

JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

**VARIACIONES SOBRE
LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

**Análisis funcional
desde el Derecho penal**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	11
ABREVIATURAS	13
PROGRAMA	15

CAPÍTULO I EL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. PLANTEAMIENTO.....	31
2. LA CARA DE LA MONEDA: CONCEPTO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	33
3. LA CRUZ: TEORÍA GENERAL NORMATIVISTA DE LOS DEBERES POSITIVOS COMO <i>PERSONA</i>	37
4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.....	46
5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SIN ATAJOS PROBATORIOS: VERSIÓN EXCULPATORIA FALLIDA, SILENCIO PARCIAL Y DELITO FLAGRANTE.....	54
6. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRESCRIPCIÓN.....	60

CAPÍTULO II HACIA UNA VALORACIÓN PROBATORIA RESPETUOSA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. LOS TIPOS PENALES TAMBIÉN POSEEN UN SUSTRATO NORMATIVO FÁCTICO: VERDAD PROCESAL.....	69
2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA SÓLO PLENARIA.....	76
2.1. Concepto, conocimientos privados y hechos notorios.....	76

	Pág.
2.2. Presunciones en el Código Penal	84
2.3. Cuando la presunción de inocencia se ausenta de la valoración ...	88
2.3.1. Contradicciones entre la declaración de instrucción y la plenaria	88
2.3.2. Quien declara, no lo hace en el plenario. El testigo de referencia	98
3. INCOMPATIBILIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA VALORACIÓN «EN CONCIENCIA»	112
4. HACIA LOS CORRECTOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DESDE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	120
5. LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA	125
6. PARTE ESPECIAL: MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA POR TIPOS PENALES.....	132
7. «INTELIGENCIA POLICIAL» COMO PRETENDIDA MÁXIMA DE EXPERIENCIA, EN PARTICULAR EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.....	143
8. TIPICIDAD PENAL Y PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO	149
8.1. Introducción.....	149
8.2. Algunas máximas de la experiencia para el supuesto del error.....	152
8.3. Algunas máximas de la experiencia para el supuesto de la mentira.....	162
9. LAS REGLAS DE LA LÓGICA	166
9.1. Concepto y diferencias con las máximas de la experiencia	166
9.2. Habituales errores lógicos	168
10. EL CAREO: ERROR LÓGICO ELEVADO A MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA.....	176
10.1. Introducción	176
10.2. Concepto y modo de practicarse	177
10.3. Abrogación <i>de lege ferenda</i> por incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia	186

CAPÍTULO III

LA TIPICIDAD Y LA DENOMINADA PRUEBA DE INDICIOS

1. PERSPECTIVA TRADICIONAL Y REGLAS RECTORAS: HECHOS TÍPICOS <i>VERSUS</i> INDICIOS.....	193
2. EXTENSIÓN A <i>TODA</i> LA TIPICIDAD DE LOS PRINCIPIOS <i>RESERVADOS</i> A LOS INDICIOS.....	202

CAPÍTULO IV
EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

1. INTRODUCCIÓN	209
2. CONCEPTO Y APLICACIÓN	212
3. <i>IN DUBIO PRO REO</i> Y PLURALIDAD DE HECHOS O DELITOS.	221
4. <i>IN DUBIO PRO REO</i> Y LAS LLAMADAS CUESTIONES PROCESALES	225
5. <i>IN DUBIO PRO REO</i> Y ALEGACIONES EXONERANTES	228
6. REVISIÓN POR LA SUPERIORIDAD DE LA DECISIÓN <i>FAVOR REI</i>	233
BIBLIOGRAFÍA	237
ÍNDICE ANALÍTICO	255

PRÓLOGO

El libro se inicia con un «programa» que como propuesta que es, en gran medida resume su contenido, así que no es necesario escribir ahora un prólogo introductorio. Pero sí debe haber espacio, aunque sea breve, para un aspecto no menos importante: el de recordar a los amigos.

Como siempre que se concluye un libro, son muchas las personas a las que hay que agradecer su ayuda en el largo recorrido que lleva hasta su finalización. En los primeros pasos de esta investigación, Christian Maier me acogió hospitalariamente en su casa de Colonia, mientras consulté las iniciales fuentes bibliográficas y jurisprudenciales alemanas. Mis padres con su ejemplo de trabajo infatigable, me han enseñado que tampoco es ningún drama pasar *un verano* más con *el libro*, releyendo la amplísima bibliografía o escribiendo sus distintas partes. Y en este mismo contexto también quiero recordar aquí a todos los miembros del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en particular con su directora a la cabeza, Prof.^a Dra. Susana Huerta Tocildo, y con su predecesor en el cargo, Prof. Dr. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, quienes muy generosamente me abrieron las puertas del Departamento tras mi regreso de Alemania.

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación sobre las Reformas Penales y Procesales del Ministerio de Ciencia y Tecnología con número de referencia SEJ-2007-66573/Juri, dirigido por el Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos. El manuscrito ha pasado afortunadamente por varias y especializadas manos. Así, tuve la oportunidad de someterlo a discusión con los miembros del Seminario de Derecho Penal del Prof. Bacigalupo, en el Instituto Universitario Ortega y Gasset, donde fui exponiendo durante el Curso académico 2011/2012 los distintos capítulos del libro, para su discusión y contraste. El manuscrito también fue leído y revisado por José Bonilla Pella, quien encontró las últimas erratas e hizo acertados comentarios. Alberto González Ortiz animó la investigación. Y muy en particular, el texto fue completamente revisado por Rafael Bonilla González, quien de forma por demás exhaustiva se ocupó con todo cuidado de que la redacción fuese la correcta y no existiesen dificultades de comprensión.

Supone para mí un honor volver a publicar en esta prestigiosa casa editorial Marcial Pons, verdadero referente en la bibliografía jurídica, y más aún

que en esta ocasión mi trabajo se incluya en la nueva colección «Derecho penal y Criminología». A los directores de la misma, Prof. Dr. Ramon Ragués i Vallès, Prof. Dr. Íñigo Ortiz de Urbina y Gimeno y Prof. Dr. Luis Greco, les agradezco enormemente que aceptaran someter el manuscrito que les entregué al proceso de evaluación de la colección y que finalmente acogieran el texto en la misma. Igualmente, por ello también, agradezco al evaluador anónimo que revisó el texto completo y llevó a cabo una serie de inteligentes observaciones críticas que procuré atender puntualmente cuando en el verano de 2012 cerré el manuscrito para su publicación.

Solo me restan un advertencia y un deseo: la crítica que pudiera ser considerada acerba a ciertas posiciones jurisprudenciales o a lo que creo son prácticas erróneas en la instrucción de las causas penales, se hace con la contundencia que requiere mantener la propia argumentación en un texto científico, pero desde luego con el mayor respeto a quienes, jueces, fiscales y abogados, toman muy complejas y comprometidas decisiones que afectan directamente a la libertad de las personas. El deseo es consecuencia de lo anterior: que allí donde nuestras soluciones no convengan, al menos sirvan para fomentar la discusión y, por ende, mejorar nuestro Derecho penal.

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES
El Rodeno, Puentelasierra, agosto de 2012

PROGRAMA

1. El hilo conductor es la presunción de inocencia: problemas escogidos en torno a la presunción de inocencia. Se pretende el desarrollo de un completo programa, al menos de los ámbitos que hemos elegido: de ida y vuelta; de la causa, la presunción de inocencia, para explicar sus efectos —los efectos que debe desplegar en el Derecho penal—, y, a su vez, de los efectos —deberes positivos, prueba, prisión provisional, etc.— a la causa —a la presunción de inocencia de nuevo—, para comprobación de que el concepto del que se parte es correcto. Se pretende sistematización. El programa ha de comenzar por tanto con la explicación del concepto de presunción de inocencia¹.

La doctrina general presenta un concepto de presunción de inocencia, en esencia, funcional: más que de una definición, se ocupa en explicar para qué sirve, dotando al principio de varias finalidades². Es lógico: como ciertamente —por así decir, bien mirado— lo que en realidad se presume no es la inocencia, sino la culpabilidad —por eso se abre el proceso contra ese reo y no contra otros, por eso puede ser decretada hasta la prisión provisional del «presumido» inocente, etc.—, el significado debe trascender a las palabras, y es por ello que son asignadas a la presunción de inocencia funciones relativas a la carga de la prueba, a la necesidad de la mínima actividad probatoria para enervarla, etc. Sin embargo, estos servicios que aparentemente prestaría la presunción de inocencia quizás tengan también su origen en otros derechos fundamentales también garantizados por el art. 24 de la Constitución: principalmente, en el derecho a la tutela judicial efectiva —en orden a las necesidades que se asignan de un mínimo de actividad probatoria—, y en el derecho a la defensa —en cuanto a los requisitos de la carga de la prueba—, entre otros y sin que sea necesario aquí entrar en más detalles.

2. Siendo ésta la situación normativa real, el estudio comienza con la pretensión de un auténtico concepto funcional y exclusivo de la presunción de inocencia, sistemáticamente cerrado, y por ello lógicamente tautológico³: el principio, en verdad, es —por así decir— la pura y simple expresión

¹ Capítulo I, 1 y 2.

² Capítulo I, 1.

³ Capítulo I, 2.

de que necesitamos predicados, de que sentimos la necesidad de formular —*ad exemplum*— que *el viento sopla*, como si hubiese algún viento que no soprase, como si fuese posible, en definitiva, un *proceso sin presunción de inocencia*.

La función del proceso penal reside en fundamentar la obligatoriedad de la decisión final que se adopta. Es, así, una función de legitimación. Legitimación a través del proceso (Luhmann). Ni la función, ni la legitimación, nacen a través del hallazgo de una imaginaria verdad material —como analizaremos—, ni tampoco se trata de convencer al imputado, sino de hacer ino cuas sus protestas contra la sentencia, en un sentido normativo y comunicativo más allá de lo fáctico, exactamente igual que el delito fue una expresión de sentido comunicativa, también más allá de lo fáctico (desde Hegel).

Las valoraciones del Derecho penal se orientan a la función de la pena, en concreto a la preeminente función de la prevención general positiva que cumple la pena. Por ello, la teoría jurídica del delito, la ciencia penal, es el desarrollo de los postulados y parámetros necesarios para reaccionar ante la infracción penal como acto de negación, frente al que se opone otra negación: la pena. Estamos ante un Derecho penal normativista; desde la facticidad no puede alcanzarse el Derecho penal: sus conceptos son modificados por el código jurídico (Radbruch), adecuándolos a su función: la de la pena. La misma pretensión queremos adoptar a modo de programa en el presente estudio, desde la particular perspectiva de la presunción de inocencia. En el anterior sentido, la presunción de inocencia sirve al Derecho penal (mal llamado *material*: solo hay uno, material y procesal) y, a la inversa, el Derecho penal sirve a la presunción de inocencia. Se tratará pues —así nuestro programa— de un análisis funcional de la presunción de inocencia: conforme a la esencial función que representa.

Para ello el proceso debe permanecer abierto hasta el final, y las distintas partes deben tener capacidad real de influir en la decisión que será adoptada. El concepto central ha de ser la presunción de inocencia, en el sentido que se expondrá: como protección misma del proceso; no más —podría *prima facie* equivocadamente parecer poco—, pero tampoco menos. La presunción de inocencia es al proceso penal, lo que la pena es a la teoría jurídica del delito: su todo funcional. Su inicio y su cierre. El sistema funcionalista del Derecho penal interpreta éste a la luz y bajo los postulados de la concepción de la pena. Ese mismo sistema funcionalista del Derecho penal en sus aspectos más procesales —por mantener una terminología académica—, o, si se prefiere, el Derecho penal constitucional se autointerpreta a la luz y bajo los postulados de la concepción del principio de la presunción de inocencia, una presunción de inocencia entendida también, *mutatis mutandis*, como hegeliana: esta vez como afirmación de la afirmación. La negación (la pena) de la negación, que es el delito, se torna desde esta perspectiva en afirmación (la presunción de inocencia) de la afirmación, que es el proceso. La inocen-

cia del inculpaado no es algo que sea presumido o conjeturado durante el proceso, sino que se erige en auténtico *factum* hasta que recaiga sentencia; ni figurado, ni supuesto; es real y cierto; del mismo modo, en la otra cara de la moneda, que es irreal e hipotética la culpabilidad, que en ningún sitio existe antes de la sentencia, *ergo* que no ha de ser buscada como pretendida verdad material.

La presunción de inocencia, por ende, es tan sólo una metáfora funcional que significa que la consecuencia del proceso, condena o absolución, se encuentra abierta hasta que sea dictada la sentencia, porque de otro modo no estaríamos ante un proceso, sino ante un mero ritual. La única función inmediata para la presunción de inocencia es, por tanto, la protección del proceso mismo, pero ello no es poco, al contrario, posee numerosas consecuencias como veremos, fieles a este programa, en las próximas páginas.

Es aquí, en suma, donde encontramos el verdadero sentido del principio de la presunción de inocencia: el mantenimiento de la incertidumbre sobre el resultado penal que debe presidir todo proceso. Y es que, aunque sólo sea desde un punto de vista persuasivo, la atractiva y grandilocuente formulación del principio de la presunción de inocencia en su sentido tradicional ofrecía ya una cierta resistencia a una instrucción presidida por la sospecha contra una determinada persona. Estamos, ciertamente, ante una tautología, pero precisamente lo es, de propósito, por su pretensión sistemática; el sistema es cerrado: el principio de la presunción de inocencia hace posible el proceso —evita su degradación a simple ritual—, un proceso que, en realidad, conduce a demostrar que el encausado no es inocente —y, en buena parte de los casos además, lo logra—. Como tautología es una reiteración, pero también una sentencia formalmente válida y, como se verá, necesaria para desplegar sus efectos por doquier: *la presunción de inocencia no es un principio más del proceso, es el proceso mismo; una directa prohibición de desautorizar el proceso.*

3. El estudio de la presunción de inocencia desde esta perspectiva deberá adentrarse en su corolario lógico: la existencia de deberes positivos del imputado que posibilitan el proceso⁴. Estos deberes positivos parecen estar necesitados de justificación, cuando, según nuestro programa, como se expondrá, lo necesitado de justificación, realmente, sería una hipotética ausencia de tales deberes. El Tribunal Constitucional ya ha apuntado esta idea. El acusado se encuentra en el proceso como *persona* en sentido jurídico —es decir, no como mero *individuo*—, pues el proceso dota al individuo sólo en tanto persona de una serie de derechos y, por ende, de obligaciones. Si el sujeto interviniese en el proceso no como persona en derecho, sino como mero individuo *de carne y hueso*, habría que tener en cuenta y reconocerle todos los intereses que como individuo pueda tener, de tal modo que incluso

⁴ Capítulo I, 3.

cualquier intento de sustraerse al proceso, por ejemplo mediante la huida, estaría justificado. En otras palabras, si el encausado no fuese tomado como persona en derecho *versus* mero individuo, con derechos y obligaciones, no podría hablarse ni de proceso, ni de relación jurídica, desde ninguno de los dos polos: por un lado, el Estado podría hacer con el acusado todo lo que le conviniese para sus propios fines —hasta la tortura—, pues el imputado —como mero individuo— no tendría *derechos*; y a la vez, el acusado podría intentar sustraerse al proceso con también todos los medios que le conviniesen, pues él, por su parte, tampoco tendría *obligaciones*. Se llegaría al estado natural de Hobbes, en el que todos tenían «derecho» a todo, de modo tal que dichos «derechos» subjetivos, de todos a todo, serían una irrealizable quimera.

En fin, la figura del encausado, igual que la del proceso en general, es un elemento a interpretar desde postulados normativos. Y desde estos criterios normativos, que toman como referente para el proceso a la persona (en Derecho), se justifican plenamente los deberes positivos procesales. El Derecho penal actual, también en su vertiente procesal y constitucional, no puede conformarse pues, con un sistema de no-interferencia (Kant). Antes bien, mediante ciertos deberes positivos son garantizadas las condiciones reales en virtud de las cuales es asegurado el desarrollo concreto y práctico de la institución negativa *neminem laede*, es decir, el derecho al proceso, el cual a su vez, garantiza el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la propiedad o a la libertad sexual, en suma, a la *libertad*, pues es la institución positiva del proceso la que estabiliza las expectativas normativas en las que descansan tales bienes.

4. Esta concepción de la presunción de inocencia que será desarrollada de manera programática en las próximas páginas, debe desplegar sus efectos. Desde luego, posee una serie de corolarios inmediatos, como veremos. El primero a exponer, por su trascendencia (art. 17 CE), es el relativo a las medidas cautelares personales⁵. Ello ha de ser indagado y lo será en el presente estudio. De conformidad con el programa que pretendemos cumplimentar, la prisión provisional solo podrá ser entendida como lícita en cuanto *sirva para asegurar el proceso* y, por tanto, la única razón válida para decretarla será el riesgo de fuga, pues este incidente ataca un proceso conceptualmente presidido por la presunción de inocencia: hace imposible su cierre, el juicio, luego socava los pilares mismos del principio, que como hemos apuntado y veremos, sienta sus bases en mantener abierto el proceso hasta la decisión final *que en todo caso debe producirse*.

No serán empero motivos plausibles de la prisión provisional ni la alarma social —en ningún caso—, ni per se el llamado riesgo de reiteración delictiva, contra el que habrá que luchar —seguro—, cuando realmente exista,

⁵ Capítulo I, 4.

pero allende del proceso concreto; es ésta una cuestión perteneciente al derecho de policía o de prevención. Las medidas de seguridad por peligrosidad no deben ser solventadas bajo los mismos parámetros que la prisión provisional para asegurar el proceso. Nada tienen que ver, ello confunde y malinterpreta.

Igualmente, de la mano del programa propuesto se verá —lo avanzamos— que tampoco es lícita la prisión provisional adoptada por el denominado riesgo de ocultamiento de pruebas, en contra de la actual previsión legislativa. A ello también es dedicado nuestro análisis, siempre partiendo de la presunción de inocencia. La conclusión será contundente: varios son los motivos que obligan a rechazar como fundamento de la prisión provisional el llamado riesgo de ocultamiento de pruebas, es decir, supuestas influencias en testigos, hipotéticas destrucciones de documentos, etc. Cuando se produzcan estas situaciones y si es que las mismas caen fuera del derecho fundamental de defensa (pedir a un coimputado que coordine su defensa, o que ejercite su derecho a no declarar, son expresión del derecho fundamental de defensa, no obstrucciones ilícitas), habrá que dar respuesta, no lo negamos, pero la misma se encuentra una vez más allende del proceso concreto y prevista en el Código Penal a través de delitos como el de presentación de testigos o documentos falsos en juicio, o la inducción al falso testimonio; una pretendida solución a través de la prisión provisional es inadecuada y resulta disfuncional.

5. Un derecho a la presunción de inocencia *adscrito* al proceso obliga también a que deban ser replanteadas de la mano de nuestro programa ciertas prácticas pseudo-probatorias que no son sino atajos incompatibles con el concepto de proceso abierto hasta su finalización⁶. El programa propuesto impone un análisis pormenorizado al respecto. Y así, ciertos entendimientos actuales de la llamada coartada fallida y del silencio parcial deben ser reexaminados a la luz de un proceso con prohibición, por mor del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de desautorizarse a sí mismo convirtiéndose en un puro rito exangüe. En el mismo sentido, la figura del delito flagrante, aun cuando esté positivada expresamente, ha de ser analizada bajo este prisma obligadamente crítico. También aquí —en tanto tal figura no sea utilizada única y exclusivamente como soporte de diligencias de investigación, sino con fines probatorios— parece querer convertirse en un simple ceremonial una suerte de instituto policiaco —el delincuente supuestamente sorprendido *in fraganti*— que choca frontalmente con la presunción de inocencia. Cuando la defensa letrada se conforme con la supuesta flagrancia, no es este concepto el adecuado para desplegar efectos, sino el instituto de la conformidad, que sí es acorde con el principio de la presunción de inocencia. Una vez más, fieles al programa presentado, habrá que indagar en ello.

⁶ Capítulo I, 5.

También otro corolario inmediato deberá revisarse⁷: ¿y qué sucede si un absuelto por prescripción reclama —a la luz del principio de la presunción de inocencia— que quiere dejar claro que *él no cometió delito alguno*, frente a una sentencia o auto judicial que proclama simplemente que su hipotético delito no puede ser penado porque la acción para su persecución habría prescrito? El supuesto no es ni mucho menos académico, sino que se produce con cierta habitualidad, particularmente en aquellos procesos muy mediáticos en los que la sospecha es mantenida tras la absolución por prescripción: *había delito aunque estuviera prescrito*, se repetirá sin duda en los medios de comunicación. Todo ello ha sido planteado recientemente en casación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la cual ha dado una respuesta *obiter dictum* y por ende todavía no definitiva. Inserta en nuestro concepto funcional de presunción de inocencia, se propone una solución también para estos casos: el *factum* de la inocencia no admite terceras vías de sospecha; el reclamo del absuelto por prescripción es por tanto innecesario, pero para ello también las sentencias deben poner un poco de su parte: respetando simplemente que la prescripción es una cuestión de previo y especial pronunciamiento, a resolver pues sin más fijación de hechos y subsunción que las estrictamente necesarias para servir al fin de la decisión sobre la prescripción, en contra de la práctica habitual.

6. El segundo capítulo entra de lleno en el centro de gravedad de la presunción de inocencia: la valoración de la prueba; y por ello, en primer término a su vez, en el centro de gravedad de la valoración de la prueba: el fin del proceso, la verdad que supuestamente *se busca*⁸. Frente a concepciones superadas de la verdad material, hoy debiera ser claro y hasta obvio que la finalidad del proceso debe conformarse con la búsqueda de una verdad procesal o forense. El concepto mismo de «verdad material» debiera ser ajeno al lenguaje penal. Sin embargo, en ocasiones la práctica se desenvuelve por otros caminos, en particular la instructora, e incluso la plenaria, de forma crasa la juradista: la idea de la verdad material suele recorrer, aun veladamente, la praxis judicial diaria, acompañada de otro concepto muy conocido, soterrado trasunto de la verdad material para la práctica forense: hacer «justicia material». Por ello, las reflexiones que nos fijamos como programa relativas al hallazgo de la verdad forense solo y exclusivamente como fin del proceso penal, resultarán fundamentales, pues se erigen por derivación en segundo engranaje necesario de la maquinaria de la presunción de inocencia.

Tras ello, se continúa con otro engranaje más al que obliga el concepto de presunción de inocencia: si el proceso ha de quedar abierto hasta el final, en el sentido visto, sólo la actividad de acreditación plenaria y, por tanto, de

⁷ Capítulo I, 6.

⁸ Capítulo II, 1.

cierre, hace prueba. El concepto mismo de acreditación plenaria es discutible, y por ello lo abordaremos. Los conocimientos privados del juez —tan relacionados con el Derecho penal tradicional del autor por convicción, como veremos— y los hechos notorios, son parte de esta problemática⁹. También, las presunciones en el Código Penal¹⁰. En efecto, todo lo que se presume, se excluye del debate abierto y, por ende, del concepto mismo de presunción de inocencia. El sistema de la *exceptio veritatis* en la regulación de las calumnias, por ejemplo, o el delito mismo de detención ilegal con desaparición, parecen presumir, por un lado, la falsedad de la imputación calumniosa, y por otro, la muerte del detenido. No es el caso. Hemos de remitirnos ahora a las páginas explicativas que vendrán, pero el programa que pretendemos seguir sí parece mostrar al menos la conclusión: no hay lugar para presunciones de valoración de la prueba en el Código Penal. Así lo confirmará el estudio, más allá de esta apodíctica aseveración que hacemos ahora provisionalmente.

7. Particularmente graves y dañinas frente a un concepto de presunción de inocencia que protege el proceso frente a precipitadas anticipaciones, son aquellas prácticas en las que el plenario no hace prueba, porque la prueba se pretende haberla llevado a cabo de forma previa¹¹. El imputado se habría confesado supuestamente autor ante la policía o en la instrucción, y ahora nadie le cree cuando trata de oponerse a tal supuesta confesión. Es más, el hecho de «la confesión» —indebidamente— no recibe el tratamiento de conjetura y por tanto no se tiene como un objeto más del debate, sino que se establece como cierto y verificable, a pesar del hecho —ese sí cierto— de que la «confesión» fue indudablemente realizada en otro tiempo y lugar, y que por ello debería ser realmente indagada su existencia misma. Antes bien, simplemente se trata de aclarar las contradicciones entre dos versiones, cuando lo primero que debería preguntarse es si verdaderamente puede decirse que hay dos versiones. Más: de las dos versiones, el tribunal podría elegir la que crea probada, se dice. También puede suceder que se quieran leer declaraciones de un testigo ausente. Se insiste en que en ocasiones ni el órgano jurisdiccional, ni la acusación tendrán *la culpa* de dicha ausencia. El testigo incluso puede haber muerto. Tampoco tiene *la culpa* el imputado, desde luego, añadiríamos nosotros.

Un programa respetuoso con la presunción de inocencia como el que pretendemos presentar, una presunción de inocencia sinónimo de proceso abierto hasta el final y que cierra en el plenario, ha de ocuparse y preocuparse mucho de tales anticipaciones probatorias: sencillamente, adelantan el resultado del proceso a estas fases previas a las que no les corresponde

⁹ Capítulo II, 2.1.

¹⁰ Capítulo II, 2.2.

¹¹ Capítulo II, 2.3.

tal función, en lesión efectiva de la presunción de inocencia. Será expuesto. Como también habremos de ver un problema similar, si no idéntico ¹²: el testigo de referencia o de oídas cuenta lo que le han contado, y por eso no declara en el plenario quien tenía que declarar. Fácticamente el testigo de referencia adelanta el proceso al menos en la parte que sea tenida en cuenta de su testimonio, es decir, todo se anticipa al momento en el que dicho testigo de oídas escuchó al —después— ausente, decir lo que dice que dijo. Normativamente, por respeto a la presunción de inocencia, ello debiera ser muy distinto, y por eso ello habrá de ser analizado también en las próximas páginas.

8. Pero además de que —como venimos señalando— toda la prueba debe producirse en el plenario y no antes —y las llamadas excepciones, de querer ser reconocidas como tales, en todo caso deben (infra)valorarse probatoriamente en su justa medida, pues lo contrario vulnera nuestro concepto de presunción de inocencia como proceso abierto—, ello serviría de poco —en realidad: de nada— si los ojos del juzgador, sus oídos y sus impresiones, fueran los que valorasen la prueba, por formularlo de una forma gráfica pero muy asentada —se suele hablar de intermediación—. En otras palabras, no serviría de nada la valoración plenaria *versus* la anticipada, si de todas formas fuese la «conciencia» del juez la llamada a valorar la prueba, formulado ahora en términos de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, superada constitucionalmente.

Y no lo es, porque la llamada a valorar es la Ley y solo la Ley ¹³. Son los ojos y los oídos de la ley los que valoran. Aquí, como ya indicamos respecto de la cuestión de la verdad material, la literatura científica parece ser unánime *pro forma*: al menos en el estado actual de la doctrina es claro que la prueba no se valora «en conciencia», sea dicho ello con más o menos contundencia doctrinal o hasta mediante la concesión graciosa de resquicios a una suerte de *resto* de convicción judicial, con mayores o menores matizaciones. Ciertamente, en definitiva, nadie defiende de forma abierta una valoración en conciencia; digamos, en estado puro. Sin embargo, la praxis —y la doctrina, en sus detalles— en ocasiones discurren silentes por otros cauces, y cuando no lo hacen —porque el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han ordenado claramente una valoración racional de la prueba— de todas formas puede decirse que están fuertemente influidas por la forma de valorar en conciencia, aunque desde luego se ha mejorado mucho últimamente.

Nuestro programa del concepto de presunción de inocencia obliga a encauzar definitivamente tal cuestión ¹⁴. Una valoración en conciencia, aun por poca relevancia que se quiera dotar en este asunto a la conciencia (ergo,

¹² Capítulo II, 2.3.

¹³ Capítulo II, 3.

¹⁴ Capítulo II, 4.

solo para algunos aspectos de las llamadas cuestiones de hecho, no para las de derecho), es una valoración de la prueba directamente incompatible con la presunción de inocencia. Como advirtiese Engisch hace más de medio siglo, querer hacer ver que las llamadas «cuestiones de hecho» pueden ser resueltas de manera diferente a las «cuestiones de derecho», es tan inoportuno como la propia distinción entre ambos tipos de cuestiones; es más: son lo mismo, se trata siempre de cuestiones de derecho. Los imputados están siendo enjuiciados por juzgados y tribunales *de justicia*, no por academias de la historia, ni por comités de ciencias empíricas o laboratorios; y los tipos penales son asertos legislativos penales, respecto de los que hay que realizar una subsunción, primero para saber *jurídicamente* qué ha pasado —ni histórica, ni empíricamente—, y después para anudar también jurídicamente unas consecuencias a todo ello. Sin estos criterios normativos, exclusivamente normativos, no se sabría ni qué instruir, ni cómo hacerlo: con Hassemer, «la sonda de la justicia penal no se rige por el suceso, sino por los elementos del tipo penal»; todos los *buscadores* son jurídicos, ninguno fáctico. Fieles al programa, el estudio tratará de demostrarlo pormenorizadamente. Está en juego, una vez más, la presunción de inocencia.

9. Ello conduce necesariamente al concepto de máximas de la experiencia¹⁵. Nada novedoso en cuanto a la formulación, pero más allá de la misma es necesario dotar de contenido material real al concepto. En suma, se trata de evitar el puro nominalismo o fraude de sustituir la «decisión en conciencia» —por así decir— *a secas*, por la decisión en conciencia disimulada tras unos ropajes endomingados de «decisión según máximas de la experiencia» que al final no sean otra cosa que *vivencias personales del juez*. No es fácil, desde luego, porque a su vez tampoco se trata de caer de nuevo en la prueba tasada. Pero es lo único constitucionalmente válido y ha de ser perseguido, pues no en vano la lucha contra una jurisprudencia anclada en el voluntarismo del «en conciencia» ha durado décadas (desde los primeros intentos de Bacigalupo, en contra de la misma).

Se intentará pues, una exposición de lo que son y de lo que no deben ser las máximas de la experiencia, su alcance y sus posibilidades explicativas, cuándo y de qué manera el juez podrá apartarse de ellas. Ya hay muy valiosas resoluciones del Tribunal Supremo al respecto —así como estudios doctrinales (entre otros, Nieva Fenoll)—, que deben calar hondo por fin en todos los asuntos penales, y en todas las instancias, en particular, en la instrucción de las causas, que en ocasiones parecen mostrarse como una amalgama de datos policiales con pretensiones jurídicas, sin serlo, sin intentarlo (tampoco correspondería) y, lo que es peor, sin disimularlo.

Se ha de procurar decididamente siquiera sea de forma programática llamar la atención sobre las máximas y sus posibilidades de generalización.

¹⁵ Capítulo II, 5.

Debería ensayarse algo así como una Parte Especial de las máximas de la experiencia, máximas por tipos penales¹⁶. A ello serán dedicadas también algunas reflexiones. La jurisprudencia tiene asentadas algunas de estas máximas, en particular para el homicidio y lesiones, o para los delitos sexuales. Debiera la doctrina ocuparse más de ellas, y debieran ser formuladas otras para más grupos como los delitos patrimoniales, o los procesos penales derivados de *accidentes* de tráfico y otros, en los cuales, como el estudio demuestra, vienen siendo empleadas máximas de la experiencia cuanto menos poco efectivas, cuando no directamente erráticas.

Y como se ha pretendido llamar la atención sobre las máximas de la experiencia, el programa también se encamina a analizar un uso que últimamente pretende ser elevado a máxima de la experiencia para los delitos de blanqueo de capitales y otros: los informes de «inteligencia policial»¹⁷. La policía, que lamentablemente en gran medida se ha adueñado de la instrucción penal, podría llegar a hacerlo hasta del plenario de la mano de estos informes. Algunas valiosas sentencias, de instancia y del Tribunal Supremo, han puesto ya el acento sobre estos riesgos. En verdad, estos informes, más allá de su valor de simple denuncia —ninguna novedad al respecto—, no resultan adecuados como máximas de la experiencia en modo alguno, porque los tribunales no necesitan de ellos en el delito de blanqueo de capitales para formular sus propias máximas y, en un segundo paso, tampoco para saber aplicarlas. La policía no debe suplantar la labor judicial. El estudio propone un juicio crítico de estos informes pues ciertamente parecen expresión de una doble falacia, la del argumento de autoridad y la del error de improcedencia.

10. La presunción de inocencia suele creerse poder ser vencida por la prueba testifical. Y puede y debe serlo, sin duda, pero por una prueba testifical valorada, como siempre, racionalmente, a la luz de unas máximas de la experiencia aseguradas correctamente, es decir, adecuadas y procedentes. En gran medida las que nacen de la denominada psicología del testimonio¹⁸. El estudio se detendrá en esta cuestión, porque lo merece: en la mayoría de los enjuiciamientos penales la prueba reina es la testifical, y no puede ser que la misma siga siendo atendida con la mejor voluntad judicial, pero nada más; es decir, en suma: en conciencia. Visto desde la sentencia: la cuestión de derecho (que no *de hecho*) de la prueba testifical debe ser motivada convenientemente, es decir, de la mano de las máximas de la experiencia y éstas deberán ser muy particularmente las de la psicología del testimonio.

La práctica judicial y fiscal suele tratar de desenmascarar al testigo que miente¹⁹. Y es correcto y debe ser así, pero no desde el intuicionismo, y

¹⁶ Capítulo II, 6.

¹⁷ Capítulo II, 7.

¹⁸ Capítulo II, 8.

¹⁹ Capítulo II, 8.3.

mucho menos con criterios ajenos, cuando no abiertamente contrarios a las máximas de la experiencia que corresponderían. Ciertas contradicciones en la declaración del imputado o de los encartados entre sí, *v. gr.*, pueden ser síntoma precisamente de veracidad —en contra de lo que se cree—, de encontrarnos ante una «declaración no dirigida». En el reverso, la «perseverancia en la acusación» por parte de la víctima pretende hacerse valer como máxima de la experiencia de verosimilitud; pero ante ello, solamente es necesario decir y preguntar: y la misma «perseverancia» en sentido contrario, es decir, la del acusado negando el delito, ¿qué? ¿no vale igual? (!!).

Por su parte, el programa también deberá presentar, fieles al mismo, que la declaración falsa puede ser fruto del error²⁰. En otras palabras, el declarante produce una declaración mendaz, pero no miente. El error es incluso más difícil de detectar que la mentira, por cuanto el declarante habla desde la más absoluta convicción. En su deposición puede haber agregado o modificado su testimonio inconscientemente, se habla entonces, otra máxima de la experiencia, de «completar lo percibido». O bien: el factor tiempo o el espacial, suelen convertir la declaración en más volátil de lo que habitualmente se piensa. O también, ciertos sesgos del juzgador, perfectamente identificados por la doctrina —algunos de los cuales tienen reflejo directo en la legislación sobre la regulación de la abstención y la recusación—, asimismo habrán de ser tenidos muy en cuenta. El problema teórico se torna como no puede ser de otra forma en indefectiblemente práctico y, en ocasiones, en dramático; veremos varios ejemplos, entre ellos: «la detención del acusado [condenado en primera instancia a 36 años de prisión (!!) por cuatro violaciones] [...] se produjo cuando la primera [de las víctimas], Ascensión, diez años después de la agresión creyó reconocerlo por la calle y avisó a la Policía [...]. Pues bien, en el atestado policial instruido diez años antes a raíz de la agresión sufrida, esta víctima declaró que “no podía describir la cara porque se asustó y prefirió no mirarle”», tuvo que recordar frente a tal condena el Tribunal Supremo en su sentencia; el acusado fue absuelto, pues además este error testifical de identificación quedó claramente corroborado por los contundentes términos de otra máxima de la experiencia, formulada a través de los conocimientos asegurados científicamente de la prueba del ADN. En fin, sean éstas solo unas pinceladas *ad exemplum* de una muy apremiante cuestión que, fieles al programa presentado, habrán de ser desarrolladas pormenorizadamente.

11. Las reglas de la lógica afectan al concepto de presunción de inocencia pues una errónea aplicación de ellas en cualquier fase del proceso abierto impide su correcta configuración²¹. Se trata de la adecuada estructuración de la presunción de inocencia, y en este sentido las reglas de la lógica com-

²⁰ Capítulo II, 8.2.

²¹ Capítulo II, 9.

plementan a las máximas de la experiencia. Como toda regla formal, su respeto no garantiza *per se* la corrección de la solución, pero eso sí, su ausencia avoca directamente y siempre a la vulneración del derecho fundamental. Por eso nuestro programa deberá referirse a ellas, y también porque en ocasiones se tilda de «lógico» lo que en verdad debía ser explicado a través de las máximas de la experiencia, produciendo una conclusión vacua; más: inservible frente al *factum* de la inocencia.

Atenta por ejemplo a las reglas de la lógica precipitar la solución —por tanto, como siempre, en detrimento de la presunción de inocencia—, restringiendo u olvidando alguna o algunas de las máximas de la experiencia que debían ser tenidas en cuenta. Por ello, nos parece muy dudosa una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el contenido mismo de la presunción de inocencia, que se conforma a los efectos de convalidar la declaración de culpabilidad hecha en la instancia, con contrastar que el razonamiento judicial exteriorizado en la sentencia no sea «arbitrario», pero sin comprobar *otras alternativas* pese a que fuesen alegadas por la defensa. Antes bien, lo único consecuente para que tal contraste esté *lógicamente* cerrado, es comprobar todas las hipótesis planteadas de contrario, pues la culpabilidad ha de ser probada *más allá de toda duda razonable*. De este modo, no es suficiente con que un determinado relato de hechos probados no sea «arbitrario» aisladamente considerado, sino que además habrá de ser comprobado que han sido descartadas correctamente otras hipótesis alternativas, que siendo igual de racionales, pudieran haber conducido a otra resultancia fáctica.

Otras cuestiones lógicas nos ocuparán: se argumenta que un testigo dice la verdad, porque, por miedo, habría callado durante mucho tiempo; el error lógico reside en pretender fundamentar el crédito del testigo mediante su propia afirmación: lo que debía ser probado —que lo dicho por el testigo en cuanto a su anterior silencio es la verdad— se toma como premisa y presupuesto —es verdad que calló «*la verdad*» mucho tiempo por miedo—. O, un último breve ejemplo: el juzgador afirma que no encuentra motivos para creer que un testigo ha inculpado falsamente al acusado, porque el testigo supo en el plenario, de forma creíble, rebatir ese reproche formulado por la defensa del encartado. Es decir, se afirma el crédito de un testigo aseverando que ha puesto de manifiesto de forma creíble su propio crédito; se hace supuesto de lo que debería ser cuestión. En suma, lagunas, saltos en la argumentación, peticiones de principio y otros, deben ser al menos recordados programáticamente en las páginas que siguen.

12. Tras todo lo anterior, el presente programa podría habernos encaminado a la investigación, una a una, de todas las diligencias de prueba e inferencias en derechos fundamentales, pues las mismas deben ser respetuosas con el concepto funcional de presunción de inocencia delineado. La prueba testifical —incluida la declaración del imputado— será tratada en múltiples

de sus aspectos, algunos de los cuales acabamos de avanzar. Ciertas maneras policiales, con pretensiones periciales, también, como hemos apuntado. Injerencias como las escuchas telefónicas se han abordado en publicaciones anteriores²². Otras en cambio, desde la diligencia de reconocimiento en rueda²³ hasta la prueba documental, pasando por la entrada y registro o las intervenciones corporales, etc., no han podido ser analizadas, pues aunque deban regirse por las líneas generales puestas de manifiesto, todas necesitan de un pormenorizado estudio²⁴.

Pero sí al menos el programa que hemos querido seguir imponía detenerse, por lo acuciante de la cuestión en orden a su confrontación directa con el concepto de presunción de inocencia asumido, con una de estas diligencias: el careo. Titulamos el epígrafe —«El careo: error lógico elevado a máxima de la experiencia»—²⁵ de una forma que adelanta nuestra crítica: ¿cómo va a erigirse un error lógico en máxima de la experiencia, y, además, ser reconocido como tal por la Ley de Enjuiciamiento Criminal?, podría preguntarse. Y sin embargo nuestro análisis acabará demostrando esto y mucho más. El careo, a la vista de nuestro programa, adolece de dos graves fallas que hacen necesario su abrogación definitiva: desde las máximas de la experiencia, en concreto desde la psicología del testimonio, es una diligencia probatoria (*sic*) que se muestra absolutamente insegura; desde las reglas de la lógica, se la pretende dotar de un carácter de *ultima ratio*, por lo que —como veremos—, entonces, carece de *lógica* acordarla: es practicada, se dice, cuando no hay otra prueba determinante (determinante ¿para qué?, ¿para encontrar la verdad material?), pero ello lleva a que la sentencia deba basarse indeclinablemente en ella sola; una sentencia que —de nuevo erróneamente— habría encontrado así la «verdad material» a la luz de la confrontación de las versiones de los careantes. Si la diligencia es insegura —y lo es a la luz de asentadas máximas de la experiencia—, y si la diligencia se practica *ex lege* solo cuando no hay seguridad sobre la prueba, no puede *lógicamente* adquirirse a través de ella la seguridad que sí requiere la sentencia. De una diligencia insegura, ningún tribunal puede deducir la seguridad que impone el principio *in dubio pro reo*. A su vez, cuando el careo se practica antes del plenario, adolece del adelantamiento probatorio clásico vulnerador de la presunción de inocencia por incorrecta anticipación. Una vez más, la presunción de inocencia debe desplegar sus efectos.

²² «Una cuestión procesal recurrente: las intervenciones telefónicas», en F. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Valencia, 2009, pp. 309-333.

²³ Cuya investigación tenemos en curso: el artículo «Cuando el enemigo es situado en el grupo de una rueda de reconocimiento».

²⁴ Otras cuestiones, como singularmente las de la prueba ilícitamente obtenida, o las relativas a las declaraciones de los coimputados, han merecido hasta ahora un pormenorizado desarrollo doctrinal y jurisprudencial, por lo que también podrán ser en gran medida dejadas de lado.

²⁵ Capítulo II, 10.

13. Doctrina y jurisprudencia también tienen sus previsiones programáticas para respetar el principio de presunción de inocencia; en parecido sentido a nuestro sistema funcional, o en un sentido más clásico. Pero indudablemente las tienen; nadie desea condenar a un inocente. Buena muestra de ello es el mimo procesal con el que siempre ha sido tratada la denominada prueba de indicios²⁶. A ella se le ha rodeado desde siempre, y particularmente en la moderna jurisprudencia, de notables y esenciales cautelas: la presunción de inocencia, como proceso abierto, y sobre el que pueden y deben tener influencia todas las partes, impondría un tratamiento particularmente cuidadoso ante la delicada situación del reo en la prueba de indicios. En concreto, se obliga a que en la motivación de las sentencias condenatorias basadas en la llamada prueba de indicios se recojan expresamente una serie de requisitos y reservas.

Ello es correcto. Por eso, un programa como el nuestro que pretende aportar al avance de la presunción de inocencia, plena, debe prestar atención necesariamente a esta forma de valorar la tipicidad del presunto delito, y lo haremos en un capítulo independiente, el tercero del presente trabajo. Definimos la llamada prueba de indicios y la *contraponemos* a la prueba directa. Y la conclusión no puede ser más sorprendente: acaba resultando más segura la condena basada en indicios que la condena pretendidamente enraizada en la supuesta prueba directa²⁷.

Lo cierto es que *todo* es prueba de indicios, *nada* prueba directamente, y por ello debe dotarse al proceso enervador de la presunción de inocencia, *siempre*, de las mismas garantías que hoy día son tan solo reconocidas y reservadas para la prueba de indicios. La tipicidad del tipo subjetivo (dolo o imprudencia) así lo revela *v. gr.*, a las claras, es decir, la tipicidad de todos los delitos sin excepción de clase alguna. No hay presunciones de inocencia minimizadas. Técnicamente toda prueba —también la denominada directa— es prueba de indicios. O si se prefiere, la prueba de indicios también es prueba directa, solo que parece requerir más pasos argumentales. En la llamada prueba directa también hay un proceso deductivo desde lo que no son sino meros indicios hacia la prueba. Incluso en el caso de un —llamado— testigo directo del delito, estaremos ante indicios: su presencia en el plenario es un indicio de que estuvo en el lugar de los hechos y vio lo que pasó, pero la práctica demuestra que puede que esté mintiendo; sus manifestaciones cuando no tenga tal ánimo y realmente estuviera en el lugar de los hechos y viera lo que pasó, a su vez, no son sino un indicio de que lo declarado responde a la realidad, pues puede cometer errores gravísimos a la hora de identificar al autor —hemos visto un ejemplo—, o puede no recordar todo lo que vio o recordarlo parcialmente, o puede —como ya indicamos— estar

²⁶ Capítulo III, 1.

²⁷ Capítulo III, 2.

«completando lo percibido», etc. En palabras de Engisch, «desde un punto de vista lógico, toda prueba que no ha sido determinada mediante la propia percepción, es una prueba de indicios de la mano de las máximas de la experiencia, que o bien el juzgador mismo se atreve a formular, o bien se deja ayudar para su conocimiento por un perito».

Por todo ello, debe romperse definitivamente una vez más (ya lo vimos con el binomio *verdad material/verdad formal*, o con el relativo a las *cuestiones de hecho/de derecho*) con el par «prueba directa»/«prueba de indicios». Hemos de ser tan contundentes como garantistas en la conclusión: todos, *absolutamente todos*, los criterios que la jurisprudencia considera requisitos necesarios para que la prueba de indicios sea tenida por válida —en particular los de motivación—, han de cumplirse igualmente y en la misma medida en la denominada prueba directa, prueba ésta, en última instancia, también de indicios. El Tribunal Supremo, esporádicamente, y algunos sectores doctrinales, señaladamente (Andrés Ibáñez), apuntan en esta correcta dirección. Debe ser la única y ha de imponerse con decisión.

14. El programa que pretendemos y que debe desarrollar el concepto de presunción de inocencia de la manera vista no puede cerrarse, naturalmente, sin indagar lo que ha sido denominado su núcleo central: la figura secular del *in dubio pro reo*²⁸. Pero de cierre y no de inicio, pues ya no se trata de una regla que afecta a la toma de decisiones valorativas, sino que despliega sus efectos para saber cómo actuar una vez que el proceso valorativo concluyó y todavía subsiste la duda: hay que absolver.

No existe oposición ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia respecto de su aplicación. Pero como todas las cuestiones obvias, la rutina puede acabar dañando un tratamiento adecuado de las mismas, lo acabamos de apuntar respecto de la llamada «prueba directa»: tan *directa*, que en ocasiones ni se fundamenta. Y así, en general, se percibe que se recurre poco al *in dubio pro reo*, como si los tribunales no dudasen. Y cuando se reconocen dudas, de todas formas se percibe también una cierta reticencia a su aplicación; como botón de muestra, por ejemplo, se rechaza por amplios sectores de la doctrina que el *in dubio pro reo* deba aplicarse a las medidas cautelares personales, o que pueda tener significación alguna para las llamadas cuestiones de Derecho procesal²⁹ (aunque por cierto de nuevo el binomio «Derecho penal [material]»/«Derecho procesal penal», debiera abandonarse, más allá de una mera clasificación académica). Se presentan serias dificultades de aplicación respecto de la llamada coartada fallida, *recte*: versión exculpatoria no probada o hasta probada su mendacidad³⁰. Cuando se trata de supuestos complejos, en el sentido de poder ser divididos sectorialmente, el principio

²⁸ Capítulo IV, 1 y 2.

²⁹ Capítulo IV, 4.

³⁰ Capítulo IV, 5.

in dubio pro reo también arroja más inseguridades de las que debiera³¹, igual que respecto de las posibilidades de revisión por parte de la superioridad³². En definitiva, estas y otras cuestiones, quedan como tarea pendiente para el ambicioso programa que hemos querido asumir, desde la presunción de inocencia —su principio— hasta el *in dubio pro reo* —en cierto sentido, su final—. Ello se abordará en el último de los capítulos del presente libro.

15. Terminamos la presentación del presente programa de los objetivos de la investigación, como lo empezamos: todo gira pues en torno a la presunción de inocencia, desde su concepto, al comienzo, hasta su desarrollo, en epígrafes siguientes, para al hilo del propio desarrollo, echar la mirada atrás y comprobar siempre que un concepto funcional de la presunción de inocencia plausible, es respetado en todo momento y rinde los beneficios dogmáticos que se esperan de él.

La presunción de inocencia, esta es la guía programática de la que nacen otros subsistemas o *variaciones*, pero que siempre habrán de guardar el mismo patrón armónico del tema original, el baluarte de la presunción de inocencia, pues no se trata de *un principio más del proceso, es el proceso mismo; una directa prohibición de desautorizar el proceso*. Por ello, todas las partes están asociadas: el proceso con la pena, y la pena, por ello, con la presunción de inocencia. Es el núcleo duro del Derecho penal. Podrán diferir estas piezas entre ellas, como si de una variación musical se tratase, pero todas nacen del mismo tema principal: la inocencia como sistema afortunadamente proclamado en el art. 24 de la Constitución.

³¹ Capítulo IV, 3.

³² Capítulo IV, 6.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. PLANTEAMIENTO

1. La Constitución Española en su art. 24.2 *in fine* proclama, como es sabido, que «todos tienen derecho [...] a la presunción de inocencia». Estamos ante un derecho fundamental de la Sección 1.^a del Capítulo Segundo del Título I de nuestra Ley de Leyes. El art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, el art. 11 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el art. 6.2 del Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, o el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, son algunos otros de los preceptos de esenciales textos que también recogen el principio de la presunción de inocencia, en la misma o similar redacción.

Y, con todo, la denominación parece equívoca, por pusilánime: el acervo popular, perfectamente plasmado por los medios de comunicación con la terminología periodística al uso, a pesar de ser lego en la materia, acierta plenamente, pues habla del «presunto narcotraficante», del «presunto violador» o del «presunto estafador “piramidal”», y es verdad, porque lo que se presume —o se debería presumir en un Estado que pretenda llamarse y ser de Derecho— es el delito, no la inocencia.

El principio es reconocido por la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos mundiales, desde los modelos occidentales —plasmados en los preceptos que acaban de citarse—, hasta —al menos *pro forma*— la Carta de Derechos Humanos de los Países Árabes de 1994 dada en El Cairo (art. 7), pasando por la Convención de Derechos Humanos Africana (Banjul, 27 de junio de 1981, art. 7), etc. Es más, según un importante y exhaustivo monografista alemán sobre la materia, sería la República Popular China la única nación de peso que rechazaría abiertamente el principio¹.

¹ STUCKENBERG, «Die normative Aussage der Unschuldsvermutung», *ZStW*, 111 (1999), pp. 422 y ss.; cfr. además, para todos los pormenores, *id.*, «Untersuchungen zur Unschuldsvermutung», *passim*.