Así mismo, es necesario destacar que en el proceso penal rige, al igual que en el proceso civil, el principio de aportación, al menos por lo que respecta a la fase del plenario⁹¹, tal y como se indica con claridad en el art. 728 LECrim⁹²,

⁸⁹ Este precepto debe ser completado con el art. 429.1 párr. 2º, que establece la posibilidad de que el juez, una vez propuesta la práctica de pruebas por las partes, les sugiera en la misma audiencia previa la conveniencia de que se propongan otros medios de prueba, así como que les comunique las posibles insuficiencias probatorias que se podrían producir de practicarse únicamente las propuestas por ellas. Junto con las posibilidades ofrecidas por los arts. 429 y 435 LEC, hay que tomar en consideración también que el legislador de 2000 concede amplias facultades probatorias al órgano jurisdiccional, si bien circunscritas al ámbito de los procesos no dispositivos. Vid., a título de ejemplo, los arts. 752.1, 759 y 770.4 LEC.

⁹⁰ ASECIO MELLADO, J.Mª., *Introducción...*, ob. cit., p. 202.

⁹¹ Acerca de la presencia de este principio en el proceso penal, véase el capítulo V.

⁹² “No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”. El cauce procesal oportuno para realizar dicha proposición es el de los escritos de calificación o, en el caso del procedimiento abreviado, los escritos de acusación y defensa (vid. arts. 656 y 781.1 LECrim, este último de acuerdo con la redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre). En el juicio por

exceptuando las situaciones en las que, de acuerdo con el art. 729.2º LECrim, el órgano jurisdiccional puede ordenar de oficio la práctica de pruebas⁹³. Por ello, la primera conclusión que parece extraerse de lo señalado hasta ahora es que el carácter no dispositivo del proceso penal no es obstáculo suficiente para negar la existencia de una regla de juicio en este ámbito para resolver los casos de incertidumbre, y ello por dos razones: en primer lugar, porque es del principio de aportación de parte, como realidad distinta del principio dispositivo, del que deriva la necesidad de que sean las partes quienes introduzcan el material probatorio en el que se sustentan sus respectivas pretensiones, lo cual adquiere relevancia en relación con la llamada carga de la prueba *formal*, pero no tiene reflejo alguno sobre la regla de juicio, ya que, como se ha visto, carga de la prueba formal y material responden a necesidades distintas. En segundo lugar, y conectado con lo anterior, porque el fundamento de la regla de juicio no se halla en la vigencia de tal principio, sino que, por el contrario, hay que buscarlo en la obligación judicial de evitar el *non liquet* y, por tanto, en la necesidad de establecer una regla que, con carácter apriorístico, nos indique cuáles deben ser las consecuencias de un resultado probatorio insuficiente⁹⁴.

Si se aborda desde esta perspectiva el problema del fundamento de la regla de juicio, desaparecen las razones para negar su existencia en todo tipo de procesos. Sin embargo, en el caso del proceso penal se presenta un obstáculo añadido, motivado por la dificultad para asumir sin reservas la idea de que el Ministerio Fiscal *fracase* en su función de acusador público cuando se presenta una insuficiencia de pruebas de cargo, pues ello parece suponer que su actuación se dirige a la tutela de un interés propio, cuando realmente la ausencia de un interés

Jurados, los momentos procesales para solicitar a instancia de parte la práctica de pruebas se detallan en los arts. 29, 36 y 45 LOTJ. Un exhaustivo análisis acerca de esto último puede verse en LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba en el juicio por jurados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 35 y ss.

⁹³ ASENCIO MELLADO, J.Mª., *Introducción...*, ob. cit., p. 208. Acerca de la compatibilidad de la carga de la prueba formal con la posibilidad de introducir pruebas de oficio, así como sobre la aplicación de estas facultades al resto de procedimientos penales, véase el capítulo V.

⁹⁴ Recuérdese que esta cuestión fue analizada *supra*, capítulo II.

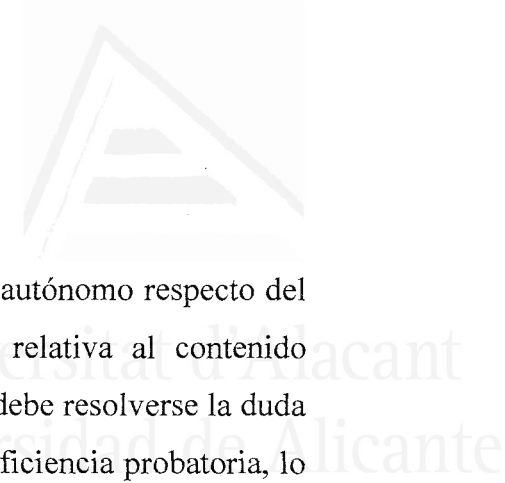


subjetivo en el conflicto le coloca en una especial situación, ya que su objetivo consiste únicamente en materializar el interés estatal en la condena del culpable y la absolución del inocente⁹⁵. Esta objeción es consecuencia, sin duda, de la confusión que nuevamente se produce entre el alcance del concepto de autorresponsabilidad y las consecuencias de una hipotética situación de insuficiencia probatoria, ya que presupone que sólo existe una regla de juicio allí donde hay dos partes con un claro interés subjetivo en la resolución del conflicto y que tratan de evitar con su actividad las consecuencias desfavorables derivadas de dicha situación. Pero, nuevamente, es necesario poner de manifiesto que la carga de la prueba material no goza del mismo carácter subjetivo que la carga de la prueba formal, sino que responde a una necesidad objetiva –la de dictar una resolución que resuelva sobre el fondo del asunto- y, desde este punto de vista, es independiente de los intereses de las partes, puesto que se trata de una regla dirigida únicamente –o, al menos, principalmente- al órgano jurisdiccional que éste debe aplicar cuando se presenten los presupuestos para ello.

Téngase en cuenta, además, que sin tomar ahora en consideración la naturaleza de la intervención del Ministerio Fiscal –objeto de estudio en el siguiente capítulo-, también en el proceso penal se dilucida un conflicto de intereses (aunque de carácter público), de modo que es igualmente consustancial al mismo la posibilidad de que, en la resolución de tal conflicto, se produzca la necesidad de acudir a una regla de juicio que, con carácter apriorístico y formal, le indique al órgano jurisdiccional en qué sentido debe resolver cuando alguno de los hechos relevantes para ello es incierto⁹⁶. Como señala PAULESU, hay que tener en

⁹⁵ En una clara alineación con la idea acerca de que en el proceso penal no es posible hablar de la existencia de una regla de juicio vinculada a la carga de la prueba (material) se sitúa RICCIO, para quien ésta implica el interés de las partes en orden a la realización de una actividad procesal que evite un juicio desfavorable ante una situación de insuficiencia probatoria, lo que, en su opinión, no se constata en el proceso penal. RICCIO, G. (con DE CARO, A. y MAROTTA, S.), *Principi costituzionali e riforma...*, ob. cit., p. 90.

⁹⁶ Así lo entiende MELCHIONDA, para quien, como en cualquier proceso, también en el penal se produce la situación de hecho incierto y por ello el ordenamiento jurídico prevé fórmulas para superarla, como sucedía con el art. 479 cpp italiano de 1930. MELCHIONDA, A., “Studio sull’onere della prova nel processo penale”, en *Critica Penale*, 1969, p. 201; en el mismo sentido, MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 79.



cuenta que la regla de juicio goza, por tanto, de un carácter autónomo respecto del modo de ser de cada proceso⁹⁷. Cuestión distinta es la relativa al contenido concreto que debe tener en el proceso penal, es decir, cómo debe resolverse la duda judicial surgida como consecuencia de una situación de insuficiencia probatoria, lo que será objeto de desarrollo a continuación.

2.3.2. Consecuencias de la prueba de cargo insuficiente.

Aunque, como se ha señalado, el análisis de la presunción de inocencia como regla de juicio penal no ha sido una preocupación central para la doctrina, hay acuerdo en que una de las implicaciones más importantes de este derecho fundamental es, precisamente, la necesidad de que sea debidamente acreditada la culpabilidad del acusado para que pueda dictarse una sentencia condenatoria (es aquí donde cobra todo su sentido la expresión *prueba más allá de toda duda razonable*)⁹⁸. Por ello, es pacífica la idea de que la duda acerca de la existencia de alguno de los hechos constitutivos de la pretensión penal debe desembocar en la absolució del acusado, y ello con independencia de la actitud activa o pasiva por la que éste haya optado como estrategia defensiva⁹⁹. De este modo, tanto la

⁹⁷ PAULESU, P.P., “Presunzione di non colpevolezza”, ob. cit., p. 684. También SENTÍS MELENDO se manifiesta en el sentido de que, existiendo la posibilidad de que se plantee la duda judicial, es necesario contar con una regla de juicio. SENTÍS MELENDO, S., *In dubio pro reo*, ob. cit., pp. 68-69. Vid., así mismo, EPIDENDIO, T., “Le cause di non punibilità in senso lato como oggetto di prova nel cpp 1930 e nel cpp 1988”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, núm. 2, p. 657.

⁹⁸ UBERTIS, G., *Principi di procedura...*, ob. cit., p. 69.

⁹⁹ Es necesario tener en cuenta, como ya se apuntó, que la prueba debe recaer sobre todos los hechos constitutivos de la pretensión penal, ya sean externos o internos. Vid. *supra*, capítulo I, en el que se abordó ampliamente esta polémica cuestión.

completa inexistencia de prueba como la insuficiencia probatoria se equiparan respecto a sus efectos¹⁰⁰, si bien se trata de situaciones claramente diferenciadas¹⁰¹.

Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional en multitud de ocasiones, considerando que una de las exigencias fundamentales de la presunción de inocencia como regla de juicio consiste, precisamente, en que la culpabilidad del acusado (entendida en el sentido de participación en la comisión de unos hechos delictivos) se desprenda de forma razonable de la prueba practicada: “El derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que toda sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; además, dichas pruebas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado normalmente en el juicio oral y haberse valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de tal

¹⁰⁰ Es verdaderamente notable la extensa doctrina acerca de la necesidad de que los hechos constitutivos de la infracción penal queden plenamente acreditados. A título de ejemplo, vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general...*, ob. cit., pp. 448-449; ASECIO MELLADO, J.M^a, *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 46; del mismo autor, *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., (1998), p. 267; MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 79; ORTELLS RAMOS (con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A.), *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 283; MITTERMAIER, C.J.A., *Tratado de la prueba...*, ob. cit., pp. 140-141; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Art. 24...”, ob. cit., p. 114; GUERRA SANMARTÍN, J., BELLOCH JULBE, J.A. y TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, “El derecho...”, ob. cit., p. 1188; ROMERO ARIAS, E., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 20; HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo...*, ob. cit., p. 41; MASCARELL NAVARRO, M^a.J., “La carga de la prueba...”, ob. cit., pp. 629 y 630. Entre los autores italianos más destacados, vid. DOMINIONI, O., “Il secondo comma...”, ob. cit., pp. 212-213; PAULESU, P.P., “Presunzione di non colpevolezza”, ob. cit., p. 693; RICCIO, G. (con DE CARO, A. y MAROTTA, S.), *Principi costituzionali e riforma...*, ob. cit., p. 83; UBERTIS, G., *Principi di procedura...*, ob. cit., p. 70.

¹⁰¹ En sentido contrario se manifiesta MIRANDA ESTRAMPES, que entiende que los supuestos de insuficiencia probatoria no son otra cosa que supuestos de ausencia de prueba, pues, en atención al resultado, o hay prueba o no la hay. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 55. No obstante, como ya se tuvo ocasión de señalar, el convencimiento judicial es perfectamente graduable y, aunque los efectos de ambas situaciones sean los mismos, son ciertamente distintas: mientras la ausencia de prueba presupone la inactividad probatoria de las partes, la insuficiencia implica que se ha llevado a cabo actividad probatoria pero de ésta no se deriva un resultado indubitado.



modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable”¹⁰².

También el Tribunal Supremo se ha manifestado reiteradamente en este sentido, considerando que sólo el convencimiento pleno acerca de la culpabilidad del acusado permite dictar una sentencia condenatoria, de modo que toda insuficiencia probatoria debe conducir a su absolución¹⁰³.

Al analizar la jurisprudencia relativa a este punto, llaman la atención dos cuestiones. La primera de ellas es la relativa a la naturalidad con la que, tanto el Tribunal Constitucional cuanto el Tribunal Supremo, han introducido en nuestro ordenamiento un *estándar* o grado de prueba que hasta hace poco tiempo nos era completamente desconocido, como es el de la *prueba más allá de toda duda razonable*, profundamente arraigado, por el contrario, en la experiencia judicial anglosajona. Ciertamente, al exigir que la culpabilidad del acusado quede acreditada hasta dicho punto, se está trazando una importante diferencia entre el grado de convicción judicial exigible para condenar en el proceso penal y el necesario para estimar la pretensión en el orden civil¹⁰⁴. No obstante, como señala

¹⁰² STC 43/2003, de 3 de marzo (FJ 4º). En el mismo sentido, y a título de ejemplo entre las más recientes, vid. las SSTC 209/2002, de 11 de noviembre (FJ 5º), 155/2002, de 22 de julio (FJ 7º), 123/2002, de 20 de mayo (FJ 9º), 124/2001, de 4 de junio (FFJJ 9º y 10º), 126/2000, de 16 de mayo (FJ 10º), 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º), 136/1999, de 20 de julio (FJ 2º), 85/1999, de 10 de mayo (FJ 8º), 220/1998, de 16 de noviembre (FJ 3º) y 157/1998, de 13 de julio (FJ 2º).

¹⁰³ De la prolija jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con este tema, cabe destacar, entre las más recientes, las SSTC 258/2003, de 25 de febrero (FJ 3º), 1991/2002, de 25 de noviembre (FJ 13º), 1791/2002, de 2 de noviembre (FJ 1º), 1582/2002, de 30 de septiembre (FJ 1º), 1574/2002, de 27 de septiembre (FJ 1º), 1515/2002, de 16 de septiembre (FJ 1º), 1517/2002, de 16 de septiembre (FJ 1º), 1328/2002, de 10 de julio (FJ 10º) y 213/2002, de 14 de febrero (FJ 1º).

¹⁰⁴ Se trata de una distinción fuertemente arraigada en el sistema judicial anglosajón, en el que el grado de prueba alcanzado en cada orden jurisdiccional va a determinar el contenido de la resolución. En el proceso penal la declaración de culpabilidad exige la prueba *más allá de toda duda razonable* (a la que también se alude con la expresión *estar seguro de la culpabilidad*), que no puede entenderse equivalente a “más allá de toda sombra de duda”, pues se admite comúnmente que esta fórmula permite la existencia de otra versión de los hechos que sea posible aunque improbable. Por el contrario, en el proceso civil se impone un grado de prueba sensiblemente inferior, pues resulta suficiente que la pretensión sea acreditada mediante *prueba preponderante*, esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia. Respecto de estos dos niveles principales de prueba, vid. DENNIS, I.H., *The law of evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2ª ed., 2002, pp. 392 y ss; BOJCZUK, W., *Evidence textbook*, 5ª ed., HLT Publications, London, 1993, pp. 72 y ss; COOPER, S., MURPHY, P. y BEAUMONT, J., *Case*

DE PAUL VELASCO, se trata de una distinción implícita en el modo de razonar de nuestros tribunales¹⁰⁵, por lo que lo realmente novedoso es el expreso reconocimiento de tales diferencias. El problema fundamental radica, una vez reconocido el diferente grado de prueba exigido en cada orden jurisdiccional, en determinar cuál es el significado de cada uno de tales grados de prueba y, en particular, cuál es el alcance de la regla *más allá de toda duda razonable*. Las mayores dificultades se pueden plantear en relación con la aplicación de esta regla por parte de jueces legos, lo que supone una importante responsabilidad para el Magistrado-Presidente del tribunal del jurado, ya que deberá informarles de la necesidad de que el resultado probatorio sea de tal claridad que no quepa una hipótesis diferente más favorable al acusado¹⁰⁶.

No se trata, como fácilmente puede deducirse, de una cuestión baladí. Uno de los aspectos de la regla de la duda razonable que ha suscitado mayores polémicas en el Derecho anglosajón es el relativo a la conveniencia de que los jurados sean instruidos acerca de su significado o si, por el contrario, es preferible

and materials on evidence, 2ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1994, pp. 58 y ss y MURPHY, P., *A practical approach to evidence*, 4ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1992, pp. 104 y ss. Existe un tercer nivel probatorio, intermedio a los dos anteriores, y que se denomina *prueba clara y convincente*, exigido para la prueba de hechos tales como la negligencia profesional, la impugnación de un matrimonio cuya validez se presume o el fraude. Respecto de éste último, vid. CROSS, R. y TAPPER, C., *On Evidence*, 9ª ed., Butterworths, London, Edimburg, Dublin, 1999, pp. 153-154 y BARTELS, R.D., "Punishment and the burden of proof in criminal cases: a modest proposal", en *Iowa Law Review*, núm. 66, 1981, p. 899.

¹⁰⁵ "Creo que, en el fondo –afirma este autor– éste es también el criterio que inspira en la práctica las decisiones judiciales españolas, aunque no se verbalice así en las sentencias". DE PAUL VELASCO, J.M., "Instrucciones al Jurado. Observaciones prácticas con alguna incursión teórica", en *Problemas del juicio oral con Jurado*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Madrid, 1999, p. 255.

¹⁰⁶ En el ámbito anglosajón se han realizado incluso aproximaciones numéricas a la certeza que exige el grado de prueba *más allá de toda duda razonable*, si bien generalmente a título ejemplificativo y no con la intención de realizar un estudio científico acerca de la posibilidad de cuantificar los distintos grados de prueba. Así por ejemplo, FLETCHER afirma que la prueba *más allá de toda duda razonable* exigiría el 99% de posibilidades de que los hechos sucedieran de una determinada forma, mientras que el grado de prueba exigido en el proceso civil (*preponderance of evidence*) sería del 51%. FLETCHER, G.P., *Conceptos básicos de Derecho Penal* (Trad. por Muñoz Conde, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 36-37. Asume este mismo criterio DE PAUL VELASCO, J.M., "Instrucciones al Jurado...", ob. cit., p. 257.



confiar en su prudencia –y en el conocimiento del sentido habitual de la expresión *duda razonable*- a la hora de valorar la prueba¹⁰⁷.

Esta problemática se ha convertido en una realidad tangible en nuestro país tras la entrada en vigor de la LOTJ, pues a tenor de su art. 54.3, el Magistrado-Presidente deberá informar a los jurados acerca de que cualquier duda sobre la prueba surgida tras la deliberación ha de resolverse de la forma más favorable al acusado. Puesto que debe tratarse, como hemos visto, de dudas *razonables*, el Magistrado-Presidente puede verse en la obligación de explicar a los jurados el significado y la importancia de las mismas. Muestra de los intentos habidos en este sentido, son las reglas de deliberación y votación elaboradas por los Magistrados-Presidentes de la AP de Sevilla y que distribuyen a los jurados: “El Jurado ha de considerar si está racionalmente convencido de que los hechos desfavorables atribuidos han sucedido en la realidad. Siempre es posible alguna duda. Pero solamente se considerará que éstas anulan aquel convencimiento cuando sean razonables. Es decir, cuando la consideración de que aquellos hechos no han ocurrido se muestre como algo razonable. En este caso, aunque se esté más convencido de la verdad de la acusación que de la alternativa razonable, deberá considerar el hecho como no probado. Cuando la duda sobre la verdad no sea razonable, aun teniéndola, deberá declarar el hecho probado (...)”¹⁰⁸.

En cualquier caso, lo cierto es que la jurisprudencia analizada supone un explícito reconocimiento de la necesidad de alcanzar un alto grado de prueba de la culpabilidad que se presenta, pues, ciertamente distinto del que se exige en otros

¹⁰⁷ Se han realizado, incluso, estudios sociológicos en torno al conocimiento del significado de la expresión por parte de los jurados, arrojando resultados que aconsejan que éstos sean instruidos acerca del alcance de la *duda razonable*. Vid. en este sentido, y proclive a instruir a los jurados acerca de esta cuestión, DIAMOND, H.A., “Reasonable doubt: to define or not to define”, en *Columbia Law Review*, 1990, pp. 1721 y ss. En el mismo sentido, COHEN, J.N., “The reasonable doubt jury instruction: giving meaning to a critical concept”, en *American Journal of Criminal Law*, núm. 22, 1995, pp. 688 y ss y DENNIS, I.H., *The law of evidence...*, ob. cit., p. 394. Por el contrario, considera que el sentido de la expresión *duda razonable* ha entrado a formar parte del común conocimiento de los jurados y, por tanto, no induce a confusión, MURPHY, P., *A practical approach...*, ob. cit., p. 107.

¹⁰⁸ Tomo la cita de DE PAUL VELASCO, J.M., “Instrucciones al Jurado...”, ob. cit., p. 254.

órdenes jurisdiccionales y que, en caso de no lograrse, debe dar lugar a una sentencia absolutoria por no haberse podido desvirtuar la presunción de inocencia.

La segunda cuestión a la que se aludía como especialmente llamativa de la jurisprudencia analizada es el modo en el que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo abordan el problema de la prueba de cargo insuficiente. Si bien es cierto que ambos consideran que la necesidad de que exista prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable es un requisito que viene impuesto por el derecho a la presunción de inocencia, cuando se plantean este tema desde el punto de vista de un supuesto concreto de insuficiencia probatoria de cargo, esto es, desde la perspectiva de las consecuencias de que el órgano juzgador tenga una duda razonable, reconducen la respuesta al ámbito del principio *in dubio pro reo*¹⁰⁹.

Ello no generaría problemas si se entiende que este principio no es más que una manifestación del derecho a la presunción de inocencia, pero como ya se puso de manifiesto, no es ésta la postura sostenida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo¹¹⁰. Por el contrario, se muestra aún más oscura la distinción mantenida por ambos entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* y, por tanto, más débiles los argumentos en los que, como ya se vio, ésta se sustenta. No obstante, y a pesar de ello, el Tribunal Supremo ha estimado algunos recursos de casación –aunque de manera más bien aislada y, generalmente, relativos a casos que, a la vista de la declaración de hechos probados, habían sido resueltos de manera manifiestamente errónea- sobre la base de la notoria existencia de una duda razonable que convierte en contraria a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria dictada por el órgano *a quo*¹¹¹.

¹⁰⁹ Especialmente ilustrativa de todo ello es la STS 256/2003, de 24 de febrero (FJ 4º), en la que la duda que le suscita al órgano jurisdiccional la prueba practicada en torno al carácter fortuito o provocado de un incendio es llevada por el Tribunal Supremo al terreno del principio *in dubio pro reo*. En sentido similar, véanse las SSTS 1324/2002, de 9 de julio (FJ 3º) y 2486/2001, de 21 de diciembre (FJ 1º).

¹¹⁰ Vid. *supra*, apartado 1 de este mismo capítulo.

¹¹¹ Especialmente ilustrativas de esta corriente minoritaria presente en el seno del Tribunal Supremo son las SSTS 1182/2002, de 19 de junio (FJ único) y 1184/2002, de 24 de junio (FJ

Pero, en definitiva, lo realmente relevante de la línea jurisprudencial apuntada es que sólo en el caso en el que hayan sido plenamente acreditados los hechos constitutivos de la pretensión penal (y siempre que no consten hechos impeditivos o extintivos de la responsabilidad), procederá la declaración de culpabilidad del acusado. Tal equiparación supone, en todo caso, que la absolución motivada en la inexistencia de un pleno convencimiento judicial acerca de los hechos en los que se fundamenta la pretensión acusatoria no puede suponer que el acusado absuelto reciba un trato distinto a aquél que ha sido absuelto por constar la prueba positiva de su inocencia. De este modo, resulta inadmisibles en nuestro sistema jurídico la situación que, amparada en el tenor literal del art. 479 cpp italiano de 1930, permitía situaciones tales como la inscripción de la sentencia absolutoria por falta de pruebas en el llamado *casellario giudiziale*, con las consecuencias irreparables respecto de la fama pública de quien había sido sometido a un proceso penal sin haberse podido alcanzar la certeza de su culpabilidad, pues, en virtud del art. 606 cpp de 1930, podía emitirse un certificado de antecedentes por cualquier organismo público en el que constara esta resolución judicial en perjuicio del acusado¹¹². Piénsese en lo inadmisibles de una fórmula absolutoria de estas características que hace recaer sobre el acusado las consecuencias de la ineficacia del Estado en la constatación de unos hechos delictivos y, lo que es todavía más reprobable si cabe, genera la sospecha de la comisión de unos hechos que han permanecido inciertos.

La obligación judicial de dictar la resolución más favorable al acusado debe entenderse aplicable íntegramente también a la duda acerca de las circunstancias

único). En ambas se pone de manifiesto que la existencia de una hipótesis alternativa razonable impide considerar que la condena se basa en suficiente prueba de cargo, de modo que resulta vulnerada la presunción de inocencia en su manifestación de regla de juicio.

¹¹² Vid. MASSA, M., “Il dubbio sulle cause di giustificazione”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, Vol. I, p. 127. Señala GHIARA en este sentido que, aunque se eliminasen todas las connotaciones negativas de la llamada fórmula dubitativa, siempre quedaría una: la inclusión en el fallo –que, además, era leído en audiencia pública- de la existencia de pruebas de la culpabilidad del acusado que, no obstante, eran insuficientes para dictar una sentencia condenatoria, lo que, sin duda, afectaba a su respetabilidad social. GHIARA, A., “Presunzione di innocenza...”, ob. cit., p. 101.

agravantes de la responsabilidad criminal. Ello resulta incuestionable si se toma en consideración que también en este caso la presunción de inocencia exige que los hechos determinantes de la condena sean probados más allá de toda duda razonable, pues, en definitiva, sólo la certeza acerca de la culpabilidad –y la concurrencia de una circunstancia agravante forma parte del juicio acerca de dicha culpabilidad- puede conducir a fijar los hechos en los que se sustenta la sentencia condenatoria. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, de forma especialmente precisa en la sentencia 803/2002, de 7 de mayo: “siendo la acusación una hipótesis o propuesta de explicación sobre el modo de producirse la acción determinante de un resultado lesivo para bienes jurídicos, es patente que la misma deberá resultar acreditada de forma convincente, en virtud de la prueba, en todos sus elementos integrantes. Y en esta medida, puesto que toda circunstancia modificativa de la responsabilidad precisa de un concreto referente fáctico que, por lo general, constituye un rasgo caracterizador de la conducta enjuiciada, la afirmación o negación de su existencia sólo puede darse en función del resultado de la prueba (...)” (FJ 1º)¹¹³. La ausencia de certeza acerca de la concurrencia de una circunstancia agravante determina, pues, la imposibilidad de aplicarla, lo que se traduce en que la condena sólo pueda ir referida a la conducta delictiva constitutiva del tipo básico si ésta, a su vez, a quedado suficientemente constatada¹¹⁴.

Lo que sucede, en definitiva, en los supuestos en los que existe duda acerca de alguno de los hechos determinantes de la culpabilidad es, precisamente, que es necesario confirmar con una fórmula absolutoria plena la originaria situación de inocencia en la que se encuentra el acusado, puesto que ésta no ha podido ser

¹¹³ En un sentido similar se manifiesta el Tribunal Supremo en la sentencia 2428/1993, de 28 de octubre (FJ 1º), en la que se pone de relieve que la presunción de inocencia como regla de juicio es aplicable sin reservas y, por tanto, se requiere su prueba fehaciente, tanto a los hechos que constituyen el supuesto de hecho del tipo básico como a aquéllos que delimitan los subtipos agravados, así como a los que determinan la concurrencia de circunstancias agravantes específicas. Véase, así mismo, la STS de 6 de noviembre de 1991 (FJ 2º). También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de esta cuestión. Vfd por todas la STC 209/1999, de 29 de noviembre (FJ 2º).

¹¹⁴ Vid., por todos, MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 80 y QUAGLIERINI, C., “In tema di onere della prova...”, ob. cit., p. 1270.

desvirtuada con base en una suficiente actividad probatoria de cargo¹¹⁵, mientras que las consecuencias derivadas de la prueba insuficiente sobre la concurrencia de una circunstancia agravante impide que ésta sea apreciada por el órgano jurisdiccional.

A solución distinta a la apuntada llegan el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional cuando la incertidumbre se plantea, no ya en torno a cuestiones de hecho, como las analizadas, sino en relación con problemas de calificación jurídica y, en particular, cuando la duda se presenta a la hora de determinar el grado de participación del acusado. Ciertamente, la presunción de inocencia es aplicable en el terreno de la prueba de los hechos, mientras que la determinación del grado de participación en ellos, una vez éstos han sido acreditados, pertenece al ámbito de la calificación jurídica, cuya infracción sólo es denunciabile al amparo del motivo primero del art. 849 LECrim (infracción de norma penal sustantiva). De este modo, constatada la participación del acusado, considerar que dicha participación lo ha sido a título de autor, cómplice o encubridor es una labor de calificación, ajena pues al derecho a la presunción de inocencia, que sólo actúa cuando se plantean dudas a la hora de proceder a la determinación de los hechos¹¹⁶. En todo caso, podría hablarse de la necesidad de que el órgano jurisdiccional aplicase el más amplio principio del *favor rei*¹¹⁷, calificando la conducta del modo más favorable al encausado cuando se planteen dudas en este ámbito.

¹¹⁵ PAULESU, P.P., “Presunzione di non colpevolezza”, ob. cit., pp. 693-694.

¹¹⁶ Acerca de la exclusión del ámbito de aplicación de la presunción de inocencia de la determinación del grado de participación y, más en general, de los problemas relativos a la calificación jurídica de los hechos, vid. las SSTs 242/1992, de 10 de febrero (FJ único), 309/1996, de 9 de abril (FJ 9º), 2609/1993, de 17 de noviembre (FJ 3º), 1593/1993, de 18 de junio (FJ 1º), 1358/2000, de 20 de julio (FJ 1º) y la STC 228/2002, de 9 de diciembre (FJ 3º).

¹¹⁷ Afirma DEVIS ECHANDÍA que el principio *favor rei* –que considera comprendido en el, a su juicio, más amplio principio del *in dubio pro reo*– encuentra también aplicación en la interpretación y aplicación de las normas penales, tanto materiales como procesales. DEVIS ECHANDÍA, H., “Principios fundamentales de Derecho Procesal Penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1982, núm. 4, p. 582.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2.3.3. Consecuencias de la prueba de descargo insuficiente.

La actividad probatoria desarrollada sobre los hechos favorables a la defensa puede arrojar alguno de los siguientes resultados¹¹⁸: a) prueba de la existencia del hecho impeditivo¹¹⁹ (lo que se correspondería con la prueba positiva de la inocencia); b) prueba insuficiente de la existencia del hecho impeditivo (consistente en la falta de pruebas para condenar) y c) prueba de la inexistencia del hecho impeditivo (lo que equivale a la prueba positiva de la existencia de responsabilidad penal)¹²⁰.

Puesto que un resultado probatorio positivo acerca de la existencia del hecho impeditivo debe provocar la absolución y la prueba negativa del mismo tiene como consecuencia la condena (motivada la resolución en ambos casos por el convencimiento judicial acerca de la inocencia y la culpabilidad, respectivamente), las situaciones verdaderamente problemáticas se producen cuando, acreditada la existencia de los hechos típicos y la participación del acusado, se produce la duda judicial acerca de la concurrencia del hecho impeditivo. Sin embargo, en el primer y último caso (prueba positiva de la existencia y de la inexistencia de un hecho impeditivo), no se produce la situación de incertidumbre necesaria para recurrir a la aplicación de la regla de juicio, ya que se trata de situaciones en las que el órgano jurisdiccional ha obtenido la certeza necesaria para absolver (cuando queda probado el hecho impeditivo) o para condenar (cuando se ha probado la inexistencia del hecho impeditivo).

¹¹⁸ Se trata de la distinción apuntada por SIRACUSANO, D., *Studio sulla prova delle esimenti*, Ed. Giuffrè, Milano, 1959, pp. 204-205.

¹¹⁹ SIRACUSANO se refiere a los hechos impeditivos como categoría genérica dentro de la cual es posible encuadrar todos los hechos que producen efectos favorables al acusado.

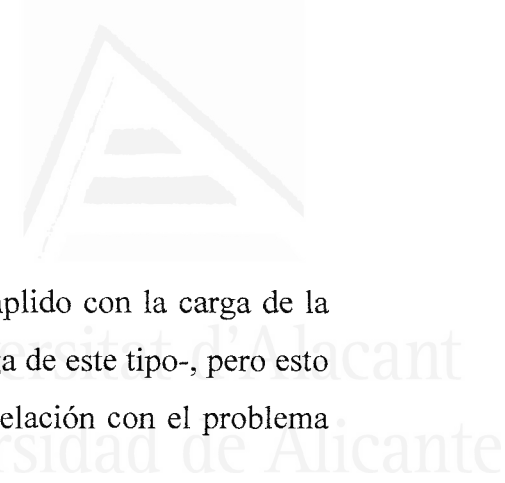
¹²⁰ En esta clasificación, SIRACUSANO introduce una cuarta posibilidad consistente en la falta de pruebas de la inexistencia del hecho impeditivo. Se ha optado por eludirlo aquí por considerar que se trata de la misma situación apuntada en primer lugar: si existe prueba de la existencia de un hecho impeditivo y, frente a ella, no se cuenta con una contraprueba que la desvirtúe, ello supone, en todo caso, que se ha confirmado la no culpabilidad del acusado.

La aplicación del derecho a la presunción de inocencia, entendida como regla de juicio que supondría la absolución del acusado o, en su caso, la atenuación de la pena, a los supuestos de duda sobre la concurrencia de eximentes y atenuantes resulta, sin embargo, verdaderamente controvertida. A diferencia de lo que sucede cuando el órgano jurisdiccional no alcanza la plena certeza sobre los hechos determinantes de la culpabilidad, la doctrina y la jurisprudencia se hallan divididas en este punto¹²¹. No obstante, el análisis de esta problemática —que, como después se verá, goza de un importante reflejo práctico— se realizará tomando como base la idea de que las conclusiones que se alcancen no presupondrán necesariamente una toma de posición respecto de la existencia o inexistencia de una distribución de la carga de la prueba formal en el proceso penal. En efecto, como se ha tenido ocasión de comprobar, carga de la prueba en sentido formal y en sentido material son dos aspectos íntimamente relacionados¹²², pero no por ello deben ser afrontados con los mismos instrumentos ni con la expectativa de alcanzar en relación con ambos soluciones idénticas¹²³. Ciertamente, la respuesta acerca de cuál debe ser la solución a adoptar en los casos de duda no condiciona la respuesta acerca de la existencia o inexistencia de una distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, y ello porque las soluciones posibles son tantas como variables puedan intervenir en la resolución de ambas cuestiones: es posible considerar al mismo tiempo, sin incurrir en contradicción alguna, que la defensa tiene la carga de la prueba de los hechos impositivos de la responsabilidad penal y, que, por el contrario, la duda acerca de alguno de ellos debe actuar en su beneficio. Por supuesto, el problema que se plantea en este caso será el de determinar el *quantum*

¹²¹ Como ha señalado DE PAUL VELASCO, aunque el principio *in dubio pro reo* se encuentra perfectamente arraigado en nuestra sociedad, no deja de plantear ciertos problemas, como es el caso de su aplicación en caso de duda sobre eximentes y atenuantes. DE PAUL VELASCO, J.M., “Instrucciones al Jurado...”, ob. cit., p. 253.

¹²² Vid. *supra*, capítulo II.

¹²³ QUAGLIERINI pone de manifiesto la inexistencia de una relación necesaria o lógica entre carga de la prueba formal y material, si bien, entiende que ello no significa necesariamente que quien incumpla la carga de la prueba formal no asuma el riesgo de la insuficiencia de pruebas. QUAGLIERINI, C., “In tema di onere della prova nel processo penale”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, vol. II, pp. 1259-1260.



probatorio necesario para entender que el acusado ha cumplido con la carga de la prueba -en el caso de considerar que sobre él pesa una carga de este tipo-, pero esto en nada afecta a la adopción de una decisión distinta en relación con el problema del hecho incierto.

Tomando esta idea como punto de partida, es necesario analizar ahora cuáles son las perspectivas desde las que se aborda este tema en nuestro ordenamiento, para lo cual, ante la inexistencia de norma jurídica alguna que pueda tomarse como referencia, será necesario acudir a las distintas corrientes doctrinales y jurisprudenciales desde las que se ha tratado de ofrecer soluciones que, como veremos, son de muy diversa índole.

2.3.3.1. Soluciones jurisprudenciales y doctrinales.

El estudio jurisprudencial de las consecuencias de la prueba de descargo insuficiente se ha de ver limitado, necesariamente, al tratamiento que sobre la materia ha venido realizando el Tribunal Supremo. En efecto, el Tribunal Constitucional, desligando esta materia del ámbito propio de actuación del derecho a la presunción de inocencia, ha manifestado que se trata de un problema de estricta legalidad ordinaria, de modo que, a su juicio, deben ser los tribunales penales quienes lo estudien y resuelvan¹²⁴. El Tribunal Constitucional, en definitiva, considera que la duda acerca de los hechos favorables a la defensa no es una situación amparada por el derecho a la presunción de inocencia porque, como regla de juicio, ésta sólo se aplica cuando los hechos constitutivos no han quedado suficientemente acreditados. Tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¹²⁴ Vid., por todas, la STC 211/1992, de 30 de noviembre (FJ 5º). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido ocasión hasta ahora de manifestarse acerca de esta cuestión, tal y como pone de relieve CHIAVARIO, M., “La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”, en *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, Vol. II, Ed. Giuffrè, Milano, 2000”, ob. cit., p. 98.

se ha manifestado sobre esta concreta cuestión, pues se ha limitado a afirmar que la presunción de inocencia establecida en el art. 6.2 CEDH implica que sobre la acusación pesa la carga de la prueba más allá de toda duda razonable, de modo tal que cualquier duda debe resolverse a favor del acusado¹²⁵. Sin embargo, se trata de un tema, como ahora veremos, de gran importancia práctica, que bien merece un pronunciamiento claro de ambos tribunales acerca de la compatibilidad del derecho a la presunción de inocencia con una regla de juicio que haga recaer sobre el acusado las consecuencias desfavorables de la duda acerca de circunstancias eximentes o atenuantes¹²⁶.

Desde hace años, el Tribunal Supremo viene manteniendo una sólida línea jurisprudencial especialmente restrictiva respecto de la operatividad de la presunción de inocencia en este ámbito. A su juicio, la apreciación de los hechos favorables al acusado requiere la prueba positiva de su existencia, de tal forma que, una vez acreditados los hechos constitutivos de la pretensión, la duda acerca de la existencia de aquéllos impide su fijación en la sentencia. Esta línea jurisprudencial aparece claramente reflejada en la STS 1395/1999, de 9 de octubre, según la cual no cabe invocar el derecho a la presunción de inocencia “a modo de presunción en sentido inverso como si a la acusación le correspondiera la carga de probar la inexistencia de las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal, a partir de una supuesta presunción de concurrencia de los datos materiales que las constituyen. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones (...): la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el «onus» de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven

¹²⁵ STEDH de 6 de diciembre de 1988, asunto *Barberá, Messegué y Jabardo v. España*, § 77, más recientemente, se ha pronunciado en el mismo sentido en el asunto *Telfner v. Austria* (STEDH de 20 de marzo de 2001).

¹²⁶ Se trata ésta de una queja realizada por CHIAVARIO, M., “La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza...”, ob. cit., p. 96.

de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado, y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de exención de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas” (FJ 2º)¹²⁷. Nótese que, al exigir que los hechos favorables al acusado queden acreditados en la misma medida que los hechos constitutivos de la pretensión penal, el Tribunal Supremo está introduciendo –quizás involuntariamente- un requisito ciertamente peligroso: que, al igual que los hechos constitutivos, las circunstancias de descargo deben quedar probadas *más allá de toda duda razonable*, ya que no distingue en este punto entre diversos grados de prueba aplicables en atención al tipo de hecho objeto de prueba. Pero, además, parece desprenderse de esta sentencia que una solución distinta supondría imponer a la acusación la carga de probar la inexistencia de las circunstancias favorables al acusado. No obstante, ha de recordarse en este punto la autonomía de la regla de juicio, puesto que aplicar la presunción de inocencia a estos supuestos de insuficiencia probatoria no significa, en modo alguno, que la acusación haya de asumir dicha carga. En todo caso, ello afectaría, como después se verá, al *quantum* o nivel probatorio exigible en cada caso y en función del hecho de que se trate, pero no supondría que la acusación asumiera una carga que, por otra parte, sería desproporcionada.

Esta interpretación restrictiva del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio penal ha sido mantenida también por un importante sector doctrinal, de forma tal que bien puede afirmarse que la línea más consolidada –o, al menos, la que ha logrado encontrar un reflejo práctico- es la de excluir del ámbito de

¹²⁷ En sentido similar, véanse las SSTs 748/1994, de 7 de abril (FJ 2º), 370/1997, de 13 de marzo (que, en su FJ 3º indica expresamente que “la aplicación de una eximente exige que sus elementos fácticos se encuentren tan acreditados como, en su caso, los correspondientes al tipo delictivo por el que se condena”), 768/1996, de 23 de octubre (FJ 2º), 1458/2000, de 18 de septiembre (FJ 1º), 75/2000, de 16 de junio (FJ 3º), 272/1998, de 28 de febrero (FJ 8º), 1527/1992, de 30 de junio (FJ 9º), 567/1995, de 12 de abril (FJ 1º) y 2612/1992, de 30 de noviembre (FJ 1º),

aplicación de la presunción de inocencia los supuestos de duda acerca de las circunstancias favorables al acusado¹²⁸. Así se desprende, por ejemplo, de la tesis sostenida por MIRANDA ESTRAMPES, para quien la regla de juicio aplicable en el proceso penal determina que sólo los hechos que han quedado positivamente probados pueden ser tenidos en cuenta en la sentencia. De ello se desprende que este autor considera que la duda acerca de un hecho –cualquiera que sea su naturaleza- impide que éste pueda considerarse existente, por lo que la duda sobre los hechos favorables al acusado no puede jugar a su favor¹²⁹.

Sin embargo, una reflexión acerca de los riesgos y problemas que se plantean al adoptar esta perspectiva permite realizar, al menos, dos observaciones de importante repercusión práctica. En primer término, es necesario tener en cuenta que asumir que la duda sobre la concurrencia de una circunstancia eximente o atenuante impide que éstas sean tomadas en consideración, supone negar los efectos que la propia duda produce sobre el convencimiento judicial acerca del hecho constitutivo supuestamente acreditado. Si entendemos que la certeza más allá de toda duda razonable implica la ausencia de motivos suficientes para considerar creíble una versión alternativa de los hechos que han sido probados por la acusación, no parece posible afirmar que se produce tal certeza cuando se presenta como probable -o no descartable- la existencia de una circunstancia favorable al acusado y, por tanto, una hipótesis no del todo coincidente con la acusatoria. Es cierto que la introducción de estas circunstancias no siempre supone

¹²⁸ En apoyo de esta tesis, véase LUZÓN CUESTA, J.M^a., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 25; del mismo autor, “La presunción de inocencia...”, ob. cit., pp. 152-153; RIVES SEVA, A.P., *La prueba...*, ob. cit., p. 43 y RUIZ VADILLO, E., *El Derecho Penal sustantivo y el proceso penal...*, ob. cit., p. 125. En la doctrina clásica, ALCALÁ-ZAMORA se manifestaba también contrario a aplicar la presunción de inocencia a la circunstancia eximente de legítima defensa, por considerar que quien la alega está reconociendo su participación en unos hechos que, de no mediar tal circunstancia, serían constitutivos de delito. Afirma también este autor –aunque en relación con la carga de la prueba formal- que, tratándose de un hecho que, procesalmente, funciona como una excepción, su prueba incumbe a quien la alega. Sólo si alguna de las acusaciones acepta la concurrencia de la legítima defensa, al ser en este caso un hecho constitutivo, el acusado se vería liberado de su prueba, debiendo ésta provenir de la parte que la sostiene como elemento de su pretensión. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., “Legítima defensa y proceso” (1965), en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, Tomo II, pp. 627-628.

¹²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 80.

la existencia de una versión alternativa o de una hipótesis contraria a la sostenida por la acusación, pero sí una modificación sustancial de los términos en los que aquélla se plantea. En efecto, en función de cuál sea el tipo de hecho que ha quedado dudoso, los efectos que produce sobre la hipótesis acusatoria son diversos. Sólo en los casos en los que se alega una coartada, la inexistencia del hecho o cuando se alega la concurrencia de una causa de justificación (en general, cuando se introduce la duda acerca de un hecho impeditivo), cabe la posibilidad de que los hechos no sucedieran en la forma en que han sido alegados y probados por la acusación, esto es, existe una hipótesis alternativa a la acusatoria. Por el contrario, cuando se pone en duda la existencia de un hecho modificativo (en el caso de las atenuantes), se presupone la existencia del hecho y la participación del acusado, de modo que, sin variar los elementos esenciales del delito, el principal efecto que surte es el de obtener una posible rebaja de la pena. Por último, cuando se presenta la duda acerca de un hecho extintivo (prescripción, perdón del ofendido, etc.), se presupone igualmente la existencia del hecho y la participación, pero se introduce una posible causa de no punibilidad.

De acuerdo con ello, y aunque no siempre se constate la existencia de una versión plenamente alternativa, se plantea en estos casos, al menos, una disminución de la probabilidad con la que el órgano jurisdiccional puede afirmar que el acusado cometió los hechos tal y como sostiene la acusación, y ello debería tener un claro reflejo en la sentencia, motivado por la presencia de una razón suficiente para no considerar plenamente acreditada la culpabilidad. Si se acepta esta idea, la solución en estos casos no puede ser otra que la confirmación de la situación inicial de inocencia (y, en el caso de la duda acerca de hechos modificativos, la atenuación de la pena)¹³⁰. Así se manifiesta ASENCIO

¹³⁰ Una explicación plausible a la tendencia jurisprudencial apuntada es la que se desprende de la STS 1512/2000, de 6 de octubre, en la que el Tribunal Supremo señala que “a) La presunción de inocencia como medio defensivo únicamente puede concretarse en cuestiones objetivas pero nunca subjetivas y, por tanto, la creencia o no del carácter del lugar en donde se cometió el hecho es cuestión subjetiva difícil de demostrar y que únicamente puede surgir de los datos externos objeto de prueba. b) Igualmente, y por ello, es constante jurisprudencia la que determina que las circunstancias modificativas de responsabilidad, ya sean genéricas o específicas, no pueden entrar tampoco, por sí mismas, en ese ámbito presuntivo” (FJ 1º). Si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo considera mayoritariamente que los elementos constitutivos de carácter subjetivo no

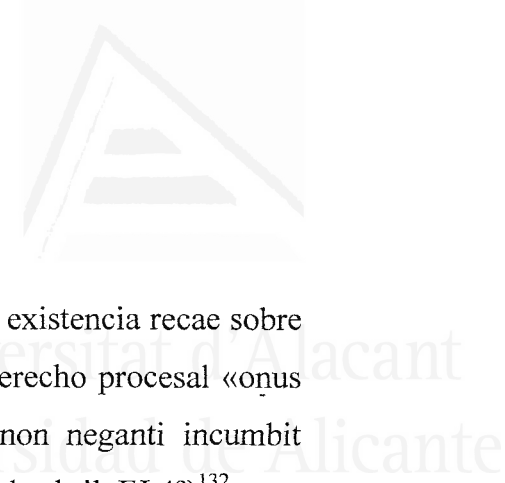


MELLADO, para quien la presunción de inocencia abarca no sólo la duda sobre la concurrencia de los hechos constitutivos del delito, sino también, y en todo caso, la duda sobre la concurrencia de eximentes y atenuantes, y ello porque lo contrario podría suponer la condena por unos hechos sobre los que cabe la posibilidad de que no sean punibles por diversas circunstancias¹³¹.

Pero, además, en segundo término, es necesario poner también de relieve que la postura del Tribunal Supremo encierra una peligrosa aplicación en el proceso penal de la regla de juicio prevista en el proceso civil. Ciertamente, la tesis del Tribunal Supremo implica una estricta distribución de las consecuencias de la falta de prueba idéntica a la que se realiza en el proceso civil, de tal forma que la sentencia debe ser desfavorable para la parte que no ha logrado acreditar plenamente sus pretensiones. Así lo manifiesta expresamente el propio Tribunal Supremo: “Es doctrina de esta Sala que la tutela del Derecho a la Presunción de Inocencia en la vía casacional se contrae a la comprobación por parte de la misma, de si ha existido una actividad probatoria de cargo practicada con las debidas garantías y suficiente para desvirtuar esa presunción. Su proyección, por tanto, es procesal, en cuanto se basa únicamente en la comprobación de esa actividad probatoria en el proceso de la que el Tribunal de instancia, haya obtenido la certeza de la participación de la acusación, o las circunstancias que agravan su responsabilidad criminal, pero en ningún caso, puede hacerse extensivo el campo de la protección jurisprudencial a la existencia de hechos de los que pueda derivarse la aplicación de circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad criminal, por el contrasentido que supondría extenderla fuera de su ámbito, con la obligación de las partes acusadoras de acreditar que todas y cada una

quedan incluidos en el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia, bien puede entenderse que esta postura condiciona en gran medida la posición que se adopte en torno a esta cuestión, dado que eximentes y atenuantes presuponen, en muchos casos, la ausencia de algún elemento subjetivo del delito.

¹³¹ ASENCIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., pp. 46-47. En el mismo sentido, aunque reconduciendo esta misma conclusión a la vigencia del principio *in dubio pro reo*, GALLARDO RUEDA, A., “El derecho...”, ob. cit., p. 318; HUERTAS MARTÍN. M^a.I., *El sujeto pasivo...*, ob. cit., p. 41 y VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba...*, ob. cit., pp. 205-206.



de ellas no han concurrido en el caso, ya que la prueba de su existencia recae sobre el acusado, de acuerdo con los principios procedentes del derecho procesal «onus probandi incumbit qui dicit non ei qui negat y affirmati non neganti incumbit probatio, negativa non sut probanda» (STS 627/2002, de 11 de abril, FJ 4º)¹³².

El Tribunal Supremo, sin embargo, no toma en consideración dos circunstancias de relevancia tal que justifican un replanteamiento de esta asimilación de las consecuencias de la falta de prueba en el proceso civil y el proceso penal. Por un lado, que, aún entendiendo posible una distribución de las consecuencias de la insuficiencia de pruebas semejante a la prevista en el proceso civil, el órgano jurisdiccional penal tiene vetada la aplicación de criterios correctores a dicha distribución, precisamente debido al obligado respeto al derecho a la presunción de inocencia¹³³, de modo que la flexibilidad de la que se ha pretendido dotar a la regla de juicio en el proceso civil se convierte en extrema rigidez cuando se aplica en el proceso penal. Por otro lado, olvida el Tribunal Supremo que es necesario tener en cuenta que el fundamento de la distribución equitativa de las consecuencias de la falta de prueba en el proceso civil se halla en la idea de que las partes actúan en el proceso en pie de igualdad y, cuando ello no es así, el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de tomar en consideración principios como los de facilidad y disponibilidad probatoria al objeto de equilibrar sus posiciones¹³⁴. Sin embargo, en el proceso penal se produce un desequilibrio

¹³² En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia 349/1996, de 19 de abril, en la que señala que “lo que dispensa o «libera» de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho: pero acreditada la misma, se produce una nivelación procesal de las partes, y así, la acusada, si introduce en la causa un hecho expeditivo, tiene la carga de justificar probatoriamente la existencia del mismo, pues la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (...) ha limitado la carga de la prueba de la acusación a la de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Y entender lo contrario -que bastaría la alegación de un hecho impeditivo- privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los Tratados Internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar la indefensión” (FJ 2º).

¹³³ En este sentido, ORTELLS RAMOS, M. (con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A), *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 282.

¹³⁴ Vid. *supra*, apartado 2.2 de este capítulo.



inicial importante entre las partes¹³⁵, de modo que un reparto equitativo de las consecuencias de la insuficiencia probatoria no hace más que ahondar en dichas diferencias¹³⁶. Precisamente, uno de los instrumentos con los que se trata de compensar esa desigualdad manifiesta entre acusación y acusado es el derecho a la presunción de inocencia, pero si se interpreta tan restrictivamente como lo hace el Tribunal Supremo pierde gran parte de su eficacia, hasta el punto de constituir una regla de juicio idéntica a la civil, que no responde a criterio garantista alguno¹³⁷.

Consideraciones en parte semejantes a éstas son las que llevaron al legislador italiano a realizar una revisión crítica de la situación que, en relación con este tema, se planteó bajo la vigencia del cpp de 1930. El análisis de la misma, así como la solución adoptada finalmente en el cpp de 1988, pueden constituir un buen ejemplo y un motivo más para llevar a cabo una revisión de la posición mantenida por nuestra doctrina y jurisprudencia en los términos antes señalados.

2.3.3.2. Perspectivas de análisis en el caso italiano.

Con la promulgación del cpp de 1988 se cierra la interesante polémica suscitada al amparo del cpp italiano de 1930, originada por la oscura redacción del art. 479.3 de dicho código, en el que se contenía la fórmula absolutoria por

¹³⁵ En sentido contrario, RUIZ VADILLO, E., *El Derecho Penal sustantivo y el proceso penal...*, ob. cit., p. 125.

¹³⁶ El diverso fundamento de la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil se pone de manifiesto también si se tiene en cuenta que, en dicho ámbito, está comúnmente admitida la idea de que la aplicación de una norma jurídica exige la previa constatación de todos los elementos que se integran en el supuesto de hecho, de tal forma que la duda o la falta de prueba acerca de alguno de ellos impide su aplicación. Vid. TARUFFO, M., “Elementi per un’analisi...”, ob. cit., p. 820.

¹³⁷ Una crítica similar realiza SARACENO respecto de aquellos autores que adoptan la misma regla de juicio que en el proceso civil. SARACENO, P., “Il dubbio sui fatti...”, ob. cit., p. 196.

insuficiencia de pruebas, conocida como *formula dubitativa*¹³⁸. Precisamente, dicha polémica se centró en torno a si tal precepto era aplicable también en los supuestos en los que, estando perfectamente acreditados y, por tanto, fijados los hechos constitutivos del ilícito penal, permanecía dudosa o incierta la existencia de un hecho favorable a la defensa, de tal forma que, siendo así, la sentencia debería ser absolutoria.

La doctrina italiana afrontó esta cuestión desde diversos puntos de vista, aunque fueron dos las principales fuentes de debate. Por un lado, desde una perspectiva estrictamente procesal, en el trasfondo de la discusión se hallaba una importante disputa en torno al significado y alcance de la regla de juicio enunciada por el art. 27.2 de la Constitución italiana al reconocer el derecho a la presunción de inocencia. Pero, por otro lado, y esta vez situando el problema en el ámbito de la dogmática penal, la polémica se enmarcaba también en el seno de una importante corriente doctrinal que se enfrentaba a la revisión de los clásicos postulados jurídico-penales relativos a la delimitación de los elementos que integran el concepto de delito¹³⁹. De hecho, gran parte de los autores que tomaron partido en este debate aludían a la caracterización del delito como núcleo del problema, al considerar que la decisión en torno a esta cuestión pasaba por una reflexión previa acerca de si la ausencia de eximentes y atenuantes se integra o no en el concepto de delito.

La polémica tomó como punto de partida la teoría alemana –encabezada por BELING en su primera época- en virtud de la cual el delito es el conjunto de elementos externos conformadores de la conducta ilícita, esto es, únicamente

¹³⁸ El citado precepto, origen de la controversia, señalaba que “si non risultano sufficienti prove per condannare, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione per insufficienza di prove”. Ciertamente, la polémica giró en torno al significado y alcance de la expresión “pruebas para condenar”.

¹³⁹ Una interesante presentación del debate suscitado al amparo del art. 479 cpp italiano de 1930, así como de las distintas posiciones mantenidas al respecto, puede verse en GUADAGNO, G., “Il dubbio sulle cause di esclusione dell’antigiuridicità penale”, en *Il Foro Penale*, 1952, pp. 637 y ss. Así mismo, puede verse –con una exhaustiva cita de doctrina y jurisprudencia- AIMONETTO, M.G., “Persistente dibattito sul dubbio in materia di scriminanti”, en *Giurisprudenza italiana*, 1981, vol. II, pp. 409 y ss.

aquéllos que consideramos elementos del hecho delictivo relativos a su ejecución material¹⁴⁰. Esta idea fue ampliamente criticada por excluir del concepto de delito todo lo relativo a la culpabilidad (en sentido jurídico-penal), lo que provocaba consecuencias en el ámbito de la carga de la prueba que, a juicio de la doctrina crítica, resultaban ciertamente indeseables: si la regla de juicio implica que la condena sólo puede producirse cuando el órgano jurisdiccional obtiene la plena certeza acerca de la existencia de los hechos constitutivos, y se considera que éstos son únicamente los relativos a la ejecución material del hecho, sucede entonces que la duda acerca de los hechos internos no puede afectar o contrarrestar dicha certeza, ya que se trata de elementos ajenos o extraños al delito, de modo que en ningún caso impediría el pronunciamiento judicial condenatorio. Por ello -entienden estos autores- es necesario considerar que el delito está integrado tanto por los elementos externos como por todos aquéllos internos determinantes de la culpabilidad¹⁴¹. Sobre la base de estos postulados, comienza a cobrar fuerza la tesis en virtud de la cual la llamada por la doctrina penal *norma real incriminatoria* (esto es, aquella que debe quedar acreditada en todos sus extremos para que pueda ser aplicada la pena correspondiente) estaría constituida por la norma contenida en el precepto de la parte especial del código penal (cuya aplicación se solicita) junto con todas las normas contenidas en la parte general que determinan la existencia de elementos internos del delito¹⁴². Así, por ejemplo, la norma contenida en el art. 138 de nuestro CP según la cual “el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”, debe ser completada (para formular íntegramente la norma *real*) con la contenida, por ejemplo, en el artículo 5 CP, según la cual, “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Esta conclusión conduce, a juicio de estos autores, a entender que la prueba de cargo debe recaer sobre los

¹⁴⁰ Vid. en este sentido VENDITI, R., “Profili sostanziali dell’assoluzione per insufficienza di prove sulla scriminante”, en *Rivista italiana di Diritto Processuale Penale*, 1960, vol. 1, p. 242.

¹⁴¹ Véase la completa exposición de estas tesis que realiza EPIDENDIO, T., “Le cause di non punibilità...”, ob. cit., p. 660.

¹⁴² GAITO, E., “Premese sostanziali al problema processuale del dubbio sulle scriminanti”, en *Archivio Penale*, 1965, vol. II, p. 36.

hechos constitutivos delimitados en el concreto tipo delictivo (en nuestro ejemplo, por el art. 138 CP) así como sobre la concurrencia de dolo o culpa (art. 5 CP)¹⁴³.

Una vez consolidada esta concepción acerca del concepto de delito, sus defensores comenzaron a plantearse si también las circunstancias eximentes y atenuantes, formuladas en su mayoría en la parte general del código penal, y en la medida en que gran parte de ellas afectan a la culpabilidad (uno de los elementos del delito), integrarían o no la norma real incriminatoria. La respuesta a este interrogante condiciona, en opinión de estos autores, las consecuencias de la duda judicial acerca de una de dichas circunstancias. Si se entiende que en la norma se integran también las eximentes –como elementos *negativos* del delito- la duda acerca de una de ellas (consistente, en tanto elemento negativo, en la incertidumbre acerca de la existencia misma del delito) parece suponer que la sentencia debe ser absolutoria, ya que, en definitiva, se trata de la insuficiencia de pruebas en torno a un hecho constitutivo –negativo- del delito, por lo que sería aplicable el art. 479.3 cpp de 1930. Por el contrario, si se entiende que las eximentes y atenuantes son elementos externos al delito, la duda acerca de una de ellas no puede modificar el pronunciamiento de culpabilidad una vez que están suficientemente acreditados los hechos constitutivos del ilícito y, por tanto, este supuesto quedaría fuera del ámbito de aplicación del art. 479.3 cpp, debiendo proceder el órgano jurisdiccional a dictar una sentencia condenatoria.

Entre quienes sostenían la primera tesis (pertenencia de las eximentes al supuesto de hecho de la norma real como elementos negativos), destacó VENDITI, para quien la solución al problema pasaba por considerar que si el supuesto de hecho de la norma penal determinante de la responsabilidad está integrado tanto por elementos objetivos y subjetivos, ya sean positivos o negativos (y la eximente sería de este segundo tipo), la duda acerca de uno de ellos debe suponer necesariamente la absolución por insuficiencia de pruebas, por cuanto se trata en

¹⁴³ Hoy por hoy, sin embargo, la gran mayoría de los tipos penales contienen una referencia explícita al elemento intencional, por lo que la delimitación de la norma penal incriminatoria ha perdido una parte importante de su interés.



realidad de la insuficiencia de pruebas acerca de uno de los elementos constitutivos del delito¹⁴⁴. La misma opinión sostuvo GAITO¹⁴⁵, para quien el supuesto de hecho de la norma penal está integrado tanto por elementos positivos (esto es, elementos cuya existencia o presencia es necesaria para la integración del supuesto de hecho) como por elementos negativos (cuya inexistencia en el caso concreto debería quedar también determinada), de modo que todos ellos deben ser probados para que pueda entenderse que existe responsabilidad penal¹⁴⁶. Ello llevó a ambos autores a sostener que la duda acerca de la concurrencia de una eximente de la responsabilidad penal debía conducir a la aplicación del art. 479.3 cpp de 1930¹⁴⁷.

MAZZANTI mantuvo una opinión contraria a las expresadas¹⁴⁸. Para este autor, las eximentes son elementos extraños, externos al supuesto de hecho de la

¹⁴⁴ VENDITI, R., “Profili sostanziali dell’assoluzione...”, ob. cit., p. 246. En el mismo sentido, CRESPI, A., “Regole di giudizio e dubbio sulle scriminanti”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 134.

¹⁴⁵ GAITO, E., “Premese sostanziali...”, ob. cit., pp. 36 y 39. Sostiene la misma tesis GIANTURCO, V., “La perplessità sulle esimenti: «in dubio contra reum»», en *Rivista penale*, 1972, vol. II, p. 653. Vid. también en el mismo sentido, aunque con algunas reservas, GUADAGNO, G., “Il dubbio sulle cause...”, ob. cit., pp. 645-647. Para este último autor, no puede decirse en sentido estricto que la antijuridicidad en particular constituya un verdadero elemento del delito, sino que se trata de una característica del hecho que determina la necesidad de proceder a una valoración previa del mismo para determinar su relevancia penal. Vid. GUADAGNO, G., “Le cause di esclusione dell’antigiuridicità nella struttura del reato”, en *Il Foro Penale*, 1954, pp. 399-400.

¹⁴⁶ FLETCHER da cuenta de la tendencia actual de los tribunales -tanto en el ámbito del common law como en los sistemas continentales-a razonar sobre la base *normas globales* (en referencia a lo que la doctrina italiana llama *normas reales*) frente a las *normas elusivas* (que estarían integradas únicamente por las circunstancias constitutivas de la actuación delictiva). FLETCHER, G.P., *Conceptos básicos...*, ob. cit., pp. 152 y ss.

¹⁴⁷ Un comentario crítico a estas teorías que toman como eje central de discusión cuestiones de teoría jurídico penal, puede verse en MELCHIONDA, A., “Studio sull’onere...”, ob. cit., p. 211. Para SIRACUSANO, la absolución por insuficiencia de pruebas de la eximente se justifica, no en un riesgo que deba sufrir la acusación por la falta de pruebas, sino en el principio *in dubio pro reo* que, en su opinión, nada tiene que ver con la carga de la prueba. Por el contrario, entiende que tal principio implica que de la alegación por el acusado de un hecho favorable no seguida de la correspondiente prueba no es posible hacer derivar una sanción procesal. SIRACUSANO, D., *Studio sulla prova...*, ob. cit., p. 233. Acerca del carácter sancionador o no de las consecuencias de la falta de prueba, vid. *supra*, capítulo II.

¹⁴⁸ MAZZANTI, M., “Esimenti e formula dubitativa”, en *Rivista Penale*, 1957, núm. 1, p. 706. En general, la Corte de Casación fue mayoritariamente proclive a entender que tales circunstancias, así como en general todas aquéllas que impiden la aplicación de una sanción penal, tienen la consideración de excepciones y, por tanto, deben ser acreditadas por el acusado, que debe convencer al órgano jurisdiccional de su concurrencia en el caso concreto. Vid. RAMPIONI, R.,

norma incriminatoria, por lo que no se entiende cómo la duda acerca de un hecho externo al delito puede afectar al convencimiento judicial acerca de la existencia del delito mismo cuando éste ha sido acreditado en todos sus extremos. De este modo, si todos los elementos del delito han sido probados, la duda sobre la existencia de una eximente no puede modificar tal convencimiento, ya que la existencia de éste sólo puede ponerse en entredicho cuando existe duda acerca de la concurrencia de alguno de sus elementos. La única consecuencia viable sería, pues, la imposibilidad de aplicar la eximente dudosa¹⁴⁹. Sin embargo, el autor matizó su posición en este punto en relación con las circunstancias eximentes que excluyen la culpabilidad, de acuerdo con los postulados establecidos por la Corte de Casación italiana. Así, entendió que, mientras las eximentes que excluyen la antijuridicidad presuponen la existencia de los hechos típicos (esto es, la comisión del hecho y la participación del acusado), las que inciden sobre la culpabilidad eliminando el carácter doloso de la conducta deben recibir un trato diferenciado, ya que la duda sobre la concurrencia de una de ellas implica, en definitiva, la duda sobre la existencia del dolo, elemento constitutivo del supuesto de hecho de la norma incriminatoria¹⁵⁰.

Pero no todos los autores centraron la discusión en el terreno de la dogmática penal. Por el contrario, algunos de ellos la recondujeron al campo del principio *in dubio pro reo* y, por tanto, al tema de la carga de la prueba, al entender que, en todo caso, la duda -ya sea sobre hechos constitutivos, impeditivos o

“Brevi note in tema di caso fortuito, formula assolutoria ed onere della prova”, en *Cassazione Penale*, 1983, pp. 578 y ss.

¹⁴⁹ MAZZANTI, M., “Esimenti...”, ob. cit., pp. 706-707.

¹⁵⁰ MAZZANTI, M., “Esimenti...”, ob. cit., p. 708. No obstante, el autor consideró que el trato diferenciado no implicaba la aplicación de la fórmula contenida en el art. 479.3 del antiguo cpp italiano por el hecho de tratarse de una eximente, sino porque en realidad, se trataba de una insuficiencia de pruebas acerca del dolo como elemento constitutivo del delito.



extintivos- debe favorecer al acusado, pues lo contrario supondría admitir la existencia de una injustificable presunción de culpabilidad¹⁵¹.

La polémica doctrinal apuntada llevó al legislador italiano en 1988 a adoptar una decisión radical respecto de la subsistencia de la *formula dubitativa*. Como consecuencia de las intensas discusiones a las que había dado lugar¹⁵², se erradicó la absolución por insuficiencia de pruebas del nuevo código¹⁵³, estableciendo como únicas fórmulas posibles la condena y la libre absolución. Al mismo tiempo, se dió respuesta al problema de la regla de juicio aplicable en los supuestos en los que permanece dudoso un hecho favorable a la defensa. En efecto, el legislador se decidió a atribuir idénticos efectos absolutorios a todos los casos en los que se produce una situación de insuficiencia probatoria, cualquiera que sea la naturaleza del hecho que permanece incierto, de tal forma que la incertidumbre debe actuar siempre a favor del acusado¹⁵⁴. Como señala BETTIOL, el legislador italiano

¹⁵¹ Vid. SABATINI, G., "In dubio...", ob. cit., p. 615. Del mismo autor, "Del favor rei come principio...", ob. cit., pp. 7-8. Idéntica opinión sostiene BETTIOL, para quien, no existiendo en el proceso penal una distribución de la carga de la prueba en sentido formal, la duda sobre un hecho impositivo de la pretensión punitiva debe resolverse a favor del acusado. No obstante, el autor entiende que esta regla encuentra una excepción en aquellos supuestos en los que se establece una presunción relativa de inexistencia de un hecho impositivo, en cuyo caso la duda no puede jugar a favor del acusado, sino que la aplicación de tal hecho depende de que se haya probado plenamente. BETTIOL, G., "Presunzioni ed onere della prova nel processo penale", en *Rivista italiana di Diritto Processuale*, 1936, pp. 255-256.

¹⁵² Recuérdese que una de las críticas más contundentes que se dirigieron al art. 479 cpp de 1930 fue la de establecer unas consecuencias distintas para el absuelto mediante esta fórmula respecto de quien era absuelto por haber quedado plenamente probada la inocencia. Vid. *supra*, capítulo III.

¹⁵³ Consciente de la necesidad urgente de erradicar la fórmula del antiguo art. 479 cpp de 1930, el legislador dispuso con carácter transitorio que las únicas fórmulas absolutorias aplicables serían, tras la entrada vigor del cpp de 1988, las señaladas por éste. De este modo, los procedimientos iniciados antes de dicha fecha pero cuya tramitación no hubiese finalizado tras la entrada en vigor del nuevo código y que finalizaran por sentencia, sólo podrían utilizar, bien la sentencia condenatoria, bien la libre absolución. Así se dispone en el art. 254 del Decreto Legislativo 28 julio 1989, n. 271, relativo a las normas de actuación, coordinación y transitorias del cpp de 1988.

¹⁵⁴ El art. 530 cpp de 1988 prevé con detalle las tres situaciones que, en todo caso, deben dar lugar a un pronunciamiento absolutorio. En el apartado primero se hace referencia a los supuestos en los que consta fehacientemente que el hecho no existe, que el acusado no ha participado, que el hecho no constituye delito -o que no ha sido previsto legalmente como tal-, que ha sido cometido por persona inimputable o que no es punible por cualquier otra razón. En definitiva, regula los supuestos en los que el órgano jurisdiccional no alberga duda razonable acerca de la no culpabilidad del acusado. El apartado segundo contempla los supuestos en los que permanece incierta la existencia del hecho, la participación del acusado, el carácter delictivo de la conducta o

consideró situaciones equiparables a la prueba positiva de la inocencia, a la ausencia, a la insuficiencia y a la contradictoriedad de la prueba acerca de la culpabilidad¹⁵⁵.

Un conclusión semejante se impone en relación con el problema de la duda judicial acerca de las atenuantes y, en consecuencia, también con las eximentes incompletas. Por ello, aplicando la misma regla enunciada por el art. 530.3 cpp italiano, hay que considerar que la duda debe actuar igualmente a favor del acusado, si bien en estos casos, por tratarse de circunstancias que no eliminan por completo alguno de los elementos del delito hasta hacerlo desaparecer, la sentencia será necesariamente condenatoria, aunque teniendo en cuenta la concurrencia de la atenuante o eximente incompleta dudosa, con las consecuencias que de ello se derivan para la imposición de la pena¹⁵⁶.

Analizadas, pues, las alternativas planteadas por doctrina y jurisprudencia, procede ahora realizar una serie de consideraciones relativas al problema aquí suscitado en torno a la regla de juicio aplicable en los supuestos de duda acerca de hechos favorables a la defensa.

la imputabilidad del autor, esto es, cuando subsisten dudas acerca de alguno de los hechos constitutivos del delito. Por último, el apartado tercero solventa los problemas surgidos en torno a las consecuencias derivadas de la duda sobre un hecho favorable al acusado, al disponer que se dictará también sentencia absolutoria tanto si hay prueba de que el hecho se cometió en presencia de una causa de justificación o de no punibilidad cuanto si existe duda acerca de la concurrencia de las mismas.

¹⁵⁵ BETTIOL, R., “Note in tema di prova insufficiente e contraddittoria e limiti alla revisione”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 1990, núm. 4, p. 289. En el mismo sentido, señala QUAGLIERINI que, de acuerdo con el art. 530 ap. 2º y 3º cpp, es suficiente hacer surgir la duda judicial acerca de la concurrencia de un hecho favorable al acusado para que tal hecho deba ser considerado existente en la sentencia. QUAGLIERINI, C., “In tema di onere della prova...”, ob. cit., p. 1272. Véase también TONINI, P., *Manuale...*, ob. cit., p. 162 y IAFISCO, L., “Osservazioni in tema di accertamento “dubbioso”, efficacia...”, ob. cit., pp. 588 y 595-596.

¹⁵⁶ SARACENO se planteó el problema de la insuficiencia de pruebas de las atenuantes bajo la vigencia del cpp italiano de 1930, en relación con el cual señaló la inexistencia de diferencias entre este supuesto y el relativo a la insuficiencia de pruebas sobre las eximentes, justificándose de este modo la aplicación del principio *in dubio pro reo* también en los casos de duda acerca de la concurrencia de una circunstancia atenuante. SARACENO, P., *La decisione sul fatto incerto...*, ob. cit., pp. 273-274. La misma opinión sostiene en “Il dubbio sui fatti...”, ob. cit., p. 201.



2.3.3.3. Las consecuencias de la insuficiencia de la prueba de descargo a la luz de la presunción de inocencia.

El punto de partida y, asimismo, la finalidad que debe presidir cualquier reflexión sobre este tema es, sin duda, la necesidad de preservar las garantías constitucionales presentes en el proceso penal. La presunción de inocencia, principal garantía del acusado en el proceso penal, no cumple una función –al menos directa- de carácter epistemológico, por cuanto no constituye método alguno para llegar a determinar con precisión la realidad de los hechos enjuiciados. Por el contrario, tiene un sentido práctico que se manifiesta en su carácter de cláusula de cierre del sistema de garantías que muestra la preferencia del legislador en torno a la necesidad de condenar exclusivamente cuando la culpabilidad haya sido demostrada¹⁵⁷.

En primer término, conviene recordar que uno de los temas en los que se ha centrado la discusión sobre la carga de la prueba de las eximentes es el relativo a la pertenencia o no de las mismas al concepto de delito. Como hemos visto, los autores partidarios de considerar que la duda sobre la concurrencia de una eximente debe favorecer al acusado parten –al menos la mayoría de ellos- del argumento consistente en el estudio de las eximentes como elementos que forman parte de la

¹⁵⁷ En este sentido se ha pronunciado ATIENZA, quien sostiene que “su función [la de la presunción de inocencia] no es la de servir para mejor conocer unos hechos (quien se propone simplemente conocer, como el historiador o el detective, no opera justamente con ese principio), sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que el otro. En definitiva, la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico (...): al utilizar ese principio, el juez no argumenta en el sentido de pasar de “no está suficientemente probado que Fulano haya cometido el delito X” a “es verdad que Fulano no ha cometido el delito”, sino que de la primera proposición (conjuntamente con el principio en cuestión) se pasa a “Fulano debe ser absuelto del delito X”, es decir, la conclusión es un enunciado práctico, no teórico”. ATIENZA, M., “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994, p. 84.

llamada *norma real incriminatoria*. Por ello, entienden que su inexistencia –al tratarse de elementos negativos de la misma- debe quedar perfectamente acreditada para que pueda condenarse al acusado, mientras que en caso de duda, lo que en realidad sucede es que existe duda sobre uno de los elementos del delito –concretamente sobre un elemento negativo- y, por tanto, la sentencia debe ser absolutoria.

Sin embargo, esta tesis parece inapropiada para resolver este problema, y ello por un motivo fundamental: el contenido de la regla de juicio es una cuestión que radica netamente en el campo del Derecho Procesal, de modo que la búsqueda de respuestas a las preguntas que se puedan plantear debe enfocarse casi exclusivamente desde el punto de vista y con los instrumentos que éste nos proporciona. En consecuencia, la respuesta acerca de la pertenencia o no de las eximentes a la llamada *norma penal real* no condiciona en modo alguno el sentido de la sentencia judicial en caso de duda. Ciertamente, con independencia de la teoría sostenida al respecto, las respuestas pueden seguir siendo múltiples sin peligro de incurrir en contradicciones. Por ello, los intentos de llevar el problema al terreno de la lógica y de la dogmática penal son inadecuados, por cuanto, como se ha señalado, se trata de resolverlo atendiendo a razones de índole garantista y desde el punto de vista del papel que juega –o debe jugar- el derecho a la presunción de inocencia como límite esencial frente a la actuación punitiva del Estado¹⁵⁸.

Pero, en segundo término, tampoco resulta satisfactoria la respuesta ofrecida por el Tribunal Supremo que, como se ha visto, aplica una regla de juicio idéntica a la vigente en el proceso civil y que poco tiene que ver con el derecho a la presunción de inocencia pues, como ya señalaba SILVA MELERO, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es necesario aludir a presunción de inocencia alguna, ya que, si lo que con ella se pretende es atribuir la carga de la

¹⁵⁸ Se comparte, pues, la opinión sostenida por EPIDENDIO, para quien no se puede hacer derivar consecuencias en el plano procesal de una sistematización del hecho realizada en el ámbito del Derecho Penal, sino que es necesario partir de la interpretación del derecho a la presunción de inocencia. EPIDENDIO, T., “Le cause di non punibilità...”, ob. cit., pp. 661 y ss.



prueba a la acusación, a la misma conclusión se llega con las reglas generales empleadas en el proceso civil¹⁵⁹.

En efecto, del mismo modo que el derecho a la presunción de inocencia exige que los hechos constitutivos de la pretensión penal estén plenamente acreditados para que pueda dictarse una sentencia condenatoria, su verdadera eficacia en este ámbito depende de que se alcance un resultado distinto al propuesto por el Tribunal Supremo respecto de la duda sobre los hechos impositivos, extintivos y modificativos. Si se tiene en cuenta que la duda razonable acerca de su existencia provoca, en definitiva, una duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado, ello debe conducir al órgano jurisdiccional a apreciar la concurrencia de las circunstancias dudosas que le sean favorables y, en consecuencia, a dictar una sentencia absolutoria o, en el caso de las atenuantes, a rebajar la pena¹⁶⁰. Ciertamente, si la condena debe ir precedida del convencimiento judicial más allá de toda duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado, resulta impensable que tal grado de convicción pueda alcanzarse, no sólo en el supuesto indiscutible de que la versión acusatoria, en sí misma considerada, no alcance tal grado de fiabilidad –caso paradigmático de sentencia absolutoria por falta de pruebas–, sino tampoco cuando se presentan dudas razonables en torno a la existencia de circunstancias favorables para el acusado¹⁶¹. En este último caso –que es el que refleja el supuesto de hecho del problema que se analiza–, realmente no puede considerarse que la pretensión penal, en su conjunto, esté acreditada más allá de toda duda razonable¹⁶². Se trata, en definitiva, de un supuesto claro en el que la

¹⁵⁹ Lo mismo sucede, a su juicio, con el principio *in dubio pro reo*. SILVA MELERO, V., *La prueba...*, ob. cit., p. 106.

¹⁶⁰ Recuérdese la opinión mantenida al respecto por ASECIO MELLADO, para quien la duda acerca de alguna de estas circunstancias implica la probable presencia de una causa de no punibilidad. ASECIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., pp. 46-47.

¹⁶¹ TONINI, P., “La prova...”, ob. cit., p. 551.

¹⁶² Cabe traer a colación una sentencia reciente del Tribunal Supremo que, aunque refleja el parecer claramente minoritario de la Sala 2^a, lo cierto es que pone de manifiesto claramente esta idea. Señala el Tribunal Supremo –en relación con el supuesto de hecho que da lugar a esta sentencia– que “la sala de instancia, en su apreciación de la prueba, claramente, descartó –sin considerarlos– todos aquellos datos favorables a la defensa que pudieron servir para cuestionar la hipótesis de la



incertidumbre sobre un determinado hecho repercute necesariamente en el convencimiento racional que el órgano jurisdiccional puede tener acerca de otro: si la consecuencia sobre la duda judicial acerca de alguno de los elementos relevantes de la pretensión conduce a la absolución del acusado –o a la adopción de la resolución más favorable, en el caso de que la duda recaiga sobre una circunstancia agravante- y, de acuerdo con la tesis que se acaba de sostener, la duda sobre algún hecho relevante de la versión de la defensa implica que la pretensión acusatoria no puede considerarse plenamente acreditada, la consecuencia que de ello se deriva es que, en este último caso, la solución debe ser idéntica y, por tanto, la sentencia debe ser absolutoria –o reflejar la rebaja correspondiente de la pena en el caso de que el hecho dudoso afecte a una circunstancia atenuante o a una eximente incompleta-¹⁶³. Cuestión completamente distinta es que la acusación haya de correr con la responsabilidad de acreditar la inexistencia de todas y cada una de las circunstancias que favorecen al acusado –que parece ser lo que el Tribunal Supremo pretende evitar con su teoría-, puesto que esto dificultaría enormemente su labor hasta hacerla prácticamente ineficaz, pero esto no tiene efecto alguno sobre el contenido que haya de darse a la regla de juicio. Piénsese que de lo que se trata es de determinar cuál debe ser el resultado de la insuficiencia de pruebas, con

acusación. Pero la obligada reintroducción de éstos en el cuadro probatorio ha hecho posible comprobar que los elementos que fueron valorados como inobjetable e inequívocamente de cargo presentan serias quiebras en su valor convictivo; y que, en la misma medida que obligan a cuestionar la versión acogida en la sentencia, otorgan fundada plausibilidad a la pretensión del imputado, abriendo, cuando menos, un importante margen de duda, más que razonable, que la sala debería haberse planteado, de haber procedido con el rigor exigible. Y que sólo puede valorarse en el sentido del art. 24,2 CE, esto es, haciendo prevalecer el principio de inocencia” (STS 1579/2003, de 21 de noviembre, FJ 6º, apdo. d).

¹⁶³ Solución que parece empezar a tener acogida en el ámbito del procedimiento ante el Jurado. Por ejemplo, PÉREZ CEBADERA, a propósito del análisis de las instrucciones que el Magistrado-Presidente debe dirigir a los jurados en torno al principio *in dubio pro reo* (en virtud del art. 54.3 LOTJ), señala que “el Magistrado-Presidente tendrá que explicar al Jurado que para votar como probado un hecho desfavorable al acusado, ha de tener la certeza de que el hecho ha acaecido, y que en caso de duda tendrá que declararlo no probado. Si la duda se refiere a un hecho favorable, el Magistrado-Presidente informará que el jurado que tenga duda deberá emitir su voto a favor de considerar el hecho como probado”. PÉREZ CEBADERA, M^a.Á., *Las instrucciones al jurado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 342-343. Esta solución se muestra en perfecta coherencia y dota de completo sentido a la norma de votación prevista en el art. 58.3 LOTJ, según la cual, la abstención –en caso de producirse a pesar de la prohibición prevista en el apartado anterior- se entenderá como voto a favor de no considerar probado el hecho perjudicial para la defensa y de la no culpabilidad del acusado.



independencia de cuál de las partes tenía la carga de probar, problema éste último que será analizado posteriormente.

En atención a todo ello, puede concluirse que en el proceso penal, a diferencia de lo que sucede en el orden civil, mientras la carga de la prueba que pesa sobre la acusación implica la necesidad de que ésta logre demostrar la realidad de los hechos en los que se sustenta la pretensión, al acusado le resulta suficiente generar en el tribunal una duda razonable acerca de la fiabilidad de la versión acusatoria. Así pues, el grado de conocimiento judicial respecto de los hechos alegados por él es notablemente inferior al que debe alcanzar la acusación. Ello significa, en último término, que la defensa debe tener como objetivo mínimo generar una duda razonable que debilite la hipótesis acusatoria, y puede hacerlo de dos modos: en primer lugar, limitándose a atacar la credibilidad de las pruebas de cargo o, en segundo lugar, presentado pruebas sobre elementos de descargo¹⁶⁴. Se vislumbra así una diferencia sustancial con la regla de juicio civil: mientras que en el proceso civil el demandado verá rechazada su pretensión cuando existan dudas acerca de algún hecho impeditivo, extintivo o excluyente, en el proceso penal la existencia de la duda –gracias a la presunción de inocencia, que es la que genera esta importante diferencia- beneficia en todo caso al acusado; en otras palabras, el demandado, a diferencia del acusado, tiene la carga de convencer al órgano jurisdiccional de la realidad de los hechos que le son favorables¹⁶⁵.

¹⁶⁴ TONINI considera en este sentido que al acusado únicamente le corresponde la carga de alegar de modo preciso las circunstancias favorables y de aportar un principio de prueba de las mismas. De esta forma, es el Ministerio Fiscal quien debe llevar al juicio las fuentes de prueba correspondientes para evitar que la existencia de una duda razonable, generada por el propio acusado al realizar tales alegaciones, desemboque en una sentencia absolutoria. TONINI, P., *Manuale di procedura...*, ob. cit., p. 162.

¹⁶⁵ Ello plantea la posibilidad de que, aun habiéndose dictado una sentencia absolutoria en el proceso penal por insuficiencia de pruebas al no haberse cumplido las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, en un proceso civil posterior, y en atención a las distintas reglas aplicables en este ámbito, los mismos elementos probatorios puedan ser suficientes para dictar una sentencia condenatoria. Así lo pone de manifiesto FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 1991, p. 109. MUÑOZ SABATÉ, sin embargo, se manifiesta en el sentido de considerar necesario que en el proceso civil posterior se aporten nuevas pruebas que apoyen a las ya aducidas en el proceso penal y que no lograron mostrar la culpabilidad del acusado. MUÑOZ SABATÉ, LL., “Absolución penal por falta de prueba y absolución penal

Se trata, en todo caso, de razones basadas en la necesidad de preservar en este ámbito y de dotar del mayor contenido posible al derecho a la presunción de inocencia, las que conducen a adoptar esta solución, claramente distinta a la propuesta en el proceso civil¹⁶⁶. ILLUMINATI, partidario de la necesidad de trazar una precisa línea divisoria entre el alcance de la regla de juicio en el proceso civil y en el proceso penal, alude a un fundamento similar. Es importante, entiende este autor, que la regla de juicio asegure una protección adecuada de los intereses del acusado, puesto que se trata, en definitiva, de intereses de relevancia esencial, y ello porque la actuación del Estado, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, no consiste simplemente en dirimir un conflicto privado, sino en el ejercicio del *ius puniendi*. De este modo, atendiendo al sistema de valores establecido por el orden constitucional, el interés estatal en la represión de la delincuencia está claramente supeditado en último término al principal derecho a la libertad personal¹⁶⁷.

Como bien puede apreciarse, el resultado de esta cuestión se encuentra condicionado básicamente por argumentos de índole garantista, basados, a su vez, en el especial rol que asume el Estado en el proceso penal. Si se toman en consideración tales argumentos, las soluciones adoptadas al respecto en el proceso civil -sobre la base de la igualdad imperante entre las partes- resultan del todo inadecuadas en el ámbito penal, ya que constituyen una fuente de desequilibrio procesal en claro detrimento del acusado que no encuentra amparo alguno en el sistema de garantías que, encabezado por el derecho a la presunción de inocencia, ha previsto nuestra Constitución. Y si ello es así, no sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya analizada, sino también la actitud reticente del Tribunal

por haber quedado probada la inocencia. Efectos en el proceso civil”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2000, núm. 1, p. 204.

¹⁶⁶ Ya señalaba SARACENO que la duda judicial debía ser resuelta en atención al criterio de la preeminencia del interés en la absolución del inocente sobre el interés en la condena del culpable, por lo que el principio *in dubio pro reo* debía aplicarse con independencia de la naturaleza del hecho que hubiera quedado incierto. SARACENO, P., “Il dubbio sui fatti...”, ob. cit., p. 201.

¹⁶⁷ ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., p. 117. En el mismo sentido, FOSCHINI, A., “Il dubbio sulla prova...”, ob. cit., pp. 210-211.

Constitucional a pronunciarse sobre esta cuestión por considerar que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y, por tanto, que carece de relevancia constitucional, así como la inexistencia de un pronunciamiento preciso al respecto del TEDH, es claramente cuestionable y debe ser sometida a una profunda reflexión.

3. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE JUICIO EN EL PROCESO PENAL.

3.1. La valoración de la prueba. De la íntima convicción al convencimiento racional.

Como es sabido, la presunción de inocencia constituye una de las garantías que conforman el “proceso debido”, de manera que su efectiva protección y, por tanto, el control de su aplicación por los tribunales, constituye una exigencia fundamental de todo sistema penal democrático¹⁶⁸. Sin embargo, es precisamente éste el aspecto más conflictivo de los tratados hasta ahora, pues el verdadero problema subyacente a la pretendida distinción entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* es el de establecer las posibilidades de control jurisdiccional en vía

¹⁶⁸ Señala ANDRÉS IBÁÑEZ, en este sentido, que hay acuerdo acerca de las garantías y principios que inspiran el “justo proceso” (entre los que, indudablemente, debe situarse la presunción de inocencia), “de tal manera que los verdaderos nudos problemáticos resultan desplazados al momento, bien de la concreción legislativa de los correspondientes requisitos, y más probablemente al de la plasmación orgánica e instrumental de los mismos en precisas pautas institucionales. Así las cosas, es evidente que el juicio sobre la legitimidad democrática de un determinado orden jurisdiccional tendrá que considerarse siempre provisional hasta tanto no se haya llevado a cabo una cuidadosa verificación de la funcionalidad efectiva de sus últimos mecanismos y de las formas en que los mismos inciden sobre quienes se ven afectados por ellos”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre democracia y justicia penal”, en *Symposium Internacional sobre la transformación de la justicia penal en la República Argentina*, Presidencia de la Nación (Consejo para la consolidación de la democracia), Tomo II, 1989, p. 147.

de recurso como garantía de una correcta aplicación de la regla de juicio en el proceso penal.

Como ya se puso de manifiesto, el Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de declarar la infracción de este último principio únicamente en los casos en los que de la motivación de la sentencia se desprende que el órgano *a quo* ha dudado y, sin embargo, ha acogido la solución menos favorable para el acusado. Como señala BACIGALUPO, el principio *in dubio pro reo* (o, si se quiere, la presunción de inocencia como regla de juicio) constituye la contrapartida de la valoración de la prueba en conciencia: “no se puede condenar en conciencia (...) si existe una situación de duda respecto de la culpabilidad del acusado”¹⁶⁹. A esta idea expresada por BACIGALUPO habría que añadir la necesidad de que la duda sea racional para evitar tanto una condena ante hechos objetivamente dudosos como una absolución cuando la duda no está fundamentada. En este sentido se manifiesta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA al señalar que la convicción judicial debe estar basada en la presencia de verdaderos elementos de prueba, de tal manera que no sea posible dictar sentencias condenatorias “basadas únicamente en certidumbres subjetivas del Juez, pero carentes de todo sustento probatorio objetivo”¹⁷⁰. En otras palabras, ni la convicción ni la duda pueden depender de meras creencias ajenas a una base probatoria fiable¹⁷¹.

Ello conduce, necesariamente, a abordar la siempre problemática tarea de establecer si es posible fiscalizar –y, si es así, en qué condiciones- la valoración de la prueba realizada por los órganos jurisdiccionales de instancia, lo que nos sitúa ante la necesidad de analizar el alcance que, respecto de esta cuestión, pueden –o

¹⁶⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Presunción de inocencia, in dubio pro reo...”, ob. cit., p. 380.

¹⁷⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La motivación de las sentencias”, en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. XIII, p. 104.

¹⁷¹ Lo expresa con suma claridad FERRER BELTRÁN, al señalar que la justificación de la decisión judicial sólo puede analizarse en relación con el contexto, que viene dado por los elementos de juicio disponibles en el proceso, mientras que las creencias son independientes del contexto del agente. FERRER BELTRÁN, J., “Derecho a la prueba...”, ob. cit., p. 31.



deben- tener los recursos de apelación, casación y amparo, siendo éstos últimos los que mayores problemas plantean.

Son por todos conocidas las reticencias mostradas por nuestros tribunales en orden al examen de la valoración de la prueba realizada por otro tribunal, posiblemente como consecuencia de una concepción de la libre convicción basada en la idea de que el razonamiento judicial es inatacable por provenir de apreciaciones plenamente subjetivas y, por tanto, insustituibles¹⁷². Como señala ANDRÉS IBÁÑEZ, la “íntima convicción” era entendida como “un ejercicio de la más absoluta intimidad, como una experiencia intraducible, como una suerte de momento pánico”¹⁷³. Muestra de ello es que el Tribunal Supremo (en el periodo preconstitucional), en lugar de poner el acento en el aspecto racional de la valoración de la prueba, dotaba de carácter intangible a la decisión adoptada por el tribunal *a quo*¹⁷⁴. Esta postura –de la que todavía hoy no se ha despojado totalmente la jurisprudencia- tenía como consecuencia la imposibilidad de revisar la actividad valorativa realizada por los órganos judiciales¹⁷⁵. Afortunadamente,

¹⁷² El carácter subjetivo atribuido a la convicción en conciencia hasta fechas recientes es puesto de manifiesto, entre otros muchos, por IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba...*, ob. cit., p. 33. En este sentido, FERRAJOLI señala que “la fórmula de la libre convicción, que por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales. Recibida en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia, permitió eludir a ambas, en el plano teórico y en el práctico, el enorme problema de la justificación de la inducción”. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 139.

¹⁷³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación...”, ob. cit., p. 156. En el mismo sentido, GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho...*, ob. cit., p. 159.

¹⁷⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Presunción de inocencia, in dubio pro reo...”, ob. cit., p. 375. Son tristemente célebres las todavía cercanas palabras de la STS de 22 de diciembre de 1980 (superada, pues, la época preconstitucional), según las cuales el Tribunal “puede formar libremente su convicción respecto a los problemas fácticos que defiera el problema de que se trate, sin supeditarla a criterio racional de sana crítica, lógico o a cualquier otro que no sea el de su recta e imparcial conciencia único freno o cortapisa que a esa soberana potestad apreciativa de la prueba establece el legislador en el sistema acusatorio que preside la fase plenaria del proceso penal español (...)” (FJ 1º).

¹⁷⁵ JAÉN VALLEJO, M., “El criterio racional en la apreciación de la prueba penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1989, núm. 1, p. 69. Una crítica especialmente significativa a la concepción subjetivista de la íntima convicción es la de GORPHE, que –en relación con el jurado francés, por ser el ámbito donde mejor se aprecia esta tradicional concepción del convencimiento judicial- señala que “lamentablemente, el jurado decide su veredicto por sí o por no con un arbitrio

esta idea ha dejado paso a una concepción más garantista y acorde con el nuevo proceso penal constitucional, fundamentalmente por el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia y la influencia que la doctrina del Tribunal Constitucional ha ejercido en esta cuestión. En consecuencia, resulta necesario reconducir la libre apreciación de la prueba a sus justos términos y, en este sentido, tanto el art. 24.1 (derecho a una tutela judicial efectiva, que supone, a su vez, el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho) como el art. 120.3 CE (según el cual las resoluciones deben ser motivadas), otorgan un sólido apoyo constitucional a lo que deba ser la “íntima convicción” en el marco de nuestro sistema jurídico. Desde luego, el punto de partida parece estar claro: la necesaria presencia de la idea de racionalidad en el procedimiento de valoración y en el resultado probatorio. Ahora bien, como después se verá, de lo que se entienda por “racionalidad” depende en gran medida el sentido de la “íntima convicción”.

A estas alturas, resulta indiscutible que la libre valoración de la prueba no constituye una actividad ajena a cualquier regla del razonamiento, como se deriva del art. 717 LECrim, que en esta materia viene a completar al art. 741 LECrim, de tal modo que la expresión *en conciencia* utilizada en este último precepto debe ser entendida en el sentido apuntado por el artículo 717 LECrim que, en relación con las declaraciones testificales, obliga a realizar una valoración de acuerdo con *las reglas del criterio racional*¹⁷⁶. En efecto, existe un amplio consenso en torno a que tal actividad debe regirse por las conocidas como *reglas de la sana crítica*, de la razón, de la lógica, del criterio humano, etc.; como indica IGARTUA SALAVERRIA, la valoración debe someterse a “criterios menos íntimos e intransferibles pero más objetivos y vigentes socialmente”¹⁷⁷. En definitiva, es una

soberano, pudiendo llamar blanco a lo que es negro e inversamente, en nombre de una convicción subjetiva sin pruebas (...) que sólo suministra una “parodia de justicia””. GORPHE, F., *La apreciación judicial...*, ob. cit., pp. 19-20.

¹⁷⁶ Esta interpretación sistemática del art. 741 LECrim ha sido uno de los caminos elegidos por doctrina y jurisprudencia para alejar de la libre convicción toda duda de irracionalidad, tal y como indica IGARTUA SALAVERRIA, J., *Valoración de la prueba...*, ob. cit., p. 37.

¹⁷⁷ IGARTUA SALAVERRIA, J., *Valoración de la prueba...*, ob. cit., p. 33. A esta idea apunta FAIRÉN GUILLÉN cuando señala que las reglas de la sana crítica aplicables en la valoración de la prueba no pueden ser aplicadas “en pura conciencia, sino formando ésta racionalmente; y, por

idea comúnmente compartida que la valoración de la prueba no puede sustraerse a la racionalidad¹⁷⁸, característica de la misma que, como señala ANDRÉS IBÁÑEZ, no se presume, sino que tiene que ser acreditada, puesto que en el campo del razonamiento inductivo (al que pertenece la actividad de valoración de la prueba) “nada se da por supuesto por razón del *status* ni por razón de carisma del operador”¹⁷⁹. Precisamente, es en relación con esta exigencia donde la motivación de las decisiones judiciales está llamada a cumplir una de sus funciones principales.

Esta nueva concepción acerca de la valoración de la prueba ha generado la legítima expectativa de que se ejerza un control efectivo sobre el razonamiento judicial, que –como se ha señalado– hasta este momento era entendido como una facultad exclusiva y excluyente de los tribunales de instancia, impidiendo de este modo la fiscalización de las arbitrariedades que el ejercicio de tal actividad pudiera generar¹⁸⁰. “Se trata, pues, –apunta ASECIO MELLADO– de objetivar la apreciación, requisito necesario para una posterior fundamentación, hecho que sólo es posible cuando la operación psicológica del Juez y su resultado al exterior aparecen como productos de la razón”¹⁸¹. A ello hay que añadir la exigencia

tanto, resulta natural que este mecanismo de razonamiento sea susceptible de control por jueces o tribunales superiores”. FAIRÉN GUILLÉN, V., “Reglas de la sana crítica...”, ob. cit., p. 14. LEONE, por su parte, ponía el acento en el peligro que supone entender la íntima convicción como arbitrio judicial o como certeza meramente subjetiva, y por ello insistía en la necesidad de que dicha certeza pueda ser compartida por el resto de la colectividad. LEONE, G., “Spunti sul problema della prova nel processo penale”, en *Scuola Positiva*, 1956, pp. 324-325. En la doctrina francesa destaca la opinión de GORPHE al respecto, que queda perfectamente resumida en el siguiente pasaje: “Dentro de una concepción racional de la justicia, y particularmente de las pruebas, la convicción que lleva a una decisión debe ser la conclusión lógica de un exámen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba. Pasa así del estado simple de creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento subjetivo, comunicable y controlable. Este es el modo por el cual la verdad judicial (...) puede aspirar positivamente a poseer un carácter impersonal que se imponga a todos (...)”. GORPHE, F., *La apreciación judicial...*, ob. cit., p. 20.

¹⁷⁸ Como afirma LANDONI SOSA, la racionalidad se encuentra comprendida entre lo que se vienen conociendo como reglas de la sana crítica. Vid. LANDONI SOSA, A., “Principio de razonabilidad...”, ob. cit., p. 97.

¹⁷⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Carpintería de la sentencia...”, ob. cit., pp. 415 y 417.

¹⁸⁰ Así lo pone de manifiesto, entre otros muchos, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La motivación...”, ob. cit., p. 97.

¹⁸¹ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 37.

consistente en que la culpabilidad quede acreditada más allá de todo duda razonable como resultado de la actividad probatoria llevada a cabo con todas las garantías¹⁸². Estos dos elementos (apreciación racional y certeza de la culpabilidad) establecen el marco fundamental dentro del cual debe ser estudiada la actividad de valoración de la prueba¹⁸³. Por supuesto, la existencia de criterios racionales de apreciación de la prueba ha permitido, como puede deducirse fácilmente, la posibilidad de ejercer un verdadero control sobre esta actividad judicial cuando se entiende que no se ha realizado conforme a los mismos. Ello no supone, obviamente, volver a un sistema de prueba legal o tasada, sino que, por el contrario, se trata de explicitar una serie de criterios impuestos por la razón, dentro de los cuales los jueces ejercen dicha facultad libremente. Lo expresa con suma claridad BRICHETTI cuando señala que “al exigir la existencia del requisito de la evidencia, no se somete a vínculos ilegítimos la apreciación del juzgador, sino que solamente se exige que éste no emita una determinada providencia sino en virtud de resultancias probatorias eficaces en sumo grado, y rápidamente, o sea evidentes; la medida de la eficacia probatoria no se busca fuera de la conciencia del juez, sino que se deja siempre a su apreciación. Es por esta vía por la que el proceso probatorio asegurará cada vez mejor la justicia de las decisiones, aproximando todo lo más posible la ley positiva a la realidad del hecho; en otras palabras, por la que llegará a ser más racional”¹⁸⁴.

Se trata, pues, en todo caso, de un sistema en el que el órgano jurisdiccional no se encuentra sometido a norma jurídica alguna que le obligue a resolver sin tener en cuenta el convencimiento alcanzado acerca de los hechos, pero sin que ello

¹⁸² Como señala SANGUINETI, no puede entenderse el libre convencimiento como la posibilidad de tener en cuenta cualquier actividad aunque sea irregular, como sucede cuando no se respetan las garantías probatorias. SANGUINETI jr. L., *La valutazione della prova penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1979, p. 22 (nota 11).

¹⁸³ GORPHE, F., *La apreciación judicial...*, ob. cit., p. 494.

¹⁸⁴ BRICHETTI, G., *La evidencia en el Derecho Procesal Penal* (Trad. por SENTÍS MELENDO, S.), Ed. EJE, Buenos Aires, 1973, pp. 115-116.

suponga que no deba justificar su decisión¹⁸⁵. De este modo, el libre convencimiento ya no puede definirse simplemente en contraposición al sistema de prueba legal, esto es, como inexistencia de todo vínculo o regla legal de valoración, sino que su definición va referida, precisamente, no sólo a la libertad que supone respecto del anterior sistema, sino también al establecimiento de garantías y límites al arbitrio judicial¹⁸⁶. Como posteriormente se tendrá ocasión de constatar, aunque no es posible afirmar –afortunadamente– que contamos con una tasación legal del valor probatorio que ha de otorgarse a cada medio de prueba, no cabe duda de que la jurisprudencia viene realizando una labor encomiable dirigida a concretar lo que, en cada caso, ha de ser considerado prueba de cargo y, por tanto, apta para ser valorada como tal y justificar, pues, una sentencia condenatoria.

La exigencia de un comportamiento acorde con las reglas del pensamiento racional constituye para ELLERO un *tertium genus* entre el sistema de libre valoración y el sistema de prueba legal. Así, señala este autor, el legislador puede actuar de varias maneras: en primer lugar, estableciendo una lista cerrada de medios apropiados para probar un concreto delito y, por lo tanto, atribuyéndoles cierto valor probatorio y eliminando con ello el convencimiento judicial; en segundo lugar, dejando plena libertad al juez para apreciar el resultado de cada

¹⁸⁵ Así se desprende de las palabras de ELLERO, según el cual “aun cuando la certeza sea subjetiva, no quiere esto decir que cada hombre proceda como le parezca, ya que todos tienen una misma naturaleza y deben contenerse dentro de ciertos extremos racionales y experimentales. Por esto el legista, que trata y regula este tema rectamente, debe acomodarse a lo que el común sentir general ha establecido, o debiera establecer”. ELLERO, P., *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* (Trad. por POSADA, A.), 7ª ed. española, Ed. REUS, Madrid, 1980, pp. 22-23. No obstante, hay que tener en cuenta que este autor entiende admisible la imposición de los límites enunciados únicamente cuando el juzgador no goza de la garantía de la imparcialidad, sino que muestra una importante inclinación a la defensa de los intereses sociales sobre los intereses del acusado. En caso distinto, entiende ELLERO, el sistema que debe regir es el del libre convencimiento sin ningún tipo de cortapisas. ELLERO, P., *De la certidumbre en los juicios criminales...*, ob. cit., pp. 23 a 25. También lo indica CALVO CABELLO en el siguiente pasaje: “Sí, por tanto, al sistema de libre valoración. Pero con rendición de cuentas. Libre valoración fundada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que se ofrecen como un inestimable medio de valorar las pruebas en libertad. El libre convencimiento no es una inspiración. Cuando el juez establece una decisión valorativa lo hace porque la encuentra fundada, apta para ser explicada y aceptable por otros y por el Estado de Derecho”. CALVO CABELLO, J. L., “La valoración de la prueba en el juicio oral”, en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, núm. IX, p. 446.

¹⁸⁶ UBERTIS, G., *La prova penale...*, ob. cit., p. 88.

medio probatorio sin sometimiento a regla alguna y, en tercer lugar (y esto es en lo que consiste este sistema intermedio o “conciliador”), el legislador puede respetar la libre convicción judicial, pero estableciendo límites o frenos a tal actividad, fundamentalmente relativos a las exigencias necesarias para condenar¹⁸⁷. En el mismo sentido se manifiesta UBERTIS, tal y como se desprende de la distinción que realiza entre *convencimiento íntimo*, que se identificaría con la tradicional concepción de la valoración como absoluta libertad e independencia de toda regla, y *libre convencimiento*, relativo, por el contrario, al sometimiento a las reglas de la razón¹⁸⁸. En sentido contrario, entiende IGARTUA SALAVERRIA que no es necesario crear un *tertium genus* entre prueba libre y prueba tasada consistente en la valoración racional o de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ya que el sistema de libre valoración “es una libertad razonada, fundada en la lógica y en la experiencia, es decir, que en nada difiere de la *persuasión racional* o de la *sana crítica*”¹⁸⁹. Ciertamente, y de acuerdo con IGARTUA SALAVERRIA, la libre convicción tiene ese carácter, pero no es posible desconocer que, históricamente, los sistemas de valoración han sido, por un lado, la valoración legal o tasada y, por otro, la libre convicción, de la que han existido dos interpretaciones básicamente opuestas: como libertad absoluta –imperante hasta fechas recientes- y como libertad sometida a las reglas del criterio racional, por lo que, en realidad, no se trata de clasificaciones distintas, sino que ELLERO y UBERTIS ponen de manifiesto las interpretaciones que, históricamente y aún hoy, se han sucedido en torno a la libre convicción¹⁹⁰.

¹⁸⁷ ELLERO, P., De la certidumbre en los juicios criminales..., ob. cit., pp. 21-22.

¹⁸⁸ UBERTIS, G., *La prova penale...*, ob. cit., p. 88.

¹⁸⁹ IGARTUA SALAVERRIA, J., “Desventuras de la «íntima convicción»”, en *Estudios de Jurisprudencia. Revista COLEX*, 1993, núm. 7, p. 7, nota núm. 3; en idéntico sentido, ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., pp. 36-37 y MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., p. 175.

¹⁹⁰ De estas interpretaciones da perfecta cuenta ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., pp. 35 y ss. También en este sentido debe interpretarse la célebre expresión de COUTURE tantas veces puesta en entredicho, según la cual el sistema de libre convicción supone que el juez “adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”. COUTURE, E. J., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 273. Ciertamente, este

Un instrumento de indudable valor para el control de la racionalidad de la decisión judicial y, con ello, del respeto a la presunción de inocencia, lo constituye el deber constitucional de motivar las sentencias (art. 120.3 CE), pues sólo a través de la motivación es posible llegar a conocer las razones que para el juez justifican la declaración de hechos probados y, de este modo, controlar el grado de cumplimiento de la presunción de inocencia¹⁹¹. Así, la sentencia debe expresar, por un lado, los elementos de convicción que han llevado al juez a declarar la inocencia o la culpabilidad y, por otro lado, el razonamiento inductivo que une dichos elementos a la decisión finalmente adoptada, es decir, las razones que le han llevado a adoptar dicha decisión¹⁹². A este respecto, conviene añadir que la legitimidad de los órganos jurisdiccionales no descansa únicamente en la posesión de su cargo, sino que deriva también de la emisión de resoluciones judiciales acertadas, basadas en criterios racionales, de tal modo que es necesario que se exija la expresión del razonamiento que ha llevado a un juez a dictar una resolución¹⁹³.

autor trata de poner de relieve esas dos interpretaciones de la libre apreciación que se han señalado (lo que él denomina libre convicción se identifica con la íntima convicción a la que apuntaba UBERTIS), ya que lo que aquí se denomina como tal es lo que él llama apreciación según las reglas de la sana crítica. COUTURE, E. J., *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 270 y ss. En este sentido, es muy ilustrativa la defensa de ésta última frente a la prueba tasada y a la libre convicción: “la sana crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías”. COUTURE, E. J., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 276.

¹⁹¹ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 51. Un amplio estudio acerca de las funciones que está llamada a cumplir la motivación de las resoluciones judiciales puede verse en COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 118 y ss.

¹⁹² ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 49. El deber de motivar las resoluciones judiciales en orden a comprobar la racionalidad de la decisión plantea, como fácilmente puede imaginarse, importantes problemas prácticos en el ámbito del juicio por jurados, lo que aconseja un especial esfuerzo del Magistrado-Presidente a la hora de redactar el objeto del veredicto, haciendo constar de forma precisa todos los hechos que hayan conformado el objeto del proceso, facilitándose así enormemente la labor de los jueces legos. En este sentido, con especial mención de las distintas líneas jurisprudenciales en torno a la extensión que debe tener la motivación del veredicto, vid. DOIG DÍAZ, Y., “La motivación del veredicto en el Tribunal del Jurado”, en *La Ley*, núm. 5894, 17 de noviembre de 2003, pp. 1 y ss.

¹⁹³ Corrección de la decisión que, a juicio de VIVES ANTÓN, no se identifica con la necesaria correspondencia entre la verdad *objetiva* y los hechos declarados probados, sino que depende



Señala GIMENO SENDRA en este sentido que la legitimidad deriva de la sumisión a la ley y de la independencia judicial, principios que se nos presentan como correlativos y que se encuentran plasmados en un texto constitucional que ha sido refrendado por la voluntad popular¹⁹⁴. Por ello, se podría concluir que la legitimidad de una resolución judicial pasa necesariamente por la expresión del razonamiento en el que se funda como único modo de contrastar el efectivo respeto a tales principios, en la medida en que “la «auctoritas» del juez no puede, en una sociedad democrática descansar sobre un misterioso carisma que haga pensar en la bondad de sus fallos, sino en los principios constitucionales refrendados por la sociedad entera”¹⁹⁵.

A ello hay que añadir una idea ciertamente asumida por todos pero que, en demasiadas ocasiones, parece quedar ensombrecida por la supremacía de la sumisión judicial a la ley. Se trata de la sumisión judicial también –y fundamentalmente- a los hechos objeto del proceso o, como señala MUÑOZ CONDE, “a la realidad implacable de los hechos a los que dicha ley tiene que ser

fundamentalmente de su ajuste a la argumentación que las partes hayan desarrollado durante el proceso, puesto que el razonamiento judicial es una especie dentro del género común del razonamiento práctico, en el que sólo la argumentación más plausible y mejor fundada debe obtener el consenso de los intervinientes en el proceso. En consecuencia, para VIVES ANTÓN, la verdad que reflejan las resoluciones judiciales es una verdad *consensual* y, por tanto, su mayor o menor corrección se encuentra condicionada por la aceptabilidad del razonamiento. VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma...*, ob. cit., pp. 246-247. Una crítica a esta idea puede verse *supra*, apartado 1º del capítulo I.

¹⁹⁴ GIMENO SENDRA, V., “Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, núm. 2-3, p. 335. En sentido similar se pronuncia FERRAJOLI: “La sujeción a la ley, como premisa sustancial de la deducción judicial y a la vez única fuente de legitimación política, expresa, pues, la colocación institucional del juez. Esta colocación -externa a los sujetos en causa y al sistema político y extraña a los intereses particulares de unos y a los generales del otro- se hace patente en el requisito de la imparcialidad (...)”. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 579-580.

¹⁹⁵ GIMENO SENDRA, V., “Poder Judicial, potestad...”, ob. cit., p. 335.



aplicada”¹⁹⁶, y ello da perfecta cuenta de la importancia de que la motivación se extienda también a la valoración judicial de los mismos¹⁹⁷.

3.2. La valoración racional de la prueba como garantía del derecho a la presunción de inocencia.

A pesar del significativo cambio apuntado en torno a la concepción de la libre apreciación de la prueba y, con ello, respecto de la necesaria motivación de las sentencias, todavía hay una actitud reticente a admitir un control exhaustivo de esta actividad judicial. Para abordar hasta qué punto se admite esta posibilidad, es necesario recordar nuevamente la distinción entre presunción de inocencia como regla probatoria y presunción de inocencia como regla de juicio penal. Como ya se dijo, la presunción de inocencia en su dimensión de regla probatoria exige para condenar la existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, mientras que desde la perspectiva de la regla de juicio, implica la necesaria absolució cuando tal actividad probatoria no sea suficiente para obtener el convencimiento judicial de la culpabilidad del acusado.

Nos encontramos, pues, ante dos fases bien diferenciadas en la valoración de la prueba. La primera fase es aquélla en la que el juez debe determinar si existe o no actividad probatoria de cargo, esto es, debe decidir si constan o no en la causa actuaciones con finalidad probatoria realizadas con todas las garantías y, además, si tales actuaciones tienen o no un sentido objetivamente incriminatorio. Una vez que el juez obtiene una respuesta positiva para ambos interrogantes, es cuando

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F., “La búsqueda de la verdad...”, ob. cit., p. 67.

¹⁹⁷ Motivación que, en palabras de MUÑOZ CONDE, consiste en una “argumentación intersubjetiva, comunicable lingüísticamente y racionalmente verificable de las razones por las que se ha llegado a una determinada valoración”. MUÑOZ CONDE, F., “La búsqueda de la verdad...”, ob. cit., pp. 96-97.

comienza la segunda fase de la valoración, cuyo objeto es el de determinar si la prueba de cargo es suficiente o no para condenar.

Se trata ésta de una distinción aceptada y finalmente adoptada por el legislador en la LOTJ, lo que ha supuesto una inevitable división de competencias entre el Magistrado-Presidente y los jurados, cada uno de ellos llamados a conocer de cada una de tales fases. Ciertamente, el artículo 49 LOTJ contempla como causa de disolución anticipada del jurado la apreciación por parte del Magistrado-Presidente (de oficio o a instancia de la defensa) “que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado”. De este modo, mientras al Magistrado-Presidente le corresponde determinar si existe actividad probatoria practicada con todas las garantías y que pueda entenderse de cargo, a los jurados les corresponde la tarea propiamente dicha de valoración de la prueba previamente analizada, en sus aspectos objetivos y de mera legalidad, por el Magistrado-Presidente. Precisamente, la atribución de esta segunda fase a los jurados se constata cuando el artículo 54.3 LOTJ exige que el Magistrado-Presidente instruya a los jurados acerca de la necesidad de decidir en el sentido más favorable al acusado en caso de duda¹⁹⁸.

Aunque la valoración de la prueba es una actividad integrada por las dos fases que se acaban de describir, no parece haber acuerdo acerca del alcance que ha de tener el control sobre una y otra. Ciertamente, nos encontramos en la doctrina con tesis contrapuestas en torno a esta cuestión, que bien pueden verse reflejadas en

¹⁹⁸ No se trata, ni mucho menos, de una cuestión pacífica la de establecer dónde acaban las atribuciones del Magistrado-Presidente y empiezan las de los jurados para evitar una invasión por aquél de la facultad de valoración de la prueba. De ello dan buena muestra, entre otros, LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba...*, ob. cit., pp. 266 y ss; MORENO MILLÁN, C., “El Magistrado-Presidente. El juicio oral: procedimiento”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pp. 267 a 269 y VARELA CASTRO, L., “Fundamentos político-constitucionales y procesales”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pp. 95 y ss. Para MIRANDA ESTRAMPES, el art. 49 LOTJ implica una usurpación de funciones al Jurado, puesto que determinar si la prueba es de cargo encierra un importante componente valorativo. MIRANDA ESTRAMPES, M., “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pp. 521 y ss.

las opiniones sostenidas al respecto por BACIGALUPO ZAPATER y BELLOCH JULBE.

A juicio de BACIGALUPO ZAPATER, la primera fase de la valoración de la prueba (en la que el juez debe tomar una decisión acerca de la existencia o inexistencia de prueba de cargo) aparece fuertemente condicionada por el principio de inmediación. En ella se concretarán las premisas a partir de las cuales se va a obtener un determinado resultado probatorio, siendo dicha concreción una consecuencia directa de las percepciones del órgano *a quo* durante el juicio oral¹⁹⁹. Por ello, para este autor, puesto que la percepción directa garantiza la corrección de la elección de los medios de prueba que constituyen las premisas del razonamiento, no es posible supervisar en casación las consecuencias extraídas por el tribunal de instancia²⁰⁰.

Sin embargo, para BELLOCH JULBE éste es un nivel de valoración eminentemente objetivo, al que denomina “constatación de la existencia o inexistencia de verdaderas pruebas”, que incluye la valoración de los elementos antes señalados. En este sentido, puesto que se realiza de acuerdo con criterios preestablecidos y compartidos (por ello se habla de *objetividad*), es una fase plenamente controlable en casación y en amparo²⁰¹. A su juicio, pues, cabría

¹⁹⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Presunción de inocencia, in dubio pro reo...”, ob. cit., p. 374. En el mismo sentido, vid. FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria...”, ob. cit., pp. 173-174; JAÉN VALLEJO, M., “El criterio racional...”, ob. cit., pp. 73-74.

²⁰⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Presunción de inocencia, in dubio pro reo...”, ob. cit., pp. 376 y 382. La misma opinión parece sostener –en relación con las facultades de control del Tribunal Constitucional– ECHARRI CASI, F.J., “La “prueba” sobre la prueba. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 207/2002, de 11 de noviembre”, en *La Ley*, núm. 5710, 3 de febrero de 2003, pp. 4 y 5, quien afirma que, en la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional se extralimita en sus funciones por entrar a determinar cuáles son los requisitos que debe reunir la declaración del coimputado como prueba válida para enervar la presunción de inocencia, lo que entraría de lleno en las facultades que tienen encomendadas en exclusiva los órganos judiciales del Poder Judicial. Por su parte, señala LÓPEZ GUERRA que el Tribunal Supremo –partiendo de la división apuntada en torno a las dos fases que integran la valoración de la prueba– sostiene esta misma tesis, vetando el control de la valoración de aquellos aspectos que dependen de la inmediación judicial. LÓPEZ GUERRA, L., “Presunción de inocencia...”, ob. cit., p. 148.

²⁰¹ GUERRA SAN MARTÍN, J., BELLOCH JULBE, J. A. Y TORRES LÓPEZ DE LACALLE, E., “El derecho a la presunción...”, ob. cit., p. 1202. Vid. también, respecto del carácter objetivo de esta fase, ASENSIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 58.



entender que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional son competentes para constatar la existencia de prueba de cargo con todas las garantías.

En relación con la fiscalización de la segunda fase de la valoración de la prueba (en la que el juez debe determinar si la prueba de cargo es suficiente o no para condenar), ambos autores mantienen también tesis contrapuestas. Para BACIGALUPO ZAPATER esta fase (a la que llama *infraestructura racional de la formación de la convicción*) es la que permite un control más amplio de las operaciones mentales realizadas por el juez, ya que tales operaciones están sometidas a las reglas de la lógica y de la experiencia y, en este sentido, es posible conocer cuál es el nivel de adecuación de su razonamiento a los criterios generales de valoración²⁰².

Por el contrario, entiende BELLOCH JULBE que ésta es, en sentido estricto, la verdadera actividad de valoración de la prueba, puesto que consiste en determinar el alcance de lo que, en la fase anterior, el juez ha catalogado objetivamente como prueba de cargo obtenida con todas las garantías. Señala este autor que la nota fundamental de este nivel de la valoración es su carácter subjetivo, puesto que el tribunal, en conciencia, pondera los elementos probatorios presentes en la causa, por lo que ese carácter subjetivo le priva de la posibilidad de control por un tribunal superior²⁰³.

Analizadas las distintas tesis sostenidas al respecto, lo cierto es que ha llegado el momento de afrontar la pregunta principal que se planteaba al abordar esta cuestión: ¿qué posibilidades caben, en vía de recurso, para garantizar una adecuada aplicación de la presunción de inocencia como regla de juicio penal? En realidad, esta pregunta no es sino la síntesis de dos cuestiones que están en el fondo: ¿qué modelo de apelación es conveniente para asegurar dicha finalidad? ¿es

²⁰² BACIGALUPO ZAPATER, E., “Presunción de inocencia, in dubio pro reo...”, ob. cit., pp. 374 y ss.

²⁰³ GUERRA SAN MARTÍN, J., BELLOCH JULBE, J. A. Y TORRES LÓPEZ DE LACALLE, E., “El derecho a la presunción...”, ob. cit., pp. 1202-1203.

suficiente la instauración de la doble instancia penal o, por el contrario, el recurso de casación y, subsidiariamente, el de amparo, aun en contra de su naturaleza, son también medios adecuados para la consecución de dicho fin? Sin duda, son preguntas complejas que aconsejan un análisis detenido.

Por lo que respecta al alcance del recurso de apelación, un examen detenido de las tesis anteriormente expuestas desvela la insuficiencia de las mismas para garantizar de forma eficaz el respeto a la presunción de inocencia. Ciertamente, la inmediación no puede constituir un obstáculo que dificulte la revisión de la sentencia penal por lo que se refiere al pronunciamiento acerca de la existencia o inexistencia de prueba de cargo, es decir, de ese primer nivel de valoración al que antes se aludía²⁰⁴. Si así fuera, se impediría que la valoración de prueba realizada en primera instancia fuera objeto de impugnación a través del recurso de apelación, pues el órgano *ad quem* no podría llegar a determinar si la prueba que ha fundamentado la sentencia impugnada ha de tener la consideración de prueba de cargo. Téngase en cuenta que la valoración de la prueba –en su integridad- debe ajustarse a criterios objetivos que puedan ser entendidos y compartidos por quienes incluso no han estado presentes en la práctica de la prueba. Hay que tener presente que la inmediación no es un método para el conocimiento, sino que tiene valor instrumental y, desde este punto de vista, un mal uso de la misma –si es entendida como sistema de “percepción íntima” de datos que no pueden ser expresados mediante el lenguaje, como sucede, por ejemplo, con el lenguaje gestual cuando se utiliza como indicio para establecer la credibilidad de un testigo- puede convertir a esta garantía jurisdiccional en un mecanismo que impida el control de la racionalidad de la decisión judicial²⁰⁵. Es necesario, pues, que el órgano jurisdiccional rechace la información obtenida como consecuencia de la inmediación cuando ésta responde a meras reacciones emotivas y, por tanto, sin

²⁰⁴ La inmediación no puede consistir, pues, en una “zona opaca al control racional”. GASCÓN ABELLÁN, M., “La racionalidad...”, ob. cit., p. 626.

²⁰⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo/2003, pp. 59 y ss. En el mismo sentido, JORGE BARREIRO, A., “Las sentencias absolutorias...”, ob. cit., pp. 79-80.

carácter intersubjetivo²⁰⁶. Con ello se evita que la decisión acerca de la existencia de prueba de cargo resida únicamente en una expresión de preferencias o de prejuicios del juez sobre la admisibilidad de ciertos medios probatorios²⁰⁷. Impedir el examen de la primera fase de la valoración determina, en definitiva, la imposibilidad de llegar a saber si las premisas sobre las cuales se ha construido el razonamiento judicial han sido o no correctamente seleccionadas, pues, como señala ASECIO MELLADO, “no resulta admisible y, en nuestra opinión vulneraría el derecho a la presunción de inocencia, el obtener una conclusión de culpabilidad sobre la base de pruebas no incriminatorias en virtud del convencimiento judicial respecto de la no credibilidad del testigo o perito o la falsedad del documento”²⁰⁸. En definitiva, es necesario que el tribunal de apelación pueda llegar a determinar si la prueba practicada en primera instancia, objetivamente considerada, constituye prueba de cargo.

Junto con ello, es necesario poner de relieve la existencia de mecanismos que, en parte, podrían ayudar a paliar los problemas generados por la falta de inmediación del órgano judicial que conoce del recurso de apelación respecto de la prueba practicada en primera instancia. Se trata, fundamentalmente, de la posibilidad de dejar constancia de modo fehaciente de todo lo actuado ante el órgano *a quo* gracias a los medios de grabación y reproducción de la imagen y el sonido²⁰⁹. Las indudables ventajas que estos mecanismos reportan en el ámbito del

²⁰⁶ TARUFFO, M., “Algunos comentarios...”, ob. cit., p. 89. Tales reacciones emotivas, en el caso de las declaraciones personales, pueden venir de la mano de la percepción de cuestiones tales como la sudoración, el acaloramiento o la tensión muscular que, obviamente, no tienen porqué significar que el declarante está mintiendo, puesto que fácilmente pueden responder a otro tipo de estímulos. A pesar de lo inadecuado de tomar en consideración esta serie de reacciones, se trata de síntomas que los tribunales tienden a apreciar para dotar de credibilidad al testimonio. A juicio de PASTOR ALCOY, deben ser tenidos en cuenta únicamente de forma accesoria, precisamente en atención a las consecuencias engañosas que se pueden extraer de ellos. PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad...*, ob. cit., pp. 81-82.

²⁰⁷ Problema que, como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE con ejemplos muy ilustrativos, se aprecia en ocasiones en nuestra jurisprudencia, especialmente en relación con la prueba testifical. MUÑOZ CONDE, F., “La búsqueda de la verdad...”, ob. cit., pp. 75 y ss.

²⁰⁸ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 59.

²⁰⁹ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., pp. 53-54. Apunta también a esta posibilidad CEDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la

proceso llevaron al legislador a establecer en la LEC de 2000 la necesidad de documentar las vistas y audiencias en soportes aptos para la reproducción de la imagen y/o del sonido (vid. arts. 147 y 187 LEC). Si bien es cierto que en el proceso penal no se cuenta todavía con una cobertura legislativa que permita adoptar este tipo de medidas, se han producido algunas reformas tendentes a introducir el uso de las nuevas tecnologías en este ámbito. Ciertamente, y aún no siendo una realidad jurídica con un campo de aplicación tan extenso como el previsto en la norma procesal civil, el legislador ha contemplado la posibilidad de dejar constancia de la prueba anticipada mediante este tipo de medios en la reciente reforma parcial de la LECrim operada a partir de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. Se permite en esta norma –aunque únicamente en el ámbito de los juicios rápidos y del procedimiento abreviado– grabar la prueba practicada anticipadamente cuando haya razones para temer que no pueda practicarse en el acto del juicio oral, posibilitando así su reproducción ante el órgano sentenciador (vid. arts. 777.2 y 797.2 LECrim). Sin duda, se trata de un avance importante que bien debiera tener su reflejo en una futura reforma integral de la LECrim, posibilitando no sólo la grabación de las pruebas practicadas anticipadamente, sino también de las practicadas en el juicio oral en cualquier tipo de procedimiento, tal y como ha previsto el legislador en la LEC²¹⁰. De este modo, se garantizaría la inmediación del órgano *a quo* respecto de las pruebas practicadas en la fase de instrucción y, al mismo tiempo, la posibilidad

presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, núm. 10, p. 214. Precisamente, conjugar la inmediación judicial con la posibilidad de realizar un efectivo control sobre la racionalidad de la decisión del órgano jurisdiccional que presenció la prueba exige, al menos, que se deje constancia fehaciente de todo lo actuado ante éste. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre el valor de la inmediación...”, ob. cit., p. 64.

²¹⁰ En este sentido se manifiesta MAGRO SERVET, V., “La validez en juicio de las declaraciones de los testigos y víctimas en la instrucción de los juicios rápidos”, en *La Ley*, núm. 5651, de 8 de noviembre de 2002, p. 3. Respecto de las ventajas que puede proporcionar la grabación del juicio respecto de la supervisión en el recurso de apelación de las pruebas personales practicadas en primera instancia, vid. JORGE BARREIRO, A., “Las sentencias absolutorias...”, ob. cit., pp. 79-80.

de que el órgano *ad quem* pudiera revisar la decisión dictada en primera instancia con pleno respeto del principio de inmediación²¹¹.

Por lo que respecta a la segunda fase de la actividad de valoración de la prueba, a diferencia de lo mantenido por BELLOCH JULBE, parece conveniente desterrar la idea de que se trata de una actividad de carácter subjetivo ajena a control alguno. Precisamente, el peligro de arbitrariedad se presenta en este momento con una mayor fuerza si cabe, puesto que la determinación de la suficiencia de la prueba de cargo es uno de los momentos de la valoración en los que simples sospechas o conjeturas pueden presentarse como elementos de prueba convincentes y, por tanto, suficientes. La única forma eficaz de conjurar tal peligro reside en permitir el examen exhaustivo de toda la actividad de valoración, desde la selección de los medios de prueba en los que se fundamente la sentencia hasta el razonamiento empleado por el juez para condenar. En definitiva, se trata de establecer la posibilidad de que el tribunal de apelación pueda manifestarse acerca de la existencia de prueba de cargo suficiente para constatar que la única hipótesis verdaderamente fundada es la que el juez ha declarado probada. Es necesario, pues, que en vía de apelación el órgano *ad quem* pueda realizar una nueva valoración de la prueba en toda su extensión, puesto que así se deriva de la naturaleza de este recurso, que permite un nuevo enjuiciamiento de los hechos y, en consecuencia, una nueva valoración de la prueba ya practicada en primera instancia. No obstante, nuestros tribunales vienen considerando que la inmediación constituye una garantía insoslayable que debe estar presente en todo proceso. Así se deriva de la novedosa

²¹¹ No obstante, el legislador sí se ha ocupado de modernizar la administración de justicia adoptando una serie de medidas tendentes a posibilitar que los medios de prueba personales y la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso puedan realizarse mediante videoconferencia. Esta intención, que se ha convertido en una realidad con la LO 13/2003, de 24 de octubre (art. 4, que introduce un nuevo artículo 229.3 en la LOPJ, en el que se realiza un sucinta referencia a la posibilidad de utilizar la videoconferencia para la realización de actuaciones procesales, siempre que se garantice el principio de contradicción y el derecho de defensa), bien podía haberse dirigido también a garantizar que de las actuaciones procesales quede constancia en sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido. Ciertamente, aunque como señala MAGRO SERVET, el art. 230 LOPJ ofrece una mínima cobertura legal para el uso de las nuevas tecnologías, no parece ser suficiente cuando, el propio precepto se limita a realizar una autorización genérica, sin que de ello pueda derivarse la obligación de grabar las vistas penales. MAGRO SERVET, V., "La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales", en *La Ley*, núm. 5806, de 19 de junio de 2003, pp. 2 y ss.

doctrina jurisprudencial puesta de manifiesto a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, en la que el Tribunal Constitucional considera que la inmediación, junto con el principio de contradicción, debe presidir necesariamente la segunda instancia cuando se va a llevar a cabo una nueva valoración de las declaraciones prestadas por el acusado y, en general, de las pruebas de carácter personal. Considera que, en estos casos, el órgano de apelación, al amparo del actual art. 791 LECrim, debe ordenar la celebración de una vista para que el acusado pueda ser oído nuevamente por el tribunal (FJ 11º). Sin embargo, es preciso destacar que, como señala el propio Tribunal Constitucional, esta sentencia trae causa de una sentencia condenatoria dictada en apelación que revoca una sentencia absolutoria dictada en primera instancia sobre la base de una distinta valoración de la declaración de los acusados que no fue reproducida en segunda instancia (FJ 9º). No será aplicable esta doctrina, pues, a aquellos supuestos en los que el tribunal de apelación haya revocado una sentencia condenatoria dictada en primera instancia²¹². En cualquier caso, se extraen dos ideas fundamentales de esta doctrina: en primer lugar, que el órgano de apelación está en condiciones –como no podía ser de otro modo– de realizar una nueva valoración de la prueba practicada en primera instancia, con lo que se asegura la revisión de la realizada por el órgano *a quo* y, por tanto, su adecuación a los requisitos derivados de la presunción de inocencia; en segundo lugar, que, no obstante, cuando la sentencia apelada sea absolutoria y la nueva valoración recaiga sobre pruebas de carácter personal, será necesario garantizar también en segunda instancia los principios de inmediación y contradicción, por lo que habrá de procederse a practicar nuevamente la prueba.

Superados de este modo los inconvenientes derivados de la falta de inmediación y de la pretendida subjetividad de la valoración de la prueba, no cabe duda de que el recurso de apelación es la vía adecuada para realizar una revisión

²¹² Una propuesta *de lege ferenda* en este sentido, como punto de partida para una reforma de la apelación puede verse en BACIGALUPO ZAPATER, E., “Doble instancia y principio de inmediación (a propósito de la llamada “doble instancia”)”, en *Actualidad Penal*, 2002, núm. XII. Sostiene el autor, además, que en todo caso debería celebrarse vista pública. Una visión crítica de la nueva línea jurisprudencial, así como del recurso de apelación pleno, con especial incidencia en los problemas de devaluación de la primera instancia, puede verse en JORGE BARREIRO, A., “Las sentencias absolutorias...”, ob. cit, pp. 73-74.

con todas las garantías de la apreciación de la prueba efectuada en primera instancia. Hay que tener en cuenta que la apelación no cabe únicamente frente a la infracción de normas, sino también frente a la fijación de hechos efectuada en primera instancia como consecuencia del resultado probatorio obtenido. Precisamente en ello consiste el doble grado de conocimiento, esto es, la necesidad de que los asuntos planteados ante un órgano jurisdiccional puedan ser objeto de un nuevo enjuiciamiento en toda su extensión por un tribunal superior, de acuerdo con la exigencia contenida en el art. 14.5 PIDCP. Junto con ello, es necesario tener en cuenta que, si bien hasta fechas recientes dicho precepto no encontraba un efectivo cumplimiento en nuestro sistema procesal penal, tal y como puso de manifiesto el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Dictamen de 20 de julio de 2000²¹³, la reforma de la LOPJ realizada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre ha otorgado la competencia a los Tribunales Superiores de Justicia y a la nueva Sala de Apelación de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos de apelación que se planteen frente a las sentencias dictadas en primera por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional respectivamente (arts. 73.3.c) y 64 bis LOPJ)²¹⁴, dando así el primer paso para solventar los problemas detectados por dicha Comisión y puestos de manifiesto desde hace años por la doctrina²¹⁵. Esta reforma habrá de encontrar su culminación con la futura reforma de la LECrim, en virtud de la cual se deberá establecer el procedimiento a través del cual habrá de tramitarse el recurso de apelación frente a las resoluciones mencionadas.

En cuanto al alcance de las facultades revisoras del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, lo cierto es que se trata de una cuestión que, aunque

²¹³ El Comité destaca que “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (...), limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto” (§ 11.1).

²¹⁴ No obstante, hay que tener en cuenta que esta novedad no ha venido acompañada de la previsión del procedimiento correspondiente para la tramitación del recurso, por lo que habrá de realizarse con la mayor rapidez posible una reforma de la LECrim en este sentido.

²¹⁵ Vid., por todos, ASENSIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 55.



todavía hoy se plantea como controvertida, antes de la reforma legislativa arriba indicada y de la proyectada reforma de la LECrim en el mismo sentido, podía tener cierto sentido que ambos órganos jurisdiccionales se atribuyeran algunas competencias en este ámbito, pero actualmente dicha necesidad, en caso de haber existido, ha desaparecido²¹⁶. Téngase en cuenta que la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio quedará suficientemente protegida con la posibilidad de que la decisión judicial adoptada en primera instancia pueda ser revisada por un tribunal superior, tal y como sucederá cuando se reforme la LECrim en el sentido indicado por la reciente reforma de la LOPJ. Carece de sentido, pues, que hoy por hoy el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo asuman una función de revisión de la valoración de la prueba que no sólo les es ajena²¹⁷, sino que dificulta en gran medida el correcto desempeño de las funciones atribuidas expresamente por la ley, dado el gran número de recursos de casación y amparo basados exclusivamente en la infracción de la presunción de inocencia por la incorrecta valoración de la prueba²¹⁸.

Es de esperar que la reforma de la LECrim devuelva al Tribunal Supremo las funciones verdaderamente casacionales que le son propias y no las revisoras que hasta ahora ha venido desempeñando a modo de segunda instancia penal y que han

²¹⁶ Señala SOTO NIETO que “la ausencia de una segunda instancia en los procesos por delitos mayores explica la generosidad en la concepción e instrumentalización de los motivos de casación observable en la práctica”. SOTO NIETO, F., “Recursos procedentes en el orden procesal penal. Doble grado de jurisdicción”, en *La Ley*, 2004, Tomo 1, p. 1608.

²¹⁷ No sólo porque no se cuenta entre las finalidades del recurso de amparo, sino porque, igualmente, el recurso de casación se configura como recurso extraordinario que, sólo de manera muy limitada y con las características establecidas por el propio Tribunal Supremo, puede servir como instrumento para entrar en la valoración de la prueba cuando se alega error en la misma y siempre que dicho error conste en documento que obre en autos, teniendo en cuenta el estricto sentido en el que en este ámbito se utiliza la expresión “documento”.

²¹⁸ En relación con la problemática que causa el enorme número de recursos de amparo que se plantean por vulneración de la presunción de inocencia vid. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., *El Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, Elcano, 2000, p. 216 y FIGUERUELO, A., *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Ed. Biblioteca nueva, Madrid, 2001, pp. 69 y ss. Por lo que respecta a la conveniencia de que el recurso de casación sea un instrumento válido únicamente para demandas que tengan un interés verdaderamente casacional y el papel que en ello juega la generalización de la doble instancia penal, vid., extensamente, FONT SERRA, E., “La exigencia de la doble instancia en el proceso penal”, en FONT SERRA, E., *Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.



contribuido definitivamente a la saturación de este órgano jurisdiccional. Igualmente es deseable una reforma en el mismo sentido del Tribunal Constitucional, que habrá de estar dedicado a funciones estrictamente de amparo.

4. REGLAS JURISPRUDENCIALES PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Una vez analizadas las vías de impugnación posibles frente a la fijación de los hechos realizada en primera instancia, es el momento de abordar el estudio de un tema con una especial incidencia práctica y que, sin duda, viene a completar las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior.

Como se ha comentado reiteradamente, el art. 741 LECrim no puede interpretarse en la actualidad como una permisión a jueces y magistrados para valorar la prueba sin sometimiento a regla alguna. Por el contrario, y aun cuando el sistema vigente se caracteriza por la libertad de apreciación de la prueba, lo cierto es que contamos con una serie de reglas jurisprudenciales, de carácter admonitivo, que tienen como finalidad la concreción de lo que la LECrim se limita a denominar *reglas de la sana crítica* o *reglas del criterio racional*. Tales reglas, elaboradas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, son la manifestación explícita de máximas que, fruto de la práctica judicial, se han convertido en garantías de la corrección de la valoración de la prueba, tanto en sus aspectos objetivos como en sus aspectos subjetivos.

Efectivamente, el control de la valoración de la prueba será más acertado cuanto más claros sean los criterios racionales a los que ha de someterse dicha actividad, sin que, en ningún caso, se limite con ello la libertad que ha de presidir la apreciación de la prueba. Se trata de constatar con ello el nivel de adecuación de la valoración a la racionalidad exigida por la jurisprudencia, fundamentalmente para



determinar si la prueba practicada tiene entidad suficiente para dictar una sentencia condenatoria²¹⁹.

No se trata con ello de la creación *ex novo* de un método para valorar la prueba, sino simplemente de la sistematización de las reglas que están en la base del razonamiento inductivo, al cual pertenece la actividad judicial de valoración de la prueba y que han sido puestos de manifiesto en numerosas ocasiones por la jurisprudencia²²⁰.

4.1. La prueba indiciaria.

Nuestros tribunales no se han manifestado expresamente acerca de todas y cada una de las reglas concretas que determinan la racionalidad de la actividad de valoración de la prueba, pero un análisis de la jurisprudencia permite llegar a conocer algunas de ellas. En primer término, hay que tener en cuenta en este sentido la labor de fijación, por vía jurisprudencial, que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional en materia de valoración de la prueba indiciaria, hasta llegar a determinar los requisitos que ésta debe reunir para constituir válida prueba de cargo. Si bien es cierto que se trata de requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo exclusivamente respecto de la prueba indiciaria, no parece haber razones

²¹⁹ IGARTUA SALAVERRIA se lamenta del escaso o nulo tratamiento que la jurisprudencia ha realizado de los criterios de racionalidad de la decisión judicial sobre los hechos. IGARTUA SALAVERRIA, J., “Una interpretación funcional de la «libre valoración» de las pruebas penales”, en *Jueces para la Democracia*, 1993, núm. 1, p. 52. Sin embargo, dicha crítica es bastante cuestionable, como se verá a continuación.

²²⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Carpintería de la sentencia...”, ob. cit., p. 417. No está de más el análisis de esta cuestiones, fundamentalmente cuando, pese a existir acuerdo entre los juristas acerca de la necesidad de actuar conforme a las reglas del pensamiento racional y de motivar suficientemente las decisiones judiciales, lo cierto es que la práctica nos pone de manifiesto que este acuerdo corre el grave riesgo de consistir en una mera declaración de principios. Vid., del mismo autor, “Sobre prueba...”, ob. cit., p. 66.

de peso que excluyan su aplicación en la valoración del resto de pruebas²²¹. En este sentido, en la medida en que tales requisitos vendrían a ser la concreción de las reglas de la sana crítica, entiende ASENCIO MELLADO que deben guiar no sólo la valoración de la prueba indiciaria, sino también la apreciación del resto de pruebas²²².

Por todo ello, resultaría razonable entender que algunos de los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la consideración de la prueba indiciaria como prueba de cargo suficiente para condenar son exigibles también para la valoración de la prueba directa, tal y como se tratará de mostrar a continuación, de modo que sea posible someterla al mismo control que se ejerce sobre aquélla para saber si se ajusta a los dictados de la presunción de inocencia²²³. Ello no significa que la jurisprudencia no haya elaborado igualmente un cuerpo doctrinal relativo a los requisitos que han de reunir el resto de pruebas para que puedan ser consideradas pruebas de cargo. Por el contrario, como se tendrá ocasión de comprobar posteriormente, contamos con criterios perfectamente delimitados que los tribunales han de tener presentes a la hora de valorar algunos medios de prueba. Lo que se quiere poner de manifiesto con ello es que los requisitos exigidos a la prueba indiciaria han de tener la consideración de presupuestos generales que han

²²¹ FERRAJOLI explica de forma muy clara en el siguiente pasaje la ausencia de diferencias entre prueba indiciaria y prueba directa, lo que, a mi juicio, justificaría la aplicación a ésta de los mismos requisitos predicables de la prueba indiciaria: “¿Qué es lo que prueba, por ejemplo, el hecho de que Ticio testifique qué ha visto salir a Cayo blandiendo un cuchillo ensangrentado de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una cuchillada en el corazón? Es prueba, más o menos probable según la sinceridad que acreditemos a Ticio, del hecho de que éste ha visto a Cayo salir con un cuchillo en la mano de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una herida en el corazón. Este segundo hecho, sin embargo, es sólo un indicio, más o menos probable a su vez según la fiabilidad que atribuyamos a la vista de Ticio, del hecho de que Cayo ha salido realmente de la casa de Sempronio en las sospechosas circunstancias referidas por Ticio. Y este tercer hecho es de nuevo solamente un indicio, a su vez más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, del hecho de que Cayo ha asesinado culpablemente a Sempronio.”. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 130-131.

²²² ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Prueba prohibida...*, ob. cit., p. 50 (nota 176).

²²³ Para ello seguiré fundamentalmente a GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos...(I)”, ob. cit., pp. 41 y ss. Acerca de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional respecto de la prueba indiciaria, vid. PASTOR ALCOY, F., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia. Análisis Jurisprudencial, requisitos y casuística*, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 1995, pp. 25 y ss.

de concurrir también para la valoración de la prueba directa y que, incluso, puede considerarse que muchas de las reglas jurisprudenciales enunciadas respecto de la valoración de la prueba directa toman como base los requisitos exigidos a la prueba indiciaria. No obstante, esto último será objeto de análisis posteriormente.

Lo que hay que tener en cuenta es que la reconstrucción del *íter* mental del juez que debe plasmarse en la motivación de la sentencia tiene la misma estructura cualquiera que sea el medio de prueba empleado para llegar a la conclusión acerca de los hechos: a partir de los elementos probatorios de los que dispone el órgano jurisdiccional, éste tiene que dar por probado el hecho delictivo (ya sea a través de la prueba *directa*, cuando tales datos se han obtenido a partir de medios de prueba directos, ya sea a través de la prueba *indiciaria*, cuando tales datos probatorios son indicios circunstanciales relacionados con el hecho delictivo).

Ciertamente, y en un primer nivel de similitud, nos encontramos con el hecho de que el procedimiento judicial para valorar la prueba indiciaria viene a coincidir básicamente con el procedimiento para valorar la prueba directa: así, en primer lugar, es necesario recopilar la información que va a constituir la base del razonamiento judicial (elementos de prueba o, en su caso, indicios, seleccionados todos ellos a partir de la actividad probatoria llevada a cabo) y, en segundo lugar, es necesario que el juez determine –a partir de una máxima de experiencia- la suficiencia de tales elementos para condenar, construyendo de este modo la conclusión acerca de los hechos discutidos²²⁴.

En la primera fase del razonamiento (en la que el juez debe proceder a recopilar la información sobre la cual fundamentará posteriormente el fallo), es necesario contar con los elementos sobre los cuales se procederá a construir tal

²²⁴ En la STC 198/2002, de 28 de octubre, se pone de manifiesto que la vulneración de la presunción de inocencia se puede producir tanto ante prueba directa como ante prueba indiciaria, pues tal vulneración puede venir de la mano, en ambos casos, de un *íter* discursivo irrazonable (por no derivarse de la prueba practicada el hecho que se declara probado) (FJ 5º). Acerca de la similitud del razonamiento judicial en la valoración de la prueba directa e indirecta (en relación con la necesidad de plasmar en la motivación de la sentencia la reconstrucción de ambos procedimientos), vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...*, ob. cit., pp. 172 a 174.

razonamiento. Esta primera fase puede identificarse con lo que en páginas anteriores se ha considerado como aquella primera fase de la valoración de la prueba en la que el órgano jurisdiccional debe determinar la existencia o inexistencia de suficiente prueba de cargo practicada con todas las garantías.

En el caso de la prueba indiciaria, tales elementos estarían formados por los llamados *indicios* o *hechos base*. Respecto de ellos, se exige, en primer lugar, que sean fiables, para lo cual se considera necesario que estén plenamente probados²²⁵. En este sentido, ha señalado la jurisprudencia que éste es uno de los requisitos fundamentales de la prueba indiciaria, pues se evita así que ésta se construya sobre la base de meras sospechas²²⁶.

En relación con la prueba directa, parece que también es necesario hablar de este requisito en relación con las fuentes y los elementos de prueba empleados en el razonamiento, en el sentido de que existan motivos objetivos suficientes para otorgarles credibilidad (por ejemplo, si el testigo afirma que vio a Ticio golpear a Cayo, la fiabilidad de esta prueba directa depende del grado de credibilidad que, de acuerdo con criterios objetivos, se le otorgue al testigo)²²⁷.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional exige que exista una *pluralidad* de indicios, esto es, que se disponga de varios datos probatorios y que todos ellos, tomados en su conjunto, conduzcan a una misma conclusión inculpatoria²²⁸. Ello, sin duda, parece también predicable de la prueba directa, puesto que cuantos más sean los medios de prueba cuyo resultado sea llevar a

²²⁵ Se refiere a la necesidad de que los indicios estén plenamente acreditados FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria...”, ob. cit., p. 171.

²²⁶ Vid. por todas la STC 180/2002, de 14 de octubre (FJ 3º). Vid. también MAGRO SERVET, V., “La destrucción de la presunción de inocencia por aplicación de la prueba indiciaria en el proceso penal”, en *Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales*, 2001, núm. 7 (disponible en www.westlaw.es, consultada por última vez el 18 de noviembre de 2003).

²²⁷ Como señalaba ASECIO MELLADO, es necesario comprobar los criterios que llevan al órgano *a quo* a dar o restar credibilidad a cada medio de prueba. ASECIO MELLADO, J. Mª., *Prueba prohibida...*, ob. cit. p. 59.

²²⁸ Vid., por todas, la STC 174/1985, de 17 de diciembre.



considerar acreditada la hipótesis acusatoria, más fiable será la conclusión del razonamiento²²⁹.

Sin embargo, mientras parece resultar pacífica la idea de que los indicios sean varios, la exigencia de este requisito en relación con la prueba directa podría resultar algo más controvertida. Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia considera que un solo medio de prueba puede constituir en ocasiones prueba de cargo suficiente para condenar, como después se tendrá ocasión de analizar a propósito del estudio de los requisitos que ha de reunir la declaración de la víctima para ser considerada prueba de cargo.

El tercer requisito consiste en que los indicios sean pertinentes, en el sentido de que, de un primer examen de cada uno de ellos, se desprenda que están relacionados con los hechos objeto de acusación, de modo que, tenidos en cuenta, puedan apoyar la conclusión judicial. También en relación con la prueba directa es posible hablar de la necesidad de que todos los medios de prueba sean pertinentes, pues la pertinencia consiste, en definitiva, en que la prueba apoye racionalmente la conclusión²³⁰ y, por ello, adquiere la condición de prueba de cargo. Así, por ejemplo, si la hipótesis acusatoria consiste en que Ticio asesinó a Cayo golpeándole en la cabeza, serían pertinentes, entre otros, elementos de prueba tales

²²⁹ Un requisito relacionado con la pluralidad es el de la variedad de la información, esto es, que cada uno de los elementos de prueba esté dirigido a probar un hecho distinto, de modo que, finalmente, el conjunto de tales hechos sea el que conforme la hipótesis. En efecto, la variedad se produce tanto si se trata de elementos de prueba del mismo tipo (por ejemplo, varios informes periciales acerca de elementos circunstanciales del delito, como pueden ser los relativos a balística y a la identificación de huellas dactilares) como si son de naturaleza distinta (por ejemplo, una prueba testifical en la que el testigo afirma que vio a Ticio salir de casa de Cayo blandiendo un arma y una prueba pericial a través de la cual se determina que las muestras de cabello encontradas en las uñas de Cayo pertenecen a Ticio). De este modo, cuanto más variada sea la información que ofrezcan, mayor garantía de acierto se tendrá respecto de la conclusión. A este requisito apunta la jurisprudencia cuando exige que los indicios sean coincidentes, esto es, que todos ellos apunten en la misma dirección. Vid. en este sentido, FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria...”, ob. cit., p. 171. Así, por ejemplo, si se dispone de tres testimonios coincidentes en torno a la culpabilidad de Ticio, así como de un análisis pericial en el que consta que fueron encontrados restos de sangre de Ticio entre las uñas de Cayo, síntoma de un forcejeo, la conclusión -Ticio ha asesinado a Cayo- es más fiable que el caso en el que únicamente se disponga de los tres testimonios.

²³⁰ GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos...”, ob. cit., p. 49.

como que Ticio odiaba a Cayo, que Ticio fue visto dirigiéndose a casa de Cayo con una barra de hierro en la mano, que Ticio amenazó a Cayo, etc. En sentido contrario, no serían pertinentes indicios o medios de prueba relativos a hechos que no están relacionados con los hechos objeto de acusación o, incluso, que puedan constituir meros prejuicios irrelevantes para adoptar la decisión judicial²³¹.

Serían tres, pues, los requisitos a tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de prueba de cargo en la primera fase de la valoración de la prueba: que los elementos de prueba estén plenamente probados (o, en el caso de la prueba directa, que sea creíble), que sean plurales y que sean pertinentes. Respecto de la segunda fase, en la que el órgano jurisdiccional debe alcanzar una conclusión con base en el material probatorio disponible, es posible enunciar algunas reglas adicionales dirigidas a garantizar que la conclusión respecto de los hechos sea acertada.

En primer lugar, tanto si se trata del caso de la prueba indiciaria, como si la sentencia se fundamenta en la práctica de pruebas directas, nos encontramos ante la necesidad de que entre los distintos elementos de prueba y la conclusión judicial exista una máxima de experiencia –más o menos compleja en función de si se trata respectivamente de prueba indirecta o, por el contrario, de prueba directa- que permita entender que la conclusión se deriva de la prueba practicada, para cuya comprobación es necesario que tal nexo se explicita en la motivación de la sentencia. Cuanto más fundado y preciso resulte el enlace, más justificada estará la hipótesis judicial²³². A ello parece aludir la jurisprudencia cuando señala –en relación con la prueba indiciaria- que el carácter racional de la máxima de

²³¹ Para hacer referencia a la pertinencia, el Tribunal Constitucional alude habitualmente a la necesidad de que los indicios conduzcan *naturalmente* al hecho presumido. Vid., entre las más recientes, las SSTC 17/2002, de 28 de febrero (FJ 3º), 171/2000, de 26 de junio (FJ 3º) y 178/2002, de 14 de octubre (FJ 2º).

²³² Son innumerables las resoluciones judiciales en las que se exige que entre los indicios y el hecho consecuencia exista un nexo o enlace fundado en una máxima de experiencia y que tal enlace sea motivado explícitamente. Vid., a título de ejemplo, las SSTC 44/2000, de 14 de febrero (FJ 2º), 17/2002, de 28 de enero (FJ 3º), 178/2002, de 14 de octubre (FJ 2º), 180/2002, de 14 de octubre (FJ 3º), 198/2002, de 28 de octubre (FJ 5º) y 237/2002, de 9 de diciembre (FJ 5º).



experiencia deriva de que, si ésta está bien fundada, tenidos por ciertos los indicios, necesariamente hay que tener por cierto el hecho presumido²³³.

A la hora de determinar la atendibilidad de la máxima de experiencia en función de la cual se realiza tal engarce, más que hablar de que ésta se encuentre probada, habrá que determinar si se encuentra o no asentada en conocimientos generales o en conocimientos científicos²³⁴. En este sentido, no se podrá concluir que “Ticio mató a Cayo” si de la prueba se desprende que Ticio se encontraba a cientos de kilómetros del lugar de los hechos y que Cayo falleció a causa de las heridas sufridas como consecuencia de un golpe contundente, puesto que la experiencia nos enseña que es imposible que una persona pueda propinar un golpe a otra cuando se encuentra a cientos de kilómetros. Así, la conclusión “Ticio ha matado a Cayo” se encontraría justificada si del conjunto de la prueba practicada se desprende ese resultado –en virtud de una máxima de experiencia fundada en conocimientos generales o especializados- con un grado tal de probabilidad que permita entender que se trata de la única conclusión razonable. Por ejemplo, si del análisis de ADN practicado sobre las muestras de cabello encontrado entre las uñas de Cayo se infiere que tales muestras pertenecen a Ticio, el juez no podrá sostener -salvo que así se desprenda de otros indicios igualmente fiables- que no está acreditado que hubiera contacto físico entre Ticio y Cayo. Lo mismo sucede si el resultado de la práctica de varias autopsias es que Cayo falleció a consecuencia de un fuerte golpe en la cabeza propinado con un objeto contundente, ya que el juez no podrá concluir en este caso que la muerte se produjo por una causa distinta²³⁵.

²³³ MAGRO SERVET, V., “La destrucción de la presunción de inocencia...”, ob. cit.

²³⁴ FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria...”, ob. cit., p. 172; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho...*, ob. cit., pp. 179-180.

²³⁵ Son muy variados los ejemplos en los que la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la atendibilidad de las máximas de experiencia empleadas por los órganos judiciales de instancia. Especialmente claro resulta el supuesto en el que el Tribunal Constitucional (STC 44/2000, de 14 de febrero, FJ 3º) considera fundada la máxima en virtud de la cual el escaso tiempo transcurrido entre el robo de un automóvil y su localización en poder del acusado hace pensar que éste fue el autor de la sustracción.

En segundo lugar, es necesario que no existan máximas de experiencia aplicables igualmente fundadas, esto es, que no sea posible alcanzar conclusiones alternativas que gocen de un mismo grado de probabilidad, pues, en caso contrario, bien podría entenderse que la hipótesis se apoya en meras sospechas²³⁶.

En tercer lugar, es necesario que la conclusión del razonamiento indiciario no entre en contradicción con otros hechos declarados probados. La conclusión judicial extraída de la valoración de la prueba directa parece estar sometida al mismo requisito: que no exista un medio de prueba que –tomado en consideración– refute la hipótesis judicial²³⁷. En este sentido, no es suficiente con la confirmación de la misma a partir de ciertos elementos de prueba, sino que también es necesario que no se hayan practicado medios de prueba alternativos que arrojen un resultado contradictorio, por supuesto, siempre que se trate de resultados que puedan entenderse fundados. En otro caso, sería prácticamente imposible considerar que una hipótesis está bien fundada, puesto que frecuentemente existirán otros indicios o pruebas directas que apunten en sentido contrario (piénsese, por ejemplo, en la declaración de descargo del acusado). Lo que se exige con este requisito es que tales elementos no tengan la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión judicial²³⁸.

²³⁶ Vid., por todos, CEDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones...”, ob. cit., p. 211. Por ejemplo, la jurisprudencia no ha considerado fundada la máxima por la que huir de la policía hace presumir que el huido es el autor del delito enjuiciado, puesto que esta máxima es tan abierta que permite alcanzar conclusiones alternativas más favorables para el acusado (por ejemplo, que la huida se debiera a su condición de inmigrante ilegal). Vid. en este sentido la STC 17/2002, de 28 de enero (FJ 5º), en la que, sin embargo, sí considera fundado el razonamiento en virtud del cual “una persona que se encuentra en el interior de un vehículo robado con diversos objetos, también robados, difícilmente puede haber accedido al mismo tras ser recogido en autostop. Lo concluyente de esta inferencia ha de bastar para considerarla como «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes»” (FJ 6º).

²³⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho...*, ob. cit., pp. 184-185.

²³⁸ Señala VERGER GRAU que un modo de garantizar, en el juicio por jurados, que los jurados respeten el derecho a la presunción de inocencia en su veredicto es que el Magistrado-Presidente les instruya acerca de la necesidad de ir descartando hipótesis razonables de la inocencia de acusado hasta que no quede ninguna. VERGER GRAU, J., “Las pruebas ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pp. 469-470.

En definitiva, algunos de los criterios que cabe tener en cuenta a la hora de examinar la corrección de la decisión judicial sobre los hechos son los siguientes: respecto de las premisas, cabe exigir que éstas a) estén plenamente acreditadas o sean fiables; b) que sean plurales y c) que sean pertinentes, mientras que la conclusión ha de respetar los siguientes requisitos: a) ha de alcanzarse a partir de las premisas, gracias a la aplicación de una máxima de experiencia –común o especializada- bien fundada; b) no han de subsistir conclusiones incompatibles que el tribunal considere igualmente fundadas y c) no han de existir igualmente hechos considerados probados que sean incompatibles con la conclusión y que tengan la suficiente fuerza para derrotarla.

Nos encontramos, pues, con una serie de elementos a disposición del juez a la hora de reconstruir la actividad de valoración y que, en ningún caso, constituyen criterios ajenos a lo que la jurisprudencia entiende como requisitos mínimos para valorar la prueba indiciaria. Además, su aplicación a la valoración de la prueba directa descansa en la observación de que el mecanismo de reconstrucción de ambos tipos de valoración es semejante, lo que permite extender esos mismos criterios a la valoración de esta última, tal y como se ha tratado de mostrar. No obstante, como ya se puso de manifiesto anteriormente, la jurisprudencia –a falta de previsión legal al respecto- ha enunciado una serie de reglas específicas a tener en cuenta en la valoración de algunos medios de prueba para que puedan ser considerados de cargo. Tales reglas, como se podrá comprobar a continuación, constituyen, en la mayoría de los casos, la concreción de los requisitos generales que ha de reunir la valoración de la prueba indiciaria, como no podía ser de otro modo si se tiene en cuenta que no dejan de ser reglas extraídas, en uno y otro caso, del pensamiento racional al que ha de responder la valoración de la prueba.



4.2. Otras reglas jurisprudenciales para la valoración de la prueba.

La carencia de una exhaustiva regulación que solucione gran parte de los problemas que se generan en relación con la práctica y valoración de la prueba en el proceso penal ha obligado a la jurisprudencia a tomar partido en esta materia para cubrir las lagunas que el legislador todavía no se ha decidido a colmar, tal y como se ha tenido ocasión de comprobar en relación con la labor llevada a cabo respecto de la prueba indiciaria.

En este momento se van a examinar, exclusivamente, las reglas que la jurisprudencia ha ido elaborando sobre el modo en el que deben valorarse determinados medios de prueba, puesto que no existe un cuerpo jurisprudencial que se refiera a los requisitos para ser prueba de cargo suficiente que han de reunir todos y cada uno de los medios de prueba empleados en el proceso (a diferencia de lo que sucede respecto de los requisitos exigibles para que puedan ser considerados pruebas válidas). No puede decirse que se trata de una vuelta a un sistema de prueba tasada, pues se trata de reglas que, en todo caso, tienen como finalidad la de indicarle al órgano jurisdiccional sentenciador cuáles son los requisitos mínimos que ha de reunir una determinada prueba para que pueda convertirse en elemento de convicción suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Por tanto, se trata sólo de reglas mínimas, por lo que sólo han de ser observadas para determinar si una concreta actuación puede llegar a tener o no valor probatorio, pero que en modo alguno obligan al órgano jurisdiccional a valorar la prueba en un sentido o en otro, sino que dicha actividad se realizará libremente por el órgano jurisdiccional (siempre con criterios de racionalidad y experiencia) una vez que se haya constatado la presencia de los requisitos mínimos que ha exigido la jurisprudencia.

Las reglas a las que se viene haciendo referencia no abarcan todos los medios de prueba existentes, sino que se refieren sólo a algunos de ellos; concretamente a aquéllos cuya consistencia y suficiencia puede plantear algunos problemas y, por tanto, es cuestionable su aptitud como prueba de cargo bastante



para destruir la presunción de inocencia. Esta problemática afecta, fundamentalmente, a las pruebas de carácter personal y, en especial, a la declaración del coimputado, a la declaración de la víctima y a la declaración del testigo de referencia. Los requisitos que ha de reunir cada una de ellas para constituir suficiente prueba de cargo serán analizados brevemente a continuación.

4.2.1. La declaración del coimputado.

Uno de los medios de prueba a los que mayor atención ha prestado la jurisprudencia es la declaración del coimputado, fundamentalmente como consecuencia de la especial naturaleza de quien declara, que se encuentra a medio camino entre el acusado y el testigo y que ha llevado a calificarlo como *testimonio impropio*²³⁹.

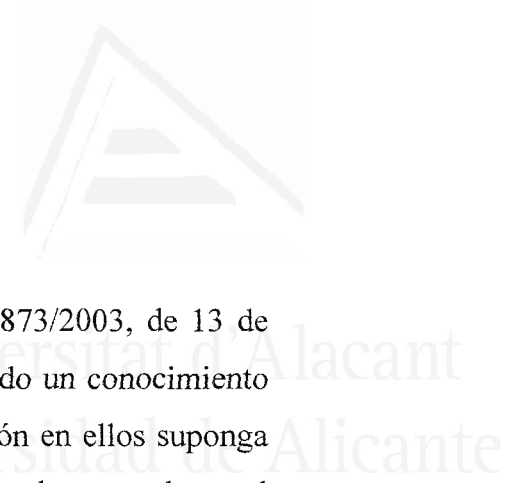
La declaración del coimputado que resulta ser incriminatoria para otro imputado ha de ser exhaustivamente analizada antes de ser tomada en consideración como prueba de cargo, pues el declarante, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir verdad y le asiste, además, el derecho a guardar silencio; junto con ello, y dada su condición de imputado, la declaración que presta puede estar motivada por una finalidad autoexculpatoria u otra igualmente espuria²⁴⁰, todo lo cual ha llevado a considerarla una declaración *sospechosa*²⁴¹.

Por todo ello, la jurisprudencia entiende que la declaración incriminatoria del coimputado es prueba legítima desde el punto de vista constitucional (puesto

²³⁹ STS 2181/2002, de 2 de enero y 312/2002, de 21 de febrero. En la STS 760/2002, de 30 de abril se afirma en este sentido que “entre las pruebas que pueden servir para destruir la presunción de inocencia de un acusado se encuentra la declaración inculpativa de un coimputado que, sin ser exactamente testimonio ni confesión, participa de la naturaleza de uno y otra”.

²⁴⁰ STS 1099/2002, de 13 de junio.

²⁴¹ STS 1168/2002, de 19 de junio.



que, como ha afirmado el Tribunal Supremo en la sentencia 873/2003, de 13 de junio, se trata de “declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extra procesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad”²⁴²), pero no es, por sí sola, prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Precisamente, respecto de su credibilidad, el Tribunal Supremo exige que, para que reúna la condición de prueba de cargo, presente los siguientes requisitos: ausencia de incredibilidad subjetiva respecto de la persona del coimputado y, respecto de su declaración, que ésta aparezca corroborada por elementos objetivos.

Por lo que respecta al primer requisito (ausencia de incredibilidad subjetiva, plenamente distinguible de la *credibilidad subjetiva*), su actuación implica la necesidad de constatar que no existen razones de peso para pensar que el coimputado presta su declaración inculpatoria movido por motivos tales como la autoexculpación, la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia (para lo que habrán de examinarse las relaciones entre quien acusa y quien es acusado) o la obtención de beneficios procesales o penitenciarios²⁴³. Precisamente, la exigencia de *ausencia de incredibilidad subjetiva* se diferencia de la *credibilidad subjetiva* en que, de requerirse ésta, se estaría exigiendo que la declaración del coimputado fuera creíble, anticipándose así el juicio final que le ha de merecer al órgano jurisdiccional. Por el contrario, al exigir la *ausencia de incredibilidad subjetiva*, el Tribunal Constitucional se limita a garantizar que el órgano de instancia evaluará la posible existencia de razones que hagan dudar de la fiabilidad de la declaración del coimputado. Ello, junto con el examen de los restantes requisitos será lo que

²⁴² En el mismo sentido, vid. las STS 630/2002, de 16 de abril, 95/2002, de 1 de febrero y 1271/2003, de 2 de octubre. En esta última se indica que la participación del coimputado en los hechos no constituye una tacha, sino una circunstancia a tener en cuenta junto con otras para determinar su credibilidad.

²⁴³ Esta última circunstancia no excluye, por sí sola, la veracidad de la declaración, sino que, el deseo de obtener, por ejemplo, la aplicación de una atenuante, sólo es una circunstancia más a tener en cuenta para valorar la credibilidad del coimputado. Vid. por todas las STS 2181/2002, de 2 de enero, 658/2002, de 12 de abril y 312/2002, de 21 de febrero.

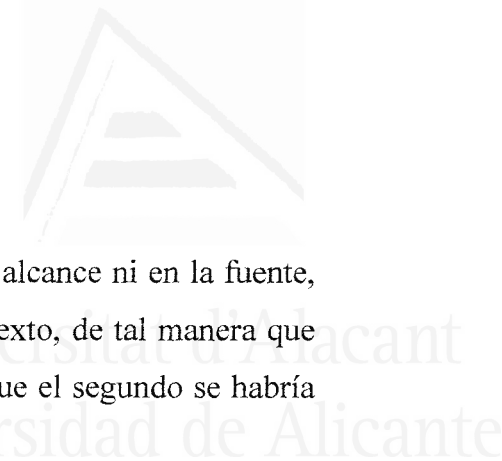
conduzca finalmente a dotar de credibilidad a dicha declaración. En definitiva, el órgano jurisdiccional de instancia ha de evaluar la credibilidad subjetiva del coimputado a la luz de la posible presencia de motivos espurios que le hayan podido llevar a prestar declaración.

Algo más compleja se presenta la determinación de lo que ha de entenderse por *corroboración* de la declaración del coimputado. Como señala el Tribunal Supremo en la sentencia 23/2003, de 21 de enero, la *corroboración* venía siendo entendida en la práctica como la exigencia de que, junto con la declaración del coimputado, existiese una prueba adicional de la que también se derivase la culpabilidad del acusado.

Tan estricta interpretación del término ha llevado al Tribunal Constitucional a tratar de acotar lo que ha de entenderse por *corroboración*, circunscribiendo esta exigencia a dos ideas²⁴⁴: En primer lugar, que la corroboración no ha de ser plena, sino *mínima*. Entiende el Tribunal Constitucional que exigir una corroboración plena supondría entrar en el terreno de la valoración de la prueba, fuera de su competencia, por lo que se limita a exigir que la declaración esté mínimamente corroborada. En segundo lugar, señala el Tribunal Constitucional que no es posible establecer a priori cuándo la declaración del coimputado está corroborada o de qué modo ha de corroborarse, pero la corroboración implica en todo caso que, al menos, la declaración esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración²⁴⁵ o, como ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia 1416/2003, de 30 de octubre, cuente “con el aval representado por la confirmación mediante datos de otra procedencia”. Más expresiva, si cabe, es la definición de *corroboración* que nos ofrece la STS 944/2003, de 23 de junio, en la que se afirma que “corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluidos en la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato

²⁴⁴ Vid., por todas, las STC 233/2002, de 9 de diciembre y 63/2001, de 17 de marzo.

²⁴⁵ Doctrina ésta ampliamente secundada por el Tribunal Supremo, como puede comprobarse en las SSTS 23/2003, de 21 de enero, 32/2003 de 16 de enero, 25/2003, de 16 de enero, 504/2003, de 2 de abril, 870/2003, de 11 de junio, 873/2003, de 13 de junio, 1330/2002, de 16 de julio, y 1282/2002, de 8 de julio, entre las más recientes.



empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente”.

Por tanto, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, se evidencia la necesidad de examinar caso por caso para determinar cuándo se halla corroborada la declaración del coimputado²⁴⁶.

Cabe resaltar, por último, que el Tribunal Supremo, siguiendo una línea todavía menos exigente que el Tribunal Constitucional, ha declarado en fechas recientes que el requisito de la corroboración mediante datos externos sólo es exigible cuando la declaración ha sido prestada en la fase de investigación y no se ha ratificado en la fase de juicio, pero resulta innecesaria cuando dicha declaración se realiza en el juicio oral: “si la declaración del coimputado se efectúa en el Plenario, y por tanto con pleno sometimiento a los principios de publicidad y contradicción, no serían precisas otras corroboraciones”²⁴⁷. No obstante, parece confundir el Tribunal Supremo los requisitos para considerar suficiente prueba de cargo la declaración del coimputado con los requisitos para dotar de valor probatorio a las actuaciones sumariales. En cualquier caso, ha de tenerse presente, aunque la jurisprudencia no lo exija expresamente, que si el coimputado persiste en su declaración a lo largo de todo el procedimiento (es decir, sostiene la misma declaración sin contradicciones y sin retractaciones relevantes), estaremos ante un dato más que dota de credibilidad a su declaración.

²⁴⁶ Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha señalado que la declaración de un coimputado no puede servir como elemento de corroboración de la declaración de otro coimputado. Vid. la STS 1850/2002, de 3 de diciembre.

²⁴⁷ SSTS 1948/2002, de 20 de noviembre, 1168/2002, de 19 de junio y 630/2002, de 16 de abril.



4.2.2. La declaración de la víctima.

Similares cautelas a las examinadas –aunque con ciertos matices que se expondrán a continuación- exige la jurisprudencia cuando se trata de valorar la declaración de la víctima, que, aunque la jurisprudencia ha señalado que puede considerarse un tipo de declaración testifical²⁴⁸, presenta unas peculiaridades que es necesario tener en cuenta a la hora de su apreciación²⁴⁹. El Tribunal Supremo ha señalado en multitud de ocasiones que, debido a la búsqueda de impunidad del autor del delito –piénsese, sobre todo, en los delitos contra la libertad sexual- en muchos casos la única prueba con la que se cuenta para condenar al acusado es la declaración de la víctima, considerando por ello que puede por sí misma constituir prueba de cargo suficiente, pues lo contrario supondría avalar la impunidad de muchos delincuentes²⁵⁰: “la declaración de la víctima puede ser habilitante para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, teniendo en cuenta el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, especialmente los de índole sexual”²⁵¹. Pero para que alcance el carácter de prueba de cargo suficiente, el Tribunal Supremo ha señalado que ha de reunir unos requisitos que, en lo sustancial, coinciden con los que, como ya se ha visto, han de concurrir en la declaración del coimputado y cuya presencia es necesaria por ser la declaración de la víctima un elemento probatorio que puede poner en peligro la presunción de inocencia. Así se manifiesta claramente en la sentencia del Tribunal Supremo

²⁴⁸ Vid. por todas la STS 1582/2002, de 30 de septiembre.

²⁴⁹ El Tribunal Supremo ha reconocido que a la declaración de la víctima les son aplicables “las consideraciones desarrolladas en relación con las inculpaciones procedentes de coimputados, según las que se requiere la cuidadosa constatación de corroboraciones externas de las manifestaciones que el Tribunal tomó como base de su convicción”. STS 1582/2003, de 19 de diciembre.

²⁵⁰ Al respecto, vid. FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria...”, ob. cit., pp. 174 y ss; de la misma autora, “La reacción de la justicia ante los delitos de malos tratos”, en AAVV, *La mediación frente a la violencia: un desafío para el hombre y la mujer*, Universidad de Alicante (en prensa).

²⁵¹ STS 1490/2002, de 17 de septiembre. En el mismo sentido, STS 1582/2002, de 30 de septiembre.

578/2001, de 6 de abril: “Un grave riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo viene constituida por la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se incrementa si es la víctima quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado si se constituye en parte ejercitando la acusación particular, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla en el juicio para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa”²⁵².

Por todo ello, es necesario que la declaración de la víctima esté rodeada de una serie de garantías que permitan que pueda fundamentar una sentencia condenatoria. Se trata de requisitos que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, no pueden ser considerados reglas de prueba tasada, pues ello contravendría el principio de libre apreciación de la prueba previsto en el art. 741 LECrim, sino sólo criterios que el órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta para dotar de credibilidad al testimonio de la víctima: “Estos criterios –afirma el Tribunal Supremo- no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción”²⁵³. Tales criterios son los siguientes²⁵⁴:

²⁵² En el mismo sentido, vid. las SSTS 1246/2003, de 3 de octubre y 1494/2002, de 20 de septiembre.

²⁵³ STS 872/2003, de 13 de junio. En la STS 1710/2002, de 18 de octubre, se habla de “pautas útiles o reglas de experiencia, como parámetros de contraste para fundamentar una sentencia condenatoria”, tratando de evitar el Tribunal Supremo en todo caso que tales reglas puedan ser entendidas como obligatorias.

²⁵⁴ Vid. al respecto, entre las más recientes, las SSTS 1246/2003, de 3 de octubre, 906/2003, de 18 de junio, 872/2003, de 13 de junio, 283/2003, de 24 de febrero y 1773/2002, de 28 de octubre.

a) Falta de incredibilidad subjetiva de la víctima. Esta exigencia hace referencia a la inexistencia de motivos de peso para pensar que la declaración es falsa. Para constatarlo, el Tribunal Supremo considera relevante atender, en primer lugar, a las características propias de la víctima, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental y, en segundo lugar, a la posible existencia de móviles espurios tales como el odio o la enemistad con el acusado que hayan podido llevar a la supuesta víctima a prestar un testimonio falso.

b) Verosimilitud del testimonio, que ha de apreciarse atendiendo a dos aspectos fundamentales: en primer lugar, a que la declaración prestada no resulte fantasiosa o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia y, en segundo lugar, a que la declaración sea corroborada mediante datos periféricos de carácter objetivo (son aquí de aplicación las anteriores consideraciones acerca de lo que implica la *corroboración*, si bien, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha señalado qué puede entenderse en estos casos por *datos periféricos*. Así, a título de ejemplo, ha señalado como tales las lesiones provocadas por el delito, testimonios de otras personas que, sin referirse directamente al hecho delictivo, confirman o refuerzan la credibilidad de la víctima o informes periciales que evalúan el estado físico o mental de la víctima²⁵⁵).

c) Que su declaración inculpatória se mantenga firme a lo largo de todo el proceso²⁵⁶, lo que implica, fundamentalmente, que no se modifique sustancialmente la declaración en las sucesivas ocasiones en las que la víctima ha de prestar testimonio, que la declaración no presente ambigüedades o vaguedades y, por último, que sea coherente, esto es, que no presente contradicciones entre sus distintas partes.

²⁵⁵ Vid por todas la STS 1773/2002, de 28 de octubre.

²⁵⁶ A similar conclusión llega el Tribunal Supremo respecto de la declaración inculpatória del coimputado, al señalar la necesidad de que sea corroborada por lo que llama “datos periféricos”. Vid. por todas la STS 57/2002, de 28 de enero (FJ 3º).

A la luz de estas exigencias, es posible concluir que también en este caso - que suele citarse como claro ejemplo de la suficiencia de una única prueba de cargo- es necesaria la presencia de más de un dato incriminador (pues, además de la declaración de la víctima, es necesario que concurren, en primer lugar, datos periféricos que la confirmen y, en segundo lugar, una conducta incriminatoria persistente de la víctima durante la tramitación del procedimiento, lo que, a su vez, actúa como un indicio más que viene a dotar de credibilidad a su testimonio)²⁵⁷.

Mayores problemas en su apreciación plantea la declaración de la víctima cuando se trata de un menor o incapaz, pues la inmadurez psicológica que presentan puede considerarse un serio obstáculo para dotarles de credibilidad: “la dificultad es aún mayor cuando la víctima del delito es un menor, pues su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral en que la prueba se practica ante el Tribunal, máxime cuando, como no es anormal, ha transcurrido un período dilatado de tiempo entre los hechos, su denuncia y su enjuiciamiento”²⁵⁸.

A pesar de ello, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el proceso penal no se establece un régimen de incapacidades que impida declarar a determinados testigos o, como en estos casos, a las víctimas menores o incapaces²⁵⁹. Además, como bien señala el Tribunal Supremo, en el proceso penal no es necesario que el testigo o la víctima presenten el grado de madurez de un

²⁵⁷ En la STS 57/2002, de 28 de enero, antes citada, se hace esta misma interpretación del término “corroboración”: “no puede definirse con precisión qué ha de entenderse por corroboración, más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, dejando a la casuística la determinación de lo que deba ser valorado como corroboración. Lo relevante es que la declaración del coimputado no constituya un dato probatorio aislado que comprometa al acusado en un hecho, sin que existan otros elementos probatorios ajenos al coimputado que también relacionen al acusado con el mismo hecho delictivo” (FJ 3º).

²⁵⁸ STS 1582/2002, de 30 de septiembre.

²⁵⁹ STS 2247/1993, de 14 de octubre.

adulto normal, sino que es suficiente que sean capaces de transmitir sus percepciones, aunque sea de manera lineal. Cuestión distinta es que la inmadurez de la víctima haya de tener su reflejo en el interrogatorio al que sea sometida pues, lógicamente, su comprensión de determinados términos y expresiones se ve muy limitada y, por tanto, será necesario adecuar dicho interrogatorio a sus capacidades²⁶⁰. En cualquier caso, la jurisprudencia ha considerado que, particularmente en estos casos, y ante la posibilidad de que el testimonio de la víctima no se ajuste exactamente a la realidad, son de especial utilidad los dictámenes e informes periciales psicológicos relativos a la existencia o no de una tendencia del menor o incapaz a la fabulación²⁶¹. No obstante, la existencia de estos informes y su apreciación por el tribunal encargado del enjuiciamiento no implica que resulte innecesaria la declaración del menor o incapaz en la fase de juicio bajo la idea de que con ello se le evita el sufrimiento que puede suponer su exposición a una multitud de declaraciones, pues con ello se pondría en serio riesgo el derecho a la presunción de inocencia. Como ha señalado el Tribunal Supremo con extrema claridad, “siendo unánimemente reconocida la necesidad de tutelar eficazmente la indemnidad sexual de los menores, así como la de minimizar los efectos negativos de su ineludible intervención en el proceso, adoptando para ello las necesarias cautelas, ha de convenirse también en que estos objetivos no pueden alcanzarse a través de la creación de un modelo procesal excepcional, de carácter cuasi-inquisitorial, en el que se invierta la carga de la prueba sustituyéndose el deber de la acusación de probar la culpabilidad por la obligación de la defensa de probar la inocencia, se prescinda de la inmediación y de la contradicción, o se impida a la defensa el acceso directo a las fuentes de prueba (...)”²⁶².

²⁶⁰ STS 872/2003, de 13 de junio.

²⁶¹ STS 1773/2002, de 28 de octubre.

²⁶² STS 1494/2002, de 20 de septiembre.



4.2.3. La declaración del testigo de referencia.

El siguiente y último ámbito en el que la jurisprudencia se ha manifestado sobre las pautas o criterios a tener en cuenta para la valoración de la prueba es el de la declaración del testigo de referencia o indirecto, es decir, de quien es conocedor de los hechos a través de lo que le ha contado un tercero, tal y como se desprende del art. 710 LECrim, en el que se indica que si los testigos que prestan declaración son de referencia “precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiera comunicado”²⁶³.

Como bien puede imaginarse, el testimonio de referencia presenta, al igual que los casos anteriores, notables peligros, puesto que su carácter indirecto puede implicar una importante pérdida de fiabilidad, dadas las diferencias que pueden plantearse, no sólo entre los hechos y lo que el testigo directo le ha relatado, sino también entre lo que éste le ha transmitido y lo que el testigo de referencia declara en el proceso: “el hecho de que a una persona se le declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatorias de testigos de referencia y no presenciales da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (...), el testimonio de referencia tropieza con la lógica dificultad que supone para el Tribunal formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuyo lugar aquél se subroga”²⁶⁴.

Debido a esta dificultad, el testimonio de referencia sólo puede ser utilizado de modo subsidiario, esto es, cuando no es posible obtener la declaración del testigo directo o cuando deviene imposible su comparecencia en al acto del juicio

²⁶³ No existen limitaciones relativas a los procedimientos en los que puede emplearse el testimonio de referencia, salvo la prevista en el art. 813 LECrim, que prohíbe la admisión de testigos indirectos en los procesos por injurias o calumnias de palabra.

²⁶⁴ STS 1229/2002, de 1 de julio.

oral por motivos como el haber fallecido o encontrarse en paradero desconocido²⁶⁵. En cualquier otro caso, si el testigo de referencia declara, su testimonio sólo será tenido en cuenta como elemento corroborador de la veracidad de la declaración del testigo directo. Se trata éste de un tema que ha sido ampliamente abordado por el TEDH, que ha manifestado en numerosas ocasiones que la sustitución del testigo directo por el testigo de referencia constituye una importante limitación del derecho de defensa, pues se impide que pueda ser interrogado el testigo directo²⁶⁶.

Además, el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que la declaración del testigo de referencia, cuando se cuenta con el testimonio del testigo directo, no puede constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, por lo que es exigible para condenar que el órgano jurisdiccional cuente con elementos probatorios adicionales que le permitan alcanzar un convencimiento suficientemente fiable, lo que no es posible únicamente con el testimonio de referencia: “aunque el testimonio de referencia es un medio probatorio admisible y de valoración constitucionalmente permitida, no significa que por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, considerando que es un medio de prueba poco recomendable”²⁶⁷. Por el contrario, ha señalado en otras ocasiones el Tribunal Supremo que puede ser considerada prueba de cargo suficiente cuando no se ha logrado contar con el testimonio del testigo directo en el juicio oral o ni siquiera como prueba anticipada²⁶⁸.

²⁶⁵ SSTs 429/2002, de 8 de marzo, 124/2002, de 6 de febrero, 1923/2001, de 9 de enero, 1582/2003, de 19 de diciembre y 24/2003, de 17 de enero.

²⁶⁶ Vid. por todas las SSTEDH de 19 de diciembre de 1990 (caso *Delta c. Francia*), 19 de febrero de 1991 (caso *Isgro c. Italia*) y 28 de agosto de 1992 (caso *Artuer c. Austria*).

²⁶⁷ STS 577/2002, de 3 de abril. En la STS 779/2003, de 30 de mayo, se habla de la necesidad de que el testimonio de referencia sea corroborado por “otras fuentes complementarias que se dirijan en la misma dirección, y lleven inequívocamente a un resultado probatorio obtenido mediante prueba indirecta o circunstancial”. En el mismo sentido, vid. la STS 24/2003, de 17 de enero.

²⁶⁸ STS 1407/2003, de 29 de octubre.

Con todo ello, se pone de manifiesto que la jurisprudencia, sin llegar a imponer de modo obligatorio la forma en la que han de valorarse los medios de prueba que se acaban de analizar -pues ello supondría una vuelta impensable al sistema de prueba tasada- sí que se ha preocupado de elevar a criterios de valoración a los que los jueces han de acogerse una serie de reglas generales o máximas de experiencia que tienen como finalidad la de auxiliar al órgano jurisdiccional a apreciar los medios de prueba que más problemas de valoración –y de control de esa valoración- pueden presentar, pero siempre sin predeterminar el resultado al que ha de llegar el tribunal.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO V

DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y FACULTADES PROBATORIAS DEL TRIBUNAL ENJUICIADOR

Es ya un lugar común negar la existencia de una distribución de la carga de la prueba -y, por ello, la existencia de la carga de la prueba formal- en el proceso penal. Ciertamente, un análisis detenido de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia, conduce fácilmente a esta conclusión. Como se ha visto, son relativamente pocos los problemas que se han detectado a la hora de considerar la necesidad de contar con una regla de juicio para resolver en los casos de hecho incierto, ya que los interrogantes se plantean no ya en relación con su existencia, que está fuera de toda duda, sino en relación con el contenido concreto que tal regla debe tener en el proceso penal. Sin embargo, afirmar la existencia de una distribución de la carga de la prueba de modo tal que se reconozca la necesidad de una actuación del acusado para contribuir a demostrar su inocencia se torna algo más problemática. Son muchos los factores que llevan a negar la carga de la prueba formal en el proceso penal, aunque es esencialmente la vigencia del derecho a la presunción de inocencia la que se erige en fundamento básico de la resistencia mostrada a aceptar su existencia en este ámbito. En todo caso, la finalidad del presente capítulo es poner de manifiesto, en primer lugar, cuáles son esos factores a

los que se ha aludido y, en segundo lugar, las razones que conducen a algunos autores (fundamentalmente en el ámbito de otros ordenamientos jurídicos) a considerar, por el contrario, que en el proceso penal sí se produce una distribución de la carga de la prueba, aunque con ciertas peculiaridades respecto de la clásica distribución que se realiza en el proceso civil.

Pero, con carácter previo al análisis referido, resulta necesario recordar que cuando se habla de distribución de la carga de la prueba se parte de un presupuesto fundamental: a pesar de la estricta vigencia del principio de adquisición procesal, según el cual el acervo probatorio pasa a formar parte integrante del proceso, sin que importe para ello quién lo ha introducido¹, el problema de la distribución de la carga de la prueba se centra en determinar a quién le corresponde aportar las pruebas conducentes a la estimación de los hechos en los que se sustentan la pretensión y la correlativa resistencia. Desde este punto de vista, como es sabido, el efecto del citado principio no impide la existencia de la carga de la prueba formal, y ello porque aquél entra en juego una vez ha sido practicada la prueba y, por tanto, ya ha sido incorporada al proceso, mientras que la carga de la prueba formal se refiere a un momento anterior, concretamente al momento de introducir la prueba, y trata de contestar a la pregunta de qué parte tiene que probar y cuáles son los hechos que tiene que probar. La única interferencia que se produce entre ambos es la relativa a que, una vez introducida la prueba, es irrelevante quién la ha aportado, de tal modo que si un medio de prueba acaba por ofrecer un resultado favorable para la parte contraria a quien lo aportó, se produce una situación paradójica: la parte beneficiada, sin haber cumplido con la carga de la prueba formal, no se enfrenta al riesgo de su incumplimiento.

Ello nos lleva también a recordar otra cuestión importante que ya se puso de manifiesto anteriormente: aunque carga de la prueba formal y material están íntimamente relacionadas responden a preguntas distintas y tienen ámbitos de

¹ Vid. *supra*, capítulo II.



aplicación distintos. Ciertamente, mientras la regla de juicio – carga de la prueba material- resuelve el problema del hecho dudoso, la carga de la prueba formal se refiere a quién tiene que aportar la prueba al proceso. Así, su aplicación deviene necesaria en momentos procesales distintos: la regla de juicio, dirigida al juez, entra en juego en el momento de dictar sentencia, inmediatamente después de la valoración de la prueba; sin embargo, la carga de la prueba formal, que tiene como destinatarios directos a las partes, ha de ser tenida en cuenta por éstas en la proposición y en la práctica de la prueba respecto de los hechos objeto del proceso, ya que su inobservancia puede conllevar consecuencias desfavorables tras la finalización del juicio. De este modo, se hace preciso deslindar claramente los tres momentos que, como ya se vio, se encuentran implicados: práctica de la prueba, valoración de los resultados probatorios y decisión del órgano jurisdiccional.

1. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA: INCONVENIENTES PARA SU FORMULACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

Los argumentos que tradicionalmente utilizan quienes niegan la posibilidad de que en el proceso penal se produzca una verdadera distribución de la carga de la prueba se traducen fundamentalmente en los tres siguientes: en primer lugar, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia, que actúa como límite frente a toda posible modificación de la carga de la prueba en perjuicio del acusado; en segundo lugar, el especial rol que tiene asignado el Ministerio Fiscal en el proceso penal, fundamentalmente en atención al principio de legalidad que rige su actuación y, en tercer lugar, la incompatibilidad entre la carga de la prueba formal y la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, de oficio, ordene la práctica de pruebas en los términos previstos en el art. 729 LECrim. Veamos detenidamente cada uno de ellos.



1.1. La presunción de inocencia como límite a la distribución de la carga de la prueba.

Es un lugar común en nuestra disciplina aludir a la presunción de inocencia como obstáculo infranqueable para realizar una distribución de la carga de la prueba entre la acusación y el acusado. La idea central en torno a la cual gira este argumento ya ha sido analizada previamente: si se considera que el derecho a la presunción de inocencia entraña una regla que cuenta entre sus principales funciones con la de atribuir la carga de la prueba de la culpabilidad a la acusación, toda excepción, es decir, toda posible alteración de esta regla, supondría una vulneración de este derecho fundamental.

Precisamente, el juego de la presunción de inocencia ha llevado a concluir que es la acusación quien soporta por completo la carga de la prueba de la culpabilidad, de tal modo que la presunción de inocencia le confiere al acusado la posibilidad de permanecer inactivo, ya que exigirle la prueba de su inocencia sería, en muchos casos, una carga de cumplimiento imposible, dado que generalmente tendría que acreditar hechos negativos y ello constituiría una prueba diabólica². De este modo, el *status* jurídico de inocente del que goza el acusado impide que sobre él pueda pesar carga alguna³, puesto que el principal efecto que surte la presunción de inocencia es el de desplazar la carga de la prueba de la culpabilidad –incluidas las circunstancias agravantes– sobre la acusación⁴.

² ASECIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida y prueba...*, ob. cit., p. 46; del mismo autor, *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., (1998), p. 265.-

³ CAFFERATA NORES, J.I., *La prueba...*, ob. cit., p. 33.

⁴ MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., pp. 81 a 83; QUAGLIERINI, C., “In tema di onere...”, ob. cit., p. 1269; RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, A., “Notas sobre la presunción...”, ob. cit., pp. 292-293. Este último autor pone de manifiesto que,

A nivel jurisprudencial, las consecuencias que se derivan en este terreno del derecho a la presunción de inocencia han sido puestas de manifiesto reiteradamente. Así, a título de ejemplo por tratarse de una doctrina jurisprudencial plenamente consolidada, puede citarse la STC 237/2002, de 9 de diciembre, en la que se ha declarado que este derecho fundamental comporta que la carga de la prueba la tiene quien acusa, “sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia” (FJ único). Por su parte, el Tribunal Supremo en la reciente STS 258/2003, de 25 de febrero, ha señalado también que la presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba “por encima de cualquier duda razonable” (FJ 6º)⁵.

Sin embargo, a pesar del consenso generalizado acerca de esta cuestión, conviene realizar una serie de consideraciones en torno a la virtualidad de este argumento para impedir la existencia de la carga de la prueba formal. La principal consiste en poner de manifiesto que, como se ha visto, la presunción de inocencia constituye una regla probatoria que impone la carga de la prueba de los hechos constitutivos sobre la acusación, de tal modo que en ningún caso será posible realizar una inversión de esta regla, en el sentido de que deba ser el acusado quien acredite su inocencia o, en su caso, quien tenga que convencer al órgano jurisdiccional de la inexistencia de circunstancias relativas a su culpabilidad cuando éstas no hayan sido previamente acreditadas por la acusación. Pero esta consecuencia fundamental de la presunción de inocencia no impide que, sin hablar de inversión de la carga de la prueba en este sentido estricto, el acusado pueda o tenga que asumir la carga de la prueba de los hechos en los que haya fundamentado su defensa. La eficacia de esta garantía se extiende, en relación con la carga de la prueba, en dos sentidos bien delimitados: por un lado, como ya se ha visto, supone el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya sido probada más allá de toda duda razonable (de modo tal que, además de ser

como después se verá, existe una importante vinculación entre carga de la prueba y principio acusatorio.

⁵ En igual sentido, vid. la STS 248/2003, de 18 de febrero (FJ 7º).

necesario que los hechos constitutivos de la infracción penal queden debidamente acreditados, no debe existir duda razonable alguna tampoco respecto de la posible existencia de circunstancias de descargo y, por tanto, la duda judicial no puede perjudicar en ningún caso al acusado)⁶; y, por otro lado, es la acusación, y sólo ella, quien tiene que demostrar –de acuerdo con ese grado de prueba indicado- que el acusado es culpable, sin que en ningún caso sea posible, por vía legal o judicial, imponerle carga alguna relativa a su inocencia sin que previamente la acusación haya mostrado en el juicio oral su culpabilidad. Como señala PAULESU, resulta claro que presumir la inocencia significa que la hipótesis que hay que verificar es la culpabilidad, de tal modo que únicamente del éxito o del fracaso de dicha verificación depende la condena del acusado. Es por ello por lo que la constatación del hecho histórico no puede en ningún caso adoptar la forma de disculpas provenientes del acusado, quien no está obligado a probar mientras la acusación no aporte pruebas convincentes de su culpabilidad⁷.

Pero, por el contrario –y ésta sería la principal crítica que puede dirigirse frente a la anterior tesis- una vez que la acusación ha aportado pruebas inculpatorias que racionalmente conducen a la culpabilidad del acusado, no hay inconveniente alguno en admitir –como así se viene haciendo en la práctica- que el acusado no sólo tiene que alegar las circunstancias favorables para su defensa sino que, incluso, puede verse en la necesidad de aportar medios de prueba sobre los que apoyar sus alegaciones, a fin de que éstas no queden sin fundamentación probatoria alguna⁸. No obstante, de ello no debe desprenderse que la prueba más allá de toda duda razonable aportada por la acusación hace nacer necesariamente en la defensa la carga de aportar medios de prueba. Por el contrario, ésta es sólo una de las dos vías defensivas que puede utilizar para suscitar la duda razonable que, como vimos,

⁶ Acerca de esta primera implicación, más ampliamente, vid. *supra*, capítulo IV.

⁷ PAULESU, P.P., “Presunzione...”, ob. cit., p. 685.

⁸ QUAGLIERINI, C., “In tema di onere...”, ob. cit., pp. 1269-1270.



conduce a su absolución: en primer lugar, efectivamente, si alega nuevos hechos que dan lugar a una explicación alternativa de la acusación (como puede suceder con la coartada, o con la alegación de una causa de justificación), la defensa asume la carga de la prueba de los mismos, esto es, a ella le corresponde la aportación de los medios de prueba en los que pretenda sustentar sus alegaciones; pero, en segundo lugar, si la defensa no alega hechos distintos, sino que asume como estrategia defensiva la de negar la concurrencia de los hechos alegados por la acusación y sustentados en las correspondientes pruebas, entonces puede optar, bien por aportar nuevos medios de prueba para tratar de negar la concurrencia de tales hechos, bien por limitarse a atacar la eficacia o fiabilidad de los medios de prueba aportados por la acusación, en cuyo caso, más que de carga de la prueba, puede hablarse de carga de la alegación⁹.

Hay que tener en cuenta, pues, que la situación descrita, según la cual el acusado puede tener la necesidad de aportar medios de prueba en su defensa, es sólo la consecuencia ineludible del efecto que las presunciones jurídicas surten en relación con la carga de la prueba¹⁰. Como se ha visto, mientras las presunciones *iuris et de iure* y *iuris tantum* facilitan la prueba a la parte beneficiada por ellas (puesto que únicamente tendrá que probar el hecho base de la presunción para que el hecho presumido se considere probado automáticamente), las presunciones *aparentes* o *verdades interinas* –género al que, como se vio, pertenece la presunción de inocencia–, liberan totalmente de la carga de la prueba del hecho

⁹ Éste último fue el mecanismo utilizado por la defensa en el asunto O. J. Simpson, en el que se limitó a señalar la escasa fiabilidad de la prueba practicada por la defensa para infundir en el jurado un convencimiento más allá de toda duda razonable, con lo que evitó que la acusación alcanzara el grado de prueba necesario para lograr una sentencia penal condenatoria. Vid. STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè editore, Milano, 2001, pp. 139 y ss. Para ZUCKERMAN, incluso cuando la defensa alega nuevos hechos favorables, puede tratar de inferir su existencia de la prueba aportada por la acusación y de generar en el juzgador la duda razonable sobre su existencia, por lo que no siempre puede decirse que surge para el acusado la carga de la prueba de los hechos que alegue. ZUCKERMAN, A.A.S., *The principles of criminal evidence*, Clarendon Law Series, New York, 1986, p. 141.

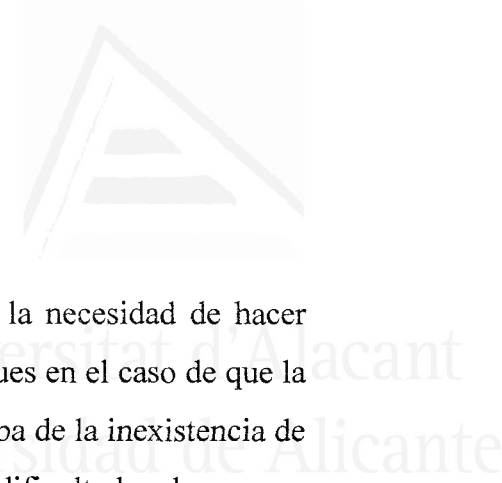
¹⁰ Vid. *supra*, capítulo I.



presumido –la inocencia- a quien goza del favor de la presunción –el acusado-. Ciertamente, a diferencia de las anteriores, las presunciones aparentes carecen de hecho base, por lo que, dadas determinadas circunstancias, hay que considerar verdadero el hecho consecuencia o hecho presumido (en el caso de la presunción de inocencia, ese estado de cosas que permite que la presunción de inocencia surta sus efectos consiste en la existencia de un proceso en curso). Tal liberación de la carga de la prueba provoca un efecto inmediato en la otra parte, que tendrá que desvirtuar la presunción probando lo contrario, es decir, en el caso de la presunción aparente de inocencia, probando la culpabilidad del acusado.

Ahora bien, como se ha señalado, la presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba de la culpabilidad (impidiendo, al tiempo, que pueda crearse presunción alguna de culpabilidad), pero no implica que ésta tenga que probar también la inexistencia de todas y cada una de las circunstancias que podrían actuar en beneficio del acusado. Esta labor, que obviamente podría hacer tan compleja la carga de la prueba de la acusación que sería prácticamente imposible llegar a cumplirla, está encomendada, por el contrario, al acusado. Ciertamente, a pesar del carácter estricto con el que en ocasiones se niega esta distribución de la carga de la prueba, se acepta de forma reiterada - fundamentalmente en vía jurisprudencial- la necesidad de que los hechos favorables al acusado sean probados por él, de tal modo que sobre el acusado pesa no sólo la carga de alegar tales hechos, sino también la carga de probarlos. Muestra de ello es que el Tribunal Supremo ha señalado que, una vez acreditada la existencia del hecho antijurídico, es el acusado quien tiene que probar la concurrencia de hechos justificantes de su actuación¹¹.

¹¹ STS de 28 de enero de 1991 (FJ 1º). Vid. en el mismo sentido, entre las más recientes, las SSTS 748/1994, de 7 de abril (FJ 2º), 75/2000, de 16 de junio (FJ 3º), 1395/1999, de 9 de octubre (FJ 2º), 272/1998, de 28 de febrero (FJ 8º), 575/1999, de 16 de abril (FJ 1º) 261/1998, de 21 de febrero (FJ 2º) y 627/2002, de 11 de abril (FJ 4º). Como ya se vio en el capítulo anterior, el Tribunal Constitucional no se ha ocupado de estas cuestiones por considerar que pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria, al entender que la presunción de inocencia sólo exige que la acusación asuma



Se trata ésta de una solución lógica si se atiende a la necesidad de hacer posible el éxito de la actuación probatoria de la acusación, pues en el caso de que la condena del acusado debiera ir precedida también de la prueba de la inexistencia de circunstancias favorables para aquél, resulta evidente la dificultad a la que se sometería dicha actividad.

En todo caso, conviene no olvidar que, sin embargo, ésta última ha sido la solución acogida en otros ordenamientos. Así sucede, por ejemplo, aunque con algunas particularidades, en el proceso penal anglosajón, donde la carga de la prueba de la acusación y, por tanto, la pasividad del acusado, se lleva en la práctica a sus últimas consecuencias. Como relata, entre otros, SPENCER, el acusado sólo tiene la carga de alegar ciertas defensas cuya concurrencia resulte verosímil para crear en la acusación la carga de probar, más allá de toda duda razonable, que tales defensas no se han dado en el caso concreto¹². Se trata, pues, de la carga de alegar los hechos que pueden actuar en su favor, sin que por ello se le exija que convenza al tribunal de su concurrencia. No obstante, esta regla cuenta con algunas excepciones basadas en reglas de inversión de la carga de la prueba contenidas en normas jurídicas (*Estatutory exceptions*¹³), aunque la excepción más importante fue establecida por vía jurisprudencial y es la consistente en la carga de la prueba que pesa sobre el acusado cuando alega trastorno mental (*insanity*). Esta última regla, cuya conveniencia ha sido puesta en entredicho por la doctrina anglosajona¹⁴, tiene

la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Véase las resoluciones allí citadas.

¹² SPENCER, J.R., "Evidence", en DELMAS-MARTY, M. y SPENCER, J.R., *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 597-598.

¹³ Por ejemplo, en la Sección 101 de la *Magistrate's Courts Act 1980* se impone la carga de la prueba de determinadas defensas al acusado en atención a la especial condición de éste, como es el caso de la carga de la prueba de estar en posesión del permiso de conducción o del seguro. BOJCZUK, W., *Evidence...*, ob. cit., pp. 60 a 64.

¹⁴ DENNIS da cuenta de estas críticas. Así, por ejemplo, el argumento principal, sostenido también por el autor, es el de considerar injustificado que éste sea el único hecho que tiene que probar el acusado, mientras que cualquier otra circunstancia favorable puede hacerse valer sin necesidad de convencer de su existencia al tribunal. Incluso, el *Criminal Law Revision Committee*, en 1972,

su origen en el asunto M'Naghten (1843), en el que se consideró por vez primera que si el acusado alega el trastorno mental, tiene que probarlo¹⁵. Este criterio fue considerado también acertado posteriormente en el caso *Woolmington v. DPP* (1935), en el que la Cámara de los Lores entendió que la carga de la prueba que pesa sobre la acusación no abarca también la prueba de la salud mental del acusado, sino que debe ser el acusado quien aporte la prueba, en su caso, del trastorno psíquico. Este criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia dictada posteriormente al entender que el trastorno mental es una circunstancia excepcional, extraordinaria y, por tanto, debe probarla quien la alega¹⁶.

En todo caso, y esto es especialmente relevante, en el sistema penal anglosajón se entiende unánimemente que la carga de la prueba que pesa sobre el acusado consiste simplemente en la necesidad de que aporte medios de prueba conducentes a crear una apariencia de verosimilitud que haga sostenibles las defensas que en su caso alegue (*evidential burden*), nunca una carga de convencer al órgano jurisdiccional de su inocencia más allá de toda duda razonable (*legal burden*)¹⁷. Precisamente, señala SPENCER, una vez que el acusado hace ver al tribunal que la existencia del hecho favorable es posible, es entonces la acusación quien tendrá que probar su inexistencia más allá de toda duda razonable¹⁸.

consideró que se trataba de una regla injustificada y recomendaba su modificación, puesto que sobre el acusado sólo debía pesar la llamada *evidential burden*, nunca la carga de convencer al órgano jurisdiccional sobre su inocencia. Finalmente, dicha regla sigue vigente y constituye la única excepción establecida por vía jurisprudencial a la regla general. DENNIS, I.H., *The law of evidence...*, ob. cit., p. 377-378.

¹⁵ BOJCZUK, W., *Evidence...*, ob. cit., p. 59.

¹⁶ BOJCZUK, W., *Evidence...*, ob. cit., pp. 56-57.

¹⁷ Incluso, como señala ZUCKERMAN, puede no resultar necesario que el acusado aporte medios de prueba. Puede ser suficiente, por ejemplo, que extraiga hechos exculpativos de la prueba aportada por la acusación o que genere en el tribunal la duda razonable acerca de la credibilidad de dicha prueba. ZUCKERMAN, A.A.S., *The principles...*, ob. cit., p. 141. En el mismo sentido, BOJCZUK, W., *Evidence...*, ob. cit., p. 57.

¹⁸ SPENCER, J.R., "Evidence", ob. cit., pp. 597-598.



Para evitar que la excepción a esta regla general suponga un grave perjuicio para el acusado, en el único supuesto en el que se le exige que logre convencer al tribunal, que es el caso en el que alegue trastorno mental, es completamente pacífico que el grado de certeza que se le impone (*standard of proof*) no es el mismo que tiene que lograr la acusación (más allá de toda duda razonable) sino que consiste en lo que los anglosajones denominan *preponderance of probabilities* o *balance of probabilities*, y que coincide con el exigido a ambas partes en el proceso civil. Este grado de certeza supone que el acusado sólo tiene que mostrar que, frente a la tesis de la acusación, la suya es más verosímil¹⁹.

Ello nos introduce en otra de las cuestiones que revisten mayor importancia respecto de la distribución de la carga de la prueba, que es la relativa al *quantum probatorio*, esto es, al grado de prueba que las partes deben conseguir para obtener una resolución favorable. En nuestro proceso penal, aunque existe jurisprudencia consolidada que considera que las defensas del acusado deben estar igualmente probadas que los hechos constitutivos para que puedan ser apreciadas, esta exigencia resulta altamente cuestionable.

Como se vio en el capítulo precedente, la presunción de inocencia debe garantizar también que, en caso de duda sobre las circunstancias favorables al acusado, la sentencia sea absolutoria (si se trata de una causa de exención total de responsabilidad penal) o que refleje la correspondiente disminución de la pena (cuando se trate de circunstancias atenuantes o eximentes incompletas). Una de las implicaciones de ello, lógicamente, es la que se produce en relación con la carga de la prueba formal: al acusado le bastará hacer surgir la duda sobre la concurrencia de alguno de estos hechos para que surta sus efectos, de tal modo que el grado de convencimiento judicial debe ser claramente distinto al que se exige como

¹⁹ Vid., a título de ejemplo, JONES, T.H., "Insanity and the burden of proof on the accused: a human rights approach", en NIJBOER, J.F. y REIGNTJES, J.M. (Eds.), *Proceedings of the First World Conference on new trends in criminal investigation and evidence*, Open University of the Netherlands, 1997, pp. 175-176 y BOJCZUK, W., *Evidence...*, ob. cit., p. 74.



fundamento de una sentencia condenatoria. Sobre esta cuestión, sin embargo, se volverá después.

En resumen, puede concluirse que la presunción de inocencia garantiza que el acusado no asuma inicialmente carga alguna, sino que es la acusación quien tiene que probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Sin embargo, una vez que la acusación ha planteado pruebas contundentes de la culpabilidad, la defensa asume la responsabilidad de alegar y acreditar los hechos que puedan evitar la condena o supongan una rebaja de la pena. En este sentido, puede decirse que en el proceso penal se produce una distribución de la carga de la prueba sin que por ello se quiebre o limite el derecho a la presunción de inocencia, cuya principal virtualidad, desde este punto de vista, es la de imponer la iniciativa probatoria a la acusación y exigirle un alto nivel de prueba, de modo que nada prohíbe respecto de la necesidad de que el acusado alegue y pruebe los hechos que pretenda utilizar en su defensa. Lo que ocurre es que, generalmente, esta situación suele reconducirse al derecho del acusado a la contraprueba, pero no hay que olvidar que, en definitiva, se trata del ejercicio de una carga con la finalidad de eludir una sentencia desfavorable.

1.2. La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal.

Otra de las vías a través de la cual se niega la existencia de una distribución de la carga de la prueba en el proceso penal es la que atiende a la especial naturaleza del Ministerio Fiscal, así como al rol que está llamado a desempeñar en el orden penal, donde desarrolla su más importante función.

La idea pacífica de que la iniciación del proceso civil se produce como consecuencia de una relación jurídico-material entre las partes, no puede extrapolarse fácilmente al proceso penal. Ciertamente, la propia configuración del proceso penal, de acuerdo con la cual no es posible considerar que exista un

verdadero conflicto material o intersubjetivo entre las partes (al menos tal y como éste se entiende en el proceso civil), así como la ausencia de un interés propio y subjetivo por parte del Ministerio Fiscal en la resolución del asunto²⁰, constituyen aspectos que, en gran medida, caracterizan un proceso penal que se muestra alejado de los parámetros en los que se encuadra nuestro clásico proceso civil, lo que ha llevado a considerar imposible la existencia de una carga de la prueba que pese sobre este órgano público en las mismas condiciones que en el orden civil caracteriza la posición del demandante²¹. En efecto, en el seno de éste se produce una auténtica distribución de la carga de la prueba, amparada precisamente por la existencia de un conflicto de intereses subjetivos que lleva a las partes a asumir y ejercitar cargas correlativas para crear la expectativa de obtener una resolución que resuelva favorablemente el conflicto que ha dado lugar al proceso.

Pero para entender este argumento en toda su extensión (la inexistencia de distribución de la carga de la prueba en el proceso penal en atención a la peculiar configuración del Ministerio Fiscal como parte activa del proceso), conviene profundizar al menos en los aspectos sustanciales que caracterizan a la figura del Ministerio Fiscal, como órgano de naturaleza especial.

Antes de ello, hay que advertir que, lógicamente, el argumento que ahora se estudia sólo encuentra fundamento si se pone en relación con los supuestos en los

²⁰ ARMENTA DEU, T., *Lecciones...*, ob. cit., p. 268. Esta idea, junto con las facultades probatorias que, a diferencia del juez civil, asume el órgano jurisdiccional en el proceso penal, lleva a MASCARELL NAVARRO a considerar que en éste ámbito no existe la carga de la prueba formal o subjetiva. MASCARELL NAVARRO, M^aJ., "La carga de la prueba...", ob. cit., p. 607. Para CAFFERATA NORES, la ausencia de un interés subjetivo del Ministerio Fiscal y, por tanto, la ausencia de un verdadero conflicto intersubjetivo, es una de las razones más importantes por las que no es posible hablar de distribución de la carga de la prueba en el proceso penal. Como sujeto cuyo único interés es el de hacer justicia, no puede decirse que el Ministerio Fiscal tenga la carga de probar la acusación, ya que su interés no es el de obtener la condena, sino precisamente el de hacer justicia. CAFFERATA NORES, J.I., *La prueba...*, ob. cit., p. 33.

²¹ Uno de los argumentos en los que se apoya CARNELUTTI para negar que en el proceso penal pueda hablarse de carga de la prueba es precisamente que, a diferencia del proceso civil, en el proceso penal el Ministerio Público no actúa por interés, sino por deber, por lo que la carga de la



que únicamente interviene el Ministerio Fiscal como parte acusadora y, además, si se analiza el problema desde el punto de vista de si es posible atribuir al Ministerio Fiscal la condición de parte, al igual que al resto de intervinientes en el proceso. De este modo, es necesario resaltar que no se trata de un problema que afecte a la acusación como posición procesal independientemente del sujeto que la ejercite, sino que, por el contrario, sólo se plantea en relación con el Ministerio Fiscal, precisamente por su carácter de órgano público. En efecto, dado que nuestro sistema procesal penal no otorga el monopolio del ejercicio de la acción penal al Ministerio Fiscal, se plantea la posibilidad –muy frecuente, por otra parte– de que la actuación de éste se vea acompañada de la acusación particular o del ejercicio de la acción popular²². Cuando ello sucede, dada la ausencia del carácter público de la acusación particular y popular, desaparece el problema que aquí se trata, pues acusación y acusado se sitúan en el mismo plano en condiciones de igualdad, y ello aunque la relación jurídica de fondo sea de naturaleza pública²³.

prueba no puede desempeñar la función de estímulo para su actuación. CARNELUTTI, F., “Prove civili...”, ob. cit., pp. 210 y 213.

²² Quedan excluidos, pues, los supuestos en los que interviene el acusador privado, ya que en estos casos el código penal reserva la acción penal en exclusiva para éste, que ha de deducir la correspondiente querrela (vid. arts. 105 LECrim y 215.1 CP). En estos casos, lógicamente, queda excluida la intervención del Ministerio Fiscal. MORENO CATENA, V. (con GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2001), p. 126.

²³ Es necesario exceptuar aquellos supuestos en los que el propio ordenamiento impide el ejercicio de la acción popular y de la acción particular, como era el caso del proceso de menores hasta fechas recientes, donde sí podía decirse que, en términos generales, el Ministerio Fiscal actuaba en régimen de monopolio, puesto que la LORPM únicamente preveía la posibilidad de ejercitar, junto con la acción pública, las correspondientes acciones civiles. No obstante, la propia LORPM establecía, en su artículo 25, ciertas facultades, de carácter marcadamente restringido, que la víctima del delito podía ejercitar en determinados supuestos, lo que le confería el *status* de coadyuvante del Ministerio Fiscal, si bien con características especiales respecto de las facultades que tradicionalmente configuran a este partícipe procesal. Vid. al respecto OCHOA MONZÓ, V., “Algunas reflexiones sobre el artículo 25 de la Ley de responsabilidad penal de los menores”, en *Anuario de Justicia de Menores*, núm. II, 2002, pp. 244, con especial mención de los problemas que ello generaba en atención a los intereses de las víctimas del delito. Finalmente, el art. 25 LORPM ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE de 26 de noviembre de 2003) para garantizar la posibilidad de que el acusador particular pueda actuar en la misma medida y con las mismas posibilidades de contradicción que en el resto de procedimientos penales (Disposición Final segunda, apartado 2º).



Siendo, pues, esta caracterización especial del Ministerio Fiscal la que se adopta como uno de los tres argumentos en los que se apoyan quienes niegan la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, es necesario reflexionar acerca de dos cuestiones cuyo estudio nos permitirá determinar el efecto que dicha caracterización puede tener realmente sobre la distribución de la carga de la prueba: será necesario partir del incontrovertido *status* de parte que ha de conferirse al Ministerio Fiscal para determinar cuáles son las consecuencias que se derivan de su naturaleza de órgano público y de los principios que rigen su actuación respecto de los derechos, cargas y obligaciones que, como parte, asume en el proceso. Habrá que tener en cuenta para ello que la especial configuración a la que se viene aludiendo está caracterizada fundamentalmente por la asunción de ciertas funciones que parecen situar al Ministerio Fiscal en un plano que puede considerarse *suprapartes*, lo que sin duda cobra relevancia en el plano de las relaciones que se establecen entre el Ministerio Fiscal y las demás partes.

1.2.1. Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal.

Una de las más importantes polémicas doctrinales que se han suscitado en nuestra disciplina tras la Constitución de 1978 ha sido la relativa a la naturaleza jurídica que el legislador constituyente atribuyó al Ministerio Fiscal. Ésta se originó, fundamentalmente, por el hecho de regularse dicha institución en el artículo 124 CE, precepto que se incardina en el Título VI, dedicado al Poder Judicial. Sin embargo, actualmente bien puede considerarse que se trata de una polémica apagada o, al menos, aminorada por la idea de que, dada la peculiar configuración de la organización fiscal española –regida por los principios de legalidad e imparcialidad, por un lado, y de unidad de actuación y dependencia

jerárquica, por otro- no se integra *de facto* en el seno Poder Judicial²⁴. Ciertamente, el Poder Judicial responde a principios en ocasiones radicalmente opuestos a los que rigen la actuación del Ministerio Fiscal y goza, además, de la garantía fundamental de la independencia respecto del Poder Ejecutivo, asegurando así una correcta separación de Poderes del Estado²⁵. El Ministerio Fiscal es, en definitiva, siguiendo a MORENO CATENA, un órgano del Estado cuya misión es colaborar con la Administración de Justicia²⁶, pero que no se encuentra integrado en el Poder Judicial²⁷. Este carácter público, garante de los intereses del Estado –tal y como se desprende de su absoluto sometimiento al principio de legalidad-, tiene una serie de implicaciones que convierten al Ministerio Fiscal en una institución de especiales características que parecen alejarle del *status* de parte tal y como ésta viene siendo configurada en la Teoría General del Proceso. Ciertamente, si se atiende a esta caracterización del Ministerio Fiscal, y a ello se une la ausencia de una verdadera

²⁴ Se trata ésta de una discusión que también tuvo una importante repercusión en Alemania, centrada en las relaciones del Ministerio Fiscal con el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. Vid. al respecto NIEVA FENOLL, J., “El Ministerio Fiscal en Alemania”, en *Justicia* 99, núm. III-IV, pp. 624 y ss.

²⁵ Junto con ello, hay que tener también presente que los miembros integrantes del Ministerio Fiscal no reúnen las garantías de independencia e inamovilidad que, por el contrario, caracterizan a jueces y magistrados. MORENO CATENA, V. (con GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2001), p. 119.

²⁶ MORENO CATENA, V. (con GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2001), p. 119. GIMENO SENDRA incide también en su carácter de órgano administrativo colaborador de la Administración de Justicia “en orden a garantizar el cumplimiento efectivo de la legalidad”. GIMENO SENDRA, V., “El Ministerio Fiscal y el artículo 124 de la Constitución Española”, en *Constitución y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988. Vid. también ASENCIO MELLADO, J.M^a., *Introducción...*, ob. cit., p. 153, quien precisa que el Ministerio Fiscal es “un órgano propio de la organización estatal que desarrolla sus funciones al margen o con autonomía del resto de poderes del Estado y sometido únicamente al principio de legalidad”. Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en sentido similar, se trata de un órgano *autónomo* del Estado, puesto que ejerce sus funciones mediante órgano propios. Junto con esta nota, este autor destaca su puesta al servicio de la Justicia, por cuanto tiene encomendada la función de poner en funcionamiento el proceso a través de la postulación procesal. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 45 y ss. Del mismo autor, “El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España”, en *Poder Judicial*, 1992, núm. 27, pp. 10 y ss.

²⁷ Para GIMENO SENDRA se trata de “un órgano imparcial, promotor y colaborador de la Jurisdicción, perteneciente *latu sensu* al Poder Judicial, aunque no se encuentre orgánicamente en él ubicado”. GIMENO SENDRA, V., *Introducción...*, ob. cit., p. 212.



relación jurídica de naturaleza privada con el acusado, parece realmente difícil concluir que el Ministerio Fiscal actúe en el proceso penal como una parte más.

Ahora bien, a pesar de dichas dificultades, es necesario tener en cuenta que el diseño que el legislador ha realizado de esta institución no responde en puridad a un único modelo de Ministerio Fiscal. Como señala FUENTES SORIANO, el sistema español, lejos de responder a la única idea del Ministerio Fiscal como acusador público –y, por tanto, parte- o, por el contrario, como defensor de la legalidad, diseña un Ministerio Fiscal que, procesalmente, y con la contradicción que ello supone, queda configurado como una “parte imparcial”²⁸. Esta calificación se debe fundamentalmente a que, aunque actúa como parte acusadora, lo hace con el único interés de garantizar la efectiva vigencia del principio de legalidad y la defensa del interés público, principios que a su vez implican que el Ministerio Fiscal asuma una serie de funciones que exigen una actuación totalmente neutral que mal se compadece con la necesaria mentalidad parcial que debe presidir el ejercicio de la acusación. La obligación de actuar conforme a la legalidad es descrita esclarecedoramente por RUIZ VADILLO con las siguientes palabras: “El Fiscal en la investigación y en el proceso propiamente dicho, ha de estar siempre con la justicia, tan propicio a acusar como a defender al que es indebidamente acusado o sin suficientes pruebas o con pruebas contrarias a la Constitución; a admitir las circunstancias eximentes o atenuantes, tanto o más que las agravantes, por el principio restrictivo que debe imperar en el Derecho penal”²⁹.

Así, por ejemplo, resulta paradójico que el Ministerio Fiscal, aunque ejerce la acusación en cumplimiento del principio de legalidad, debe oponerse a la

²⁸ FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*, Fundación Alternativas, Madrid, 2003, p. 12.

²⁹ RUIZ VADILLO, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, 1987, p. 71. Similar configuración del Ministerio Público se hace en Italia, donde también se pone el acento en su carácter de parte imparcial. Vid. por todos SCAPARONE, M., *Elemento di Procedura Penale. I principi costituzionali*, Ed. Giuffrè, Milano, 1999, pp. 118-119.

realización de actuaciones procesales que vulneren los derechos de las partes, así como instar la nulidad o el correspondiente recurso frente a aquellos actos que se realicen en detrimento de tales derechos³⁰. Un ejemplo paradigmático de ello es el propuesto por RUIZ VADILLO: aunque el Ministerio Fiscal sustente una pretensión acusatoria y el órgano jurisdiccional dicte una sentencia condenatoria en consonancia con tal pretensión, si considera que ésta no se basa en pruebas de cargo suficientes y practicadas con todas las garantías, debe recurrir la decisión judicial, pues resulta contraria a la legalidad constitucional³¹.

A todo ello habría que añadir que la actuación que lleva a cabo el Ministerio Fiscal en el proceso penal no se limita a la que pueden realizar el resto de partes intervinientes, acusadoras y acusadas. Ciertamente, su carácter de órgano público garante de la legalidad, unido a su actuación en calidad de parte, implica la necesaria asunción de algunas funciones que, fundamentalmente en la fase de investigación, dan perfecta cuenta de las particularidades que caracterizan al Ministerio Fiscal frente al resto de partes intervinientes y desdibujan el plano de igualdad en el que éstas deben actuar en el proceso. Es necesario, pues, señalar las diferencias que se producen entre la actividad que el Ministerio Fiscal desarrolla en la fase de instrucción y la que tiene encomendada tras la apertura de la fase de juicio oral.

1.2.1.1. Su actuación en la fase de investigación.

Nuestras normas procesales atribuyen un papel especialmente relevante al Ministerio Fiscal en la fase de investigación, sólo superado por los enormes poderes

³⁰ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, ob. cit., pp. 55-56.

³¹ RUIZ VADILLO, E., “El principio acusatorio”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, 1995, núm. 1, p. 109.

inquisitivos de los que todavía goza el juez de instrucción³². Incluso, en claro detrimento de los poderes de éste, se ha señalado que la investigación que lleva a cabo el juez de instrucción se convierte, en ocasiones, en una búsqueda al servicio del Ministerio Fiscal, de modo que la exhaustividad con la que se realiza provoca importantes dilaciones³³. La filosofía que se encuentra en el origen de esta privilegiada posición que ostenta el Ministerio Fiscal en la fase de investigación hay que buscarla en la idea de que, como órgano a través del cual el Estado ejerce el *ius puniendi*, se le atribuyen una serie de facultades que, lejos de suponer privilegios injustificados, constituyen uno de los mecanismos fundamentales para lograr el máximo equilibrio posible entre los intereses enfrentados en esta fase: por un lado, la persecución del delincuente y, por otro lado, el mantenimiento de los derechos y libertades de quien se halla sometido a investigación. Si se tiene en cuenta que en el punto de partida del proceso se produce una evidente descompensación a favor del imputado (por cuanto la acusación desconoce todo lo relativo a la comisión del hecho que vaya más allá de lo especificado en el escrito de iniciación –teniendo incluso que contrastarse la información en él contenida–, a lo que se une la presunción de inocencia que ampara al imputado desde el inicio del procedimiento), la existencia de prerrogativas en la investigación parece encontrar fácil justificación. Ciertamente, es necesario que el Estado –con absoluto respeto de los derechos y garantías del imputado– pueda hacer uso de todos los instrumentos posibles a fin de sostener la acusación si aparecen indicios racionales de

³² Sin olvidar las previsiones legales respecto de la actuación del Ministerio Fiscal anterior a la apertura de las diligencias previas en el procedimiento abreviado (art. 773.2 LECrim) y la asunción por éste de la investigación en el proceso de menores conforme a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (art. 16 LORPM).

³³ MORENO CATENA, V. (con COQUILLAT VICENTE, A., DE DIEGO DíEZ, A., JUANES PECES, A. y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E.), *El proceso penal...*, ob. cit., Vol. I, p. 182. Una idea similar sostiene FUENTES SORIANO, para quien en la fase de instrucción, tal y como se configura actualmente, se produce una duplicidad de actuaciones. FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 21.

criminalidad que apuntan a la culpabilidad del imputado³⁴. Con este objetivo, se prevén medidas tales como la prohibición de que el sumario pueda declararse secreto para el Ministerio Fiscal (tal y como se deriva, entre otros, del art. 306 LECrim, que establece que la formación del sumario por delitos públicos se realizará bajo la supervisión del Fiscal), la posibilidad de ordenar a la policía judicial la práctica de diligencias de investigación (art. 283 LECrim y 773.1 LECrim), así como la posibilidad de llevar a cabo las actuaciones que, con carácter genérico, le atribuye el art. 773 LECrim en el ámbito del procedimiento abreviado³⁵. Todo ello, en orden a crear una situación propicia a un eficaz sostenimiento de la acusación, en su caso, una vez se decrete la apertura del juicio oral.

Como bien puede apreciarse, la actuación del Ministerio Fiscal en la fase de investigación penal difiere sustancialmente de la que pueden llevar a cabo el resto de partes y es esto, con carácter general, lo que nos lleva a conferirle cierto *status suprapartes* y, en definitiva, lo que puede generar algunas dudas respecto de su

³⁴ Esta es la intención manifestada por ALONSO MARTÍNEZ en la Exposición de Motivos de la LECrim cuando justifica la adopción de un sistema procesal acusatorio formal o mixto: “Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de la que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito (...) estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para reestablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor (...)”. Con estas líneas, ALONSO MARTÍNEZ trataba de responder a quienes sostenían la necesidad de aplicar las garantías del juicio oral también a la fase de investigación.

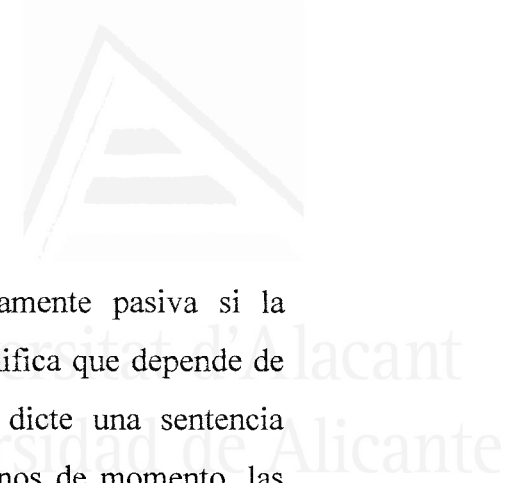
³⁵ El apartado 2º del art. 773 LECrim constituye una reproducción casi literal del antiguo art. 785 bis LECrim, que otorgaba al Ministerio Fiscal la facultad de llevar a cabo diligencias de investigación pre-procesales y, lamentablemente, no se ha aprovechado la ocasión para solventar los problemas que en la práctica genera este tipo de diligencias. Vid. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dirs.), *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios a las reformas de la LECrim hechas por las LL.OO. 7, 8 y 9/2002, 1/2003 y por la Ley 38/2002*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, Tomo I, p. 437.

carácter de parte en condiciones de igualdad con el resto de intervinientes en el proceso. Sin embargo, en la fase de juicio bien puede decirse que las posiciones de las partes tienden a equilibrarse, lo que permite afirmar, como ahora se verá, que el Ministerio Fiscal se muestra claramente en esta fase como una parte más, con las consecuencias inherentes a ello y, en definitiva, es titular de derechos, cargas y obligaciones en los mismos términos que se predicen del resto de partes.

1.2.1.2. Su intervención en el juicio oral.

Una vez realizado el juicio acerca de la existencia de suficientes indicios de criminalidad y abierta pues la fase de enjuiciamiento, bien puede afirmarse que la posición del Ministerio Fiscal tiende a invertirse hasta, incluso, dejar paso al establecimiento de extremas cautelas para asegurar una correcta protección del acusado. Si durante la fase anterior el Ministerio Fiscal gozaba de una serie de prerrogativas que, de algún modo, le otorgaban un papel en cierto modo *suprapartes*, la celebración del juicio oral va a suponer el establecimiento de importantes controles a la actividad de la acusación, de forma tal que se reduzca al máximo la posibilidad de condenar al acusado sin que previamente se haya verificado su culpabilidad con el respeto de todas las garantías que le asisten. De este modo, la propia dinámica procesal va generando situaciones que, parcial o individualmente consideradas, provocan continuos desequilibrios entre las partes, pero que tomadas en su conjunto tienden finalmente a equilibrar sus respectivas posiciones³⁶. Así, por ejemplo, en el juicio oral es el Ministerio Fiscal –y, en su caso, el resto de las partes acusadoras– quien debe comenzar aportando pruebas conducentes a la culpabilidad del acusado, de modo tal que la presunción de

³⁶ Pone de manifiesto este papel equilibrante de la presunción de inocencia DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 309.



inocencia permite que éste adopte una posición completamente pasiva si la acusación no introduce tales elementos probatorios. Ello significa que depende de la actuación procesal de la acusación que finalmente se dicte una sentencia condenatoria. Por supuesto, hay que dejar al margen, al menos de momento, las facultades que en este campo tiene conferidas el órgano jurisdiccional pues, en todo caso, como después se verá, se ejercitan con carácter excepcional y por ello no suponen una quiebra del principio general que se acaba de enunciar, esto es, que sobre la acusación pesa la responsabilidad de que el proceso finalice con una sentencia condenatoria.

1.2.2. El Ministerio Fiscal como parte.

En atención a las consideraciones realizadas en torno a la naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal, así como a las características que, de acuerdo con la tradicional doctrina procesal, deben estar presentes para conferir a los intervinientes en el proceso la categoría de parte, es posible concluir, sin lugar a dudas, que el Ministerio Fiscal reúne dicha condición³⁷ desde el momento en que su

³⁷ Carece de sentido en el proceso penal preguntarse acerca de si el Ministerio Fiscal goza de la naturaleza de parte *formal* o *material*, concepto éste último que fue puesto en íntima conexión por CARNELUTTI con la existencia de una *litis*, de tal forma que, en su concepción del proceso, *parte* en sentido material lo es quien es sujeto partícipe de un conflicto de intereses. Para este autor, la *litis* estaría conformada, junto con la existencia de las partes, por un bien, que constituye su objeto, y por la existencia de intereses encontrados frente a ese bien. CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil* (Trad. por SENTÍS MELENDO, S.), Ed. EJE, Buenos Aires, 1973, pp. 28-29. Esta misma idea puede verse también en su obra *Lezioni di diritto processuale civile* (1926), Ed. CEDAM, Padova, 1986, Vol. I, p. 130. Señalaba significativamente CARNELUTTI al trazar la distinción entre parte en sentido material y en sentido procesal (a la que llamaba *instrumental*) que las partes “son materiales en cuanto *sufren* el proceso, e instrumentales en cuanto *actúan* en el proceso. El ministerio público es el prototipo de la parte puramente instrumental”. CARNELUTTI, F., *Cómo se hace...*, ob. cit., p. 78. Las ideas de CARNELUTTI en esta materia, que le llevaron a considerar que sólo existe un verdadero proceso cuando éste tiene como finalidad la composición de la *litis*, fueron ampliamente criticadas por CALAMANDREI, que consideró que con ello se rompía la unidad entre el proceso civil y el proceso penal, pues tal finalidad de la función jurisdiccional no es extrapolable al proceso penal, debido a la inexistencia de una *litis* en el sentido



actuación se circunscribe a solicitar al órgano jurisdiccional la aplicación de la ley penal ante hechos que revisten la apariencia de delito, es decir, desde el momento en el que se solicita la aplicación de una consecuencia jurídica³⁸, y como tal, asume cargas, derechos y obligaciones cuyo ejercicio va a determinar su posición en el proceso respecto de la obtención de la resolución que ha solicitado.

Cierto es que se presentan determinadas particularidades que, en ocasiones, dificultan su identificación como parte en igualdad de condiciones con el resto de intervinientes en el proceso³⁹. Por ejemplo, cuando –como defensor de la legalidad–

estricto empleado por CARNELUTTI. CALAMANDREI, P., “Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti”, (1928), en *Opere Giuridiche*, Morano Editore, Napoli, Vol. I, 1965, pp. 212 y ss.

³⁸ Señalaba significativamente SERRA DOMÍNGUEZ que no es cierto “que la misión del Ministerio Fiscal sea la de defender al débil e incluso al reo, no sólo por ser dicha misión propia de todo órgano administrativo, sino incluso por ser al Ministerio Fiscal a quien menos conviene dicha defensa, habida cuenta su principal función de parte acusadora. Máxime cuando resulta sumamente peligroso atribuir funciones de amparo a un órgano esencialmente acusador y, por tanto, institucionalmente dirigido hacia una condena” (p. 622), e incide en dicho carácter de parte de forma contundente: “Es parte desde el momento en que pide al Tribunal la declaración del derecho a castigar en un caso concreto; y es parte cuando ejercita un derecho que indiscutiblemente, y pese a su carácter conceptual al igual que todos los derechos, corresponde a la comunidad representada por el Estado. Por consiguiente, es lógico que carezca de un interés propio, pues no actúa su propio interés, sino el del Estado del que es órgano; y, habida cuenta que el Estado únicamente tiene interés en la condena del culpable, es asimismo natural que procure la absolución del que reputa inocente, evitando un desviado ejercicio del propio «ius puniendi»”. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El Ministerio Fiscal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, núm. 3-4, pp. 643-644.

³⁹ Particularidades –fundamentalmente la relativa a su actuación orientada a la búsqueda de la verdad– que con carácter mayoritario llevan a la doctrina alemana a considerar que el Ministerio Fiscal no tiene la condición de parte, y ello aunque en el juicio oral su actuación se realice en pie de igualdad con el acusado. NIEVA FENOLL, J., “El Ministerio Fiscal...”, ob. cit., pp. 627 y 632. En similar sentido, GÓMEZ COLOMER, J.L., “El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales”, en *Estudios Jurídicos-Ministerio Fiscal*, 1999, vol. IV, pp. 128-129. En nuestro país, ya ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO dio cuenta de las distintas teorías que en Europa se han suscitado en torno al carácter de parte o no del Ministerio Fiscal, coincidiendo todas ellas en señalar que su actuación debe ser objetiva. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., “Lo que debe ser el Ministerio Público”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1934, p. 17. Del mismo autor, con más detalle, “El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas”, en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1974, pp. 303 y ss. En su opinión, el Ministerio Fiscal ocupa una situación intermedia entre el juez y las partes, ya que lleva a cabo actuaciones que nada tienen que ver con las que realizan las partes. Sin embargo, el propio autor considera que, cuando actúa en el juicio oral, lo

el Ministerio Fiscal solicita la absolución del acusado por entender que no se presentan las condiciones necesarias para castigar (bien porque considera que no es culpable, bien cuando existe alguna circunstancia eximente de la responsabilidad, cuando el delito ha prescrito, etc.)⁴⁰. Sin embargo, es preciso señalar que tal situación se convierte en la práctica en puramente anecdótica una vez iniciado el juicio oral, puesto que salvo en supuestos excepcionales en los que de la prueba se desprenda claramente la inocencia del acusado –como puede suceder, por ejemplo, cuando se produce un error en la determinación del culpable, que es confundido con el acusado–, una vez abierto el juicio oral el Ministerio Fiscal sostendrá la acusación, y llevará a cabo las actuaciones necesarias para lograr la condena, dado el carácter indisponible de la acción penal.

hace en calidad de parte, pues sus actos son sustancialmente iguales a los que pueden realizar el resto de intervinientes (p. 305). Parece, pues, que ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO sostiene la tesis de que el Ministerio Fiscal es parte en sentido formal, sobre todo si nos atenemos al concepto de *partes* al que atiende: “sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate” (pp. 278-279). En la actualidad, PEDRAZ PENALVA es un claro representante de la doctrina según la cual el Ministerio Fiscal no puede ser considerado parte, puesto que en el proceso penal, más que de dualidad de partes, sólo es posible hablar de una dualidad de posiciones. Además de ello, este autor acude a ulteriores argumentos para mostrar que el Ministerio Fiscal no puede tener la condición de parte: a) quienes son partes en un proceso gozan de la posibilidad de transigir en el curso del conflicto, puesto que sus intereses se sitúan en un mismo nivel; b) los intereses del Ministerio Fiscal y del acusado gozan de una naturaleza abiertamente distinta (mientras el Ministerio Fiscal tiene como objetivo la aplicación de la ley y el respeto a los derechos y libertades fundamentales, el acusado tiene como finalidad última la obtención de una sentencia absolutoria; c) el Ministerio Fiscal, en su actuación como defensor de la legalidad, puede verse obligado a actuar en defensa del acusado, puesto que debe hacer constar en el proceso las circunstancias tanto favorables cuanto desfavorables para el acusado; d) el Ministerio Fiscal puede interrogar al acusado y éste no puede interrogar al Ministerio Fiscal; e) el acusado goza de un *estatus* distinto al que se le confiere al Ministerio Fiscal en el juicio oral, puesto que, a diferencia de éste, que debe practicar las pruebas de cargo conducentes a acreditar la culpabilidad, el acusado tiene una serie de prerrogativas tales como no practicar pruebas, guardar silencio o, incluso, mentir, puesto que no se le exige juramento de decir verdad; f) incluso, la distinta ubicación en la que se sitúan en el juicio oral (el Ministerio Fiscal en el estrado y el acusado en el banquillo) da cuenta de la imposibilidad de hablar de dualidad de partes en el proceso penal. PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., pp. 82 y ss (especialmente, vid. pp. 89-90).

⁴⁰ Un ejemplo claro es el que nos ofrece el art. 961 LECrim, que legitima al Fiscal General del Estado a interponer el recurso extraordinario de revisión que, como es sabido, únicamente cabe en el orden penal frente a sentencias condenatorias firmes.

Por tanto, es necesario tener en cuenta que lo relevante a efectos de conferirle el *status* de parte y, con ello, las facultades, cargas y obligaciones inherentes a él, es que el resultado de la contienda procesal se hace depender casi en exclusiva –excepto cuando la acusación no se ejerce en régimen de monopolio– de la actuación del Ministerio Fiscal en la fase de juicio oral. De este modo, sólo si éste hace valer eficazmente la pretensión punitiva del Estado, y puesto que el principio acusatorio impide que el órgano judicial asuma la función acusatoria junto con la jurisdiccional, será posible proceder a la condena del acusado, siempre que se den los presupuestos para ello. Por supuesto, el ejercicio efectivo de la acción penal –y éste es el núcleo de la cuestión– exige que el Ministerio Fiscal introduzca los hechos en los que se fundamenta la pretensión acusatoria a través de los escritos de calificación provisional o, en su caso, de acusación, así como que proponga los medios de prueba de los que pretenda valerse, a fin de obtener el necesario convencimiento judicial acerca de la culpabilidad del acusado. Desde este punto de vista, y en atención a la configuración que en su momento se hizo de las cargas procesales, resulta indiscutible que la pasividad del Ministerio Fiscal en el juicio respecto de dichas cargas de alegación y prueba no puede derivar sino en la absolución del acusado, lo cual supone ciertamente el fracaso de la función punitiva del Estado.

Cuestión distinta es la ya apuntada en torno a la obligación del Ministerio Fiscal de solicitar la absolución del acusado cuando entienda que no se presentan las condiciones para declarar su responsabilidad penal. En relación con esto, se pueden plantear dos situaciones claramente diferenciadas: por un lado, que en el caso concreto no se ejercite la acusación particular ni la acusación popular, en cuyo caso el órgano jurisdiccional sólo tiene la opción de absolver al acusado. Obviamente, a esta situación no se llega al inicio del juicio oral, pues si el Ministerio Fiscal entiende que no debe sostener la acusación, su obligación consiste en solicitar el sobreseimiento libre o provisional en un momento anterior al de la apertura de esta fase (precisamente cuando deba manifestar su conformidad o disconformidad con el auto de terminación del sumario, de acuerdo con el art. 627

LECrím y aprecie alguna de las circunstancias previstas en los artículos 637 ó 641 LECrím)⁴¹. Pero, por otro lado, puede suceder que el Ministerio Fiscal, una vez iniciado el juicio y practicada –o practicándose– la prueba, a la vista de los resultados derivados de la misma, entienda que no procede continuar sosteniendo la acusación, por lo que, en este caso, y como consecuencia de su obligación como defensor de la legalidad, la única posibilidad que se le presenta es la de solicitar la libre absolución⁴². Se trata ésta, sin embargo, de una situación excepcional (no prevista específicamente en la LECrím, pero amparada en el art. 732, en virtud del cual las partes pueden modificar sus escritos de calificación provisional, para lo que, si se pone de manifiesto que el acusado es inocente durante la práctica de la prueba, el Ministerio Fiscal podrá, incluso, renunciar a las pruebas que todavía no se hayan practicado)⁴³. Ello es así porque, tratándose de un proceso acusatorio, de partes, la ausencia de acusación determina la necesaria finalización del procedimiento, que en caso de encontrarse en la fase de juicio oral finalizará necesariamente mediante sentencia absolutoria⁴⁴.

⁴¹ Para el procedimiento abreviado, vid. art. 780 LECrím. Téngase en cuenta que el art. 742 LECrím prohíbe expresamente que el órgano jurisdiccional emplee la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a los que cree que no debe condenar.

⁴² Al respecto, GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2003), pp. 339-340.

⁴³ Es la LOTJ la que prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes acusadoras desistan de la petición de condena del acusado, tanto en las conclusiones definitivas cuanto en cualquier momento anterior del juicio (art. 51 LOTJ).

⁴⁴ Vid. art. 51 LOTJ. Situación que, lógicamente, también se produce en un momento anterior, cuando el Ministerio Fiscal ha solicitado el sobreseimiento y no se persone en la causa querellante particular, en cuyo caso el Tribunal deberá decretar, por idéntica razón, el sobreseimiento solicitado, si bien previamente el art. 642 LECrím le permite comunicar tal circunstancia a quien pueda resultar interesado en sostener la acusación y evitar con ello la finalización del procedimiento. Idéntica posibilidad se presenta en el procedimiento abreviado (art. 782.2 LECrím) y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos (art. 800.1 LECrím, con expresa remisión al art. 782 LECrím), junto con la novedad consistente en la facultad de poner en conocimiento del superior jerárquico del Fiscal la petición de sobreseimiento para que éste se pronuncie en el plazo de diez días. Un supuesto interesante es el planteado por BRIOSO DÍAZ, que pone de manifiesto la complejidad que presenta la posición que debe adoptar el Ministerio Fiscal cuando se deniega la práctica de una prueba de la que depende la acreditación de la culpabilidad o de la inocencia del acusado. En estos casos, señala este autor, la solución más



Se trata, pues, de dos situaciones en las que –es necesario insistir, siempre que el Ministerio Fiscal ejercite la acción penal en régimen de monopolio- no es posible considerar que éste fracase cuando no consigue ejecutar las cargas conducentes al eficaz ejercicio de la acción penal, pues su actuación se encuentra condicionada por el principio de legalidad, que le impide en estos casos sostener la acusación.

Analizados estos dos supuestos excepcionales, lo cierto es que cuando el Ministerio Fiscal ejerce la acusación –situación claramente representativa de la práctica diaria de nuestros tribunales-, actúa sin lugar a dudas como una parte más, en pie de igualdad⁴⁵ - solicitando la condena del acusado y ejecutando las cargas de alegación y prueba exigidas por el ordenamiento jurídico para lograr una sentencia condenatoria, con la particularidad de que la pretensión punitiva que sostiene, por su carácter público, es indisponible⁴⁶. Por lo demás, es cierto que la inexistencia de una relación jurídica de fondo implica a su vez la inexistencia de defensas personales del acusado frente a la parte actora⁴⁷, pero el acusado sigue conservando

razonable es la de, una vez formulada la oportuna protesta, anunciar la infracción de precepto constitucional por indefensión y la interposición del correspondiente recurso solicitando la nulidad del juicio y retirar la acusación en el trámite de conclusiones definitivas. BRIOSO DÍAZ, J., “El fiscal ante la denegación en juicio de una prueba esencial para determinar la culpabilidad o inocencia de un acusado”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, 1995, núm. 2, pp. 230-231.

⁴⁵ Al respecto señala CAZORLA PRIETO que “será en el plenario en donde se desenvuelve con más claridad y peso su papel de acusación oficial al que no le mueve más motor que el interés de la Sociedad, en igualdad de armas que la defensa y ante el órgano decisor, constituyéndose como una parte de las ya protagonistas en el desarrollo de la última fase del procedimiento (personalmente no considero ni peyorativo, ni perjudicial para la institución que represento la expresión *parte* que tantos comentarios ha provocado, fundamentalmente en mi profesión y críticas a la Ley del Jurado que no distingue entre el fiscal y las partes. A la vista de los llamados derechos de las partes en el procedimiento penal, aspiro a que sólo nos diferencie el interés por el que “combaten” unos y otros, pero que tengamos iguales derechos)”. CAZORLA PRIETO, S., “Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1998, p. 191.

⁴⁶ MORENO CATENA, V. (con COQUILLAT VICENTE, A., DE DIEGO DÍEZ, A., JUANES PECES, A. y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E.), *El proceso penal...*, ob. cit., Vol. I, p. 166.

⁴⁷ La imposibilidad de alegar excepciones –entendidas éstas en el sentido de oposiciones sustanciales o de fondo- es puesta de manifiesto por MELCHIONDA, A., “Studio sull’onere della prova...”, ob. cit., pp. 213-214.

la posibilidad de alegar otras defensas que, como ya se vio, están dirigidas a impedir el éxito de la pretensión penal⁴⁸.

En definitiva, es necesario concluir que la asunción de cargas, posibilidades y expectativas a cargo de las partes es perfectamente predicable del Ministerio Fiscal⁴⁹, sin que quepa por ello negar la existencia de carga de la prueba formal en el proceso penal. Cuestión distinta es la convivencia en este ámbito de la actividad probatoria a instancia de parte, bajo el principio de aportación, con las facultades probatorias conferidas al órgano jurisdiccional, que constituye el tercero de los argumentos empleados para excluir la eficacia de la carga de la prueba formal. A su análisis están dedicadas las siguientes páginas.

1.3. La vigencia del principio de investigación oficial.

Aunque ya se hizo alguna breve alusión a este tema en el estudio de la regla de juicio, debe realizarse ahora un análisis más profundo, por cuanto la carga de la prueba en sentido formal resulta directamente afectada por la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda practicar diligencias probatorias de oficio.

Junto con los argumentos antes analizados (límites impuestos por el derecho a la presunción de inocencia y especial *status* del Ministerio Fiscal), suele alegarse también que el principio de investigación presente en el proceso penal impide considerar que sean las partes quienes tengan la necesidad de aportar los medios

⁴⁸ Téngase en cuenta, sin embargo, que el acusado sí puede disponer de defensas de carácter personal frente al acusador particular y, sin duda, frente al acusador privado. Piénsese, por ejemplo, en el perdón del ofendido como excepción que extingue la responsabilidad criminal.

⁴⁹ Vid. MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 174 y ss.



probatorios en apoyo de sus pretensiones⁵⁰. Fruto de esta concepción del proceso penal es también la idea de que, en la medida en que el órgano jurisdiccional está facultado para llevar a cabo la actividad probatoria necesaria para el esclarecimiento de los hechos, no puede decirse que las partes tengan la carga de la prueba formal de los hechos, pues no recae sobre ellas en exclusiva la responsabilidad derivada de la ausencia de proposición de prueba⁵¹. De acuerdo con ello, en el proceso penal no regiría la carga de la prueba formal por cuanto, al no estar éste presidido estrictamente por el principio de aportación, no se produce la necesidad de estimular la actividad probatoria de las partes, a la que responde esta institución⁵².

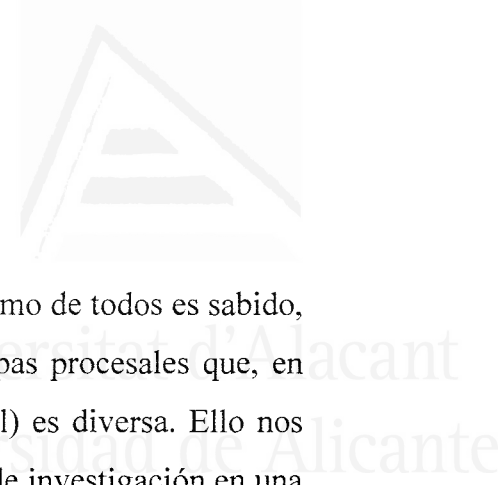
Es innegable que uno de los principios que caracterizan el desarrollo del proceso penal es el principio de investigación, en virtud del cual es el órgano jurisdiccional, de oficio, quien debe recabar los datos probatorios en aras de un conocimiento fidedigno de los hechos que posteriormente conformarán el objeto procesal. De este modo, desde su papel de tercero absolutamente imparcial y con el único objetivo de descubrir la verdad, tiene que asumir, no ya la carga, figura impropia para caracterizar el papel que juega el órgano judicial, sino la obligación de averiguar la existencia de circunstancias tanto de cargo como de descargo.

Sin embargo, siendo el proceso penal esencialmente bifásico (dejando, pues, de lado la fase intermedia del procedimiento ordinario, dado que nada aporta al

⁵⁰ Vid., por todos, GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2001), p. 366. Esta situación, en virtud de la cual no sólo las partes, sino también el órgano jurisdiccional puede introducir pruebas es puesta de manifiesto así mismo por ORTELLS RAMOS, J.L. (con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A.), *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 281.

⁵¹ HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal...*, ob. cit., pp. 37-38. En el mismo sentido, MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La presunción de inocencia...*, ob. cit., p. 81 y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La prueba...*, ob. cit., p. 40.

⁵² MIRANDA ESTRAMPES, por ejemplo, entiende que si se formula en estos términos la carga de la prueba formal, es decir, como provocación de la actividad de las partes, no es posible considerar que tal manifestación de la carga de la prueba se presente en el proceso penal. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad...*, ob. cit., pp. 78-79.



objeto de este estudio), conviene poner de manifiesto que, como de todos es sabido, la estructura, naturaleza y finalidad de cada una de las etapas procesales que, en términos generales, lo caracterizan (instrucción y juicio oral) es diversa. Ello nos conduce a la necesidad de estudiar cómo incide el principio de investigación en una y otra.

1.3.1. El principio de investigación oficial en la instrucción.

La fase sumarial, si se atiende fundamentalmente a su finalidad y a las facultades que la LECrim confiere en la actualidad al juez de instrucción, se caracteriza por gozar de una naturaleza eminentemente inquisitiva. La labor —o, en su caso, dirección de la misma— encaminada a la determinación del hecho y de su autor (tal y como expresa el art. 299 LECrim) se encomienda casi exclusivamente al órgano jurisdiccional competente para la investigación (arts. 303 y 306 LECrim). Ello se manifiesta de forma clara en el hecho de que, al margen de las circunstancias fácticas que las partes acusadoras hayan introducido en el proceso a través de los correspondientes escritos de iniciación o de las actuaciones de investigación cuya práctica pueda instar cualquiera de las partes personadas (art. 311 LECrim), es al juez de instrucción a quien le corresponde la labor de averiguación de los hechos a fin de delimitar el objeto del proceso, para lo que tiene en su mano la facultad de ordenar la práctica de todo tipo de actos de investigación de los previstos en los Títulos V a VII del Libro II de la LECrim (arts. 326 y ss), sin necesidad de que sean las partes quienes insten su actuación⁵³. En este sentido, bien puede decirse que la dirección e impulso de esta fase, como consecuencia del

⁵³ Vid. GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones...*, ob. cit., (2001), pp. 179-180. Del mismo autor, con más detalle (con MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETTE, J. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1990, pp. 74-75.

principio de investigación de oficio, reside en la figura del juez de instrucción⁵⁴, y ello porque, al margen de las actuaciones instadas por las partes –solicitud a la que el órgano jurisdiccional no se halla vinculado–, es él quien realiza un primer juicio de pertinencia y utilidad de los actos de investigación con la finalidad de practicar, de oficio, los que estime relevantes para la formación del sumario⁵⁵. El carácter inquisitivo de esta fase ha sido corroborado por el legislador en la reciente reforma del procedimiento abreviado y de los llamados *juicios rápidos* (arts. 777 y 797 LECrim), procedimientos en los que el juez de instrucción sigue gozando de la dirección e impulso de esta fase para la conformación del objeto de enjuiciamiento⁵⁶.

Sin embargo, para determinar la incidencia del principio de aportación de parte en el proceso penal –presupuesto necesario para hablar de carga de la prueba–, nuestro estudio no puede detenerse en la fase de investigación, y ello por una razón fundamental: esta fase, como se acaba de señalar, tiene como finalidad principal la determinación del objeto de enjuiciamiento y la preparación del juicio oral, pero, salvo las excepciones puntuales ya conocidas, las actuaciones que en ella se llevan a cabo no tienen virtualidad probatoria⁵⁷. Desde este punto de vista, hay que tener en cuenta que lo realmente importante a la hora de determinar la existencia de la carga de la prueba es comprobar la incidencia que el principio de aportación tiene

⁵⁴ GIMENO SENDRA, V. (con CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), *Los procesos penales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, Tomo III, p. 190.

⁵⁵ MORENO CATENA, V. (con COQUILLAT VICENTE, A., DE DIEGO DÍEZ, A., JUANES PECES, A. y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E.), *El proceso...*, ob. cit., Vol. II, p. 892. Vid. también ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 48-49.

⁵⁶ Y ello a pesar de las amplias facultades que, especialmente en el caso de los juicios rápidos, le han sido otorgadas a la Policía Judicial. Téngase en cuenta que dicha opción viene motivada fundamentalmente por la necesidad de descargar de trabajo al juez de guardia y garantizar así una verdadera aceleración de la investigación, aunque el juez de instrucción sigue conservando la posibilidad de ordenar la práctica de todas las diligencias que considere oportunas para el descubrimiento de los hechos y, en su caso, la apertura del juicio oral.

⁵⁷ Vid. *supra*, capítulo III.



en el juicio oral, donde se van a realizar todas las actuaciones encaminadas a probar los hechos objeto del proceso.

1.3.2. El principio de investigación oficial en la fase de juicio oral.

La naturaleza inquisitiva de la fase de instrucción no puede predicarse, sin embargo, de la fase de juicio oral, dominada por su carácter fundamentalmente acusatorio⁵⁸. En efecto, frente a las facultades que tiene conferidas el juez de instrucción respecto de la delimitación y comprobación de los hechos, el desarrollo del juicio oral se realiza bajo el impulso que, en términos generales, las partes acusadoras y acusadas deben darle por lo que respecta a la introducción de los hechos que conformarán el objeto del proceso y de las pruebas.

Aunque, como después se verá, el órgano jurisdiccional tiene facultades de especial relevancia dirigidas a un descubrimiento fiel de la verdad, el peso de la alegación y de la prueba recae casi en exclusiva sobre las partes, de tal forma que bien puede afirmarse que esta fase se encuentra informada por el principio de aportación de parte. Tanto es así que, como ya se vio, por lo que respecta a la introducción de los hechos que serán objeto de debate contradictorio, sólo podrán ser tomados en consideración y, por tanto, ser objeto de tal debate, los hechos que hayan sido consignados por las partes en sus respectivos escritos de calificación

⁵⁸ Como señala DÍAZ CABIALE, los sistemas procesales basados en el principio de oficialidad no permiten que la fase de investigación tenga carácter acusatorio y, por tanto, que el órgano jurisdiccional competente para la instrucción permanezca inactivo. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 240-241.



provisional o de acusación y defensa⁵⁹, sin que el órgano jurisdiccional pueda introducir hechos que modifiquen en esencia el objeto procesal⁶⁰.

Por lo que respecta a la prueba, también en este punto se manifiesta claramente la vigencia del principio de aportación, ya que –con carácter general- no se practicará más prueba que la que haya sido propuesta por las partes en el momento oportuno⁶¹, con la única excepción –que resulta ciertamente de aplicación extraordinaria- de las facultades que en este ámbito le otorga al tribunal el art. 729.2º LECrim⁶². No puede pasarse por alto, sin embargo, que el reconocimiento legal de tales atribuciones ha llevado a un importante sector doctrinal a considerar que también en el juicio oral, por lo que respecta a la práctica de la prueba, rige claramente el principio de investigación oficial⁶³.

⁵⁹ Circunstancia que, a juicio de CALAMANDREI, constituye una garantía necesaria de la imparcialidad judicial, pues lo contrario llevaría al órgano jurisdiccional a perder su carácter de tercero ajeno al proceso. CALAMANDREI, P., “Per la definizione...”, ob. cit., pp. 435-436.

⁶⁰ La introducción de hechos en el juicio por jurados sigue el mismo régimen, pues como señala el art. 37 a) LOTJ, el auto de hechos justiciables contendrá los hechos que hayan sido alegados por las acusaciones y la defensa.

⁶¹ Como ya se vio, la proposición de prueba se realizará en los escritos de calificación y, excepcionalmente, las partes podrán, a tenor de lo dispuesto en el art. 729.3 LECrim, solicitar en el desarrollo del juicio oral la práctica de cualquier medio de prueba que contribuya a esclarecer algún hecho y que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo. AGUILERA DE PAZ atribuye la limitación temporal establecida en el art. 728 LECrim a la necesidad de evitar ataques sorpresivos provenientes de cualquiera de las partes. AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Reus, Madrid, 1924, Tomo V, p. 483. Acerca del momento oportuno para solicitar la práctica de prueba en el procedimiento abreviado y en el juicio por Jurados, vid. *supra*, capítulo IV.

⁶² A pesar de esta iniciativa a instancia de parte, ESPARZA LEIBAR realiza una sobrevaloración de las facultades probatorias del órgano jurisdiccional, de tal modo que considera que el principio de investigación oficial rige plenamente en el proceso penal, y por tanto también en la fase de juicio oral. ESPARZA LEIBAR, I., *El principio...*, ob. cit., p. 49.

⁶³ De ello da perfecta cuenta ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 53. TOMÉ GARCÍA constituye un claro ejemplo de la mencionada corriente doctrinal. TOMÉ GARCÍA, J.A. (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., y MUERZA ESPARZA, J.), *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 485-486. Vid., así mismo, FENECH, M., *Curso elemental...*, ob. cit., p. 130.

No obstante, hay que partir de la consideración de que nuestro proceso penal, si bien no responde a un modelo acusatorio puro, sí se encuadra entre los sistemas denominados mixtos o formales en atención a la supremacía de los aspectos pertenecientes a este modelo sobre los puramente inquisitivos. Así, si atendemos a esta fase del procedimiento, se nos muestra abiertamente caracterizada por el enfrentamiento de dos partes, en pie de igualdad respecto de los medios de ataque y defensa que poseen y sobre las cuales –especialmente sobre la acusadora, en virtud de la presunción de inocencia- recae, fundamentalmente, el peso de obtener una resolución que satisfaga su posición procesal. Todo ello, naturalmente, ante un órgano jurisdiccional imparcial que dirige la contienda y que, como después se verá, sólo cuando sea estrictamente necesario y con carácter complementario, puede ordenar la práctica de diligencias probatorias para formar su convicción⁶⁴. Por tanto, si se pone el acento, por un lado, en la necesidad de que sean las partes quienes lleven la iniciativa en la práctica de pruebas y, por otro lado, en el carácter absolutamente excepcional de la intervención judicial, hay que concluir que el principio de aportación de parte es un rasgo característico del juicio oral, siendo la actuación probatoria del órgano jurisdiccional una manifestación –por otra parte necesaria- de la finalidad del proceso penal de búsqueda de la verdad, pero en todo caso supeditada a la actividad probatoria de las partes.

Conviene tener en cuenta que, ni siquiera en el proceso penal anglosajón, donde el protagonismo de las partes está fuera de toda duda, se prescinde absolutamente de la intervención del órgano jurisdiccional en el terreno probatorio. SPENCER da cuenta de ello, poniendo de manifiesto que no es del todo cierto que en el proceso inglés el órgano jurisdiccional no asuma responsabilidad alguna en este ámbito. Así, en primer lugar, tiene la facultad de llamar a testigos cuya

⁶⁴ En último término, señala UBERTIS, lo realmente importante no es catalogar a un concreto sistema como acusatorio o inquisitivo, sino determinar si dicho sistema se ajusta a las exigencias del *proceso justo* tal y como éste viene recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. UBERTIS, G., “Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, núm. 1, p. 312.

declaración no ha sido solicitada a instancia de parte cuando lo considere necesario para garantizar que el acusado tenga un *juicio justo*. En segundo lugar, al impartir las instrucciones al jurado, tiene la obligación de hacer mención a toda línea defensiva que se haya puesto de manifiesto tras la práctica de la prueba, aunque la defensa no se haya referido expresamente a ella. Por último, en el momento de dictar sentencia, es habitual que el juez recabe de oficio informes periciales acerca de cuestiones tales como la salud física y mental del acusado (siendo incluso en algunos casos una obligación legal). De ello se desprende que también en el sistema anglosajón la búsqueda de la verdad es una finalidad importante del proceso de la que el juez no debe sustraerse y, para lo cual goza de determinadas facultades encaminadas a lograr dicho objetivo⁶⁵.

Volviendo a la caracterización de nuestro proceso penal, aunque el principio de investigación de oficio domine la fase de investigación y en el juicio oral el órgano jurisdiccional disponga de determinadas facultades probatorias (en absoluto desconocidas en otros sistemas, como se ha visto), resulta indudable que son las partes las que tienen que asumir el esfuerzo que supone dotar de credibilidad a sus respectivas alegaciones mediante la aportación de los medios de prueba que consideren más oportunos. Así mismo, el diferente protagonismo que ambos principios (investigación oficial y aportación de parte) tienen en cada una de las fases, es uno de los rasgos más importantes que convierten a nuestro proceso penal en un proceso acusatorio de carácter mixto o formal.

De acuerdo con ello, y si se tiene en cuenta que la distribución de la carga de la prueba descansa sobre la necesaria vigencia del principio de aportación de parte, nuevamente hay que reiterar la inexistencia de obstáculos –al menos, por lo que respecta a esta cuestión- para considerar que, una vez la acusación haya aportado

⁶⁵ SPENCER, J.R., “Evidence”, ob. cit., pp. 628-629. De hecho, la *Royal Commission on Criminal Justice* realizó una recomendación que así lo corrobora, si bien no fue asumida por el Parlamento: la necesidad de reafirmar la facultad judicial de escuchar a testigos cuya declaración sea relevante para el descubrimiento de la verdad, aunque no hayan sido llamados a declarar por las partes.



medios probatorios tendentes a demostrar la culpabilidad del acusado, éste asume la carga de aportar elementos de prueba que permitan poner de manifiesto la existencia de circunstancias de descargo. Sería cuanto menos arriesgado sostener que el acusado puede adoptar una actitud completamente pasiva en el juicio por la sola razón de que la presunción de inocencia le ampara trasladando la carga de la prueba de la culpabilidad sobre la acusación. Ciertamente, como se ha señalado, ésta es la principal garantía que en este ámbito constituye la presunción de inocencia, pero no impide que, una vez practicadas pruebas que arrojen un resultado netamente incriminatorio, el acusado se encuentre en situación de desventaja y, por tanto, tenga que incorporar nuevos datos probatorios a fin de contrarrestar la eficacia probatoria de los aportados por la acusación, o bien que tenga que tratar de mostrar la ausencia de credibilidad de las fuentes de prueba utilizadas por la acusación. Piénsese –aunque posteriormente se analizará con más detenimiento- que el carácter dialéctico que caracteriza al juicio oral, reforzado por la escasa utilización en la práctica de las facultades probatorias reconocidas al órgano jurisdiccional, propicia que a lo largo de esta fase el acusado se encuentre en diversas ocasiones en la necesidad de desvirtuar las pruebas practicadas por la acusación⁶⁶. No obstante, ello no supone en caso alguno una inversión de la carga de la prueba (es decir, la exigencia de que el acusado pruebe su inocencia sin que previamente se hayan aportado pruebas de cargo), sino simplemente, expresión del mencionado carácter dialéctico.

Pero, en la medida en que, como se ha visto, resulta ciertamente controvertido que subsista la carga de la prueba formal en el proceso penal como consecuencia de las facultades probatorias reconocidas al tribunal enjuiciador, es necesario analizar de manera autónoma en qué consisten exactamente estas facultades y cuál es su real incidencia sobre la carga de la prueba.

⁶⁶ En términos semejantes se manifestaba DÖHRING, quien señalaba que la carga de la prueba no pesa sobre el acusado, pero éste debe ponderar el estado de las pruebas a lo largo del juicio para



1.4. Facultades probatorias del órgano jurisdiccional y carga de la prueba formal.

Uno de los argumentos más empleados en nuestra doctrina para negar la existencia de una distribución de la carga de la prueba en el proceso penal es la posibilidad que asiste al órgano jurisdiccional de ordenar la práctica de todos los medios probatorios que considere necesarios para el esclarecimiento de los hechos⁶⁷, lo que, a su vez, ha sido interpretado por parte de la doctrina como una manifestación importante de la vigencia del principio de investigación también en la fase de juicio oral.

Dicha facultad viene claramente establecida en el artículo 729.2º LECrim, aunque el efecto que provoca en materia de carga de la prueba resulta cuanto menos discutible, y ello por dos razones: en primer lugar, por la interpretación restrictiva que nuestros tribunales realizan de esta facultad, lo que impide que a través de ella el órgano jurisdiccional pueda suplantar la ausencia absoluta de actividad de las partes y, en segundo lugar, por la posible convivencia pacífica de la actividad probatoria de oficio con la aportada a instancia de parte. No obstante, las facultades probatorias del juez penal han llevado a considerar que, si bien éstas no contravienen la carga de la prueba material (puesto que, desde este punto de vista, la carga de la prueba no incide sobre quién tiene que aportar la prueba, sino sobre quién tiene que soportar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de un

“actuar con sensatez en el proceso e influir en su resultado conforme a sus intereses”. DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos...*, ob. cit., p. 18.

⁶⁷ Así, por ejemplo, DÍAZ CABIALE, para quien el ejercicio de dicha facultad exonera a las partes de la carga de probar. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 453-454; del mismo autor, *La admisión y práctica de la prueba...*, ob. cit., pp. 35-36.



determinado hecho)⁶⁸, sí impiden que se pueda hablar de carga de la prueba formal⁶⁹.

1.4.1. El artículo 729.2º LECrim.

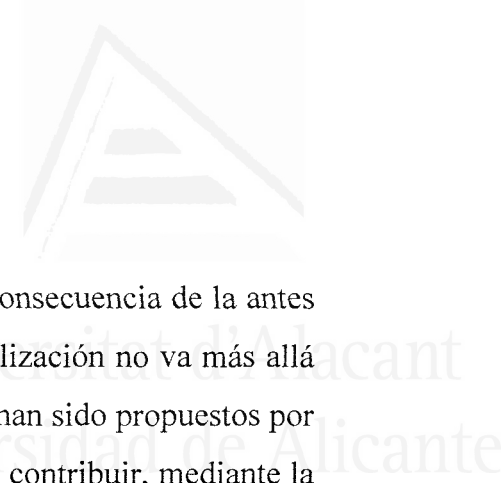
Aunque el juicio oral está presidido por el principio de aportación – consustancial al diseño acusatorio de esta fase–, la LECrim confiere, a través del art. 729, una serie de facultades al órgano jurisdiccional para que, sin modificar ni introducir hechos distintos a los alegados por las partes en los correspondientes escritos de calificación, pueda participar de forma activa en el esclarecimiento de los hechos⁷⁰. Tales facultades, al margen de las conferidas en relación con la dirección del debate contradictorio en el juicio oral, son fundamentalmente dos: en primer lugar, la posibilidad conferida al Presidente del tribunal de ordenar el careo entre testigos, entre procesados o entre éstos y aquéllos (art. 729.1º LECrim) y, en segundo lugar, la facultad de ordenar la práctica de medios de prueba no propuestos por las partes pero que a juicio del tribunal contribuyan a esclarecer alguno de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (art. 729.2º LECrim)⁷¹.

⁶⁸ La incidencia sobre la regla de juicio se manifiesta en que, cuando el juez hace uso de sus facultades probatorias, la regla de juicio sólo se aplicará si, a pesar de las nuevas pruebas practicadas, el juez sigue teniendo dudas, mientras que en un sistema regido exclusivamente por el principio de aportación, la regla de juicio entra en juego inmediatamente después de la actividad probatoria practicada a instancia de parte si ésta no arroja resultados concluyentes. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 306-307.

⁶⁹ Así lo entiende PICÓ I JUNOY, J., “Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal”, en *Justicia*, 1996, núm. 1, pp. 163-164; del mismo autor, *El derecho a la prueba...*, ob. cit., pp. 238 a 240.

⁷⁰ Acerca de la posibilidad de aplicar este precepto al resto de procedimientos penales, vid. *infra*, apartado 1.4.1.2.4. de este capítulo.

⁷¹ El apartado 3º del art. 729 LECrim no confiere facultad probatoria alguna al órgano jurisdiccional. Por el contrario, se limita a establecer la posibilidad de que las partes propongan medios de prueba en el desarrollo del juicio oral con la finalidad de corroborar o dotar de fiabilidad



La primera de las posibilidades puede considerarse consecuencia de la antes comentada facultad de dirección del juicio oral, pues su utilización no va más allá de una simple combinación de los medios de prueba que ya han sido propuestos por las partes pero que, a juicio del órgano jurisdiccional, puede contribuir, mediante la verdadera confrontación de las distintas versiones acerca de determinados hechos, a un mejor esclarecimiento de los mismos⁷². De este modo, la posibilidad de su utilización se enmarca en el más amplio campo de las facultades del órgano jurisdiccional de dirección del juicio oral y de todas las actuaciones que se llevan a cabo en esta fase⁷³.

a la declaración de un testigo. La única intervención del tribunal en este caso consiste en realizar el correspondiente juicio de pertinencia y utilidad del medio de prueba propuesto.

⁷² En la misma línea, el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de dirigir a los testigos propuestos por las partes las preguntas que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos (art. 708.2 LECrim). Una posibilidad semejante se establece en el art. 46.1 LOTJ: “Los jurados, por medio del Magistrado-Presidente y previa declaración de pertinencia, podrán dirigir, mediante escrito, a testigos, peritos y acusados las preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que verse la prueba”. Se presenta en este punto una diferencia importante respecto del proceso penal del *common law*, así como del nuevo proceso diseñado por el cpp italiano. En éstos, el juez asume –aunque sólo aparentemente– un rol pasivo, ya que son las partes las que interrogan al testigo. No obstante, en el proceso inglés se permite que el órgano jurisdiccional interroge al testigo en dos supuestos: en primer lugar, cuando en su declaración se haya mostrado ambiguo y, en segundo lugar, cuando el acusado no esté asistido por letrado y sea incapaz de interrogar por sí mismo al testigo, en cuyo caso el juez podrá dirigirle todas las preguntas que considere necesarias para su defensa, lo que, desde luego, plantea importantes problemas relativos a la pérdida de imparcialidad judicial. Vid., respecto del *common law*, SPENCER, J.R., “Evidence”, ob. cit., p. 629. En el proceso italiano, por su parte, aunque el interrogatorio de los testigos se realiza según el modelo anglosajón de la *cross examination*, se permite que el tribunal dirija las preguntas que considere necesarias una vez realizado el examen y el *contraexamen*. PEPINO, L., “Breve aproximación...”, ob. cit., p. 99.

⁷³ Facultades de dirección que se ponen también de manifiesto, por ejemplo, en los arts. 701, 714 y 726 LECrim. Respecto de las facultades de interrogatorio conferidas al órgano jurisdiccional al amparo del art. 708 LECrim, ASSALIT VIVES considera que vulneran la debida imparcialidad objetiva, pudiéndose, por tanto, recusar al juez que las ejercita e impugnar la sentencia si el resultado de las mismas ha contribuido a formar la convicción judicial. ASSALIT VIVES, J.M^a., “Interrogatorio por el tribunal penal en el juicio oral y búsqueda de la verdad”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, núm. 1, p. 88. En sentido contrario respecto de la naturaleza del careo se manifiesta MAZA MARTÍN, para quien, aunque se considere secundario o accesorio, no deja de ser un nuevo medio de prueba que el tribunal puede ordenar de oficio. MAZA MARTÍN, J.M., “Posibilidades y límites de la actuación de oficio de jueces y tribunales durante el plenario”, en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, p. 118.



Por el contrario, la facultad establecida en el art. 729.2º LECrim se presenta, a diferencia de las anteriores, ciertamente controvertida, dados los importantes interrogantes que plantea debido a la derogación del principio de aportación que su uso puede implicar.

En atención a las diferencias manifestadas, GISBERT GISBERT pone de relieve que la actuación probatoria del órgano jurisdiccional puede considerarse de dos tipos⁷⁴: en primer lugar, como *participación* en la prueba propuesta a instancia de parte (reconduciéndose a este grupo las actuaciones que tienen como finalidad la dirección de la práctica de la prueba) y, en segundo lugar, como *práctica* de la prueba en sentido estricto, considerando como tal únicamente el supuesto amparado por el art. 729.2º LECrim.

Pues bien, en relación con este último tipo de facultades probatorias, conviene poner de manifiesto que, a pesar de los problemas que suscita en el campo teórico, son ciertamente escasas las ocasiones en las que los tribunales hacen uso de ellas y, en consecuencia, resultan también aisladas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se han pronunciado en torno a su alcance⁷⁵. Sin embargo, es necesario proceder al estudio de la jurisprudencia acerca del art. 729.2º LECrim para determinar, en primer lugar, cuál debe ser su ámbito de aplicación y, en segundo lugar, cuáles son las condiciones necesarias que deben observarse en su utilización. Una vez realizado este estudio, y delimitado pues el

⁷⁴ GISBERT GISBERT, A., “La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1998, núm. 3, p. 606. Una distinción similar sostiene SAAVEDRA RUIZ, al señalar que las iniciativas reconocidas al tribunal o, en su caso, al Presidente, pueden ser, bien de dirección del juicio oral (o complementarias de la actividad probatoria de las partes), bien autónomas. La única facultad probatoria autónoma reconocida al órgano jurisdiccional es la contemplada en el art. 729.2º LECrim. SAAVEDRA RUIZ, J., “La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECrim”, en *Cuestiones de Derecho Procesal Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1994, pp. 27-28 y 30 y ss.

⁷⁵ GISBERT GISBERT, A., “El artículo 729.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reflexiones suscitadas por algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1998, núm. 1, p. 117.

estricto juego de las facultades probatorias del órgano jurisdiccional, será posible analizar su real incidencia sobre el principio de aportación de parte y, en último término, sobre la carga de la prueba. Hay que advertir, no obstante, que el Tribunal Supremo, adoptando una actitud vacilante, puede decirse que casuística, se ha planteado principalmente el problema de la compatibilidad de estas facultades con la imparcialidad judicial y con el principio acusatorio⁷⁶, de modo que no es fácil encontrar resoluciones en las que se ponga de manifiesto directamente su contradicción con la carga de la prueba.

1.4.1.1. Interpretación jurisprudencial del artículo 729.2º LECrim.

Las resoluciones judiciales que han analizado la controvertida cuestión de la legitimidad constitucional del art. 729.2º LECrim han puesto el acento en dos aspectos absolutamente relacionados entre sí: la compatibilidad de las facultades probatorias del órgano jurisdiccional con el principio acusatorio (que exige adoptar un sistema procesal de partes, donde, en consecuencia, éstas asuman el protagonismo en la práctica de la actividad probatoria) y la incidencia que tienen estas facultades sobre la imparcialidad judicial en su vertiente *objetiva*, tal y como ésta ha sido caracterizada por el TEDH⁷⁷.

⁷⁶ Problemática que se viene suscitando desde la aprobación de la LECrim y que generó desde dicho momento importantes críticas al art. 729.2º LECrim, pues precisamente se consideró que implicaba la derogación del principio acusatorio y hacía perder al juez su imparcialidad. Da cuenta de tales críticas AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios...*, ob. cit., p. 492.

⁷⁷ Como señala ASSALIT VIVES, el TEDH incide en la necesidad de que la actuación judicial inspire confianza en el justiciable como manifestación básica de la imparcialidad objetiva, de tal modo que toda duda razonable acerca de la posible parcialidad judicial debe resolverse a favor de quien la alega. ASSALIT VIVES, J.Mª., “Interrogatorio por el tribunal...”, ob. cit. pp. 80-81. Entre las resoluciones más recientes del TEDH en este sentido se encuentra la sentencia de 17 de junio de 2003 (asunto *Pescador Valero c. España*), en la que se recoge la doctrina ya consolidada del Tribunal en torno a la imparcialidad objetiva. Ésta, a juicio del TEDH, “consiste en preguntarse si, independientemente del comportamiento personal del juez, ciertos hechos comprobables permiten



En la jurisprudencia más reciente, destacan sobre todas dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas con fecha 1 de diciembre de 1993 que, resolviendo asuntos similares, arriban, paradójicamente, a soluciones claramente distintas⁷⁸.

En la primera de ellas (STS 2706/1993, de 1 de diciembre) se sostiene drásticamente la inconstitucionalidad de las facultades probatorias conferidas por el art. 729.2º LECrim, al entender que su uso infringe el principio acusatorio y la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional. De acuerdo con esta resolución, el ejercicio de tales facultades supone una extralimitación de las funciones juzgadoras del tribunal, que se posiciona de este modo a favor de una de las partes y abandona, por tanto, su natural posición imparcial: “Ya hubo sobre esta facultad del art. 729.2º -señala el Tribunal Supremo- encontradas opiniones de los comentaristas clásicos de la Ley de Enjuiciamiento, que deben inclinarse actualmente a favor de su inanidad por exigencia del acusatorio y del mayor rigor garantista que inspira el vigente Texto Constitucional. Se advierte en dicha facultad, sin gran esfuerzo argumentativo, contradicción con el principio acusatorio que gobierna el proceso penal porque su ejercicio convierte al Tribunal en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo; suple la omisión de las partes, subsanando, en este caso, la deficiencia del Ministerio Público en la proposición de la prueba, cuando el testigo había depuesto en el sumario y contaba con información sobre la importancia de su testimonio en el juicio oral; produce agravio para el acusado desde el momento en que su defensa se ve privada de la posibilidad

sospechar de la imparcialidad de éste. Incluso las apariencias son importantes en este caso. En ello estriba la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...). De ello se desprende que para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto concreto, de una razón legítima para temer que un juez carezca de imparcialidad, se tiene en cuenta el punto de vista del acusado pero no juega éste un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprensiones del interesado como objetivamente justificables” (§ 23). En el mismo sentido, vid. SSTEDH de 7 de agosto de 1996 (asunto *Ferrantelli y Santangelo c. Italia*, § 58), 28 de octubre de 1997 (asunto *Castillo Algar c. España*, § 45) y 25 de julio de 2002 (asunto *Perote Pellón c. España*, § 45).

⁷⁸ Ambas resoluciones han sido extensamente analizadas por SAAVEDRA RUIZ, J., “La iniciativa del Tribunal...”, ob. cit., pp. 35 y ss y GISBERT GISBERT, A., “la iniciativa probatoria...”, ob. cit., pp. 612 y ss.

de aportar nuevos elementos probatorios que desvirtúen sus efectos; y, pierde, finalmente, el Tribunal su imparcialidad objetiva porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal en un supuesto, como el presente, de prueba inculpatoria” (FJ único). Todo ello implica –a juicio del Tribunal Supremo– que la prueba practicada sin previa iniciativa de parte vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y, por tanto, se convierte en una prueba de valoración prohibida⁷⁹.

La segunda de las resoluciones referidas (STS 2709/1993, de 1 de diciembre) adopta, por el contrario, una posición claramente más moderada. En ella se establece una distinción que parece tener como finalidad salvar la constitucionalidad del art. 729.2º LECrim puesta en duda, delimitando el concreto ámbito en el que pueden practicarse las diligencias probatorias a las que se refiere tal precepto. Señala el Tribunal Supremo que la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional debe circunscribirse a comprobar la fiabilidad o credibilidad de los medios de prueba practicados a instancia de parte, y ello en orden a ejercitar correctamente las facultades de valoración probatoria conferidas por el art. 741 LECrim. Dichas facultades no pueden tener como finalidad, pues, y a pesar del tenor literal del precepto, la acreditación de la existencia de hechos que no hayan sido previamente objeto de actividad probatoria de parte.

La contradicción que aparentemente se desprende del examen conjunto de ambas resoluciones trata de ser solventada por la STS 904/1995, de 23 de septiembre, de marcado sentido integrador. En su fundamento jurídico 1º, el Tribunal Supremo alude al carácter complementario de las referidas sentencias, subrayando que si esta facultad se entiende como una posibilidad del órgano jurisdiccional de ordenar la práctica de nuevas pruebas, hay que concluir que la prueba así obtenida es de valoración prohibida en virtud de lo dispuesto por el

⁷⁹ Vid. PICÓ I JUNOY, J., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 23 de septiembre de 1995”, en *Revista General del Derecho*, núm. 656, mayo 1999, p. 6010.



artículo 11 LOPJ. Por ello, sostiene que la única manera de entender legítimo el artículo 729.2º LECrim es apelando a su finalidad, ligada exclusivamente a la necesidad de verificar otras pruebas aportadas por las partes, esto es, comprobar la fiabilidad de las mismas, pues sólo así es posible preservar la imparcialidad judicial. De este modo, entiende el Tribunal Supremo, el resultado de la actividad probatoria practicada de oficio no tiene un sentido incriminatorio o, por el contrario, de descargo, sino que resulta ser *neutral*⁸⁰.

Esta teoría, que viene a caracterizar a la actividad probatoria practicada a instancia del art. 729.2º LECrim como “prueba sobre la prueba”⁸¹, se asienta en lo que la ya comentada STS 2709/1993, de 1 de diciembre resaltó como una diferencia de esencial importancia en este terreno. En dicha resolución, el Tribunal Supremo estableció la distinción entre *carga de la prueba* en sentido estricto, consistente en la existencia de un interés de la parte en la producción de prueba para evitar una resolución desfavorable y el llamado *impulso probatorio* que, a juicio del Tribunal Supremo, no atiende a un interés predeterminado dirigido a acreditar la existencia de un concreto hecho, sino que consiste simplemente en la producción de medios probatorios para contrastar la fiabilidad de otros medios de prueba⁸². Entiende el Tribunal Supremo que si se parte de esta distinción, las facultades probatorias del

⁸⁰ RODRÍGUEZ SOL se manifiesta a favor de esta tesis jurisprudencial y, por tanto, considera que sólo son admisibles las diligencias probatorias ordenadas al amparo del art. 729.2º LECrim cuando tienen por finalidad la verificación del resultado de otros medios de prueba ya practicados a instancia de parte. RODRÍGUEZ SOL, L., “La imparcialidad objetiva de los tribunales antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar vs. España)”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, 2000, núm. 7, pp. 106-107. Curiosamente, el Tribunal Supremo ha sostenido en alguna ocasión que sólo cuando la prueba arroja un resultado incriminatorio vulnera la imparcialidad objetiva, como es el caso de la STS 755/1999, de 11 de mayo (FJ 13º).

⁸¹ Denominación asumida también en la reciente STS 1100/2002, de 13 de junio (FJ 1º).

⁸² GISBERT GISBERT considera que se trata de una distinción “rebuscada, artificiosa y, desde luego, de difícil aplicación práctica”. GISBERT GISBERT, A., “La iniciativa probatoria...”, ob. cit., p. 623.

órgano jurisdiccional son perfectamente compatibles con la carga de la prueba que pesa sobre la acusación⁸³.

Por lo que respecta a la doctrina del Tribunal Constitucional, la primera resolución en la que se aborda directamente esta problemática es la STC 188/2000, de 10 de julio⁸⁴. En ella, aún reconociendo que un uso indebido del art. 729.2º puede quebrantar las exigencias constitucionales de imparcialidad –lo que sucede cuando el órgano jurisdiccional realiza de este modo una labor inquisitiva encubierta, por lo que es necesario examinar las circunstancias concurrentes en cada caso- señala el Tribunal Constitucional que el juez o tribunal puede ordenar la práctica de medios de prueba, no sólo conducentes a comprobar la fiabilidad de otros elementos probatorios, sino también la existencia de hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (FJ 2º)⁸⁵. El Tribunal Constitucional justifica esta decisión en los siguientes términos: “cuando –como aquí es el caso- se adopta una iniciativa probatoria «ex officio iudicis», no de forma inopinada o sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta

⁸³ STS 1100/2002, de 13 de junio (FJ 1º). Entre las más recientes, vid. las SSTS 755/1999, de 11 de mayo (FJ 13º) y 1482/2002, de 17 de septiembre (FJ 2º). Sin embargo, la STS 1084/1998, de 29 de septiembre, parece ir algo más allá. Aunque aborda el alcance de estas diligencias de forma secundaria, parece desprenderse de esta resolución que el art. 729.2º LECrim faculta al tribunal a practicar cualquier medio de prueba que considere necesario para la comprobación de los hechos (no ya únicamente para constatar la fiabilidad de los medios de prueba propuestos a instancia de las partes): “sí bien el citado artículo 729.2º de la LECrim confiere al Tribunal la excepcional facultad de acordar la práctica de la prueba no propuesta por las partes, es de lógica que la prueba en cuestión tenga por objeto la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación pues, de no ser así, se estaría aportando una acreditación ajena al marco fáctico previamente delimitado alterando así los términos de hecho sobre los que se desarrolla el debate jurisdiccional” (FJ único). Parece asumir, pues, la posibilidad de que se ordene cualquier medio probatorio con la finalidad de esclarecer los hechos controvertidos, sin necesidad alguna de que hayan de tener como objetivo el de contrastar la fiabilidad de las pruebas propuestas a instancia de parte.

⁸⁴ Concretamente, el Tribunal Constitucional examina la legitimidad de una prueba testifical ordenada al amparo del art. 729.2º LECrim por la que fue llamado a declarar un testigo reiteradamente aludido en el juicio oral pero que había permanecido hasta ese momento al margen del proceso.

⁸⁵ Y ello aunque el propio Tribunal Constitucional califica a la actuación del tribunal como *impulso probatorio*, con las implicaciones que el Tribunal Supremo ha pretendido dotar a esta expresión.



asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar el grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida” (FJ 3º)⁸⁶.

La flexibilidad mostrada por el Tribunal Constitucional le lleva, incluso, a admitir que el art. 729.2º LECrim es una vía a través de la cual es posible ordenar la práctica de medios de prueba propuestos extemporáneamente por las partes⁸⁷.

1.4.1.2. Actividad probatoria de oficio e imparcialidad judicial.

A la vista de la jurisprudencia analizada, la respuesta a las dos cuestiones planteadas al inicio (vulneración de la imparcialidad objetiva del juzgador y del principio acusatorio) debe ser negativa, fundamentalmente si se atiende a los

⁸⁶ Especialmente clara en este mismo sentido resulta la STC 130/2002, de 3 de junio: “El impulso probatorio llevado a cabo por el juez penal a instancias del Fiscal no ha supuesto la quiebra de su neutralidad, ya que desconocía el sentido de las eventuales declaraciones (...) y del hecho de que la petición saliese de la acusación no debe extraerse sin más esa quiebra judicial (pues también la acusación como parte en el proceso está asistida por el derecho a proponer y a que se practiquen las pruebas pertinentes a su acusación). Ningún dato objetivo se desprende de la actuación judicial, más allá de la peculiar admisión a trámite de las controvertidas testificales, que permita afirmar que con este impulso probatorio se encubrió una actividad inquisitoria constitucionalmente prohibida, coadyuvando con el Fiscal en la formulación de la acusación contra el recurrente en amparo y perdiéndose así su imparcialidad objetiva. Hemos dicho que este impedimento de emprender una actividad inquisitiva encubierta, no significa que el Juez tenga constitucionalmente vetada toda actividad procesal de impulso probatorio (incluso de oficio, conforme a lo dispuesto en el art. 729.2 LECrim), por ejemplo (...) respecto de los hechos objeto de acusación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes” (FJ 8º).

⁸⁷ STC 109/2002, de 6 de mayo (FJ 5º).



pronunciamientos del Tribunal Constitucional que es, al fin y al cabo, quien tiene la última palabra en materia de constitucionalidad de las normas.

Por lo que respecta a la incidencia de estas facultades sobre la imparcialidad, hay que poner de manifiesto que en nuestro proceso penal no se entiende el concepto de imparcialidad como absoluta pasividad judicial. Por el contrario, necesariamente se admite la posibilidad de que el juez o tribunal participe activamente en la actividad probatoria, dado que se conserva como uno de los fines del proceso la búsqueda de la verdad⁸⁸, a la que el juez debe tender con su actuación, y ello sin abandonar su posición equidistante, ya que resulta imprevisible el resultado de las diligencias probatorias que lleve a cabo⁸⁹. Se trata, en definitiva, de tomar en consideración el tradicional concepto de imparcialidad como equidistancia del juez o tribunal respecto de las partes, sin que por la práctica de actividad probatoria pueda decirse que se produce un supuesto de parcialidad⁹⁰. Antes al contrario, si el órgano jurisdiccional actúa de forma parcial, posiblemente utilice estas facultades con una finalidad ilegítima, puesto que, como escribe CAVALLONE, siempre que se le confiere al órgano jurisdiccional una potestad discrecional se corre el riesgo de que la utilice a favor de una de las partes y en perjuicio de la otra⁹¹, pero –necesario es incidir en ello– su utilización desviada sólo se producirá cuando previamente exista parcialidad; sin embargo, no sucede a la

⁸⁸ GIMENO SENDRA, V., *Introducción...*, ob. cit., p. 276.

⁸⁹ Ambas cuestiones (búsqueda de la verdad e imposibilidad de conocer el resultado del medio de prueba introducido de oficio) son puestas de manifiesto por PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, ob. cit., p. 242. Del mismo autor, “Comentario a la sentencia...”, ob. cit., p. 6010 y “El juez penal y su iniciativa probatoria: reconsideración de una errónea doctrina jurisprudencial”, en *La Ley*, núm. 4898, 5 de octubre de 1999, p. 2.

⁹⁰ Téngase en cuenta que la actividad probatoria del tribunal es uno de los mecanismos a través de los cuales se favorece el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, de modo que no por ello su utilización comporta una quiebra del modelo de juez imparcial, que es descrito por AGUILÓ REGLA como aquél que “no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber”. AGUILÓ REGLA, J., “De nuevo sobre «independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica»”, en *Jueces para la Democracia*, núm.46, marzo 2003, p. 54.

⁹¹ CAVALLONE, B., “Sulle prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 257.

inversa, esto es, el ejercicio de estas facultades probatorias no genera por sí mismo una pérdida de imparcialidad⁹². PICÓ I JUNOY ofrece, además, cuatro argumentos de los que se desprende que la práctica de prueba de oficio no implica una quiebra de la imparcialidad objetiva⁹³: a) Es contradictorio tratar de evitar, por un lado, que el órgano jurisdiccional pueda ordenar pruebas de oficio y, por otro lado, otorgarle una amplia intervención en la práctica de los medios de prueba practicados a instancia de parte; b) existe otra importante contradicción entre negar la intervención judicial en el orden penal y, al mismo tiempo, reivindicar los poderes *ex officio* en otros órdenes jurisdiccionales, puesto que el peligro de parcialidad puede presentarse en cualquiera de ellos; c) en los países de nuestro entorno donde recientemente se han llevado a cabo reformas procesales se reconocen facultades análogas a las conferidas por la LECrim, sin que por ello se afirme que exista una pérdida de imparcialidad y d) ante la objeción de que el órgano jurisdiccional tiende a otorgar mayor valor a las diligencias probatorias practicadas de oficio, cabe responder que tal desviación puede conjurarse mediante la interposición de los correspondientes recursos frente a la sentencia basados en error en la valoración de la prueba⁹⁴.

⁹² DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 415. Por ello, señala DÍAZ CABIALE que en caso de que exista parcialidad, ésta es siempre anterior a la práctica de la prueba, en cuyo caso es necesario proceder a la recusación del órgano jurisdiccional. Incluso, puede decirse que la actitud parcial del órgano jurisdiccional puede llevarle a tomar en consideración la prueba practicada de oficio sólo en el caso en el que arroje un determinado resultado, pero esto no pasa de ser una muestra más de que la existencia de la causa de parcialidad es anterior a la práctica de la prueba, y debe combatirse, bien mediante el planteamiento de la recusación, bien mediante la interposición de los recursos legalmente establecidos frente a la resolución por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

⁹³ PICÓ I JUNOY, J., “El juez penal y su iniciativa...”, ob. cit., p. 2.

⁹⁴ En sentido contrario se manifiesta ASSALIT VIVES, para quien, incluso cuando se trate de diligencias de prueba cuyo resultado sea imprevisible, se vulnera la debida imparcialidad, ya que,

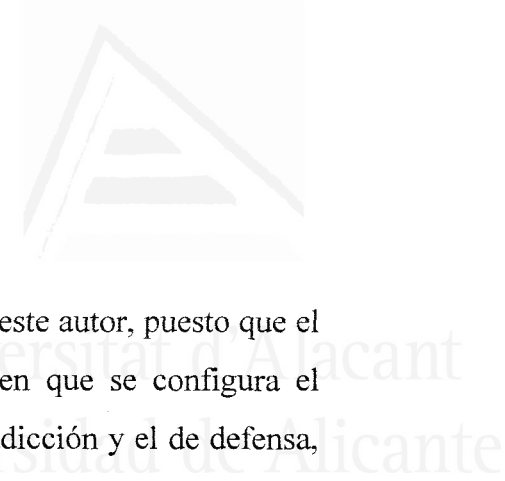


1.4.1.3. Actividad probatoria de oficio y principio acusatorio.

En cuanto a su compatibilidad con el proceso acusatorio, hay que partir de la idea de que nuestro proceso penal es un ejemplo del proceso acusatorio mixto o formal. Por supuesto, en el terreno de los modelos, la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional se muestra plenamente en contradicción con los postulados que caracterizan a un proceso adversarial, es decir, un proceso exclusivamente de partes, en el que el órgano jurisdiccional tiene como única misión garantizar que los contendientes observen las reglas del juego, así como resolver la contienda a través de una resolución de fondo⁹⁵. Pero bien es sabido que es difícil encontrar un sistema procesal que encaje plenamente en alguno de los modelos diseñados (ni siquiera el sistema procesal anglosajón es puramente acusatorio), de modo que como regla general el proceso penal se muestra con algunas pinceladas del modelo inquisitivo, como sucede con el nuestro. Ciertamente, y dejando de lado ahora la fase de investigación (que, como se ha visto, goza plenamente de dicho carácter y, por tanto, rige en ella el principio de oficialidad), la fase de juicio oral, aún encontrándose determinada por el principio de aportación de parte, tiene atribuida la función de búsqueda de la verdad, por lo que se permite que el órgano jurisdiccional, excepcionalmente y sólo cuando sea necesario, coadyuve con las partes para la consecución de dicho objetivo y lograr así la formación del convencimiento necesario para resolver el asunto. Hay que tener en cuenta que nuestra CE no se decanta por un sistema acusatorio puro, pues si así fuera, la intervención judicial en la práctica de la prueba resultaría, a juicio de DÍAZ

en realidad, el juez que procede a ordenarlas está llevando a cabo una labor instructora que le está prohibida. ASSALIT VIVES, J.M^a., “Interrogatorio por el tribunal...”, ob. cit., p. 87.

⁹⁵ DÍAZ CABIALE enuncia así los rasgos definitorios del sistema acusatorio, que se centran fundamentalmente en la distribución de roles entre las partes y el órgano jurisdiccional. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 215. Sin embargo, como señala PICÓ I JUNOY, el principio acusatorio no exige que el juez permanezca inactivo en la fase probatoria. PICÓ I JUNOY, J., “El juez penal y su iniciativa...”, ob. cit., p. 2.



CABIALE, claramente ilegítima. Por el contrario, entiende este autor, puesto que el texto constitucional no se refiere directamente al modo en que se configura el proceso penal, y consagra derechos tales como el de contradicción y el de defensa, nuestro sistema procesal penal –por lo que se refiere a la actividad probatoria de oficio- puede entenderse perfectamente compatible con ellos⁹⁶.

Resulta claro, pues, que no puede predicarse de nuestro proceso penal la ausencia de toda intervención judicial en la consecución de los objetivos que aquél persigue, por lo que es necesario tratar de conjugar el carácter acusatorio de esta fase con la tendencia a la búsqueda de la verdad⁹⁷. Ello sólo es posible dejando en manos de las partes el mayor peso en lo que se refiere a la introducción de hechos y pruebas, pero sin llevar este postulado hasta sus últimas consecuencias, pues ello conduciría a una visión absolutamente privatista de la justicia penal. En este contexto, resulta posible entender que el órgano jurisdiccional tenga una intervención limitada a la búsqueda de la verdad, siempre que con ello no adopte la posición de parte, pues de lo contrario se pondría claramente en peligro la garantía del acusatorio. No sólo es necesario que no adopte la posición de parte acusadora (pues el núcleo de este principio radica en la inexcusable separación de las funciones de acusar y juzgar⁹⁸), sino que tampoco debe estarle permitido que asuma la condición de parte acusada, esto es, que con su actividad tenga como finalidad

⁹⁶ Ciertamente, la única exigencia constitucional que se deriva de tales derechos es la necesidad de que las partes tengan la posibilidad de intervenir en el proceso, lo que puede garantizarse otorgándoles la debida contradicción frente a la prueba practicada por el órgano jurisdiccional. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 229-230.

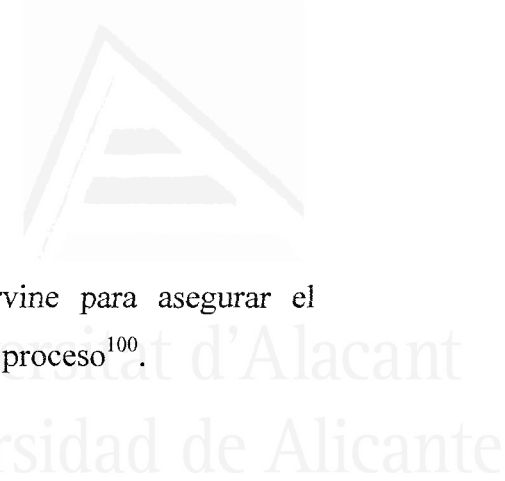
⁹⁷ DÍAZ CABIALE se plantea esta cuestión en los siguientes términos: si el principio de aportación de parte es un principio de naturaleza técnica, y su vigencia en el proceso civil no viene impuesta con carácter necesario por el principio dispositivo, no parece que la pasividad del órgano jurisdiccional sea una consecuencia necesaria del principio acusatorio en el proceso penal. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 200 y ss.

⁹⁸ Como señala ARMENTA DEU, el contenido esencial del principio acusatorio radica en la necesaria existencia previa de acción penal y en la imparcialidad del órgano jurisdiccional, mientras que el derecho a ser informado de la acusación y la prohibición de indefensión, aún siendo corolario del proceso penal acusatorio, encuentran su fundamento en el principio de contradicción. ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio...*, ob. cit., p. 26.

coadyuvar al éxito de la defensa. No ya en virtud del principio acusatorio, sino como consecuencia de la exigencia de imparcialidad, pues se trata ésta de una garantía que asiste a todos los intervinientes en el proceso, con independencia de la parte que ocupen. No obstante, la jurisprudencia no parece prestar tanta atención a la imparcialidad entendida como equidistancia respecto de ambas partes como al principio acusatorio, manifestando incluso en determinados pronunciamientos que las facultades probatorias del órgano jurisdiccional resultarían ilegítimas cuando recaen sobre hechos desfavorables al acusado. Se entiende, entonces, que si la actividad probatoria tiene como finalidad el esclarecimiento de circunstancias de descargo no pone en peligro la imparcialidad judicial. Sin embargo, correctamente entendida esta cuestión, hay que concluir que si bien en éste último caso no se produciría una quiebra del principio acusatorio, sí estaría vulnerándose la imparcialidad en perjuicio de la acusación, puesto que el órgano jurisdiccional, cuando ordena la práctica de una determinada diligencia probatoria debe hacerlo sin la voluntad dirigida a beneficiar a una de las partes, sino exclusivamente con la intención de solventar una situación de incerteza⁹⁹.

Hay que concluir, pues, siguiendo a ARMENTA DEU, que no toda intervención del órgano jurisdiccional supone una quiebra del principio acusatorio, ya que es necesario distinguir los supuestos en los que su actuación incide sobre el

⁹⁹ Téngase en cuenta que no forma parte del contenido de la función jurisdiccional el ayudar a la parte más débil para conseguir una igualdad material entre los contendientes. Vid. PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, ob. cit., pp. 242-243. Podría objetarse –como así hacen BOUZAT y CANTARO– que, si la duda judicial favorece en todo caso al acusado, cualquier intento del órgano jurisdiccional de esclarecer los hechos mediante la práctica de pruebas ordenadas de oficio, implica necesariamente una ventaja para los intereses de la acusación. BOUZAT, A. y CANTARO, A.S., “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”, en *Discusiones*, núm. III, 2003, p. 84. No obstante, es necesario partir de la base de que el resultado probatorio –a favor o no del acusado– no puede preverse antes de la práctica de la prueba, por lo que la actuación judicial no está *motivada* –o, al menos, no debe estarlo– por la intención de favorecer a una u otra parte. Así mismo, habría que rechazar también cualquier intento de favorecer al acusado, pues en ese caso sí se produciría –del mismo modo que en el caso inverso– un menoscabo de la debida imparcialidad.



objeto del proceso de aquellos otros en los que intervine para asegurar el cumplimiento del interés público que se pone en juego en el proceso¹⁰⁰.

1.4.1.4. La actividad probatoria de oficio como excepción justificada al principio de aportación de parte.

Otra de las circunstancias que hay que tener en cuenta es que el principio de aportación de parte puede sufrir ciertas derogaciones sin que por ello resulte alterado su preponderante efecto en el juicio oral. Afirmar, nos dice CAVALLONE, que al amparo de dicho principio el juez no puede tener ninguna facultad probatoria es una generalización demasiado apresurada que debe ser matizada en atención a la regulación de cada actuación probatoria para determinar qué poderes probatorios puede ejercitar el órgano jurisdiccional¹⁰¹.

Si se atiende a una de las finalidades primordiales del proceso penal, como es el descubrimiento de la verdad como mecanismo para condenar al culpable y absolver al inocente, se comprende fácilmente que, en ocasiones, la persecución de dicha finalidad puede exigir que la actividad probatoria realizada a instancia de parte sea completada por la práctica de ciertos medios de prueba ordenados de oficio, a fin de impedir que determinados hechos relevantes para la decisión –de cargo o de descargo- puedan quedar inciertos. No obstante, como se ha visto, el reconocimiento de facultades judiciales de este calado ha llevado a considerar en alguna ocasión que se produce un quebrantamiento de la imparcialidad judicial –

¹⁰⁰ ARMENTA DEU, T., “Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 2, pp. 270-271.

¹⁰¹ CAVALLONE, B., “Sulle prove”, ob. cit., p. 258.



pudiendo considerar que el órgano jurisdiccional se convierte en *tribunal acusador*, así como un debilitamiento del principio contradictorio¹⁰².

Sin embargo, facultades similares se otorgan al juez civil (si bien con la nueva LEC de 2000 las facultades del órgano jurisdiccional en este sentido han sido ciertamente recortadas respecto de las que le confería la LEC de 1881) sin que por ello se haya de poner en entredicho su imparcialidad. Así, el art. 435.2 LEC establece la posibilidad –con carácter extraordinario– de que el órgano jurisdiccional pueda ordenar de oficio la práctica de diligencias probatorias no propuestas por las partes cuando versen sobre hechos debidamente alegados por ellas y, por causas independientes de su voluntad y diligencia, los medios de prueba previamente practicados no hubieran resultado conducentes, siempre que el órgano jurisdiccional considere que, de este modo, adquirirá la certeza necesaria para resolver sobre tales hechos. Esto se convierte en un importante filtro, a pesar de su aplicación excepcional, frente a resoluciones judiciales dictadas en aplicación del expediente formal de decisión de la carga de la prueba.

Si se realiza un análisis comparativo de las facultades del juez penal y civil se aprecia que, aun siendo distinto el momento procesal oportuno para ordenar la práctica de estas diligencias de prueba (una vez practicada la prueba a instancia de parte, pero en el seno del juicio oral, en el caso del proceso penal, y una vez finalizada la fase de juicio en el proceso civil), la filosofía que se encuentra detrás de ambas es la misma: lograr, en la medida de lo posible, que el órgano jurisdiccional disponga de suficientes elementos de juicio para resolver y, con ello, evitar que la sentencia tenga que dictarse sobre la única base de una regla jurídica que, lejos de tomar como referencia la realidad de los hechos acaecidos, goza de un carácter meramente formal. Junto con ello, hay que tener en cuenta que en ambos casos su actividad está supeditada a la que previamente hayan realizado las partes, de modo que no puede tratar de suplir la negligencia o pasividad de éstas en la fase

¹⁰² Así lo manifiesta VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma...*, ob. cit., pp. 110 y 134-135.

probatoria. Todo ello, ha llevado a considerar a algunos autores que resulta ciertamente contradictorio proclamar, por un lado, la necesaria intervención del juez civil en la práctica de la prueba –amparada en la conveniente socialización del proceso- y, por otro lado, diseñar la figura de un órgano jurisdiccional penal absolutamente inactivo al amparo del mantenimiento de su debida imparcialidad¹⁰³. Como escribe PICÓ I JUNOY, aludir a la imparcialidad como fundamento de la inactividad judicial en el orden penal al mismo tiempo que se propugna su necesaria intervención en otros órdenes conlleva la admisión de la posible parcialidad de los órganos jurisdiccionales pertenecientes a estos otros órdenes¹⁰⁴. Ello puede provocar, a su vez, una situación paradójica advertida por TARUFFO: parece que el proceso civil se halla orientado a la búsqueda de la verdad, mientras que el proceso penal se muestra como un proceso orientado únicamente a garantizar la defensa del acusado y a constatar si las pruebas de cargo son o no suficientes para superar la presunción de inocencia¹⁰⁵.

Un problema similar al aquí planteado respecto de la legitimidad y compatibilidad del art. 729.2º LECrim con el instituto de la carga de la prueba se produce en el ordenamiento procesal penal italiano que, en el art. 507 cpp, ofrece la posibilidad al órgano jurisdiccional de practicar todos los medios de prueba que considere pertinentes y necesarios a fin de conseguir el esclarecimiento de los hechos¹⁰⁶. Aunque se ha querido ver diferencias sustanciales entre el art. 507 cpp

¹⁰³ Así lo ha puesto de manifiesto MONTERO AROCA, J., “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, en *La Ley*, 1994-1, pp. 982-983.

¹⁰⁴ PICÓ I JUNOY, J., “Nuevas reflexiones sobre la regla «quien instruye no puede juzgar»”, en *Justicia*, 1999, núm. III-IV, p. 548. En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ CABIALE, J. A., *Los principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 199.

¹⁰⁵ TARUFFO, M., “Algunos comentarios...”, ob. cit., p. 101.

¹⁰⁶ Facultad que se ha visto ampliada con la reforma operada por la Ley 479/1999, de 16 de diciembre, que introduce el art. 507.1 bis, por el que el órgano jurisdiccional puede ordenar prueba de oficio en las mismas condiciones señaladas por el art. 507.1 respecto de las actuaciones que consten en el *fascicolo per il dibattimento* y que, proviniendo del *fascicolo del Pubblico Ministero* o de la actuación investigadora de la defensa, han sido incorporados a aquél a solicitud de alguna de las partes.

italiano y el art. 729.2º LECrim¹⁰⁷, lo cierto es que ambos preceptos otorgan similares facultades probatorias al órgano jurisdiccional e, incluso, han generado idénticos problemas interpretativos. Así, por ejemplo, la doctrina italiana se ha preguntado acerca de dos cuestiones que entre nuestros juristas resultan familiares: en primer lugar, sobre la posibilidad de hacer uso de estas facultades para practicar pruebas propuestas intempestivamente por las partes y, en segundo lugar, sobre si su ejercicio se encuentra o no subordinado a la previa actividad probatoria de parte¹⁰⁸.

Si se parte, pues, de la idea de que se trata de institutos semejantes, es interesante poner de manifiesto la opinión de FERRUA en torno a la posible incompatibilidad entre la carga de la prueba y la prueba de oficio ordenada al amparo del art. 507 cpp. Este autor llega a la conclusión de que el artículo 27.2 de la Constitución italiana no realiza una distribución de la carga de la prueba entre las partes, sino que se limita a establecer una regla de juicio para los supuestos de insuficiencia de prueba. Por ello, que el órgano jurisdiccional tenga facultades probatorias junto con la posibilidad de que la prueba sea solicitada a instancia de parte, no contraviene los dictados del artículo 27.2¹⁰⁹. Por el contrario, este precepto constitucional no impide que el órgano jurisdiccional pueda practicar pruebas de oficio, sino que –con independencia de quién haya aportado la prueba o a quién le hubiera correspondido aportarla– establece la necesidad de absolver al acusado si no resulta convencido de su culpabilidad. Si por carga de la prueba se entiende, continúa este autor, la necesidad de tomar en consideración únicamente los medios de prueba aportados al proceso por la parte interesada, no sólo el art.

¹⁰⁷ Por ejemplo, DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 331.

¹⁰⁸ FERRUA, P., “I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni Unite e dogmatismo della Corte Costituzionale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, p. 1066.

¹⁰⁹ FERRUA, P., “I poteri probatori...”, ob. cit., p. 1071.



507 cpp, sino muchos otros preceptos del cpp contravienen dicha concepción¹¹⁰, ya que se reconocen otras muchas facultades probatorias al juez penal, de modo que ésta sólo sería respetada en un sistema en el que las partes tuviesen el poder monopolístico de introducir pruebas¹¹¹.

Sin embargo, la tesis de FERRUA bien puede ser objeto de algunas consideraciones de indudable importancia también en nuestro sistema. Ciertamente, aunque el art. 27.2 de la Constitución Italiana tiene como finalidad esencial establecer la regla de juicio aplicable en el proceso penal, no es menos cierto que en el sistema italiano, al igual de lo que acontece en el proceso penal español, rige, prácticamente sin excepción –salvo la relativa a la excepcional posibilidad de ordenar pruebas de oficio *ex art. 507 cpp*- el principio de aportación de parte. Su vigencia predominante sobre el principio de investigación es la que determina que, como regla general, la convicción se forme principalmente sobre las pruebas aportadas por las partes (no ya por la interesada, pues el principio de adquisición procesal impide hacer este tipo de distinciones una vez que la prueba ha sido practicada), siendo residual la facultad probatoria del órgano jurisdiccional¹¹². Por supuesto, afirmar que el principio de aportación de parte reina absolutamente en la fase de juicio oral sería desconocer la propia dinámica procesal y la finalidad de

¹¹⁰ Ciertamente, a pesar de la regla general prevista en el art. 190 cpp, según la cual son las partes las que tienen la iniciativa probatoria, diversos preceptos del código procesal italiano otorgan facultades probatorias al órgano jurisdiccional, ya sea de iniciativa, ya sea de participación en la práctica de la prueba propuesta a instancia de parte, como por ejemplo, los arts. 195, 196, 210, 224 o 237 cpp. La diferencia entre ellos radica, pues, en que mientras las facultades probatorias previstas en estos preceptos puede hacerse efectiva en el transcurso del juicio oral, la práctica de pruebas *ex art. 507 cpp* únicamente puede realizarse cuando ha finalizado la práctica de la prueba propuesta a instancia de las partes.

¹¹¹ FERRUA, P., “I poteri probatori...”, *ob. cit.*, p. 1072. Para GIANNITTI, tales prerrogativas constituye importantes derogaciones al proceso de partes que el legislador de 1988 dijo querer instaurar. GIANNITTI, F., “Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, p. 80.

¹¹² Art. 190.1 cpp.

esclarecimiento de los hechos que esta fase tiene encomendada¹¹³. Pero la existencia de excepciones como las previstas en los arts. 507 cpp o, sin ir más lejos, en el art. 729.2º LECrim, no hace sino tratar de garantizar dicha finalidad sin eclipsar siquiera el enorme protagonismo que, sin duda, adquieren las partes respecto de la introducción del material probatorio, aunque, en el caso del proceso italiano, con pretensiones de erigirse en un proceso acusatorio puro, tales facultades resultan cuanto menos extrañas a sus postulados¹¹⁴.

Tampoco es cuestionable la iniciativa probatoria judicial desde el punto de vista del derecho a la prueba de las partes, ya que este derecho fundamental no es ilimitado ni siquiera en un sistema acusatorio puro. En todo caso, se trata del derecho a utilizar los medios de prueba que sean pertinentes, tal y como está configurado en nuestro ordenamiento, de modo que no resulta obstaculizado por el hecho de que el órgano jurisdiccional ordene la práctica de pruebas, ya que si no fuera así, el campo de aplicación de este derecho no se ampliaría¹¹⁵. Junto con ello, hay que tener en cuenta, como señala PICÓ I JUNOY, que el derecho a la prueba no implica que las partes tengan el monopolio de la iniciativa probatoria, sino que su actividad es perfectamente compatible con la desarrollada por el órgano jurisdiccional. Sólo supondría una limitación ilegítima de tal derecho la

¹¹³ Como ya se ha señalado, la finalidad del juez no puede consistir en beneficiar a una de las partes, aunque de hecho, a la vista de la prueba practicada de oficio, una de las partes resulte favorecida. Por el contrario, dicha facultad es un mecanismo previsto para facilitar el deber judicial de resolver, evitando el *non liquet*. Así lo expresa, en referencia al art. 507 cpp italiano, TREVISSON LUPACCHINI, T., “Sul potere del giudice di «disporre anche di ufficio» l’assunzione di nuovi mezzi di prova”, en *Giurisprudenza italiana*, 1992-II, p. 585.

¹¹⁴ Ciertamente, una de las críticas que se dirigen al art. 507 cpp es la de constituir una norma cuya aplicación es incompatible con el art. 530.2 cpp, según el cual la duda sobre cualquier circunstancia favorable al acusado debe ser resuelta a su favor. Afirma SAMMARCO en este sentido que, en este marco normativo, cualquier actuación probatoria de oficio realizada para completar la actividad de las partes no puede tener otra finalidad que la de alcanzar la certeza necesaria para dictar una sentencia condenatoria (pues en caso de insuficiencia de la prueba la resolución debe ser en todo caso absolutoria), lo que constituye una nota claramente inquisitiva del proceso penal. SAMMARCO, A.A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2001, pp. 195-196.

¹¹⁵ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 297 y ss.



configuración de la actuación judicial como obligación monopolística¹¹⁶. No es el caso del art. 729.2º LECrim, que se limita a reconocer una facultad al órgano jurisdiccional de ejercicio discrecional, de tal modo que si éste decide no ejercitarla no cabrá interponer recurso alguno frente a tal decisión¹¹⁷.

Con todo ello, se pone de manifiesto que la actuación probatoria del órgano jurisdiccional goza de un carácter claramente residual y excepcional¹¹⁸, aunque necesario en todos los ordenamientos procesales en los que el legislador no ha querido renunciar a la búsqueda de la verdad como un fin principal al que debe estar ordenado el proceso¹¹⁹. Lo realmente destacable a los efectos del presente estudio es la escasa incidencia práctica de tales facultades, por lo que su reconocimiento no impide en modo alguno que la responsabilidad de practicar las pruebas recaiga sobre las partes, como principales interesados en que sus respectivas pretensiones resulten acreditadas. Se pone, pues, de relieve que el art. 729.2º LECrim no es óbice para afirmar que las partes tienen la carga de probar los hechos objeto del proceso, puesto que su eventual inactividad no será suplida, previsiblemente, por la actuación del órgano jurisdiccional.

¹¹⁶ PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, ob. cit., pp. 233-234.

¹¹⁷ Circunstancia ya puesta de manifiesto por AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios...*, ob. cit., pp. 485 y 498-499.

¹¹⁸ Tal y como el legislador plantea la actuación de oficio del órgano jurisdiccional, unido a su lectura conjunta con el art. 728, lleva a considerar que la LECrim ha configurado claramente la actividad probatoria de oficio como subsidiaria de la iniciativa de las partes y siempre de carácter excepcional. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 322-323. Sin embargo, este autor considera que la idea que se extrae de dichos preceptos no se compadece con la real configuración y finalidad atribuida al proceso penal por la LECrim en orden a la búsqueda de la verdad (pp. 332 y ss).

¹¹⁹ La búsqueda de la verdad –dentro de los límites derivados de los hechos aportados por las partes y de las garantías constitucionales– justifica, en opinión de PICÓ I JUNOY, la iniciativa probatoria del juez. Aunque son palabras relativas a las facultades probatorias del juez civil, no cabe duda de que son igualmente aplicables al juez penal. PICÓ I JUNOY, J., “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia...”, ob. cit., p. 4.



1.4.1.5. Requisitos para la aplicación del artículo 729.2º LECrim.

De la estricta literalidad del precepto estudiado es posible extraer las condiciones mínimas que debe reunir la prueba ordenada de oficio: junto con la exigencia de que el órgano jurisdiccional considere necesaria la práctica de la diligencia concreta de prueba para el esclarecimiento de los hechos sobre los que verse, es obligatorio también que dicha diligencia recaiga sobre hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación y que no haya sido propuesta previamente por alguna de las partes. A continuación se analizarán estos dos requisitos, así como dos problemas adicionales que se plantean en relación con el art. 729.2º LECrim: el momento procesal oportuno para la práctica de las diligencias de prueba ordenadas de oficio y la posibilidad de aplicar este precepto en procedimientos penales distintos al ordinario.

1.4.1.5.1. La prueba debe recaer sobre hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

La primera condición consiste en la necesidad de que la prueba así ordenada verse exclusivamente sobre los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. De este modo, se realiza una estricta distinción entre la aportación de hechos y la de pruebas. Esta restricción, que impide que el órgano jurisdiccional ordene la práctica de prueba sobre hechos que no hayan sido introducidos por las partes, encuentra fundamento en la necesaria preservación del principio acusatorio. Este principio supone, en relación con la imparcialidad judicial, que sólo las partes son competentes para delimitar el objeto sobre el que debe versar el proceso, debiendo limitarse exclusivamente el órgano jurisdiccional a resolver acerca de los

hechos tal y como le han sido ofrecidos por las partes¹²⁰. Son especialmente claras las palabras de ORTELLS RAMOS en este sentido: “La atribución al juzgador penal de esta clase de poderes oficiales se salva del reproche del riesgo para la imparcialidad, principalmente porque no hace del juzgador un investigador, sino que sólo le autoriza para, sin alterar en esencia el acaecer histórico acotado y llevado ante él por el acusador, contribuir, en concurso con la actividad probatoria de las partes, a comprobar la certeza de los elementos fácticos jurídicamente relevantes de aquel acaecer, y a utilizar con ese fin las fuentes de prueba que la propia actividad del juicio oral y la instrucción previa han revelado existentes”¹²¹. Sin embargo, aunque el principio acusatorio prohíbe la modificación judicial del objeto procesal, no sucede lo mismo cuando se trata de hechos accesorios, no esenciales, que, por tanto, no modifican la pretensión. Se plantean, pues, dos interrogantes: por un lado, determinar si, efectivamente, se permite que el órgano jurisdiccional pueda introducir hechos no esenciales y, por otro lado, para el caso de que la respuesta fuera afirmativa, si, además, podría el órgano jurisdiccional, a pesar del tenor literal del art. 729.2º LECrim, disponer de oficio la prueba sobre tales hechos.

Desde una adecuada comprensión del principio acusatorio, la respuesta a la primera pregunta debe ser necesariamente afirmativa. La vinculación del órgano jurisdiccional a la pretensión, a fin de garantizar su imparcialidad, se circunscribe

¹²⁰ SAAVEDRA RUIZ, J., “La iniciativa del tribunal...”, ob. cit., p. 32.

¹²¹ ORTELLS RAMOS, M., “Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica al cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia”, en *Justicia*, 1991, núm. IV, p. 797. La existencia de estas facultades probatorias le lleva a sostener que en el juicio oral rige también el principio de investigación oficial. En un sentido similar, entiende MONTERO AROCA que la iniciativa judicial debe circunscribirse no sólo a los hechos alegados por las partes, sino también a las fuentes de prueba puestas de manifiesto por alguna de ellas durante el proceso, pues sólo de ese modo se preserva su imparcialidad. MONTERO AROCA, J., “La garantía procesal penal...”, ob. cit., p. 982. Véase también VERGÉ GRAU, J., “La técnica de las pruebas orales...”, ob. cit., p. 327; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, ob. cit., pp. 270 y ss. Del mismo autor, “El juez penal y su iniciativa...”, ob. cit., p. 2, “Comentario a la sentencia...”, ob. cit., p. 6011 y “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia...”, ob. cit., pp. 3 y 4.



estrictamente a los hechos esenciales sobre los que se asienta la acusación, que no son otros que los que dan lugar a la conducta y al resultado típico, así como la determinación de la persona del acusado¹²². De este modo, todas las circunstancias fácticas que no modifiquen la pretensión, formulada en los términos señalados, pueden ser apreciadas de oficio sin que se presente peligro alguno de asunción de la acusación y, por ello, de pérdida de imparcialidad. Las vías a través de las cuales el tribunal podría poner tales hechos de manifiesto son múltiples, aunque generalmente ello se producirá como consecuencia de las preguntas que, a tenor del artículo 708 LECrim, puede dirigir el Presidente del tribunal a los testigos “para depurar los hechos sobre los que declaren”. El ejercicio de esta facultad, que por analogía se entiende también aplicable a las declaraciones de acusados y peritos¹²³, permite que como consecuencia de tales preguntas se pongan de manifiesto nuevos hechos que no habían sido objeto de los escritos de calificación y que –sin ser esenciales- el tribunal considere relevantes¹²⁴.

Respecto de la segunda cuestión, esto es, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ordene de oficio la práctica de medios de prueba sobre hechos no esenciales, debe ser también afirmativa, sin que por ello se ponga nuevamente en peligro la imparcialidad del órgano sentenciador. Ciertamente, y a pesar del tenor literal del precepto estudiado, la función de esta prerrogativa judicial reside en

¹²² ASECIO MELLADO, J.M^a., *Principio acusatorio...*, ob. cit., pp. 80 y 85 y ss.

¹²³ GIBERT GIBERT, A., “La iniciativa probatoria...”, ob. cit., p. 606. En contra de dicha aplicación analógica, vid. ASSALIT VIVES, J.M^a., “Interrogatorio por el tribunal...”, ob. cit., p. 73.

¹²⁴ ASSALIT VIVES clasifica las preguntas que puede dirigir el órgano jurisdiccional *ex art. 708 LECrim* en cuatro grupos: a) las que, *a priori*, pueden considerarse favorables o desfavorables para el acusado; b) las que, por el contrario, se plantean sin posibilidad de predecir su carácter favorable o desfavorable; c) las preguntas que, en atención a su objeto, versan sobre un hecho objeto de acusación o de defensa, sobre la fiabilidad del un medio probatorio, sobre la validez o nulidad de un medio probatorio y, a título de cajón de sastre, todas las que no tengan relación con algunos de éstos objetos, siendo éstas en todo caso impertinentes y d) en función del comportamiento procesal de las partes, puede tratarse de preguntas cuyo objeto haya sido ya planteado por las partes al testigo, perito o acusado, preguntas sobre las que las partes no han interrogado al acusado, perito o



facilitar el convencimiento judicial, que puede no ser pleno si se toma como única base la prueba practicada a instancia de las partes cuando ésta es insuficiente. Si, como consecuencia de la práctica de estas pruebas se ponen de manifiesto nuevos hechos no alegados por las partes y que, naturalmente, el órgano jurisdiccional considera relevantes para la decisión, no parece haber inconveniente alguno para que se practiquen de oficio medios de prueba conducentes a su esclarecimiento, siempre que no se trate de hechos esenciales que conformen la pretensión. Al amparo del artículo 708 LECrim, por ejemplo, puede suceder que los hechos secundarios o no esenciales manifestados por el testigo, acusado o perito no resulten plenamente acreditados en su declaración, por lo que puede resultar necesaria la práctica de pruebas adicionales que confirmen su existencia o inexistencia.

1.4.1.5.2. Diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes.

La segunda de las condiciones que expresamente impone el art. 729.2º LECrim es que los medios de prueba de los que el órgano jurisdiccional se pretenda valer no hayan sido propuestos en tiempo y forma por las partes. Este requisito, que en principio parece implicar la necesidad de que las partes, al proponer la prueba, no hayan solicitado la práctica del medio de prueba que posteriormente el órgano jurisdiccional acuerda practicar, plantea también una cuestión importante. Ciertamente, el precepto no se refiere a medios de prueba que hayan sido propuestos por las partes y admitidos por el tribunal, pues en ese caso el órgano jurisdiccional no puede volver a practicarlos nuevamente. En todo caso, el tribunal

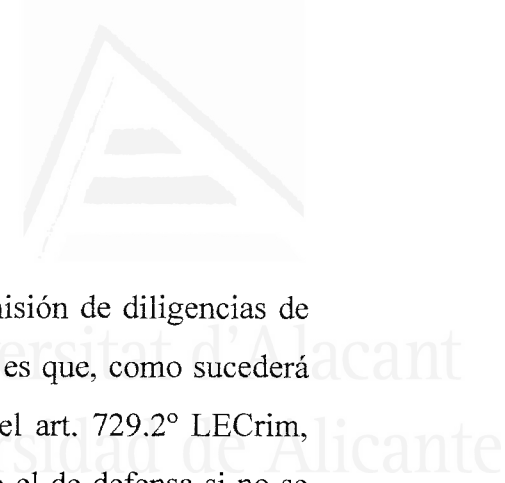
testigo o preguntas sobre cuestiones que no han quedado suficientemente aclaradas durante el interrogatorio. ASSALIT VIVES, J.M^a., “Interrogatorio por el tribunal...”, ob. cit., p. 75.



siempre tiene la posibilidad de ejercitar sus facultades de participación en la actividad probatoria, examinando las declaraciones de los testigos, acusados o peritos y dirigiéndoles las preguntas que estime necesarias. Parece, pues, que los únicos medios de prueba que podrán practicarse al amparo de este precepto son los que no hayan sido siquiera propuestos por las partes. Pero es necesario entonces determinar si el mero tenor literal del art. 729.2º LECrim excluye la posibilidad de ordenar medios de prueba que, habiendo sido inadmitidos (tras decretar la apertura del juicio oral *ex art. 659 LECrim*), se reputan pertinentes y útiles una vez practicadas todas las pruebas solicitadas a instancia de parte. Desde luego, si se tiene en cuenta que su finalidad es la de esclarecer hechos que pueden ser esenciales para la resolución, habrá que aceptar que el alcance del precepto debe ir más allá de su simple literalidad, de modo que se dé cabida a esta posibilidad¹²⁵. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional que, si bien de forma indirecta al abordar el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, ha señalado que no se produce un menoscabo de este derecho cuando, habiéndose inadmitido un medio de prueba, éste se practica posteriormente al amparo del art. 729.2º LECrim¹²⁶. Ciertamente, cerrar esta vía no encuentra justificación, pues constituye meramente la consecuencia necesaria del replanteamiento que el órgano jurisdiccional se hace respecto de la pertinencia y utilidad de la prueba que, al inicio del juicio oral, sólo constituía una predicción acerca de lo que sería o no pertinente y útil. Con esta solución, sin afectar a la imparcialidad del tribunal –pues el resultado del medio probatorio es incierto–, se

¹²⁵ Por ejemplo, MAZA MARTÍN entiende que la expresión legal “no propuestas por ninguna de las partes” debe entenderse como “ordenadas de oficio”, de tal modo que no se excluyan los supuestos que estamos analizando. MAZA MARTÍN, J.M., “Posibilidades y límites de la actuación...”, *ob. cit.*, p. 121. En el ámbito de la doctrina italiana, SCCELLA, haciendo suya la interpretación que la Corte de Casación hace de la expresión “nuevas pruebas” (art. 507 cpp), considera que podrán practicarse también todas las diligencias probatorias que, habiendo sido solicitadas fueron inadmitidas, así como las admitidas y no practicadas. SCCELLA, A., “I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3, julio-septiembre 1992, p. 1214.

¹²⁶ STC 33/1992, de 18 de marzo (FJ 6º).



pueden evitar recursos innecesarios frente a autos de inadmisión de diligencias de prueba al amparo del art. 850.1º LECrim. Cuestión distinta es que, como sucederá siempre que el tribunal utilice la facultad que le confiere el art. 729.2º LECrim, puedan resultar afectados derechos como el contradictorio o el de defensa si no se adoptan las medidas oportunas¹²⁷, pero en modo alguno el órgano jurisdiccional asume el papel de acusador cuando ordena diligencias de prueba en las condiciones previstas legalmente.

1.4.1.5.3. El momento procesal oportuno para su práctica.

No se contiene precisión alguna en el art. 729.2º LECrim respecto del momento en el que pueden llevarse a cabo estas diligencias, salvo la relativa a que deben versar sobre hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación, por lo que la única idea que puede extraerse del tenor literal del precepto es que deberán practicarse una vez que las partes hayan elevado al órgano jurisdiccional sus correspondientes escritos. Sin embargo, no parece adecuado entender que estas diligencias probatorias puedan ser ordenadas y practicadas antes del inicio de las sesiones del juicio oral (en el propio auto de admisión de pruebas)¹²⁸, y ni siquiera antes de la práctica de las diligencias de prueba propuestas a instancia de las partes, tal y como se desprende de las siguientes consideraciones¹²⁹. Hay que tener en

¹²⁷ Tal y como señala ARMENTA DEU, todas las cuestiones relativas a la acción penal (ejercicio necesario, imparcialidad y vinculación judicial a la pretensión) pertenecen al principio acusatorio, mientras que el conocimiento de la acusación en todos sus términos, y el acceso al material fáctico y jurídico es una exigencia del principio de contradicción y de la prohibición de indefensión. ARMENTA DEU, T., “Principio acusatorio: realidad y utilización...”, ob. cit., p. 274.

¹²⁸ Opinión contraria sostiene SAAVEDRA RUIZ, J., “La iniciativa del tribunal...”, ob. cit., p. 34, para quien el órgano jurisdiccional podría ordenar la práctica de medios de prueba incluso antes de que se hayan practicado los propuestos a instancia de las partes.

¹²⁹ GISBERT GISBERT también se muestra partidario de esta limitación temporal. GISBERT GISBERT, A., “El artículo 729.2º...”, ob. cit., p. 127.



cuenta que el establecimiento de este límite temporal responde precisamente a la necesidad de que tales medios de prueba recaigan sobre hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación que, como es sabido, también deben contener la propuesta de los medios probatorios de los que la parte pretenda valerse. Sólo una vez conocidos por el órgano jurisdiccional tales escritos, será posible que conozca los hechos que conforman el objeto del debate que se llevará a cabo en el juicio oral, así como los medios probatorios que proponen las partes y, por tanto, aquellos otros que no van a ser practicados en el juicio. Pero éste único dato no autoriza por sí solo a adoptar la decisión de practicar medios de prueba distintos a los propuestos por las partes. Hay que tener en cuenta que la finalidad principal de esta facultad –consistente en el esclarecimiento de los hechos– hay que ponerla en necesaria conexión con el impulso que las partes deben dar a esta fase del procedimiento. Como se ha visto, la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional no puede suplir la pasividad total de alguna de las partes, sino que, por el contrario, se limita a completar la que éstas han llevado a cabo. Por ello, necesariamente el tribunal debe preguntarse acerca de la necesidad de introducir nuevos medios probatorios una vez que ya ha sido practicada la prueba propuesta por las partes, pues sólo entonces podrá establecer con total seguridad –ya que sólo en dicho momento sabe que no habrá más actividad probatoria sobre hechos que hayan podido quedar inciertos que la que él mismo ordene practicar– la necesidad de las nuevas pruebas, tal y como establece el propio art. 729.2º LECrim. De este modo, el precepto estudiado cumple su función como remedio frente a situaciones en las que, habiendo finalizado el momento para solicitar la práctica de prueba, determinados medios probatorios se consideran relevantes para la decisión¹³⁰. En este sentido, SCELLA concluye –en referencia al art. 507 cpp– que el juez sólo puede utilizar esta facultad para integrar la prueba practicada en el juicio oral,

¹³⁰ MAZA MARTÍN, J.M., “Posibilidades y límites de la actuación...”, ob. cit., p. 122.



puesto que sólo así es compatible la intervención judicial con un sistema basado en el derecho de contradicción¹³¹.

Respecto del momento preclusivo para su práctica, habrá que entender que sólo pueden ordenarse una vez finalizada la práctica de las pruebas propuestas a instancia de parte y hasta el momento en que el tribunal declare concluso el juicio para sentencia¹³². Ciertamente, aunque el art. 729.2º LECrim parece referirse a los hechos que han sido objeto de calificación provisional, no hay que olvidar que las conclusiones definitivas pueden incluir variaciones en tales hechos como consecuencia de la práctica de la prueba en el juicio oral (art. 732 LECrim), por lo que es posible que alguno de tales hechos deba ser corroborado si la prueba practicada no ha arrojado luz suficiente sobre el mismo¹³³.

Resta únicamente afirmar que, respecto del procedimiento para acordar la práctica de pruebas al amparo del art. 729.2 LECrim, existe acuerdo en la doctrina acerca de la necesidad de que, una vez acordadas por el órgano jurisdiccional, las exigencias del art. 24 CE en este ámbito se manifiestan en la necesidad de que se garantice la intervención de las partes en su práctica en cumplimiento de los principios de contradicción y defensa¹³⁴. Incluso VERGÉ GRAU ha señalado la necesidad de proceder a la suspensión del juicio oral (al amparo del art. 746.6º

¹³¹ SCELLA, A., “I residuali poteri...”, ob. cit., pp. 1214-1215.

¹³² Para SAAVEDRA RUIZ tales diligencias sólo se podrán ordenar hasta el momento anterior a la elevación de las calificaciones provisionales a definitivas, pues éstas, junto con los informes de ambas partes, cierran las posibilidades de alegación de las partes. SAAVEDRA RUIZ, J., “La iniciativa del tribunal...”, ob. cit., p. 34.

¹³³ En sentido contrario, MAZA MARTÍN, para quien el art. 729.2º, dada su ubicación sistemática, se refiere a los hechos consignados en los escritos de calificación provisional, de modo que la prueba ordenada de oficio sólo podrá referirse a ellos. MAZA MARTÍN, J.M., “Posibilidades y límites de la actuación...”, ob. cit., p. 125.

¹³⁴ PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba...*, ob. cit., p. 271; del mismo autor, “El juez y su iniciativa...”, ob. cit., p. 2 y “Comentario a la sentencia...”, ob. cit., p. 6012; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio...*, ob. cit., p. 28; GISBERT GISBERT, A., “El artículo 729.2º...”, ob. cit., p. 126; del mismo autor, “La práctica de diligencias de prueba acordadas de oficio en el juicio oral”, en *Revista General del Derecho*, núm. 573, junio 1992, p. 5142.



LECrim) para permitir que las partes puedan aportar nuevas pruebas o nuevos hechos dirigidos a contrarrestar la credibilidad de las fuentes introducidas por la vía del art. 729.2º LECrim¹³⁵. Opción ésta que encuentra un referente importante en la experiencia procesal italiana pues, como señala FERRUA haciéndose eco de la jurisprudencia más consolidada de la Corte de Casación, el ejercicio de la facultad contemplada en el art. 507 cpp –similar, como se ha visto, a nuestro art. 729.2º LECrim- hace nacer el derecho a la contraprueba en la parte que pueda resultar perjudicada¹³⁶.

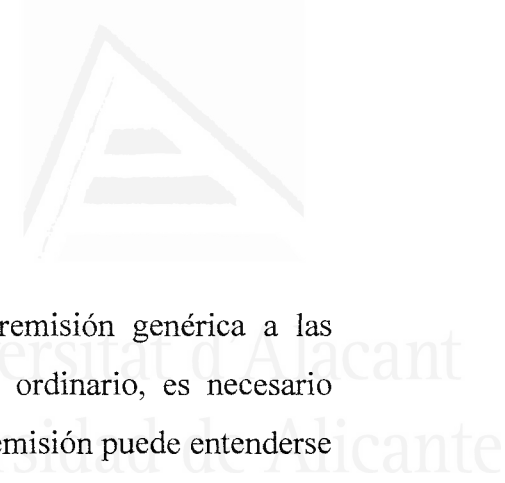
En definitiva, lo relevante es que la decisión de practicar algún medio de prueba de oficio ha de garantizar la intervención de las partes en dicha práctica en condiciones de igualdad y procurando, pues, la plena vigencia del principio de contradicción. Ello puede implicar, tal y como señala VERGÉ GRAU, que sea necesario proceder a la suspensión del juicio oral (suspensión que vendría a sumarse a la ordenada, en su caso, para practicar la prueba ex art. 729.2 LECrim) para la práctica de pruebas adicionales que las partes –y el órgano jurisdiccional- consideren imprescindibles a la vista del resultado que arrojen las pruebas ordenadas de oficio.

1.4.1.5.4. Aplicación de las facultades probatorias previstas en el artículo 729.2º LECrim al resto de procedimientos penales.

Otra de las cuestiones que plantea el art. 729.2º LECrim es la de si, además de ser aplicable al procedimiento ordinario por delitos graves, puede ser aplicado también al resto de procedimientos penales. Ciertamente, se trata ésta de una

¹³⁵ VERGÉ GRAU, J., “La técnica de las pruebas orales...”, ob. cit., p. 328.

¹³⁶ FERRUA, P., “I poteri...”, ob. cit., pp. 1070-1071.



cuestión controvertida, puesto que, aunque existe una remisión genérica a las normas que reglamentan la prueba en el procedimiento ordinario, es necesario determinar si, dada la estructura de cada uno de ellos, tal remisión puede entenderse referida también a las facultades probatorias del órgano jurisdiccional. No obstante, hay que partir también de la idea de que, aunque se trate de facultades de ejercicio excepcional y residual, ello no significa necesariamente que no puedan aplicarse en otros procedimientos. Téngase en cuenta que de la exigencia de establecer límites a su ejercicio no se deriva necesariamente que sea de aplicación exclusiva al procedimiento ordinario.

La virtualidad del art. 729.2º LECrim en el ámbito del procedimiento abreviado se desprende de la remisión que el art. 758 realiza a las normas comunes de la LECrim en relación con todo lo no regulado específicamente para este procedimiento; de acuerdo con ello, no hay razones para excluir su aplicación¹³⁷. La misma conclusión se alcanza respecto del juicio de faltas, en virtud de la remisión que, de forma similar al art. 758, realiza el art. 969.1 LECrim y, de forma indirecta, respecto de los juicios rápidos, puesto que el art. 795.4 remite a las normas del procedimiento abreviado y, éstas, a su vez, a las normas comunes de la LECrim.

Más problemático, sin embargo, es el uso de estas facultades en el juicio por jurados, ya que, aunque existe también una remisión genérica a las normas que reglamentan el juicio oral en el procedimiento ordinario (art. 42.2 LOTJ¹³⁸), el legislador trató de configurar este procedimiento como ejemplo de proceso acusatorio. Teniendo esto en cuenta, hay que dar respuesta a dos interrogantes: por un lado, a la posibilidad de ordenar pruebas de oficio de acuerdo con el art. 729.2º LECrim y, por otro lado, si la respuesta a lo anterior es afirmativa, determinar a

¹³⁷ Como ha señalado el Tribunal Supremo en la STS 1482/2002, de 17 de diciembre (FJ 1º), el art. 729.2º LECrim es aplicable también al procedimiento abreviado por cuanto las normas comunes complementan la regulación de éste en todo lo que no sea específicamente modificado.

¹³⁸ Téngase en cuenta, además, que no se hace mención alguna a esta cuestión en el art. 46.1 LOTJ, que establece algunas especialidades probatorias.



quién le corresponde acordar su práctica, dada la división de funciones que se produce entre los jurados y el Magistrado-Presidente.

Por lo que respecta a la primera cuestión, se presentan en la doctrina opiniones encontradas. Quienes consideran que el art. 729.2º LECrim es de aplicación al juicio por jurados se apoyan fundamentalmente en el carácter supletorio de las normas que reglamentan el procedimiento ordinario¹³⁹. Por el contrario, quienes niegan que el órgano jurisdiccional pueda ordenar pruebas de oficio en este ámbito se apoyan en la estructura y configuración del Jurado como argumento principal de su tesis. Por ejemplo, GISBERT GISBERT considera que la Ley del Jurado ha tratado de instaurar un sistema de jurado inspirado en el anglosajón, donde la imparcialidad judicial es entendida como pasividad jurisdiccional y, por tanto, todas las normas a las que se remite la propia LOTJ en las que se reconozcan facultades probatorias al órgano jurisdiccional serían contrarias a ella, por lo que no serían aplicables¹⁴⁰. No obstante, este argumento carece de suficiente peso por dos razones: en primer lugar porque, según se ha visto, ni siquiera en el Jurado anglosajón se veta completamente la intervención del órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la práctica de la prueba y, en segundo lugar, porque en el juicio por jurados resultante de la LOTJ, la intervención del órgano jurisdiccional –tanto en la instrucción como en el juicio oral- adquiere decisiva relevancia¹⁴¹. Mayor protagonismo cobra el argumento esgrimido por

¹³⁹ Vid., por todos, LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba...*, ob. cit., pp. 86-87, quien, además, señala que no es extraño que así sea a la vista de nuestra tradición juradista, puesto que la Ley del Jurado de 1888 realizaba una remisión expresa a los arts. 701 a 731 LECrim.

¹⁴⁰ GISBERT GISBERT, A., “La iniciativa probatoria...”, ob. cit., pp. 610-611. MIRANDA ESTRAMPES considera que el art. 729.2º LECrim no facultaría a los jurados a ordenar la práctica de medios de prueba, fundamentalmente por los problemas que ello puede generar, en especial el relativo a la necesidad o no de que haya acuerdo previo entre ellos para solicitar al Magistrado-Presidente y, en su caso, la mayoría exigida para adoptar dicho acuerdo. Sin embargo, se muestra proclive a aceptar que el Magistrado-Presidente pudiera hacer uso de las facultades conferidas por el art. 729.2º LECrim. MIRANDA ESTRAMPES, M., “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 510-511.

¹⁴¹ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba...*, ob. cit., p. 89.



ASENCIO MELLADO para negar que el art. 729.2º LECrim sea aplicable en el procedimiento ante el Jurado¹⁴². Entiende este autor que, aunque la remisión realizada a las normas de la LECrim no excluye expresamente la aplicación de este precepto, la prohibición de que el Magistrado-Presidente pueda intervenir en la formación del convencimiento de los jurados excluye por sí tal posibilidad. Ciertamente, si se entiende que el acuerdo de oficio de diligencias probatorias tiene como finalidad lograr dicho convencimiento¹⁴³, en todo caso, sería competencia de los miembros del Jurado determinar la necesidad o utilidad de su práctica, si bien para ello deberían solicitar su práctica al Magistrado-Presidente para que éste determinara su admisibilidad¹⁴⁴, puesto que sólo él, al tratarse de una cuestión jurídica, puede determinar si tal medio de prueba se ajusta a las exigencias de pertinencia y legalidad necesarias para acordar su práctica¹⁴⁵.

Por tanto, las condiciones en las que se puede aplicar el art. 729.2º LECrim en el procedimiento ante el Jurado son sensiblemente diferentes en atención a la necesaria división de funciones prevista por la LOTJ: si bien deben ser los miembros del Jurado quienes determinen la utilidad de un medio de prueba, será finalmente el Magistrado-Presidente quien acuerde su práctica si considera que el

¹⁴² ASENCIO MELLADO, J.Mª., “La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo”, en *El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 375.

¹⁴³ LÓPEZ JIMÉNEZ, sin embargo, considera que el órgano jurisdiccional puede ordenar la práctica de pruebas sin influir por ello en la convicción de los jurados, puesto que su finalidad es lograr el esclarecimiento de la verdad. LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba...*, ob. cit., p. 90. No obstante, parece difícil que el Presidente, que no está llamado a decidir sobre la existencia o inexistencia de los hechos, pueda determinar la “necesidad” de practicar un determinado medio de prueba, tal y como exige el art. 729.2º LECrim.

¹⁴⁴ Sostiene esta misma posibilidad MARCHENA GÓMEZ, M., “El fiscal y la Ley del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 309-310.

¹⁴⁵ Piénsese que también se requiere la intervención del Magistrado-Presidente para determinar la pertinencia de las preguntas que los jurados pueden dirigir a testigos, peritos y acusados (art. 46.1 LOTJ).

medio de prueba versa sobre un hecho relevante objeto del proceso (pertinencia) y que su práctica reúne todas las exigencias legales y constitucionales (licitud).

En último lugar, por lo que respecta al régimen probatorio previsto para el proceso de menores, lo cierto es que, aunque la propia Ley del Menor gira en torno al principio de aportación de parte, haciendo una especial incidencia en las actuaciones que tiene que llevar a cabo el Ministerio Fiscal (arts. 31 y, fundamentalmente, 37.2 LORPM), la Disposición Final Primera realiza una remisión genérica a la LECrim como norma supletoria (en especial, a las reglas del procedimiento abreviado que, como es sabido, remiten, a su vez, en esta materia, a las normas reguladoras del procedimiento ordinario, donde se incardina el art. 729 LECrim). Dada la ausencia de contradicción entre los principios que inspiran este procedimiento y la posibilidad de practicar pruebas de oficio, no parece, pues, haber inconvenientes para considerar que el art. 729.2º LECrim es también aplicable en este ámbito¹⁴⁶.

En cuanto a las garantías que ha de reunir la prueba ordenada de oficio en estos procedimientos, son completamente válidas en este punto las exigencias que se pusieron de manifiesto en el apartado anterior, relativas al modo en el que en este ámbito ha de garantizarse la contradicción e igualdad y que, en determinados casos, podrán implicar la necesidad de suspender el juicio oral para la práctica de las contrapruebas que se consideren imprescindibles. Así mismo, hay que tener en cuenta la particularidad que presenta la adopción de esta resolución de oficio en el juicio por jurados pues, como se ha señalado antes, si bien es el Magistrado-Presidente quien tiene que autorizar la práctica de la prueba, la petición habría de provenir de los jurados, que son quienes, en definitiva, han de pronunciarse sobre las cuestiones de hecho.

¹⁴⁶ Opinión suscrita por DE LA ROSA CORTINA, si bien considera que el art. 729.2º LECrim debe interpretarse en los mismos términos suscritos por el Tribunal Supremo, antes vistos. DE LA ROSA CORTINA J.M., “Los principios del Derecho procesal penal de menores”, en *Tribunales de Justicia*, 2003, núm. 11, p. 37 (nota 29).



1.5. A modo de conclusión: sobre la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal.

Como se ha visto, aunque los argumentos estudiados no son suficientes para justificar la inexistencia de una distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, sí aportan algunos datos respecto de cómo se realiza dicha distribución.

En cuanto a la presunción de inocencia, si bien este derecho no impide que el acusado asuma la carga de aportar medios de prueba sobre los hechos que introduzca en el proceso, sí establece un límite esencial, consistente en la imposibilidad de que el acusado soporte la carga de la prueba de tales hechos si previamente la acusación no ha practicado medios de prueba sobre los hechos de cargo. Por lo tanto, la presunción de inocencia actúa como obstáculo a toda posible inversión de la carga de la prueba en perjuicio del acusado. Ello no significa que éste sólo pueda aportar medios de prueba si la acusación ha practicado pruebas de descargo; por el contrario, el derecho a practicar medios de prueba aparece sólo limitado por la pertinencia, utilidad o necesidad y licitud de la prueba¹⁴⁷ y generalmente su ejercicio será una de las más efectivas vías de defensa, pero no puede decirse en este caso que implique el ejercicio de carga alguna, ya que con él no se trata de evitar un perjuicio –idea consustancial a la carga procesal–, puesto que éste sólo se convierte en una posibilidad real cuando la acusación aporta pruebas más allá de toda duda razonable.

Por lo que respecta a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal, tampoco puede negársele su condición de parte, única exigencia para hacer

¹⁴⁷ Vid. acerca de estas tres exigencias PICÓ I JUNOY, J., “La protección del derecho a la prueba en el proceso penal (análisis crítico jurisprudencial)”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993, núm. 4, pp. 150 y ss.

surgir los derechos, cargas y obligaciones procesales inherentes a quienes intervienen en el proceso, siendo pues irrelevante a estos efectos la inexistencia de una relación jurídico-privada de fondo entre la acusación y el acusado.

Por último, una interpretación estricta de la real incidencia del principio de investigación oficial y, por tanto, de las facultades probatorias conferidas al órgano jurisdiccional en el juicio oral, conduce a reconocer el protagonismo esencial de las partes en la aportación de la prueba, lo que constituye uno de los presupuestos básicos de la distribución de la carga de la prueba, pues sólo en estas circunstancias puede hablarse de la autorresponsabilidad de las partes respecto del resultado probatorio. No obstante, es preciso tener en cuenta que, a pesar de tratarse de una posibilidad raramente puesta en práctica por nuestros tribunales, la LECrim confiere una serie de facultades probatorias al órgano jurisdiccional cuyo ejercicio contribuye a atenuar esa responsabilidad (por ello se considera que la carga de la prueba es una carga *imperfecta*, siguiendo la terminología de GOLDSCHMIDT), pero se trata de una posibilidad más teórica que práctica, puesto que generalmente son las partes quienes impulsan la actividad probatoria. En todo caso, además, la práctica de prueba de oficio sólo puede llevarse a cabo una vez practicada la propuesta a instancia de parte, lo que redundará en ese carácter complementario y excepcional de la intervención judicial respecto de la actuación que deben protagonizar las partes. Este protagonismo es puesto de manifiesto con suma claridad por GIMENO SENDRA quien, a propósito del diseño de la estructura del proceso de declaración y, en particular, de la fase de prueba, ha afirmado lo siguiente: “como consecuencia de la vigencia del principio de aportación, a las partes les corresponde, no sólo la introducción de los hechos a través de la demanda y su contestación (proceso civil) y de los escritos de calificación (proceso penal), que son los genuinos actos de aportación fáctica en los que las partes delimitan el tema de prueba, sino también la proposición y práctica de la prueba, mediante la



instauración del contradictorio, en un juicio público en el que las partes con igualdad de armas han de convencer al tribunal sentenciador”¹⁴⁸.

En resumen, pues, y sobre la base de todo lo anterior, hay que concluir que en el proceso penal se produce una distribución de la carga de la prueba, si bien con determinadas particularidades respecto de la distribución que se lleva a cabo en el proceso civil y que serán desarrolladas a continuación.

2. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA COMO EXIGENCIA DEL SISTEMA ACUSATORIO MIXTO.

2.1. Sistema acusatorio y carga de la prueba.

Superados los inconvenientes para afirmar la existencia de una distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, es ahora el momento, no sólo de mostrar las razones en las que se apoya esta afirmación, sino también de analizar las particularidades que caracterizan dicha distribución.

Precisamente, tales especialidades se derivan del derecho a la presunción de inocencia, no sólo por lo que respecta a su carácter de regla según la cual es la acusación la que en todo caso asume la iniciativa probatoria, sino también respecto del grado de prueba que se exige a cada una de las partes para que un determinado hecho pueda considerarse probado¹⁴⁹. Como bien puede apreciarse, carga de la prueba formal y material se manifiestan en íntima conexión, aunque no por ello

¹⁴⁸ GIMENO SENDRA, V., *Introducción...*, ob. cit., p. 276.

¹⁴⁹ Esta última especialidad fue desarrollada *supra*, capítulo IV.



puede afirmarse, como después se verá, que, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, se trate de las dos caras de una misma moneda.

En las páginas precedentes se ha ofrecido una visión global de los argumentos en los que se sustentan las distintas teorías en torno a este controvertido tema. A la vista de todos ellos, se pone de manifiesto la dificultad de alcanzar un consenso que supere los problemas planteados; ello no obstante, se tratará de afrontar este problema desde una perspectiva unificadora.

A tal fin, una línea de trabajo útil es la de reflexionar acerca de las implicaciones que un proceso penal de corte acusatorio como el nuestro tiene sobre la distribución de la carga de la prueba. Como señala DÍAZ CABIALE, hay dos aspectos del proceso penal que, teniendo como objetivo su encaje en un sistema acusatorio, han estado en el punto de mira de múltiples debates: por un lado, la mínima actividad probatoria que debe llevarse a cabo para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia y, por otro lado, el papel que debe asignarse al Ministerio Fiscal y al órgano jurisdiccional¹⁵⁰.

Téngase en cuenta que, en gran medida, el protagonismo que las partes o el juez adquieren en relación con la actividad probatoria y, por tanto, en última instancia, la inspiración acusatoria o inquisitiva de un proceso, condicionan la respuesta acerca de la incidencia de la carga de la prueba en el proceso penal¹⁵¹. Como es sabido, en un sistema acusatorio puro, el papel del órgano jurisdiccional se reconduce al de tercero completamente neutral, para lo cual se exige que su actuación en el juicio sea en exclusiva la de receptor de la prueba aportada por las partes. Ello ha llevado a considerar que su significado en relación con el rol pasivo

¹⁵⁰ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de partes...*, ob. cit., p. 191.

¹⁵¹ Esta íntima conexión entre modelos de proceso y carga de la prueba formal ha sido puesta de manifiesto por GAITO, A., "Onere della prova e processo penale: prospettive di indagine", en *Giustizia Penale*, 1975, p. 514.



que adopta respecto de la práctica de la prueba coincide con el alcance del principio de aportación de parte¹⁵².

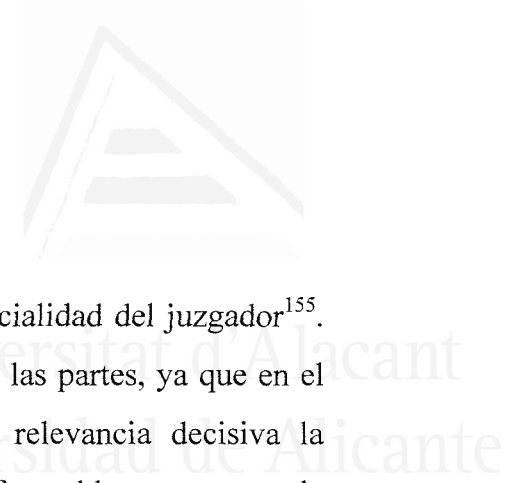
Aunque nuestro sistema procesal penal no responde a un modelo acusatorio puro, como parece ser el anglosajón¹⁵³, no hay que olvidar que goza de una estructura y de unos principios que se acercan a dicho modelo, aún conservando algunas características propias de carácter inquisitivo. Si se centra la atención en el juicio oral, cuyo protagonismo es –o, al menos, debería ser– indiscutible (puesto que sólo cuando éste se ha llevado a cabo es posible proceder a dictar una resolución de fondo), es posible individualizar ciertos rasgos que permiten afirmar su esencia acusatoria. Hay que dejar al margen, pues, el estudio de los caracteres de la fase de investigación, de naturaleza predominantemente inquisitiva, puesto que, en definitiva, se trata de abordar ahora cuál es el papel que deben jugar las partes en el juicio oral y por qué puede afirmarse que en esta fase se produce una distribución de la carga de la prueba.

Si se tratara de escoger una característica que, *per se*, diera cuenta del alcance del principio acusatorio, ésta sería, sin duda, la estricta separación de las funciones de acusar y juzgar¹⁵⁴. Como ya hemos tenido ocasión de ver, una de las mayores conquistas frente al sistema procesal inquisitivo del Antiguo Régimen fue precisamente la de despojar al órgano judicial de sus funciones acusadoras,

¹⁵² Así, DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 293 y ss. Dicha pasividad se traduce en la imposibilidad de ordenar la práctica de pruebas, pero no impide que su intervención sea decisiva, por ejemplo, en el momento de la admisión de la prueba propuesta por las partes, pero como consecuencia de su deber de dirigir el juicio y de velar por su buen funcionamiento, impidiendo que medios de prueba prohibidos o no pertinentes puedan ser practicados.

¹⁵³ Sin embargo, DÍAZ CABIALE señala que, ante la vigencia del principio de oficialidad, motivada por la concepción pública del delito, ningún país de nuestro entorno, ni siquiera el Reino Unido o Estados Unidos, goza de un sistema acusatorio puro, libre de toda manifestación inquisitiva. Por el contrario, el carácter más o menos acusatorio de un proceso se debe determinar en atención a la configuración de cada una de sus fases. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 217.

¹⁵⁴ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., pp. 207-208.

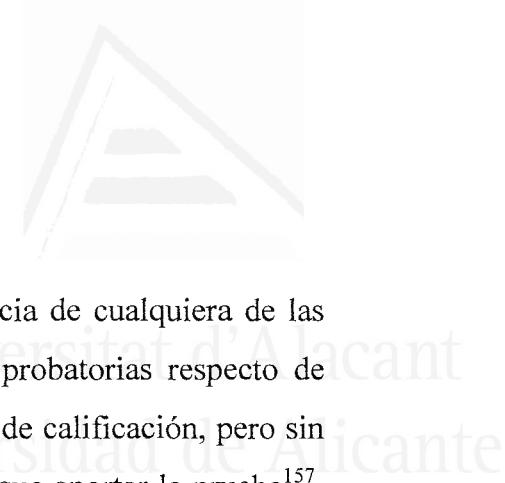


elevando por ello a rasgo definitorio del proceso la imparcialidad del juzgador¹⁵⁵. De este modo, se dota de mayor sentido y protagonismo a las partes, ya que en el seno de un proceso de estas características cobra una relevancia decisiva la actividad que éstas realizan para obtener una resolución favorable, puesto que la actuación del órgano jurisdiccional se limita a dictar una resolución a la vista de la actuación llevada a cabo por las partes. Esta nueva situación se caracteriza, precisamente, por el hecho de que la acusación, ante la inactividad del órgano jurisdiccional y el derecho a la presunción de inocencia que asiste al acusado, debe proporcionar los elementos de juicio necesarios para obtener la condena y, correlativamente, en tanto el proceso goza de un carácter contradictorio, el acusado tiene un interés esencial en introducir elementos que contradigan a los aportados por la acusación. Por ello, señala FERRAJOLI, el modelo teórico de proceso acusatorio requiere la atribución del carácter de parte a la acusación, de tal modo que no pueda desarrollar poder alguno en detrimento del imputado y se garantice así la igualdad con la defensa¹⁵⁶.

El modo en el que nuestra LECrim regula el desarrollo del juicio oral, por lo que respecta a la práctica de la prueba, además de poner de manifiesto el carácter prácticamente hegemónico del principio de aportación, puede encuadrarse fácilmente en este modelo acusatorio. De acuerdo con el art. 701 LECrim, la práctica de la prueba comenzará necesariamente con las propuestas por el Ministerio Fiscal, seguidas de las solicitadas por el resto de partes acusadoras y, por

¹⁵⁵ Vid. *supra*, el capítulo III. La estricta separación de funciones se manifiesta en dos ámbitos: el ya apuntado entre las funciones de acusar y juzgar y, al mismo tiempo, entre las funciones de investigación y fallo pues, en palabras de MORENO CATENA, “la imparcialidad del juzgador padece desde el momento en que ha dirigido la instrucción y, preciso es reconocerlo solemnemente, la imparcialidad es una de las notas básicas que debe adornar el proceso, ejercicio de la potestad jurisdiccional, como principio fundamental de la jurisdicción. Para evitar el perjuicio, como uno de los logros más sobresalientes del sistema procesal penal mixto, se atribuye a dos órganos diferentes la instrucción y la resolución de los procesos penales, separación que se mantiene en todos los países de Europa (...)”. MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, 1987, p. 165.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 567.



último, del acusado. Sólo se permite, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, alterar el orden de la práctica de las diligencias probatorias respecto de cómo han sido propuestas en los correspondientes escritos de calificación, pero sin modificar el orden de las partes que sucesivamente tienen que aportar la prueba¹⁵⁷. Se establece, pues, un orden que responde, sin lugar a dudas, a una exigencia muy concreta: la presunción de inocencia, al imponerle la carga de la prueba a la acusación, establece la necesidad de que sea ésta en todo caso quien asuma la iniciativa de aportar pruebas en primer lugar dirigidas a acreditar la culpabilidad¹⁵⁸. Nos encontramos así con la primera regla de distribución de la carga de la prueba: en todo caso, la iniciativa probatoria le corresponde a la acusación.

Dado el protagonismo que, desde este punto de vista, asumen las partes en el juicio oral, se pone de manifiesto la necesidad de que esta fase se desarrolle de acuerdo con una dinámica basada en el cumplimiento de sucesivas y correlativas cargas a las que las partes deben hacer frente para obtener una resolución favorable a la pretensión que han sostenido¹⁵⁹. Téngase en cuenta que, en los sistemas de corte acusatorio, la actividad cognoscitiva se caracteriza por tener carácter dialéctico, por cuanto se desarrolla fundamentalmente a partir de la actuación de las partes, de tal modo que la carga de la prueba incumbe cada vez a la parte contra la que previamente se ha practicado la prueba¹⁶⁰. De este modo, la existencia de cargas y posibilidades se incrementa cuanto más predomine el principio acusatorio¹⁶¹. Por ello, si bien la actividad probatoria judicial resulta impensable en

¹⁵⁷ En el cpp italiano se contiene una norma similar en el art. 496.1, aunque, con mayor flexibilidad que nuestra LECrim, prevé la posibilidad de que las partes acuerden otro orden.

¹⁵⁸ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 303.

¹⁵⁹ Así lo pone de manifiesto GAITO, A., “Onere della prova...”, ob. cit., p. 517.

¹⁶⁰ PAULESU, P.P., “Presunzione...”, ob. cit., p. 685, quien, además, señala que en el sistema jurídico anglosajón se refieren a este fenómeno del cambio de la carga de la prueba de una a otra parte utilizando la expresión *shifting of burden*.

¹⁶¹ Así lo señala DÍAZ CABIALE parafraseando a GOLDSCHMIDT. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 304.

un sistema acusatorio puro, es perfectamente compatible con un sistema mixto, en el convive de forma pacífica con las cargas que el sistema impone a las partes, siempre que las facultades probatorias del órgano jurisdiccional estén sometidas a determinados límites, como sucede en el caso del ordenamiento jurídico español¹⁶².

Por todo ello, y a pesar de la presunción de inocencia, no puede negarse la existencia de un interés del acusado (presupuesto básico para hablar de carga de la prueba formal) en acreditar los hechos que se opongan a la pretensión acusatoria¹⁶³. Por supuesto, dicho interés surge una vez que la acusación haya aportado pruebas de cargo, en cuyo caso su pasividad (si el tribunal considera probada la culpabilidad) será causa suficiente de una sentencia condenatoria¹⁶⁴. Téngase en cuenta que la sola existencia de una regla de juicio actúa como estímulo de la actividad de las partes, por cuanto asumen la responsabilidad que puede derivarse de su pasividad. En el proceso penal, la regla de juicio determina que la duda, cualquiera que sea su signo y cualquiera que sea el hecho sobre el que recaiga, favorece al acusado, por lo que la acusación se ve compelida a demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Sin embargo, el acusado también debe ser consciente de que su inactividad, cuando la acusación ha cumplido la carga de la prueba, puede llevarle a ser condenado, por lo que ello también constituye un fuerte estímulo para él. Puede decirse, pues, que la iniciativa probatoria del acusado

¹⁶² Por el contrario, en un sistema inquisitivo, siendo obligación del órgano jurisdiccional la realización de toda la actividad tendente a la búsqueda de la verdad, no puede decirse que las partes y, por tanto, tampoco el acusado, asuman la carga de la prueba, aunque, como señala ALBAMONTE, también en este sistema se produce la necesidad de que el acusado indique aquellos temas de prueba que considere necesarios para su defensa, de modo que el órgano jurisdiccional pueda ordenar la práctica de las pruebas necesarias. Desde este punto de vista, aunque no puede hablarse de carga de la prueba, sí existiría, al menos, una carga de la alegación sobre el acusado. Vid., en relación con el cpp italiano de 1930, ejemplo paradigmático de sistema inquisitivo, ALBAMONTE, A., “L’onere probatorio ed il processo penale”, en *La giustizia penale*, 1973, parte terza, pp. 274 y ss.

¹⁶³ TARUFFO, M., “Algunos comentarios...”, ob. cit., p. 103.

¹⁶⁴ Tanto la pasividad como el silencio frente a la prueba incriminatoria constituyen, en la práctica, una actitud que fácilmente puede desembocar en la condena del acusado. PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad...*, ob. cit., p. 166.



es contingente, supeditada en todo caso a la mayor o menor eficacia de la prueba practicada por la acusación¹⁶⁵. Puede así formularse la segunda regla de distribución de la carga de la prueba: una vez que la acusación ha aportado pruebas de cargo, el acusado tiene la carga de practicar las pruebas relativas a los hechos que le sean favorables¹⁶⁶.

En atención a las distintas posiciones y exigencias que se predicán de cada una de las partes, es necesario diferenciar la situación a la que se ve sometida la acusación para obtener una sentencia favorable. Mientras que la duda sobre un hecho que la defensa tiene la carga de probar debe favorecer al acusado, el éxito de la pretensión acusatoria implica necesariamente que el órgano jurisdiccional resulte convencido tras la actividad probatoria llevada a cabo, de tal modo que no es suficiente aportar prueba de cargo, sino que es necesario también que ésta sea convincente más allá de toda duda razonable¹⁶⁷. Por ello, mientras el acusado no sufre carga alguna hasta que la acusación aporta pruebas de cargo convincentes (hasta ese momento puede decirse que tiene un derecho a aportar pruebas de descargo, pero que no es necesario que lo ejercite puesto que juega a su favor el derecho a la presunción de inocencia), la acusación parte de una situación inicial ciertamente desventajosa: tiene la carga de llevar a cabo actividad probatoria incriminatoria y, además, de convencer al órgano jurisdiccional, pues la regla de juicio juega a favor del acusado en todo supuesto de insuficiencia probatoria.

De acuerdo con ello -y siguiendo a PAULESU- la presunción de inocencia como regla de distribución de la carga de la prueba implica que, mientras la acusación no acredite los hechos determinantes de la culpabilidad, el acusado no asume carga de la prueba alguna, sino que simplemente tiene la posibilidad de ejercitar un derecho a la prueba de descargo, pero sin correr riesgo alguno a ser

¹⁶⁵ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 303.

¹⁶⁶ PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad...*, ob. cit., p. 185.

¹⁶⁷ Vid. *supra*, capítulo IV.

condenado si no lo ejercita. Por el contrario, la acusación –Ministerio Fiscal y/o, en su caso, resto de partes acusadoras- tiene la carga de aportar pruebas (o, en otras palabras, la carga de la iniciativa probatoria) de la culpabilidad del acusado. Sólo en ese caso se produce un traspaso de la carga de la prueba a éste, que -en caso de permanecer inactivo- sufrirá las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de descargo¹⁶⁸.

No obstante, se produce en nuestro sistema una situación que desde cierta perspectiva puede resultar paradójica. En efecto, por tratarse nuestro proceso penal de un sistema acusatorio mixto o formal, con elementos de procedencia inquisitiva, como sucede con las facultades probatorias del órgano judicial competente para el enjuiciamiento, las partes tienen la carga de la prueba de los hechos que les resultan favorables¹⁶⁹, pero, al mismo tiempo, ello no supone en todo caso que su incumplimiento determine necesariamente su fracaso. Por ello, puede decirse que la incidencia de la carga de la prueba en el proceso acusatorio mixto es menor que en el sistema acusatorio puro¹⁷⁰ -y ésta sería la tercera regla que caracteriza a la distribución de la carga de la prueba-, por cuanto la actividad de parte puede verse

¹⁶⁸ PAULESU, P.P., “Presunzione...”, ob. cit., p. 688. Esta situación es puesta de manifiesto también por FERRAJOLI, que señala que el proceso acusatorio se articula de modo tal que es a la acusación a quien incumbe el movimiento inicial dirigido a la prueba de su pretensión, mientras que al acusado le corresponde el derecho a refutar las pruebas de cargo. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 610-611 y 613.

¹⁶⁹ DÍAZ CABIALE matiza esta idea, puesto que la correlación entre el derecho a la prueba y el proceso acusatorio no se produce únicamente en los supuestos en los que éste es de carácter puro, sino también, incluso, cuando el órgano jurisdiccional goza de prerrogativas probatorias, pues éstas no pueden, en un sistema acusatorio mixto, invadir o limitar el ámbito de actuación de las partes en relación con la práctica de la prueba. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 296.

¹⁷⁰ La existencia de estas facultades no puede llevarnos a negar que nos encontremos ante un sistema acusatorio, puesto que depende de cómo se entienda su ejercicio el que constituya una simple atenuación del sistema acusatorio puro. FERRUA, P., “I poteri...”, ob. cit., p. 1067.



completada con la llevada a cabo por el órgano jurisdiccional y, por ello, en estos casos, se habla de “cargas imperfectas”¹⁷¹.

2.2. Diferencias y semejanzas entre la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal y en el proceso civil.

Aceptada, pues, la idea de que en el proceso penal se produce una distribución de la carga de la prueba, no puede cometerse el error de abordar su funcionamiento en este orden jurisdiccional asumiendo un paralelismo total con el proceso civil, realizando con ello una mera transposición de un proceso a otro¹⁷².

Ciertamente, las similitudes que se producen en el funcionamiento de la carga de la prueba en los ámbitos civil y penal han llevado a realizar una asimilación que plantea algunos problemas importantes. La semejanza más evidente es que una vez que se ha aportado prueba de cargo contra el acusado, de tal modo que pueda desvirtuar la presunción de inocencia, es al acusado a quien le corresponde la prueba de lo contrario¹⁷³. De este modo, el cumplimiento de la carga de la prueba por la acusación implica su traspaso al acusado, ya que la propia dinámica procesal determina que la carga de la prueba vaya trasladándose de una parte a la otra durante toda la fase de juicio, conforme cada una de ellas va

¹⁷¹ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 307. Vid. al respecto *supra*, capítulo II.

¹⁷² Como puso de manifiesto ILLUMINATI, una transposición automática de este tipo encierra no pocas dificultades, comenzando por las importantes diferencias estructurales entre el proceso civil y el proceso penal, de tal forma que para ello sería necesario degradar la fase de instrucción al carácter de fase meramente administrativa. ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza...*, ob. cit., pp. 101 y ss. Vid. también MELCHIONDA, A., “Studio sull'onere della prova...”, ob. cit., p. 191.

¹⁷³ Vid., entre otros, GUERRA SAN MARTÍN, J., BELLOCH JULBE, J.A. y TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, E., “El derecho a la presunción...”, ob. cit., p. 1188.

practicando las pruebas conducentes a la acreditación de sus respectivas posiciones en el proceso. Es precisamente lo mismo que sucede en el proceso civil: la distribución de la carga de la prueba implica que es el actor quien tiene que aportar en primer lugar las pruebas conducentes a acreditar los hechos constitutivos de su pretensión; una vez que lo ha hecho, es entonces el demandado quien asume la carga de probar los hechos que le son favorables¹⁷⁴. Téngase en cuenta que, en ambos casos, no tiene sentido hablar de una carga inicial del demandado o del acusado pues, especialmente en el caso del proceso penal, existe una presunción de no participación del acusado en los hechos delictivos, lo que supone que es la acusación quien tiene que desvirtuar tal presunción. Una vez que ello sucede, la carga de la prueba de lo contrario –o de algún hecho que extinga o atenúe la responsabilidad- le corresponde al acusado y, si éste cumple tal carga, entonces la acusación vuelve a tener la carga de la prueba de la culpabilidad, y así sucesivamente¹⁷⁵.

La diferencia entre ambos sistemas radica fundamentalmente en la existencia de determinados mecanismos de inversión de la carga de la prueba en el proceso civil. Mientras en el orden penal está vetada toda regla que invierta la carga de la prueba a favor de la acusación (es decir, todas las que impongan la iniciativa probatoria al acusado de tal forma que la acusación pueda permanecer inactiva), en el proceso civil se puede dar la situación en que el actor se vea liberado de la

¹⁷⁴ “Es pues, el demandante quien siempre se presenta primero a nuestras miradas, ya que es él quien corre el mayor riesgo. ¿Por qué? Porque se espera siempre que, por su parte, tenga algo que probar y que si no prueba nada no puede salir del juicio sin una pérdida mayor o menor; mientras que por parte del demandado puede suceder que salga de la lucha con éxito sin haber probado nada, sin siquiera haber tratado de probar, sin hacer otra cosa que negar formalmente la proposición del demandante”. BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas...*, ob. cit., p. 446.

¹⁷⁵ Precisamente, MALINVERNI entiende que la expresión “hasta sentencia firme” que contiene el artículo 27.2 de la Constitución italiana debe entenderse en este sentido, esto es, que el traspaso de la carga de la prueba de una a otra parte se produce hasta ese momento. MALINVERNI, A., “La sentenza di non luogo a procedere ed i problemi della prova”, en *Giustizia Penale*, 1992, pp. 195-196. Para dar cuenta de esta situación, MALINVERNI llega a señalar que el recorrido de la carga de la prueba en el proceso penal puede entenderse como el de la pelota en un partido de tenis. MALINVERNI, A., “Regole probatorie...”, ob. cit., p. 3.



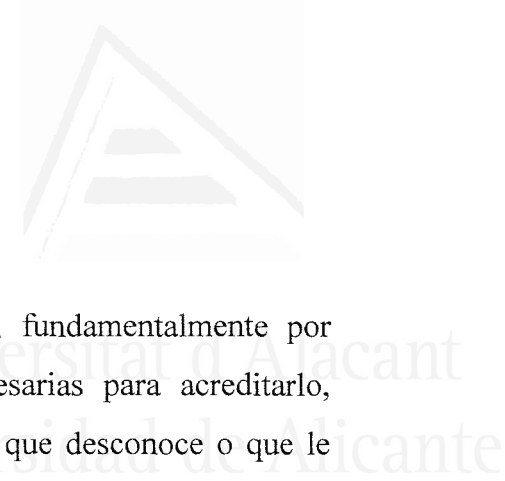
prueba y sea el demandado quien tenga que acreditar los hechos conducentes a su absolución. Piénsese en la alteración de la distribución del *onus probandi* que puede producirse mediante el empleo de verdades interinas o presunciones aparentes. En estos casos, salvo que se aporte prueba en contrario, la parte favorecida por ellas no sólo ve facilitada su actividad probatoria respecto al hecho presumido, sino que se le exonera de acreditar circunstancia alguna que haga referencia o esté relacionada con él. A diferencia de lo que ocurre con las presunciones en sentido estricto, el hecho se presume sin necesidad de aportar prueba al respecto y es por ello por lo que algunos autores las denominan *verdades interinas*: mientras no se pruebe lo contrario, se presume su veracidad¹⁷⁶.

El mismo resultado alcanzado por éstas se produce cuando se establece una regla legal, judicial o convencional que exonera a una de las partes de la prueba de un determinado hecho, cargando a la otra con la prueba del contrario. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto de responsabilidad extracontractual en el que la culpa del agente productor del daño es considerada objetiva. Esta objetivación provoca la exoneración a favor de la parte actora de la prueba de la negligencia que necesariamente ha de concurrir para que la pretensión sea estimada, recayendo sobre el demandado la carga de acreditar que su actuación fue diligente.

Como es sabido, se entiende que, con carácter general, no puede cargarse al demandante con la prueba de la inexistencia de los hechos que impiden, extinguen o excluyen la relación jurídica que aduce como base de su pretensión. Se dice que la prueba de todos estos extremos haría prácticamente imposible que cualquier pretensión fuera estimada, pues la experiencia indica que su prueba le resulta más fácil al demandado¹⁷⁷. No obstante, en determinados supuestos, las circunstancias concurrentes pueden hacer aconsejable que sea el actor quien verifique que no se

¹⁷⁶ Respecto de este tipo de presunciones, vid. *supra*, capítulo I.

¹⁷⁷ DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M.A., *Lecciones de Derecho Procesal*, Promociones Publicaciones Universitarias, 2ª ed., Barcelona, 1984, p. 239.



produce hecho alguno que desnaturalice su pretensión, fundamentalmente por encontrarse más cercano a las fuentes de prueba necesarias para acreditarlo, evitando así que el demandado tenga que probar hechos que desconoce o que le situarían ante una *probatio diabolica*. Éste es el fundamento al que responde una gran parte de los supuestos de inversión de la carga de la prueba en el proceso civil.

Si se piensa, por ejemplo, en una regla que presume la existencia de un hecho impeditivo de la pretensión del actor, no es difícil imaginar cuál será la consecuencia inmediata que se produce: mientras el demandado resulta favorecido por la presunción, el demandante tendrá que probar que no se produce ese hecho, es decir, lo que normalmente actúa como hecho impeditivo, pasa a considerarse -su inexistencia- como hecho constitutivo de la pretensión aducida¹⁷⁸.

En el caso analizado, como se ha visto, la exoneración no produce, a su vez, una alteración en la iniciativa probatoria, pues sigue siendo el demandante quien, en primer lugar, ha de aportar el material probatorio al proceso. No obstante, cuando la presunción aparente o la regla a la que se hacía referencia es favorable al actor, de modo que la carga de la prueba de la inexistencia o inexactitud de los

¹⁷⁸ Dice CABEZUDO RODRÍGUEZ que, en estos casos, se produce una reasignación de la carga de la prueba. De este modo, “al actor le correspondería la prueba de la inexistencia de elementos impeditivos, extintivos o excluyentes del supuesto de hecho, ya que al operar la inversión éstos habrían mutado su naturaleza originaria transformándose en constitutivos, y viceversa en lo que respecta al demandado”. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 52, 1998, p. 274. Dejando de lado la cuestión de saber si este fenómeno constituye o no una inversión de la carga de la prueba, se produce un cambio en los hechos que cada parte tiene que probar, pero ello no viene dado por una mutación en la naturaleza de los mismos. Lo que ocurre, sin embargo, es que los hechos que normalmente –pero no de modo necesario- actúan con carácter impeditivo, extintivo o excluyente pasan a considerarse como hechos constitutivos. Pero ello no implica que posean una naturaleza originaria que ahora se ve alterada, sino únicamente que en atención a una determinada pretensión dichos elementos tienen carácter constitutivo, del mismo modo en que en atención a otra pretensión pueden actuar como impeditivos, extintivos o excluyentes. Así, si se piensa en el caso de la fuerza mayor, ésta, normalmente, actúa con carácter impeditivo. No obstante, puede suceder que en relación con una pretensión concreta sea el actor quien tenga que probar que ésta no se produjo, pero lo único que ocurre es que en este caso la fuerza mayor -su inexistencia- actúa como hecho constitutivo, aunque normalmente lo haga como hecho impeditivo. Vid., más ampliamente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La carga de la prueba y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La Ley*, núm. 5362, 30 de julio de 2001, p. 6.

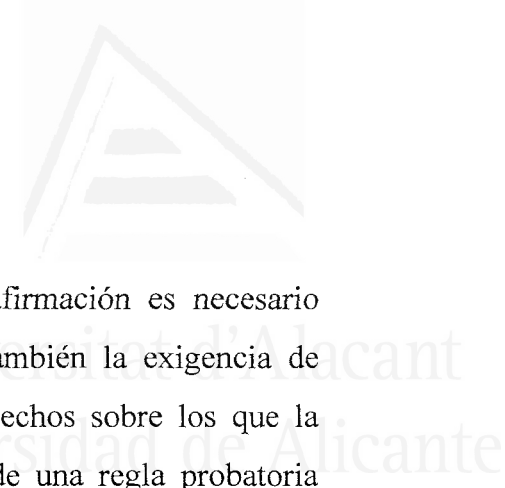


hechos constitutivos la tiene el demandado, no sólo se está produciendo una exoneración de prueba favorable al demandante, sino también un cambio en la iniciativa probatoria, que ahora le corresponde al demandado.

En síntesis, la exoneración de la carga de la prueba favorable a una de las partes en el proceso civil puede ser la consecuencia de alguno de los procedimientos analizados: en primer lugar, de reglas que atribuyan la carga de la prueba de un hecho a la parte que, en aplicación del artículo 217 LEC, no tenía la responsabilidad de hacerlo y, en segundo lugar, de presunciones de hechos que cargan a la parte perjudicada con ellas con la verificación del hecho contrario al presumido. En ambos casos puede producirse, aunque no necesariamente, un cambio en la iniciativa probatoria, si es el demandado quien tiene que probar la inexistencia de hechos desfavorables que se presumen ciertos. Circunstancia ésta que, en modo alguno, como es sabido, es viable en el proceso penal.

Otra semejanza importante entre los mecanismos de distribución de la carga de la prueba en el proceso civil y en el proceso penal es que, en ambos, la carga de la prueba formal y la carga de la prueba material adquieren contenidos diversos y no se implican mutuamente¹⁷⁹. Así, aunque en el proceso penal el riesgo de la insuficiencia de prueba recae en todo caso, como se ha visto, sobre la acusación, ello no implica que todos los hechos relativos a la culpabilidad –positivos o negativos- tengan que ser acreditados sobre la base de pruebas aportadas también

¹⁷⁹ Los estudios realizados en el ámbito del Derecho Probatorio anglosajón coinciden en señalar que, junto con la carga principal de convencer al órgano jurisdiccional de los hechos en los que se fundamenta la pretensión, es posible entender que las partes tienen también la carga de aportar los medios de prueba necesarios para mostrar, *prima facie*, que su pretensión está fundamentada. Como ya se tuvo ocasión de analizar, la llamada *evidential burden* en los países del *common law* viene a coincidir con la carga de la prueba formal en los países con un sistema jurídico de corte continental. Ciertamente, en ambos casos, la carga que pesa sobre la parte no implica en modo alguno la necesidad de convencer al órgano jurisdiccional de la realidad de los hechos sobre los que recae la actividad probatoria. Por el contrario, la única función de esta manifestación de la carga de la prueba es indicar la parte que debe aportar medios de prueba dirigidos a acreditar los hechos. El hecho de que tenga que convencer al órgano jurisdiccional y, en su caso, cuáles son las consecuencias de no conseguirlo, es una exigencia de la carga de la prueba material (*legal burden*



por la acusación. Para comprender el alcance de esta afirmación es necesario recordar que la carga de la prueba formal no supone también la exigencia de convencer al órgano jurisdiccional de la verdad de los hechos sobre los que la prueba recae, sino que se trata única y exclusivamente de una regla probatoria relativa a quién tiene que introducir los medios de prueba conducentes a acreditar los hechos. En otras palabras, el cumplimiento de la carga de la prueba formal no implica necesariamente la evitación del riesgo de la falta de prueba. Esta diferencia sustancial entre carga de la prueba formal y material la expresa con suma claridad DÍAZ CABIALE: “mientras que la primera se levanta con la mera actividad, la segunda sólo se alza con un resultado determinado, imprevisible de antemano en cuanto al elemento psicológico de convencimiento del Juez que supone la actividad probatoria”¹⁸⁰.

Se producen, pues, dos situaciones que –tanto en el proceso civil como en el proceso penal- dan cuenta de la inexistencia de una relación necesaria entre carga de la prueba formal y carga de la prueba material o regla de juicio¹⁸¹: por un lado, es posible que el cumplimiento de la carga de la prueba formal no sea suficiente para conseguir una sentencia favorable, ya que los medios de prueba aportados pueden no ser suficientes para lograr el convencimiento judicial y, por otro lado, se puede producir la situación inversa, esto es, que el hecho de no aportar suficientes medios de prueba para convencer al órgano jurisdiccional no implique necesariamente que la parte fracase en la consecución de su objetivo, pues su actividad probatoria puede verse completada por la actividad probatoria de la otra parte (como consecuencia del principio de adquisición procesal) o por la prueba practicada de oficio (en el ejercicio de las facultades probatorias atribuidas principalmente por los arts. 435.2 LEC y 729.2º LECrim, respectivamente).

en el Derecho anglosajón) que, como se vio, determina a quién debe perjudicar la resolución judicial en el caso de que un determinado hecho haya quedado incierto.

¹⁸⁰ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte...*, ob. cit., p. 456.

¹⁸¹ Vid. TONINI, P., “La prova...”, ob. cit., p. 550.

La diferencia con el proceso civil radica en que la carga de la prueba formal en el proceso penal es una carga que podría denominarse “imperfecta”, por cuanto su incumplimiento no implica indefectiblemente que la parte vea rechazada su pretensión, especialmente como consecuencia de los poderes probatorios del juez penal¹⁸². Sin embargo, en el proceso civil, aunque también se le conceden facultades probatorias al órgano jurisdiccional, éstas poseen un carácter todavía más excepcional por encontrarse sometidas a limitaciones todavía más restrictivas que las derivadas del art. 729.2º LECrim.

En definitiva, como puede apreciarse tras este estudio, aunque el mecanismo de distribución de la carga de la prueba en el proceso penal es sustancialmente similar al que se produce en el proceso civil, es necesario tener en cuenta que, al mismo tiempo, se producen importantes ajustes como consecuencia, fundamentalmente, de la vigencia en el proceso penal del derecho a la presunción de inocencia. Así, mientras en ambos órdenes cada parte tiene la carga de probar los hechos que le son favorables y de los que pretenda valerse, esta regla general debe ser matizada, puesto que, a diferencia del proceso civil, en el proceso penal está prohibida la aplicación de toda presunción que implique una inversión de la carga de la prueba, esto es, que conlleve la asunción por el acusado de la iniciativa probatoria.

En nada afectan a la distribución de la carga de la prueba las facultades probatorias del órgano jurisdiccional penal, pues su carácter residual y su utilización extraordinaria dan cuenta del protagonismo de las partes en la práctica de la prueba, situación ésta que se produce igualmente en el orden civil.

Por último, es necesario recordar que la diferencia realmente fundamental entre ambos órdenes jurisdiccionales reside en el nivel de prueba exigido a cada

¹⁸² PAULESU, P.P., “Presunzione...”, ob. cit., p. 687.



una de las partes y, con ello, en el contenido de la regla de juicio vigente en el proceso penal¹⁸³.

En síntesis, la principal diferencia que caracteriza la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal frente a los mecanismos establecidos en el proceso civil es la prohibición –consagrada a nivel constitucional en el art. 24.2 CE- de invertir la iniciativa probatoria en perjuicio del acusado, bien de forma directa, a través de reglas que inviertan dicha iniciativa, bien indirectamente, a través de presunciones que resulten contrarias a la presunción de inocencia.

¹⁸³ Cuestión ésta que fue analizada *supra*, capítulo IV.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONES

I. La finalidad de la prueba es la de establecer la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos alegados por las partes. Para que la decisión judicial se encuentre justificada es necesario que el órgano jurisdiccional esté convencido – tras una valoración racional de la prueba- de la existencia de una relación de correspondencia –a nivel aproximativo- entre dicha decisión y la real existencia de los hechos declarados probados.

II. El objeto de la prueba se halla integrado por el conjunto de hechos –o afirmaciones sobre los hechos- en torno a los cuales gira el proceso. No se encuentran integrados en dicho objeto los hechos notorios y los hechos favorecidos por una presunción, de modo que toda prueba que pretenda practicarse sobre los mismos deberá ser rechazada por no superar el test de utilidad. Por el contrario, y a diferencia del proceso civil, los hechos no controvertidos –a excepción de los resultantes de un acto de conformidad- deben ser objeto de prueba en la misma medida que los hechos controvertidos, como consecuencia de la obligación estatal de constatar todas las circunstancias relativas a la comisión del hecho delictivo. Las máximas de experiencia no son en caso alguno objeto de prueba en sentido estricto, aunque su aplicación depende de la existencia de una suficiente base fáctica que permita considerar que están bien fundadas y, por tanto, que son aplicables al supuesto de hecho enjuiciado y a casos sustancialmente similares.

III. Los hechos constitutivos de la pretensión penal –y, por tanto, integrantes del tema de prueba– serán todos aquéllos relativos a las circunstancias objetivas y subjetivas de la infracción penal, esto es, todos los que determinen la existencia del hecho típico, la participación del acusado, la relación de causalidad y, en su caso, la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad. Junto con los hechos *externos* en los que se traduce la conducta prevista en el Código Penal, es necesario que también los hechos *internos* sean objeto de prueba, entendiendo por tales los que determinan la culpabilidad en sentido jurídico-penal (por tanto, relativos al dolo y a la imprudencia como formas de culpabilidad, a la imputabilidad y a la exigibilidad). La fijación de los hechos internos, lejos de traducirse en un juicio de valor, tal y como lo ha venido caracterizando el Tribunal Supremo, constituye un problema de prueba, con independencia de las dificultades que pueda implicar su comprobación y que generalmente obligan a acudir a la prueba indiciaria.

IV. El tema de prueba en el proceso penal estará integrado, en su caso y junto con los hechos constitutivos, por los hechos que el acusado alegue en su defensa, que pueden ser de distintos tipos: a) impeditivos: hechos relativos a la inexistencia del hecho, a la no participación (coartada) o a la inexistencia de delito (ausencia de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad); b) modificativos: hechos que afectan a la tipicidad, sin llegar a excluirla, así como los que determinan la existencia de circunstancias atenuantes o eximentes incompletas; c) extintivos: hechos tales como la prescripción del delito o de la pena, la cosa juzgada o, en los delitos privados, el perdón del ofendido. La categoría de los hechos excluyentes, debido a la naturaleza pública de los intereses involucrados, no tiene cabida en el proceso penal.

V. La carga procesal se configura como un poder de ejercicio facultativo que se concede a las partes en el proceso, que les facilita, mediante la realización de la conducta prevista por la norma jurídica, la expectativa de obtener un efecto procesal favorable para sus intereses, y cuyo no ejercicio, lejos de tener como



reflejo una sanción jurídica, se traduce en la pérdida de una posibilidad procesal y, en último término, en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable. Las cargas procesales pueden ser *perfectas* o *imperfectas*, en atención a las consecuencias que se derivan de su no ejercicio: en el primer caso, la ausencia de actividad se traduce necesariamente en la pérdida del interés protegido, mientras que en el segundo caso dicho interés puede lograrse mediante otros mecanismos.

VI. La existencia de cargas procesales en el proceso penal se constata fácilmente a la vista de numerosas normas establecidas en la LECrim en las que se prevé la iniciativa de parte para la obtención de una ventaja procesal sin que se establezca sanción alguna para los supuestos de no ejercicio. Tal es el caso, entre otros muchos, de la solicitud de la medida de prisión provisional, la interposición de recursos legalmente establecidos frente a las resoluciones judiciales o la presencia del acusado en la fase de juicio en los casos en los que ésta no se configura como una obligación.

VII. La carga de la prueba puede definirse como un poder de ejercicio facultativo conferido a las partes para aportar pruebas relativas a los hechos objeto del proceso, conforme a las reglas de distribución establecidas por el ordenamiento jurídico, a fin de tutelar –si así lo desean– el derecho fundamental a la práctica de los medios de prueba pertinentes para la defensa; su no ejercicio puede comportar la aplicación de la regla de juicio correspondiente para determinar cuál de ellas debe resultar perjudicada por la falta de pruebas. Se trata de una carga procesal *imperfecta*: su no ejercicio no se traduce necesariamente en la ausencia o insuficiencia de prueba del hecho, sino que, por el contrario, éste puede ser acreditado por la contraparte (en virtud del principio de adquisición procesal) o, en determinados casos, su prueba puede venir de la mano de la actividad probatoria practicada de oficio por el órgano jurisdiccional.

VIII. La carga de la prueba se asocia a dos fenómenos que, en términos generales,



pueden considerarse correlativos: por un lado, a la actuación probatoria que deben llevar a cabo las partes (carga de la prueba *formal*) y, por otro lado, a las consecuencias derivadas de la falta de prueba (carga de la prueba *material*). Desde el primer punto de vista, la carga de la prueba se configura como una carga procesal más, quizás la más importante, integrada por normas que determinan qué hechos tiene que acreditar cada parte en el proceso; desde el segundo punto de vista, la carga de la prueba se refiere a las reglas que establecen el sentido que debe tener la resolución judicial cuando se produce una situación de *hecho incierto* tras la valoración de la prueba; función que, en el proceso penal, cumple el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ambas manifestaciones constituyen las dos caras de una misma moneda, pero tienen como destinatarios a distintos sujetos procesales y responden a fundamentos también distintos: en cuanto a sus destinatarios, la carga de la prueba formal está dirigida a las partes, mientras que la carga de la prueba material (o regla de juicio) tiene como destinatario principal al órgano judicial; en cuanto al fundamento, la carga de la prueba formal encuentra su razón de ser en la vigencia del principio de aportación de parte, mientras que la existencia de una regla de juicio se justifica en la necesidad de establecer las consecuencias que deben derivarse de una actividad probatoria insuficiente.

IX. La finalidad genérica del derecho a la presunción de inocencia es, en el contexto de las garantías procesales de carácter constitucional, ofrecer un marco de inmunidad frente a ataques indiscriminados provenientes del Estado, garantizando de este modo un justo equilibrio de los diversos intereses implicados en el proceso penal y un límite esencial a las relaciones entre el individuo y el poder estatal. Se trata de un derecho que informa la estructura misma del proceso como mecanismo previsto para el ejercicio del *ius puniendi*. Su contenido primario, constituido por la necesaria consideración del sujeto pasivo del proceso (a título de verdad interina que es necesario enervar) como no partícipe en unos hechos delictivos, se proyecta decididamente sobre todos los momentos procesales a distintos niveles. Ciertamente, una de sus principales implicaciones es la de constituir el principio



rector de la carga de la prueba en el proceso penal, pero su incidencia va mucho más allá, constituyendo también una regla de tratamiento del imputado y una regla probatoria.

X. La presunción de inocencia encuentra tres manifestaciones fundamentales en el proceso penal: Como regla de tratamiento del imputado o acusado, este derecho incide sobre las condiciones en las que deben adoptarse medidas cautelares sobre quien no ha sido condenado mediante sentencia firme. Como regla probatoria, actúa determinando los requisitos que ha de reunir la actividad probatoria necesaria para dictar sentencia condenatoria, que se concretan en la necesidad de que exista suficiente prueba de cargo aportada por la acusación y practicada con todas las garantías. El establecimiento de límites a la prohibición de valorar actos de prueba obtenidos indirectamente con vulneración de derechos fundamentales prevista en el art. 11.1 LOPJ (como sucede con las exigencias –todavía hoy poco precisas– derivadas de la teoría de la “conexión de antijuridicidad” elaborada por el Tribunal Constitucional en la STC 81/1998, de 2 de abril), minimiza significativamente el alcance de la presunción de inocencia en su manifestación de regla probatoria. Por último, como regla de juicio aplicable cuando no ha quedado suficientemente acreditada la culpabilidad del acusado, la presunción de inocencia ha venido a ocupar el importante lugar que, con anterioridad a su reconocimiento constitucional, ocupaba el principio *in dubio pro reo*, de modo que no cabe hablar de su autonomía conceptual frente a este macroderecho. Siendo así, la regla de juicio penal ha alcanzado el rango de derecho fundamental, con todas las consecuencias inherentes a tal consideración.

XI. La presunción de inocencia como regla de juicio obliga al tribunal, en primer lugar, a dictar una sentencia absolutoria cuando los hechos inciertos sean los constitutivos de la pretensión penal. Cuando la duda recaiga sobre alguna agravante, la condena irá referida exclusivamente al tipo básico. Cuando la incertidumbre sea relativa a alguna de las circunstancias de descargo, la sentencia habrá de ser igualmente absolutoria, pues no cabe la condena cuando no se ha



logrado demostrar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, y ello frente a la solución adoptada habitualmente por nuestros tribunales y en atención a las previsiones establecidas en la LOTJ y en ordenamientos de nuestro entorno, como sucede en el cpp italiano de 1988. Cuando se trate de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (atenuantes y eximentes incompletas), la duda racional debiera traducirse, en consecuencia, en la disminución de la pena correspondiente a su participación en la actuación delictiva. Se trata, en definitiva, de una regla de juicio sustancialmente distinta a la prevista en el proceso civil, puesto que el estado de duda beneficia en todo caso al acusado y, por tanto, lejos de tratarse de una distribución equitativa, la regla de juicio es correlativa a los distintos grados de prueba que debe exigirse a cada una de las partes a merced del estándar de prueba anglosajón *más allá de toda duda razonable*, incorporado a nuestro sistema jurídico por la jurisprudencia.

XII. La protección integral del derecho a la presunción de inocencia requiere la existencia efectiva del doble grado de jurisdicción penal de modo tal que se garantice un nuevo enjuiciamiento de los hechos por un tribunal superior. Resulta pues necesario adecuar los procedimientos penales a lo previsto en los artículos 73.3 c) y 64 bis LOPJ, introducidos por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, dando así cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España en el terreno de las garantías jurisdiccionales penales.

XIII. La valoración de la prueba debe someterse a las exigencias del razonamiento inductivo como garantía de legitimidad de las decisiones judiciales frente a la arbitrariedad. Dicha actividad ha de ajustarse a unos criterios mínimos de racionalidad, plenamente aceptados por la jurisprudencia y que vienen a coincidir con los que el Tribunal Constitucional exige para la valoración de la prueba indiciaria: 1) Que las premisas -elementos probatorios en los que se base la decisión- sean fiables, plurales y pertinentes; 2) Que la conclusión del razonamiento se alcance exclusivamente a partir de los datos probatorios que han sido tomados en consideración y gracias a la aplicación de una máxima de



experiencia que se encuentre bien fundada; y 3) Que la conclusión sea incompatible con otras conclusiones alternativas basadas en máximas de experiencia que se consideren igualmente fundadas o con otros hechos o datos considerados probados. Tales criterios se ponen también de manifiesto en el conjunto de reglas –en todo caso de carácter orientativo- establecido por la jurisprudencia para valorar la suficiencia de determinados medios de prueba como elementos de cargo (así sucede con algunos de los medios de prueba de carácter personal: declaraciones del coimputado, de la víctima o de testigos de referencia).

XIV. La presunción de inocencia no impide que el acusado pruebe los hechos en los que se sustenta su defensa, pues le asiste el derecho a la contraprueba, que podrá ejercitar en cualquier momento del procedimiento, pero que se convierte en una carga cuando la acusación ha logrado aportar pruebas incriminatorias más allá de toda duda razonable. Lo que impide la presunción de inocencia es la existencia de otras presunciones que inviertan la necesaria iniciativa probatoria de la acusación en detrimento de la defensa.

XV. El Ministerio Fiscal, como parte en el proceso, ostenta y ejercita derechos, posibilidades, cargas y obligaciones en los mismos términos que el resto de partes intervinientes, con el objetivo de obtener una resolución judicial que satisfaga la pretensión planteada, aunque ésta no sea de su titularidad y su actuación se rija por los principios de imparcialidad y legalidad.

XVI. La iniciativa probatoria conferida como una facultad al órgano jurisdiccional encargado del conocimiento de la fase de enjuiciamiento no impide la existencia de la carga de la prueba formal en el proceso penal. Reconocida por el propio Tribunal Constitucional su legitimidad e, incluso, la necesidad de ejercitar en ocasiones las facultades previstas en el art. 729.2º LECrim, dicho ejercicio tiene en todo caso carácter excepcional y no puede utilizarse con la finalidad de subsanar la ausencia de actividad de las partes, pues ello pondría en serio peligro la imparcialidad judicial en su vertiente objetiva. El ejercicio de estas facultades jurisdiccionales

incide, exclusivamente, en la consideración de la carga de la prueba como una carga procesal imperfecta, lo que se produce tanto en el proceso civil como en el proceso penal. Por ello, en ambos casos, la carga de la prueba formal y la carga de la prueba material no se implican necesariamente, ya que el no ejercicio de la carga de la prueba formal no supone en todo caso que la parte vaya a sufrir las consecuencias de su inactividad, pues éstas pueden verse paliadas por la actuación probatoria de la otra parte o, excepcionalmente, del órgano jurisdiccional.

XVII. Las reglas que rigen la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal son sustancialmente similares a las que rigen en el proceso civil, si bien con la particularidad, derivada del derecho a la presunción de inocencia, de que la iniciativa probatoria corresponde, en todo caso y sin excepción, a las partes acusadoras. En consecuencia, no cabe establecer regla alguna –de origen legal o jurisprudencial- que conlleve una inversión de esta iniciativa. En el proceso penal no son de aplicación, pues, presunciones o principios como los de facilidad o disponibilidad probatoria propios de la distribución de la carga de la prueba que se realiza en el proceso civil en atención a criterios basados en un trato igualitario a las partes. No obstante, una vez que la acusación ha aportado pruebas suficientes de la culpabilidad, si el acusado quiere obtener una sentencia favorable tendrá que ejercitar su derecho a la prueba, como consecuencia de recaer sobre él, en estos casos, la carga de la prueba.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J., “De nuevo sobre «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica»”, en *Jueces para la Democracia*, núm.46, marzo 2003.

- “Nota sobre «Presunciones» de Daniel Mendonca”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1999, núm. 22.

AIMONETTO, M. G., “Persistente debatito sul dubbio in materia di scriminanti”, en *Giurisprudenza italiana*, 1981, vol. II.

ALAMILLO CANILLAS, F., “La presunción de inocencia y el recurso de casación penal”, en *La Ley*, 1983, Tomo I.

ALBAMONTE, A., “L’onere probatorio ed il processo penale”, en *La giustizia penale*, 1973, parte terza.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., “El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas”, en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974.

- “Legítima defensa y proceso” (1965), en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974.

- “Lo que debe ser el Ministerio Público”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1934.

ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación en el proceso penal*, Ed. DYKINSON, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Introducción a BECCARIA BONESANA, C., *Tratado de los delitos y de las penas* (Trad. por De las Casas, J.A.; Introducción de Álvarez García, F.J.), Ed. Comares, Granada, 1996.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, núm. 12, 1992.

- “Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos)”, en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, núm. 49, 1998.

- “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en *Detención y prisión provisional, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

- “Sobre democracia y justicia penal”, en *Symposium Internacional sobre la transformación de la justicia penal en la República Argentina*, Presidencia de la Nación (Consejo para la consolidación de la democracia), Tomo II, 1989.

- “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo/2003.

- “Sobre prueba y proceso penal”, en *Discusiones*, núm. III, 2003.

ARAZI, R., *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1986.

ARMENTA DEU, T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, núm. 58, 2000 (II).



- *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- “Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 2.
- *Principio acusatorio y derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

ASENCIO MELLADO, J. M.^a, “Cien años de Derecho Procesal en España”, en VV. AA., *El Derecho español en el siglo XX*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

- *Derecho Procesal Civil. Parte Primera, Ley 1/2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Derecho Procesal Penal*, 2^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2^a ed., Valencia, 2002.
- *La prisión provisional*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- “La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo”, en *El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2”, en *Poder Judicial*, 2^a época, núm. 4, diciembre 1986.
- “Los presupuestos de la prisión provisional”, en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995.
- “Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 2, octubre 2003, disponible en el Portal Jurídico Iustel (www.iustel.com).

- “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V.
- *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1991.
- (con GIMENO SENDRA, V. (dir.), LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., ORTELLS RAMOS, M. y PEDRAZ PENALVA, E.), *Proceso Civil Práctico*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, vols. III (arts. 206 a 280) y IV (arts. 281 a 386).
- *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Ed. Trivium, Madrid, 1989.

ASSALIT VIVES, J. M.^a, “Interrogatorio por el tribunal penal en el juicio oral y búsqueda de la verdad”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, núm. 1.

ASÚA BATARRITA, A., “Reivindicación o superación del programa de BECCARIA”, en VV. AA., *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.

ATIENZA, M. (con RUIZ MANERO, J.), *Las piezas del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

- “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994.

AUGENTI, G. P., *L'onere della prova*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1932, pp. 131 y ss.

- “Onere di prova e processo penale”, en *Rivista Penale*, 1930.

BACIGALUPO ZAPATER, E., “Doble instancia y principio de inmediación (a propósito de la llamada “doble instancia”)”, en *Actualidad Penal*, 2002, núm. XII.



- “El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”, en *Actualidad Penal*, 2002, núm. XXXIX.

- “La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal”, en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 4, diciembre 1999.

- “Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fasc. II, mayo-agosto 1988.

BARGI, A., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Jovene editore, Napoli, 1990.

BARONA VILAR, S., “Medidas alternativas a la prisión provisional”, en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995.

BARTELS, R. D., “Punishment and the burden of proof in criminal cases: a modest proposal”, en *Iowa Law Review*, núm. 66, 1981.

BAUDI, A., “Riflessioni sul concetto di prova penale”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 1998.

BELDA, E., “Sobre el derecho a la presunción de inocencia. Satius est impunitum relinqui facinus nocentes quam innocentem damnari (Ulpiano). Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, Tomo III.

BELLOCH JULBE, J. A., “Algunas precisiones en torno a la «presunción de inocencia»”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 22, enero-febrero 1985.

- “La prueba indiciaria”, en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

BELTRÁN NÚÑEZ, A., “La prueba de defensa”, en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

BENÉYTEZ MERINO, L., “Juicio de valor y jurisprudencia”, en *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 19, septiembre 1990.

BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales* (Trad. por Ossorio Florit, M.), Ed. Comares, Granada, 2001.

BETTIOL, G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 5ª ed., Ed. CEDAM, Padova, 1993.

- “La regola in dubio pro reo nel diritto en el processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto Processuale*, 1937.

- “Presunzioni ed onere della prova nel processo penale”, en *Rivista italiana di Diritto Processuale*, 1936.

BETTIOL, R., “Note in tema di prova insufficiente e contraddittoria e limiti alla revisione”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 1990, núm. 4.

BLANC ALTEMIR, A., “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en BLANC ALTEMIR, A. (Editor), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

BOJCZUK, W., *Evidence textbook*, 5ª ed., HLT Publications, London, 1993.

BORRAJO INIESTA, I., “La prueba debe practicarse en el juicio oral: titubeos y dificultades para observar el derecho a ser presumido inocente en el proceso penal”, en *Tribunales de Justicia*, 1997, núm. 7.

BOUZAT, A. y CANTARO, A. S., “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”, en *Discusiones*, núm. III, 2003.

BRICHETTI, G., *La evidencia en el Derecho Procesal Penal* (Trad. por SENTÍS MELENDO, S.), Ed. EJEA, Buenos Aires, 1973.

BRIOSO DÍAZ, J., “El fiscal ante la denegación en juicio de una prueba esencial para determinar la culpabilidad o inocencia de un acusado”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, 1995, núm. 2.

BÜLOW, O., *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868) (trad. por De Rosas Lichtschein, M.A.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.

CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Ed. Trivium, Madrid, 1992.

- “Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio”, en *Justicia*, 1991, núm. III.
- “Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil”, en *Actualidad Civil*, 1996, núm. 15.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 52, 1998.

CAFFERATA NORES, J. I., *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

CALAMANDREI, P., *Estudios sobre el Proceso Civil* (Trad. por Sentís Melendo, S.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.

- “Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti” (1928), en *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965.
- “Il giudice e lo storico” (1939), en *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965.
- “Il processo come giuoco” (1950), en *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965.

- “Il processo come situazione giuridica” (1927), en *Opere Giuridiche*, Vol I, Morano Editore, Napoli, 1965.
- “Per la definizione del fatto notorio” (1925), en *Opere Giuridiche*, Vol. V, Morano Editore, Napoli, 1972.

CALVO CABELLO, J. L., “La valoración de la prueba en el juicio oral”, en *La prueba en el proceso penal II, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, núm. IX.

CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal español (Parte especial)*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

CARNELUTTI, F., *Cómo se hace un proceso*, Ed. Colofón, México DF, 6ª ed., 2002.

- “Confutazione logica del proscioglimento per insufficienza di prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1963.
- *Instituciones del proceso civil* (Trad. por SENTÍS MELENDO, S.), Ed. EJEA, Buenos Aires, 1973.
- *La prueba civil* (Trad. por Alcalá-Zamora y Castillo, N.), 2ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
- *Lezioni di diritto processuale civile* (1926), Ed. CEDAM, Padova, 1986.
- “Prove civili e prove penali”, en *Studi di Diritto Processuale*, Ed. CEDAM, Padova, 1925.
- *Teoría general del Derecho* (Trad. por Osset, F.J.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.



CARRARA, F., *Opúsculos de Derecho Criminal* (Trad. por Ortega Torres, J.J. y Guerrero, J.), Vol. V, Ed. TEMIS, 2ª ed., Bogotá, 1980.

- *Programa de Derecho Criminal. Parte General* (Trad. por Ortega Torres, J.J. y Guerrero, J.), Vol. II, Ed. TEMIS, 3ª ed., Bogotá, 1979.

CARRIÓ, G. R., *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

CATALANO, E. M.^a, “L’ accertamento dei fatti processuali”, en *L’ indice penale*, mayo-agosto 2002, núm. 2.

- *La prova d’ alibi*, Giuffrè editore, Milano, 1998.

CAVALLONE, B., “Sulle prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979.

CAZORLA PRIETO, S., “Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1998.

CEDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, núm. 10.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 5º ed., Valencia, 1999.

COHEN, J. N., “The reasonable doubt jury instruction: giving meaning to a critical concept”, en *American Journal of Criminal Law*, núm. 22, 1995.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dirs.), *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas. Comentarios*,

Jurisprudencia y Formularios a las reformas de la LECrim hechas por las LL.OO. 7, 8 y 9/2002, 1/2003 y por la Ley 38/2002, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

COOPER, S., MURPHY, P. y BEAUMONT, J., *Case and materials on evidence*, 2ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1994.

CORBAL FERNÁNDEZ, J. E., “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, núm. XXXIV, 1993.

CORDERO, F., *Il giudizio d'onore*, Ed. Giuffrè, Milano, 1959.

CORDÓN MORENO, F., “En torno a los poderes de dirección del juez civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1979.

- *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Elcano, 1999.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, núms. 2-3.

- “Comentario al artículo 1214”, en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- (con GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal Civil*, Ed. Colex, Madrid, 1996.

COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

CRESPI, A., “Regole di giudizio e dubbio sulle scriminanti”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 134.

CROSS, R. y TAPPER, C., *On evidence*, 9ª ed., Ed. Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999.

CUERDA RIEZU, A., “Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, Tomo III.

CHIAVARIO, M., *La Convención Europea de los derechos del hombre en el sistema de las fuentes normativas en materia penal*, Ed. Giuffrè, Milano, 1969.

- “La presunción de inocencia en la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre”, en VV. AA., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, Vol. II, Ed. Giuffrè, Milano, 2000.

- “Presunción de inocencia y derecho de defensa en el pensamiento de Francesco Carrara”, en VV. AA., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno Internazionale, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil* (Trad. de la 3ª ed. italiana por Casais y Santaló, J.), Ed. Reus, Madrid, 1977.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (con ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J Y TOMÉ GARCÍA, J. A.), *Derecho Procesal Penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 4ª ed., Madrid, 1999.

- (con FERNÁNDEZ, M.A.), *Lecciones de Derecho Procesal*, Promociones Publicaciones Universitarias, 2ª ed., Barcelona, 1984.

- “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, septiembre 2003, núm. 8-9.

DE LA ROSA CORTINA J. M., “Los principios del Derecho procesal penal de menores”, en *Tribunales de Justicia*, 2003, núm. 11.

DE MORAES ROCHA, J.L. y CONDE CORREIA, J., “Sistema de procedimiento penal portugués”, en *Sistemas Penales Europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2002.

DE PAUL VELASCO, J. M., “Instrucciones al Jurado. Observaciones prácticas con alguna incursión teórica”, en *Problemas del juicio oral con Jurado*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Madrid, 1999.



DE URBANO CASTRILLO, E., “El principio de contradicción en el proceso penal”, en *La Ley*, núm. 5474, 4 de febrero de 2002.

DE VEGA RUIZ, J. A., “La presunción de inocencia hoy”, en *Justicia*, 1984, núm. 1.

- *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Ed. COLEX, Madrid, 1994.

DEL MOLINO, M.^a S., “La presunción de inocencia como derecho constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, núm. 3.

DELMAS-MARTY, M. (Dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, (Trad. por MORENILLA ALLARD, P.), Ed. Edijous, Zaragoza, 2000.

DENNIS, I. H., *The law of evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2^a ed., 2002.

DEVIS ECHANDÍA, H., “Objeto, tema o necesidad, fin y resultado de la prueba”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1965, núm. 4.

- “Principios fundamentales de Derecho Procesal Penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1982, núm. 4.

- *Teoría General de la prueba judicial*, Ed. Víctor P. de Zavalía, 3^a ed., Buenos Aires, 1974, Vol. I.

DIAMOND, H. A., “Reasonable doubt: to define or not to define”, en *Columbia Law Review*, 1990.

DÍAZ CABIALE, J. A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

- (con MARTÍNEZ MORALES, R.) “La teoría de la conexión de antijuricidad”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 43, 2002.

- *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Ed. Comares, Granada, 1996.

DÍAZ DE LEÓN, M. A., *Tratado sobre las pruebas penales*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1988.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos”, en *La Ley*, 2004, Tomo 1.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Vol. I, Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24: garantías procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Ed. EDERSA, Madrid, 1996.

- (con BORRAJO INIESTA, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.), *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación* (Trad. por Banzhaf, T.A.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

DOIG DÍAZ, Y., “La motivación del veredicto en el Tribunal del Jurado”, en *La Ley*, núm. 5894, 17 de noviembre de 2003.

DOMINIONI, O. (con ALESSANDRI, A., FIANDANCA, G., MERUSA, F. y CLARICH, M.), *Raporti civili (comentario della Costituzione), articoli 27-28*, Zanichelli Editore, Bologna, 1991.

ECHARRI CASI, F. J., “La “prueba” sobre la prueba. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 207/2002, de 11 de noviembre”, en *La Ley*, núm. 5710, 3 de febrero de 2003.

ELLERO, P., *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* (Trad. por POSADA, A.), 7ª ed. española, Ed. REUS, Madrid, 1980.

EPIDENDIO, T., “Le cause di non punibilità in senso lato como oggetto di prova nel cpp 1930 e nel cpp 1988”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, núm. 2.

ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del debido proceso*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Ed. BOSCH, Barcelona, 1990.

- “Reglas de la sana crítica y casación (sobre la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1991, núm. 1.

FENECH, M., *Curso elemental de Derecho Procesal Penal. Desarrollo sistemático del Derecho positivo español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1945.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “La prisión provisional”, en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial (Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia)*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985.

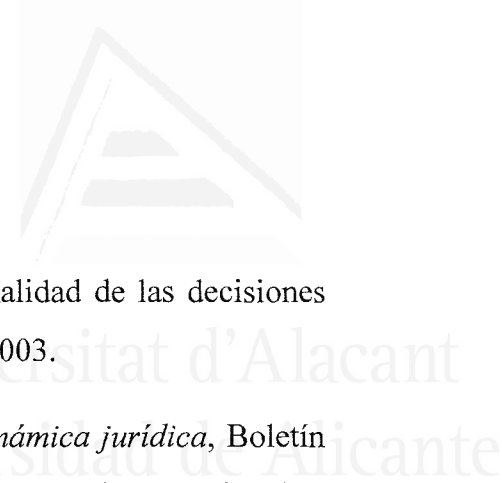
- “La reforma por entregas (“Nuevos” rumbos de la política criminal)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La carga de la prueba y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La Ley*, núm. 5362, 30 de julio de 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. de Andrés Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón Mohino, J.C., Terradillos Basoco, J. y Cantarero Bandrés, R.), Ed. Trotta, Madrid, 1995.

- “Il giudizio penale”, en NICOSIA, S. (coord.), *Il giudizio. Filosofia, teologia, diritto, estetica*, Carocci Editore, Roma, 2000.



FERRER BELTRÁN, J., “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio 2003.

- *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

- *Prueba y verdad en el Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

FERRI, E., *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia* (Trad. Por Rodríguez Muñoz, J. A.), Ed. Reus, Madrid, 1933.

FERRUA, P., “Contradittorio e verità nel processo penale”, en GIANFORMAGGIO, L. (Coord.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Ed. Giappichelli, Torino, 1993.

- “I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni Unite e dogmatismo della Corte Costituzionale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994.

FIGUERUELO, A., *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Ed. Biblioteca nueva, Madrid, 2001.

FLETCHER, G. P., *Conceptos básicos de Derecho Penal* (Trad. Por Muñoz Conde, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FLORIAN, E., *Delle prove penali*, Istituto Editoriale Cisalpino, 3ª ed., Varese-Milano, 1961.

FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 1991.

- “La exigencia de la doble instancia en el proceso penal”, en FONT SERRA, E., *Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

FOSCHINI, A., “Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale”, en *Archivio Penale*, 1946.

FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*, Fundación Alternativas, Madrid, 2003.

- “La reacción de la justicia ante los delitos de malos tratos”, en VV. AA., *la mediación frente a la violencia: un desafío para el hombre y la mujer*, Universidad de Alicante (en prensa).

- “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”, en *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000.

FURNO, C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Ed. CEDAM, Padova, 1940.

GAITO, A., “Onere della prova e processo penale: prospettive di indagini”, en *Giustizia Penale*, 1975.

GAITO, E., “Premese sostanziali al problema processuale del dubbio sulle scriminanti”, en *Archivio Penale*, 1965, vol. II.

GALLARDO RUEDA, A., “El derecho a la presunción de inocencia”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 38, 1989.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal. Especial referencia al proceso penal abreviado (LO 7/1988, de 28 de diciembre)*, Ed. COLEX, Madrid, 1992.

GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997.

GAROFOLI, V., “Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 2º, abril-junio 2000.

- “Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, vol. II.

GASCÓN ABELLÁN, M., “La racionalidad en la prueba”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, núm. 45, 2000.

- *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA DE PAZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

GAVAZZI, G., *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Ed. Giappichelli, Torino, 1970.

GHIARA, A., “Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974.

GIANNITTI, F., “Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994.

GIANTURCO, V., “La perplessità sulle esimenti: «in dubio contra reum»”, en *Rivista penale*, 1972, vol. II.

GIMENO SENDRA, V., “Algunas sugerencias sobre la atribución al MF de la investigación oficial”, en *Justicia*, 1988, núm. IV.

- (con ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal*, Tomo I, Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

- (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 5ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2003.

- (con MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1990.
- (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Ed. COLEX, Madrid, 1999.
- “El jurado”, en *Constitución y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- “El Ministerio Fiscal y el artículo 124 de la Constitución Española”, en *Constitución y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- *Fundamentos del Derecho Procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Colex, Madrid, 1996.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. COLEX, Madrid, 2003.
- “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *La Ley*, núm. 5619, 25 de septiembre de 2002.
- (Con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. COLEX, Madrid, 2001.
- (Con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. COLEX, Madrid, 2003.
- “Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- (con CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), *Los procesos penales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- “Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978.

GISBERT GISBERT, A., “El artículo 729.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reflexiones suscitadas por algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1998, núm. 1.

- “La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1998, núm. 3.
- “La práctica de diligencias de prueba acordadas de oficio en el juicio oral”, en *Revista General del Derecho*, núm. 573, junio 1992.

GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil* (1932) (Trad. por Prieto Castro, L.), Ed. LABOR, Barcelona, 1936.

- *Principios generales del proceso. I. Teoría general del proceso*, 2ªed, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales”, en *Estudios Jurídicos-Ministerio Fiscal*, 1999, vol. IV.

- *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- “El sistema procesal alemán: su historia y principios más relevantes”, en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2002.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1975.

GONZÁLEZ CASSO, J., “Enervación o destrucción de la presunción de inocencia mediante declaración de la víctima”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, Ed. Colex, Madrid, 1992.

- *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Notas para un concepto de carga”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1986, núm. 2.

GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)” (I) y (II), en *Jueces para la Democracia*, núms. 46 y 47, marzo y julio 2003.

GONZÁLEZ MONTES, J. L., “El derecho constitucional a la prueba y sus límites. La prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 2, 1989-1990.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., *El Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, Elcano, 2000.

GORPHE, F., *La apreciación judicial de las pruebas* (Trad. por García Daireaux, D.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967.

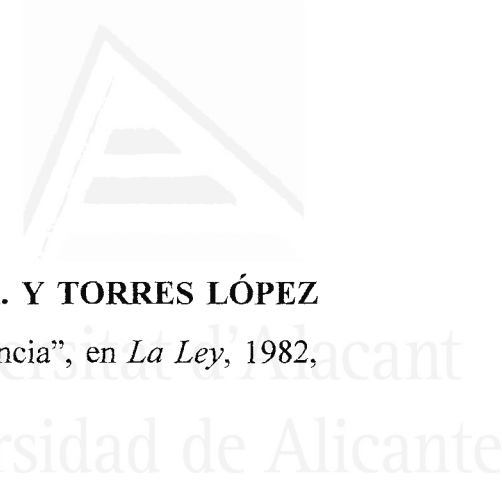
GUADAGNO, G., “Il dubbio sulle cause di esclusione dell’antigiuridicità penale”, en *Il Foro Penale*, 1952.

- “Le cause di esclusione dell’antigiuridicità nella struttura del reato”, en *Il Foro Penale*, 1954.

GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aguilar, Madrid, 1943, Tomo I.

- *Derecho Procesal Civil* (4ª ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por Aragonese, P.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1998.

GUASTINI, R., *Distinguiendo* (Trad. por Ferrer i Beltrán, J.), Ed. Gedisa, Barcelona, 1999.



GUERRA SAN MARTÍN, J., BELLOCH JULBE, J. A. Y TORRES LÓPEZ DE LACALLE, E., “El derecho a la presunción de inocencia”, en *La Ley*, 1982, Vol. 4.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., “El principio pro reo en el Derecho y en el proceso penal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1974.

HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (Trad. por Carrió, R.G.), México, 1980.

HERCE QUEMADA, V., “La carga de la prueba”, en *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 6, 1 de julio de 1962.

HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Ed. J. M. BOSCH Editor, Barcelona, 1999.

IACOVIELLO, F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 1997.

IAFISCO, L., “Osservazioni in tema di accertamento “dubbioso”, efficacia in altri giudizi ex art. 654 cpp e uso come prova della sentenza penale irrevocabile”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, abril-junio 2002.

IGARTUA SALAVERRIA, J., “Desventuras de la «íntima convicción»”, en *Estudios de Jurisprudencia. Revista COLEX*, 1993, núm. 7.

- “El juez no es historiador. Sobre la admisibilidad de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en AYERBE IRIBAR, M.^ªR. (Coord.), *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L.M. Díez de Salazar Fernández*, Vol. II, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1992.

- “¿Ni inocente ni culpable? Tribunal del Jurado, presunción de inocencia, in dubio pro reo”, en *La Ley*, núm. 5203, 12 de diciembre de 2000.

- “Una interpretación funcional de la «libre valoración» de las pruebas penales”, en *Jueces para la Democracia*, 1993, núm. 1.

- *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1979.

- "Presunzione di non colpevolezza", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXIV, Roma, 1991.

JAÉN VALLEJO, M., "El criterio racional en la apreciación de la prueba penal", en *Revista de Derecho Procesal*, 1989, núm. 1.

- *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Ed. AKAL, Torrejón de Ardoz, 1987.

JIMÉNEZ-BLANCO, G., "Derecho a la presunción de inocencia", en JIMÉNEZ-BLANCO, A. (Coord.), *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

JONES, T. H., "Insanity and the burden of proof on the accused: a human rights approach", en NIJBOER, J.F. y REIGTJES, J.M. (Eds.), *Proceedings of the First World Conference on new trends in criminal investigation and evidence*, Open University of the Netherlands, 1997.

JORGE BARREIRO, A., "Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)", en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, noviembre 2003.

- "Prisión provisional: una reforma, para qué", en *Jueces para la Democracia*, núm. 22, marzo 1994.

JUANES PECES, A., "El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción", en *Poder Judicial*, núm. especial VI (Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), 1986.



- (con MORENO CATENA, V., COQUILLAT VICENTE, A., DE DIEGO DÍEZ, A. y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E.), *El proceso penal. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. III.

KIRÁLY, T., “Significato e valore della presunzione d’innocenza”, en *L’indice penale*, 1992.

LANDONI SOSA, A., “Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1997, núm. 1.

LANDROVE DÍAZ, G., “La reforma de la prisión provisional”, en *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004.

LARRAURI, E., “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Fasc. I (enero-abril).

LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., “Fines legítimos de la prisión provisional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, Tomo IV.

LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LEONE, G., “Spunti sul problema della prova nel processo penale”, en *Scuola Positiva*, 1956.

- *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Trad. por SENTÍS MELENDO, S.), Ed. EJEA, Vol. I, Buenos Aires, 1963.

LLOBET RODRÍGUEZ, J., “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, núm. 2.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Ed. AKAL, Madrid, 1991.



- “La motivación de las sentencias”, en *La sentencia penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. XIII.

LÓPEZ GUERRA, L., “Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, núm. V.

LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba en el juicio por jurados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LÓPEZ YAGÜES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2002.

- *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

LUCCHINI, L., *Elementi di procedura penale*, G. Barbera Editore, 3ª ed., Firenze, 1908.

LUZÓN CUESTA, J. M.^a, *La presunción de inocencia ante la casación*, Ed. COLEX, Madrid, 1991.

- “La presunción de inocencia ante la casación”, en *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 12, diciembre 1988.

MAGRO SERVET, V., “La destrucción de la presunción de inocencia por aplicación de la prueba indiciaria en el proceso penal”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, 2001, núm. 7 (disponible en www.westlaw.es, última consulta 18 de noviembre de 2003).

- “La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales”, en *La Ley*, núm. 5806, de 19 de junio de 2003.

- “La validez en juicio de las declaraciones de los testigos y víctimas en la instrucción de los juicios rápidos”, en *La Ley*, núm. 5651, de 8 de noviembre de 2002.

MALDONADO RAMOS, J., “Aspectos sustanciales de la regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La Ley*, núm. 5205, 14 de diciembre de 2000.

MALINVERNI, A., “La sentenza di non luogo a procedere ed i problemi della prova”, en *Giustizia Penale*, 1992.

- “Regole probatorie e fasi del processo penale”, en *Giustizia Penale*, 1992.

MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Trad. de la 3ª ed. de Sentís Melendo, S. y Ayerra Redín, M.), Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

MARCHENA GÓMEZ, M., “El fiscal y la Ley del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

- *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

MARTÍN BRAÑAS, C., “La prueba anticipada en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2001, núms. 1-3.

MARTÍN OSTOS, J., “La prueba de oficio en el nuevo proceso civil”, en *La Ley*, 1998, núm. 5.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MARTÍNEZ VAL, J. M.^a, “El principio in dubio pro reo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1956, vol. I.

MARZADURI, E., “Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell’imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza”, en *Cassazione Penale*, gennaio 2000.

MASCARELL NAVARRO, M.^a J., “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Justicia*, 1987, núm. 3.

MASSA, M., “Il dubbio sulle cause di giustificazione”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, Vol. I.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., “El Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano”, en *Poder Judicial*, núm. 34, junio 1994.

MAZA MARTÍN, J. M., “Posibilidades y límites de la actuación de oficio de jueces y tribunales durante el plenario”, en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995.

MAZZANTI, M., “Esimenti e formula dubitativa”, en *Rivista Penale*, 1957, núm. 1.

MELCHIONDA, A., “Prova (diritto processuale penale)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVII, Ed. Giuffrè, Varese, 1988.

- “Studio sull’onere della prova nel processo penale”, en *Critica Penale*, 1969.

MELERO CANDIL, J. M.^a, “Delimitación legal de la prisión provisional”, en *La Ley*, núm. 4710, 12 de enero de 1999.

MENDONCA, D., “Presunciones”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998, núm. 21, Vol. 1.

MESTRE DELGADO, E., “Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, Fasc. III, septiembre-diciembre 1985.

MICHELL, G. A., *La carga de la prueba* (1942) (Trad. por Sentís Melendo, S.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

MIGUÉLEZ DEL RÍO, C., “Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V.

MILLÁN HERNÁNDEZ, C., *La incongruencia civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 1998.

MIRANDA ESTRAMPES, M., “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

- *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Ed. J. M. BOSCH, Barcelona, 1997.

- “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio 2003.

MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.

- (con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

- (con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Ed. BOSCH, Barcelona, 1996.

- *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979.
- “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, en *La Ley*, 1994-1.
- *La prueba en el proceso civil*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1998.
- *La prueba en el proceso civil*, Ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 2002.
- “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en MONTERO AROCA, J. (Dir.), *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- *Trabajos de Derecho Procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988.

MONTÓN REDONDO, A., *Iniciación al estudio del Derecho Procesal (conceptos básicos y fuentes)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1987.

- “Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, núm. 2-3.

MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “De los abusos sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2001.

MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, 1987.

- *La defensa en el proceso penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.

MORENO MILLÁN, C., “El Magistrado-Presidente. El juicio oral: procedimiento”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995.

MUÑOZ CONDE, F., “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 1999, núm. 1.

MUÑOZ SABATÉ, LI., “Absolución penal por falta de prueba y absolución penal por haber quedado probada la inocencia. Efectos en el proceso civil”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2000, núm. 1.

MURPHY, P., *A practical approach to evidence*, 4ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1992.

NIEVA FENOLL, J., “El Ministerio Fiscal en Alemania”, en *Justicia*, 1999, núm. III-IV.

NOBILI, M., “Spunti per un dibattito sull’articolo 27 comma 2º della Costituzione”, en *Il tommaso natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, Vol. II, Istituto di Diritto Processuale Penale dell’Università di Palermo, Palermo, 1978.

OCHOA MONZÓ, V., “Algunas reflexiones sobre el artículo 25 de la Ley de responsabilidad penal de los menores”, en *Anuario de Justicia de Menores*, núm. II, 2002.

- *La localización de bienes en el embargo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

ORDOÑO ARTES, C., *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*, Ed. TAT, Granada, 1988.

ORTELLS RAMOS, M., “Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal (La doctrina de la “noción autónoma de materia penal”. Derechos a un tribunal independiente e imparcial y a que la causa sea oída equitativamente. Presunción de inocencia)”, en *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993.

- “Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica al cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia”, en *Justicia*, 1991, núm. IV.

ORTS BERENGUER, E., “De los abusos sexuales”, en VIVES ANTÓN, T. (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Vol. I.

PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- *Prueba indiciaria y presunción de inocencia. Análisis Jurisprudencial, requisitos y casuística*, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 1995.

PAULESU, P. P., “Presunzione di non colpevolezza”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Vol. IX, Ed. UTET, Torino, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Ed. COLEX, Madrid, 2000.

PELLUZ ROBLES, L. C., “La presunción de inocencia y la prueba en el proceso penal”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V.

PEPINO, L., “Breve aproximación al sistema procesal italiano”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, noviembre 2003.

PÉREZ CEBADERA, M.^a A., *Las instrucciones al jurado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PÉREZ DEL VALLE, C., *Teoría de la prueba y Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 3^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

PICATOSTE BOBILLO, J. C., “La prisión provisional en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995.

PICÓ I JUNOY, J., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 23 de septiembre de 1995”, en *Revista General del Derecho*, núm. 656, mayo 1999.

- *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

- “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, en *La Ley*, núm. 5888, 7 de noviembre de 2003.

- “El juez penal y su iniciativa probatoria: reconsideración de una errónea doctrina jurisprudencial”, en *La Ley*, núm. 4898, 5 de octubre de 1999.

- *El principio de la buena fe procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

- “La protección del derecho a la prueba en el proceso penal (análisis crítico jurisprudencial)”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993, núm. 4.

- *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. BOSCH, Barcelona, 1997.

- “Nuevas reflexiones sobre la regla «quien instruye no puede juzgar»”, en *Justicia*, 1999, núm. III-IV.

- “Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal”, en *Justicia*, 1996, núm. 1.

PISANI, M., *Libertà personale e processo*, Ed. CEDAM, Padova, 1974.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. (con GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E.), *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 1ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.

- *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985.

QUAGLIERINI, C., “In tema di onere della prova nel processo penale”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, vol. II.

QUINTERO OLIVARES, G. (con **MORALES PRATS, F.**, **VALLE MUÑIZ, J.M.**, **PRATS CANUT, J.M.**, **TAMARIT SUMALLA, J. M.^a** y **GARCÍA ALBERO, R.**), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999 (1ª reimpresión, 2001).

RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

- *Derecho y proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.

- *El proceso penal*, 5ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

- *El sistema procesal español*, 4ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

RAMPIONI, R., “Brevi note in tema di caso fortuito, formula assolutoria ed onere della prova”, en *Cassazione Penale*, 1983.

RESTA, R., “L’onere di buona amministrazione”, en *Anali della Università di Macerata*, núm. XII, 1938.

RICCIO, G. (con **DE CARO, A.** y **MAROTTA, S.**), *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

RIVES SEVA, A. P., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 3ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

ROCHA ALVIRA, A., *De la prueba en Derecho*, 5ª ed., Ed. Lerner, Bogotá, 1967.

RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, A., “Notas sobre la presunción de inocencia”, en *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 39, septiembre 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?”, en *La Ley*, 1984-2.

RODRÍGUEZ SOL, L., “La imparcialidad objetiva de los tribunales antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar vs. España)”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, 2000, núm. 7.

ROMERO ARIAS, E., *La presunción de inocencia. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985.

ROMERO COLOMA, A. M.^a, *Estudios de la prueba procesal. Su valoración psicológica*, Ed. Colex, Madrid, 1986.

ROSENBERG, L., *La carga de la prueba* (1951) (Trad. por Krotoschin, E.), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

- *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Trad. por Romera Vera, A.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

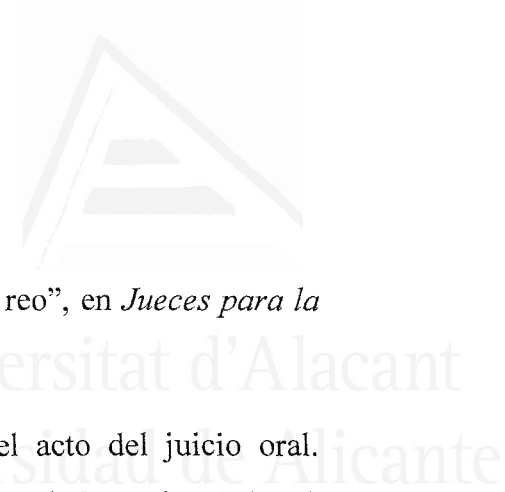
ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal* (Trad. por Gómez Rivero, C. y García Cantizano, M.^a C.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RUIZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral y otros problemas en el proceso penal”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1542, 15 de octubre de 1989.

- *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Ed. COLEX, Madrid, 1997.

- “El principio acusatorio”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, 1995, núm. 1.

- “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, 1987.



RUSCONI, M. A., “Principio de inocencia e in dubio pro reo”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 33, noviembre 1998.

SAAVEDRA RUIZ, J., “La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECrim”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones de Derecho Procesal Penal*, CGPJ, 1994.

SABATINI, G., “Del favor rei come principio generale del diritto”, en *Giustizia Penale*, Parte Terza, 1955.

- “In dubio pro reo”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, 1969.

- “Prova (Diritto Processuale Penale e Diritto Processuale Penale Militare)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol XIV (1967), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980 (reimpr.).

SAMMARCO, A. A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2001.

SANGUINETI jr. L., *La valutazione della prova penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1979.

SARACENO, P., “Il dubbio sui fatti impeditivi ed estintivi nel processo penale”, en *Rivista italiana di Diritto Penale*, 1940.

- *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Ed. CEDAM, Padova, 1940.

SCAPARONE, M., *Elementi di Procedura Penale. I principi costituzionali*, Ed. Giuffrè, Milano, 1999.

SCELLA, A., “I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3, julio-septiembre 1992.

SENTÍS MELENDO, S., “In dubio pro reo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971.

- *In dubio pro reo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

- “Introducción al Derecho Probatorio”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1965, núm. 4.

- *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1978.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. (con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. y CORDÓN MORENO, F.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Ed. Edersa, Madrid, 1992.

- “El Ministerio Fiscal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, núm. 3-4.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *El sobreseimiento libre*, Ed. Aranzadi, Elcano, 2002.

SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963.

SIRACUSANO, D., *Studio sulla prova delle esimenti*, Ed. Giuffrè, Milán, 1959.

SOTO NIETO, F., “Recursos procedentes en el orden procesal penal. Doble grado de jurisdicción”, en *La Ley*, 2004, Tomo 1.

SPENCER, J. R., “Evidence”, en DELMAS-MARTY, M. y SPENCER, J.R., *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (Trad. por De la Oliva Santos, A.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè editore, Milano, 2001.

TARUFFO, M., “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *Discusiones*, núm. III, 2003.



- “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, núm. III, 2003.
- “Elementi per un’analisi del giudizio di fatto”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, núm. 3.
- *La prueba de los hechos* (Trad. por Ferrer Beltrán, J.), Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- “Onere della prova”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, Ed. UTET (Torino), vol. XIII, 1995.

TOMÁS Y VALIENTE, F., "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, (mayo-agosto) 1987.

- “Introducción” a BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* (Introducción, notas y traducción de Tomás y Valiente, F.), Ed. Aguilar, Madrid, 1982.
- *La tortura en España*, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

TONINI, P., “La prova penale”, en *Giustizia Penale*, 1996, Parte III.

- *Manuale di procedura penale*, Giuffrè editore, Milano, 1999.

TORÍO LÓPEZ, A., “Beccaria y la Inquisición española”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril 1971.

TRANCHINA, G. (con SIRACUSANO, D., GALATI, A. y ZAPPALÀ, E.), *Diritto Processuale Penale*, Ed. Giuffrè, 2ª ed., Vol. I, Milano, 1996.

- *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1984.

TREVISSON LUPACCHINI, T., “Sul potere del giudice di «disporre anche di ufficio» l’assunzione di nuovi mezzi di prova”, en *Giurisprudenza italiana*, 1992-II.



TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1982.

UBERTIS, G., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Ed. UTET, Torino, 1995.

- *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000.

- “Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, núm. 1.

VALLESPÍN PÉREZ, D., “Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español”, en *Justicia*, 1999, núm. II.

VARELA CASTRO, L., “Fundamentos político-constitucionales y procesales”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, núm. V.

- *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)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 1993.

VENDITI, R., “Profili sostanziali dell’assoluzione per insufficienza di prove sulla scriminante”, en *Rivista italiana di Diritto Processuale Penale*, 1960, Vol. I.

VERDE, G., *L’onere della prova nel processo civile*, Scuola di Perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Camerino, 1974.

VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.

- “La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio”, en *Poder Judicial*, núm. 68, 2002.
- “Las pruebas ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995.

VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma del proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

VV. AA., *L'insufficienza di prove. Atti del seminario del 9 aprile 1981*, Centro Stampa dell'Università di Salerno, Salerno, 1983.

ZUCKERMAN, A. A. S., *The principles of criminal evidence*, Clarendon Law Series, New York, 1986.

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Comisión de Doctorado

Reunido el Tribunal que suscribe en el día de la fecha acordó otorgar, ~~de unanimidad~~ a la Tesis Doctoral de Don/Dña. Mercedes Fernández López la calificación de sobresaliente con laude. (10)

Alicante 20 de diciembre de 2004

El Secretario,

El Presidente,

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Comisión de Doctorado

La presente Tesis de D. Mercedes Fernández López ha sido registrada al Folio 1008-1009 con el n.º 1008-1009 del registro de entrada correspondiente.

Alicante 21 de diciembre de 2004

El Encargado del Registro,