

ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO A LA "PRESUNCION DE INOCENCIA"

Juan Alberto BELLOCH.

Magistrado. Miembro del Secretariado de la  
Asociación "Pro Derechos Humanos" del País  
Vasco.



Las presentes notas tratan de ser, por un lado, una revisión de un trabajo anterior en torno a la presunción de inocencia (1), realizado en el verano del año 1982, y, por otro lado, una aproximación al estado actual de la cuestión, teniendo en cuenta las aportaciones doctrinales de mayor interés realizadas desde aquella fecha.

El factor quizá más estimulante para la realización de aquel primer trabajo (1) fué, amén de las inmediatas "I Jornadas de Derecho judicial" en las que se presentó, el hecho llamativo de un, aparentemente, profundo desacuerdo entre el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS) en ciertos aspectos procesales relativos a la vía casacional más correcta para denunciar posibles violaciones de tal derecho constitucional.

Recordemos, aunque sea brevemente, los términos iniciales del debate: El TS, en virtud de un Auto de la Sala 2ª de 2 de Marzo de 1982, NO ADMITIO A TRAMITE, parcialmente, el recurso de casación por infracción de ley intentado por la vía del número 2º del art. 849 de la LEC (2) contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de Enero de 1981, vía por la que la parte recurrente pretendió denunciar una vulneración de tal derecho constitucional; por el contrario admitió el recurso por la vía del número 1 del propio artículo 849 (3). Posteriormente, en la Sentencia de fondo (4), maniatado el TS por su resolución anterior, declaró haber lugar al recurso de casación "por el cauce formal del número 1º del art. 849", aunque ciertamente admitió, en cuanto al contenido, precisamente los argumentos utilizados por el recurrente a través del motivo que no había sido admitido a trámite (es decir, los motivos articulados, no por la vía del num. 1º, sino por la vía del num.2º) Criticábamos, entonces, la falta de lógica procesal del cauce casacional inicialmente elegido.

El TC, por su parte, al estudiar el recurso de amparo interpuesto contra el precitado Auto de 2 de Marzo de 1982, estimó el amparo solicitado por entender que negar la vía del número 2º del art. 849 suponía tanto como cerrar el paso en este punto a toda posibilidad de que el TS rectificare los errores del Tribunal de instancia, pues no era "imaginable" ciertamente que pudiera hacerlo por la vía del número 10 del art. 849 de la LECr.

En línea con lo señalado por el TC, afirmábamos entonces (1) que "ante las obvias dificultades que para la tutela en sede jurisdiccional ordinaria presenta la técnica casacional ... se estima menos artificioso y más ajustado al propio origen del precepto acudir a la vía del número 2º, que únicamente obliga a revisar, de manera parcial y limitada, a estos efectos, la jurisprudencia del TS en torno al concepto de documento auténtico.

El problema, en cualquier caso, ha perdido hoy toda actualidad, por la mejor de las razones: El TS (5) ha hecho suyos los planteamientos apuntados por el TC y exhaustivamente desarrollados en nuestro trabajo anterior (1) en torno al correcto cauce casacional para la denuncia de tales violaciones del derecho constitucional a la presunción de inocencia. En efecto, DIAZ PALOS (6) en Enero de este mismo año 1985 ha llegado a decir: "Desde un principio (?) - afirmación que implica un olvido del precitado Auto - entendió la Sala 2ª que la vía correcta casacional era el número 2º del art. 849 ...".

Ello no obstante, sigue diciendo, "La Sala sigue admitiendo el cauce del número 1 del art. 849 " por razones de justicia material (para impedir que un mal formulamiento del recurso imposibi<sup>l</sup>ite entrar en el contenido del mismo), acudiendo, en tal caso, conviene recordarlo, al artificioso expediente (vía que ya utilizó

en la precitada Sentencia de 1 de Junio de 1982) que le brinda el art. 899 de la LECr.

Ya en el año 1982 (1) sosteníamos "que tanto una vía como la otra (números 1 ó 2 del art. 849) presentan inconvenientes y sólo pueden servir a modo de instrumentos provisionales para cumplir las exigencias constitucionales y en tanto no se verifique una reforma". Ante ello, y de "lege ferenda", además de proponer la modificación del art. 741 de la LECr y del art. 44 1.b) de La LO del TC, estimábamos necesario: "introducir una vía casacional específica mediante la correspondiente modificación de los preceptos de la LECr ...", añadiendo que tal reforma era urgente y que debía recoger "de manera expresa y concreta la vulneración del d.c. a la presunción de inocencia como motivo específico y propio de articulación del recurso de casación. Con satisfacción indudable se constata que tres años después tal propuesta tiene valedores tan notables como el propio DIAZ PALOS (Presidente de la Sala 2ª del TS) y LATOUR BROTONS (7) magistrado de la citada Sala; en efecto, ambos magistrados, como conclusión de su ponencia presentada en las II Jornadas de Derecho Judicial proponen exactamente lo mismo. Concretamente proponen un nuevo número (que sería el 3º del art. 849) con el siguiente texto: "cuando no se haya producido en el proceso actividad probatoria bastante a destruir la presunción de inocencia establecida en el art. 24.2 de la Constitución". Cabe confiar, muy fundadamente, que, en la inmediata reforma parcial de la LECr, se introduzca definitivamente tal cauce casacional específico.

En torno al problema del deslinde de competencias entre la Jurisdicción Ordinaria (y dentro de ella entre los Tribunales de Instancia y el TS) y la Jurisdicción Constitucional, la posición sostenida en el reiteradamente aludido trabajo del año 1.982 (1) podría sintetizarse así:

Primero: Al TS, por la vía casacional indicada, y al TC, por la vía del recurso de amparo, corresponde comprobar, cuando ha sido denunciada en forma la violación del d.c. a la p. de i., la existencia de una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo.

Segundo: Tal función obliga, por un lado, a una reinterpretación en profundidad del principio de libre valoración de la prueba (art. 741 LECr) y de la doctrina legal subsiguiente y, de otro lado, a interpretar los términos del art. 44 1.b) de la LO del TC, de suerte que permita deslindar el "respeto a los hechos que dieron lugar al proceso", con la imprescindible comprobación de la existencia de aquella actividad probatoria de cargo.

Tercero: Reinterpretar al principio de libre valoración de la prueba supone, a su vez, "deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de las diligencias probatorias las dos siguientes: 1º) una primera de carácter objetivo que podría denominarse de "constatación de la existencia o inexistencia de verdaderas pruebas", fase en la que, así mismo, habrá que diferenciar dos operaciones distintas cuales son precisar si en la realización de las diligencias se ha observado escrupulosamente las garantías procesales básicas y precisar si, además, tales diligencias suponen o aportan objetivamente elementos incriminadores o de cargo; y 2º) una segunda fase de carácter predominantemente subjetivo para la que debe reservarse la denominación usual "valoración del resultado o contenido integral de la prueba".

Cuarto: Finalmente a los Tribunales de Instancia compete "realizar" íntegramente las dos fases descritas, mientras que al TS y al TC les compete, en sus distintas esferas y con consecuen-

cias jurídicas diversas, controlar la real observancia de aquella primera fase, sin que, sin embargo, puedan interferirse (fuera del limitado y clásico cauce casacional) en aquella segunda fase.

La construcción anterior que, en su día, pudo parecer novedosa, aunque obviamente era mero desarrollo de los criterios sentados en dos sentencias anteriores del TC (la ya citada y otra anterior de 28 de Junio de 1981) en la actualidad parece, en lo esencial, pacífica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, tales planteamientos subyacen en buen número de sentencias del TS (8) y, desde luego, en otras posteriores del TC (9).

Puede afirmarse que la construcción del derecho público subjetivo a la presunción de inocencia, como derecho fundamental de la persona, ha pasado a ser, en el concreto campo del derecho procesal de prueba, no ya sólo un "dogma constitucional", sino también, al menos en la versión limitada hasta aquí expuesta, un principio con virtualidad práctica, desde luego en la actividad del TS y del TC y también, aunque con vacilaciones, en la realidad judicial cotidiana de los Juzgados y Tribunales inferiores.

Tras este breve repaso al que podríamos denominar "contenido indiscutido" de tal derecho constitucional, voy a referirme, a partir de este momento, a otros aspectos y problemas respecto de los cuales, hoy por hoy, puede afirmarse que no son pacíficos los criterios ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. A efectos sistemáticos, trataré, en primer lugar, de algunas cuestiones, dentro del propio terreno del derecho procesal de prueba, que evidencian una cierta timidez o prudencia, si se prefiere, tanto en el TS - para desarrollar las que, en mi opinión, serían consecuencias lógicas de tal d. constitucional - como, incluso, en el propio TC que, quizá, contempla con ciertos recelos el extraordinario carácter germinador (o fuerza expansiva) que tiene esa construcción jurídica que echó a andar en la ya lejana Sentencia de 28

de Junio de 1.981. En una segunda parte de estas notas pondré el acento en evidenciar que su operatividad no puede limitarse al campo del derecho procesal de prueba, sino que, forzosamente, tiene otras dimensiones a las que me referiré brevemente.

I. La presunción de inocencia en el ámbito del derecho procesal de prueba.

En este ámbito, su concepto viene definido con toda nitidez en alguna sentencia del TC (10) al indicar que "es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acusa aportar las pruebas destructoras de aquella presunción iuris tantum". CARRERAS prefiere hablar (11) de una "presunción incierta" y SERRA DOMINGUEZ (12) de una "verdad interina". Es, en todo caso, en esta concreta perspectiva, una regla sobre la carga de la prueba enmascarada en forma de presunción.

Dentro de esta parte del trabajo me voy a referir a tres cuestiones polémicas: a) la distinción, que se pretende excesivamente neta en la doctrina, con el principio "in dubio pro reo"; b) el problema de la fundamentación fáctica de las resoluciones judiciales como exigencia implícita en la presunción de inocencia; y c) la "extensión y límites" de tal derecho en este concreto ámbito.

A) Su relación con el "in dubio pro reo"  
.....

La construcción más ortodoxa (13) se limita a subrayar que mientras la presunción de inocencia "es un derecho público subjetivo constitucionalizado como derecho fundamental", el "pro reo" es, simplemente, "un principio auxiliar que se ofrece al Juez a la hora de valorar la prueba" (14). Me importa destacar que, con arreglo a tal construcción, la aplicación indebida o,

mejor, la no aplicación del "pro reo", no sería revisable en casación (fuera del cauce del error que resulte de documento auténtico) ni, desde luego, tampoco en amparo. Tal criterio y, más aún, las consecuencias que de ella se infieren, plantea, no obstante, algunas dudas. La base del mismo no puede ser otra que la de entender (así lo hace PEREZ GORDO (15) ) que el "pro reo" no tiene amparo ni reflejo constitucional. ESCRIVA GREGORI (16) y MOVILLA ALVAREZ (17) han hecho ver que muchas normas fundamentales dentro de la dogmática penal no han tenido un reflejo claro y directo en los preceptos constitucionales. Siempre se ha echado de menos, en efecto, la presencia de penalistas en la Comisión Constitucional. Lo anterior, sin embargo, no ha sido obstáculo para que muchos de tales principios se hayan estimado "implícitos" en el sistema constitucional, por cuanto es posible inferirlos del ensamblaje y / o interpretación conjunta de diferentes preceptos. FERNANDEZ ENTRALGO (18), en este sentido, afirma que "el principio pro reo puede ser uno de ellos. En la medida que él es la ratio iuris de la presunción de inocencia, del art. 24.2, en relación con los principios de libertad y de igualdad, proclamados por los arts. 1º 1 y 9.3 de la C. cabe inferir el respaldo constitucional del primero". Desarrollando esta idea entiendo que no presenta obstáculos insuperables al afirmar que el "pro reo" debe entenderse subsumido, a modo de una de sus categorías específicas, dentro del marco más amplio que supone el derecho constitucional a la p. de i. No se me escapan las consecuencias "radicales" de tal planteamiento y así, sobre todo, el acceso casacional (y de amparo) a los supuestos de no aplicación de tal principio.

La doctrina y, desde luego, la Sala II del TS, recela de tal posibilidad por cuanto ello, al menos aparentemente, abriría las puertas a la conversión del recurso de casación en una especie de segunda instancia y hasta cierto punto - dentro de sus límites

proprios - a la instrumentalización del recurso de amparo en una excepcional y "sui generis" tercera instancia. Ya en el trabajo anterior (1) afirmábamos "que el derecho constitucional a la p. de i. es una nueva regla de valoración de la prueba que, amén de ser mandato constitucional, responde a unas objetivas necesidades de racionalidad y de garantía del ciudadano frente al posible arbitrario proceder de los Tribunales de Instancia" y, en consecuencia, añadíamos, "frente al modelo preconstitucional de libre valoración de la prueba.. hoy debe hablarse del modelo constitucional de libre valoración de la prueba..." conforme al cual, agotada aquella primera fase objetiva del proceso de valoración de la prueba y ya dentro de la fase predominantemente subjetiva, no puede olvidarse que "también en esta segunda fase sigue operando, respecto del Tribunal de instancia, el derecho constitucional analizado, pero ahora ya con la clásica formulación del in dubio pro reo". En esta última afirmación se contenía ya el embrión del problema que ahora planteo, pues, en efecto, parece un tanto extraño que el constituyente, a la hora de incorporar la institución de la p. de i. - en principio ajena a nuestra tradición jurídica - no estuviera englobando, constitucionalizando, dentro de ella al clásico axioma "pro reo" de tan clara y rotunda tradición en nuestro ordenamiento jurídico.

Entiendo que el "pro reo" forma parte del contenido natural de la presunción de inocencia y que, además y pese a ello, tal afirmación no supone un riesgo real de multiplicar las instancias ni, en consecuencia, una alteración sustancial de los presupuestos tradicionales de nuestro sistema de enjuiciar. Es, simplemente, y de nuevo, un problema de acotación o demarcación de competencias entre los Tribunales de Instancia y el TS y el TC, en sus respectivas y diferentes esferas. El problema podría plantearse en los siguientes términos: la "valoración" de la prueba seguirá siendo competencia del Tribunal de Instancia, pero, ello no obstante,

cuando de la propia argumentación fáctica del Resultando de hechos probados (que, anticipando conceptos, forma ya parte, en mi opinión, del contenido mínimo obligatorio constitucional de la sentencia - como después concretaremos) y de élla misma se infiera que aquel axioma o dogma no se ha observado o respetado, por cuanto cualquier duda objetivada de la resolución haya sido resuelta en perjuicio del reo, procederá la casación, precisamente por desconocer el derecho público subjetivo a la presunción de inocencia, o procederá, con sus límites y efectos, el recurso de amparo.

Dicho de otro modo, el Tribunal de Instancia es libre para valorar la fiabilidad y consiguiente fuerza de convicción de una determinada prueba y basar en ella, cuando - desde luego - tengan el carácter de verdadera prueba procesal de cargo, su juicio de certeza, pero si de tal prueba, en su simple constatación objetiva, sólo ha surgido un juicio de posibilidad o aún de probabilidad y, en tal juicio, se basa el correspondiente fallo condenatorio, tal resolución estaría quebrantando el precitado derecho constitucional en su concreta proyección valorativa implícita en el "pro reo", y, por tanto, tal fallo sería susceptible de casación (sin ajustarse a los estrechos límites del actual "error facti") y, en su caso, de amparo.

Importa aclarar que lo anterior no supone, en modo alguno, sostener que el "pro reo" tenga una doble perspectiva procesal y sustantiva. Por el contrario, como indica FERNANDEZ ENTRALGO (19) "el criterio de interpretación restrictiva de lo odioso (que, por cierto, impugna parcialmente DIAZ PALOS) viene impuesto por otro camino, concretamente por las exigencias de las funciones de garantía que cumple el dogma legalista y el principio de libre actuación de la persona humana". Lo curioso es constatar que es más bien cierta jurisprudencia de la Sala II del TS la que permite o introduce cierta confusión en esta materia (20).

Lo que aquí se afirma es más simple: que dentro del propio derecho procesal de prueba, el "pro reo" forma parte integrante del derecho constitucional a la presunción de inocencia y, como tal, con los límites indicados debe tener acceso casacional y de amparo. Si el esquema de delimitación de funciones antes indicado "es el único que permite hacer compatible las ventajas inherentes al sistema tradicional de libre valoración de la prueba por el Tribunal de instancia, con la necesidad de garantizar esos mínimos que supone la observancia escrupulosa de las garantías procesales y su contenido incriminatorio", hoy, tres años después, me limito a añadir entre esos mínimos la exigencia de garantizar la estricta observancia del "pro reo" en la fundamentación fáctica de la resolución.

B) De la fundamentación fáctica de las resoluciones  
.....

Con ello entramos en la segunda cuestión (en la que ya hemos anticipado nuestra postura) y que está íntimamente ligada con la anterior: la fundamentación fáctica de las sentencias.

El art. 142 de la LECr (22) ha sido interpretado durante mucho tiempo en el sentido de no ser preciso (e, incluso, estar prohibido) explicitar el proceso lógico-argumental que ha permitido la fijación de la resultancia fáctica. Estimamos que tal lectura del art. 142 de la LECr es contraria a la lógica constitucional. No puede olvidarse - como recuerda FERNANDEZ ENTRALGO (23) - que "todos los órganos del Estado, también los jurisdiccionales, deben dar cuenta de todos los aspectos de su actividad al pueblo, titular de la soberanía y de quien emana la justicia que aquellos administran". Y, desde esta perspectiva, pocas dudas puede ofrecer que tiene menos interés para el ciudadano la calificación jurídica de los hechos, que la explicitación del proceso argumental que ha permitido concluir que tales concretos hechos han sido, en efecto, probados.

Como viene ya afirmando - desde hace mucho tiempo - el magistrado MARTINEZ RUIZ (24), las sentencias tienen que demostrar que tal relato fáctico "es el resultado de un juicio concienzudo sobre las pruebas legales, únicas que permiten derribar la presunción de inocencia". Pero es que, además de la "lógica constitucional", cabe señalar otros argumentos mucho más precisos. El art. 120. 3 de la CE señala que "Las sentencias serán siempre motivadas"; tal mandato constitucional no puede ser interpretado restrictivamente sino que, por el contrario, debe proyectar su eficacia operativa sobre todos y cada uno de los aspectos esenciales de las resoluciones y, entre ellos, singularmente, el relativo al "juicio de culpabilidad" (en su sentido más amplio). En síntesis tal precepto constitucional impone, por sí solo, una reinterpretación del precitado art. 142 de la LECr y veda, desde luego, su lectura tradicional. No puede olvidarse que, según la propia lectura unánime doctrinal y jurisprudencial del art. 741 de la LECr, el Juez o Tribunal debe valorar el material probatorio según las reglas o normas de la sana crítica, sin que pueda esgrimirse válidamente argumento alguno (como no sea el de la literalidad del art. 142 de la LECr) para que el proceso lógico-argumental que tal valoración supone quede en los arcanos de la conciencia del Tribunal; por el contrario, la exigencia de "publicidad" de las resoluciones judiciales (también contenida en el art. 120 de la CE) impone implícitamente la exigencia de "exteriorización" de aquel proceso mental, dado que, al tratarse de normas ontológicamente garantistas, sería casi fraudulento interpretarlas de modo tan restrictivo que redujeran su contenido, en lo que concretamente se refiere a la exigencia de publicidad, a la mera comunicación del contenido de su conclusión, hurtando el proceso mismo de formación de tal conclusión. Extraer todas las consecuencias derivadas de la exigencia de "publicidad" supone comprender que lo pretendido por el constituyente es abrir las puertas al control de las resoluciones judiciales, tanto por

los ciudadanos, como por los órganos jurisdiccionales superiores a través de la técnica de los recursos, sea en sede ordinaria sea en sede constitucional.

La exigencia de fundamentación del relato fáctico contenido en las resoluciones judiciales de orden penal constituye, desde la perspectiva indicada, un elemento esencial de control democrático del Poder Judicial; por otro lado, en la pura consideración del control intrajurisdiccional, la explicitación de aquel proceso lógico-argumental abriría un nuevo enfoque a la pretensión, postulada en este trabajo, de incorporar el "pro reo" al ámbito natural de la presunción de inocencia, resolviendo, además, el problema antes apuntado en orden a la delimitación de funciones, a este respecto, entre los Tribunales de Instancia y los órganos jurisdiccionales superiores (TS o TC). En efecto, existiendo una explicitación de la argumentación, el control casacional y/o de amparo frente a posibles vulneraciones del "pro reo" (en tanto que parte integrante de la presunción de inocencia) se limitaría al puro análisis o examen de tal argumentación, de suerte que, apreciado el "error facti" en la apreciación de la prueba, en virtud de un documento auténtico - ¿qué documento hay más auténtico que la propia sentencia? -, ningún problema plantearía el control casacional de tales vulneraciones, incluso en su actual regulación procesal, por la vía del número 2º del art. 849 de la LECr; mayores dificultades plantea, y no se nos ocultan - dado el tenor del art.44 1.b) de la LOTC-, la viabilidad del amparo contra posibles vulneraciones del "pro reo" en las resoluciones judiciales; para este supuesto sigue siendo urgente, en mi opinión, afrontar la reforma del precitado precepto de la LO del Tribunal Constitucional.

FERNANDEZ ENTRALGO (25), en el más interesante trabajo que sobre este tema se ha realizado, concluye afirmando que seguir sosteniendo la interpretación tradicional del art. 142 de la LECr supone desconocer o no sacar todas las consecuencias que

se derivan del "examen conjunto de los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, de presunción de inocencia y de responsabilidad judicial, consagrados por los arts. 9.3. in fine, 24.2., 117.1. y 120.3 de nuestra Constitución". Amén de compartir tal planteamiento, entiendo que puede enriquecerse con las exigencias implícitas en el principio de publicidad de las resoluciones judiciales, antes dichas, y aún con otra importante referencia constitucional, cual es el derecho público subjetivo "a la tutela efectiva por parte de los Jueces y Tribunales" (art. 24.1. de la CE). No es posible desconocer la importancia que tiene, para desterrar toda tentación meramente intuitiva en el proceso de formación de la convicción judicial, el convertir en preceptiva la exteriorización de la línea lógico-argumental que ha producido, como conclusión, el relato de hechos declarados probados. Entiendo, en conclusión, que el modelo constitucional de valoración de la prueba comprende, hoy, una nueva exigencia: la fundamentación objetiva del relato fáctico. Lo anterior viene avalado por una seria opinión doctrinal (26), por la práctica de algunos Tribunales (27) y por algún precedente legislativo (28), no siendo aventurado, por ello, presumir que, en este sentido, se va a orientar la futura reforma de la LECr.

C) Extensión y límites de la presunción de inocencia  
.....  
en el ámbito del derecho procesal de prueba  
.....

Se ha venido interpretando jurisprudencialmente (29) que la presunción de inocencia constriñe su eficacia a la existencia o inexistencia de pruebas inculpatorias respecto de la participación de un individuo en la comisión de un hecho punible, a efectos de su absolución, si faltan, o de su condena, en caso contrario, pero que no alcanza al resto de circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en la comisión de la acción delictiva de que

se trate. Semejante doctrina requiere, no obstante, de algunas precisiones; ciertamente queda al margen de su amparo la calificación del hecho punible, por cuanto tal cuestión debe resolverse conforme a las normas interpretativas implícitas en las exigencias de legalidad y seguridad jurídica. Mucho más discutible es, sin embargo, que quede fuera o al margen del amparo implícito en tal presunción la existencia o inexistencia de pruebas que acrediten la concurrencia de todos y cada uno de los elementos constitutivos del hecho punible.

Debe tenerse en cuenta, como reconoce DIAZ PALOS (30), aunque refiriéndose al "pro reo", que si el dolo (sea genérico o específico) o elemento subjetivo del injusto se pone en cuestión por la parte imputada, a la parte acusadora le corresponde probarlo y al juzgador corresponde asumirlo en su convicción probatoria. "A igual conclusión - afirma el propio DIAZ PALOS - lleva en punto de culpabilidad la presunción de inocencia, puesto que si se reputa inocente al acusado mientras no se pruebe de algún modo que es culpable, es obvio que habrá de probarse la culpabilidad a título de dolo o, en su defecto, a título de culpa". Cualquier duda a este respecto debe quedar abandonada tras la reforma parcial del CP llevada a cabo en el año 1983 que, afortunadamente, derogó la discutida y discutible presunción de voluntariedad contenida en el antiguo art. 1.2 del citado texto legal. Es evidente, por otro lado, que a idéntica conclusión habría que llegar aunque no se hubiera producido la reforma del precitado art. del CP, pues es obvio que, como ha puesto de manifiesto GOMEZ ORBANEJA (31), no cabe llevar al proceso penal la teoría del reparto de la carga de la prueba, propia del proceso civil; tal traslado mimético es incompatible con la respectiva concepción dogmática de uno y otro proceso y, desde luego, incompatible con el supraprincipio que supone la "presunción de inocencia".

Parece claro, por tanto, que en el estado actual de la cuestión, el alcance de la presunción de inocencia se extiende no sólo al dato de la participación en el delito, sino también a la exigencia de prueba respecto de todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo y, desde luego, en su caso, a todos y cada uno de los elementos de hecho que sirvan de base a una circunstancia de agravación.

Un amplio sector doctrinal (32) da un paso más, afirmando que debe extenderse en beneficio del reo la absolución a los casos de duda, no sólo del hecho constitutivo del delito, sino también del impeditivo y extintivo. DIAZ PALOS (33), refiriéndose concretamente al "pro reo", afirma que "su eficacia alcanza no sólo a los hechos constitutivos del delito, sino también a los impeditivos y extintivos..." de suerte "que la misma certidumbre indubitada ha de cubrir la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad". Lo dicho - añade - "no quiere decir que la acusación deba probar en cada caso todas las posibles causas de exención... ello será así sólo si se suscita por las partes acusadas cuestión que ponga en duda la marcha normal de las cosas..." pues en tal caso deberá debatirse la misma. "Entonces naturalmente -concluye- si subsiste la duda, el Juez no podrá formar convicción en orden a la condena". Es importante destacar que, en la construcción precedente, el autor parte de la tesis clásica de no englobar el "pro reo" dentro del ámbito de la presunción de inocencia lo que, obviamente, atenúa - aunque no elimina - el interés de la misma. La diferencia con la postura que aquí se sostiene radica precisamente en tal exclusión, que veda el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en las que se produzca vulneración del "in dubio pro reo".

En cualquier caso sería muy deseable un desarrollo en profundidad de las ideas de DIAZ PALOS a este respecto, tanto

en la práctica de los Juzgados y Tribunales inferiores (en la que frecuentemente se sigue atendiendo a una especie de reparto de carga de la prueba, exigiendo indebidamente juicios de certeza sobre la concurrencia de un elemento impeditivo o extintivo, atribuyendo al acusado la carga de aportar los elementos que lo sostengan) como, incluso, en la propia jurisprudencia de la Sala II, en la que siguen teniendo excesivo peso los viejos criterios (34).

Ya comentábamos con anterioridad que se observa en el propio TC una cierta timidez a la hora de desarrollar el carácter germinador de la presunción de inocencia. El exponente más claro de esta tendencia lo constituye la S. de 23 de Noviembre de 1983 del TC (35). En dicha sentencia se llega a firma "que el art.24 no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal o parcialmente integrante de la resolución final... no permite desmenuzar cada elemento probatorio, SINO QUE HA DE MERECER UNA CONSIDERACION GLOBAL para puntualizar en cada caso si ese derecho fué o no respetado concretamente en la decisión judicial condenatoria pero tomando en cuenta el CONJUNTO de la actividad jurisdiccional ...". Más adelante llega a decir que "inexcusablemente" constituye "un terreno impropio de la competencia de este Tribunal" debatir "...la concurrencia o no del nexo causal en una determinada figura delictiva... o poner en tela de juicio cualquiera de los demás elementos cuya presencia requiere la infracción criminal... como pueden ser la acción u omisión del presunto culpable, o la realidad de la producción del daño".

Se trata, como es sabido, de la conocida sentencia sobre el "Caso Vinader". No se trata de reproducir aquí las numerosas críticas que, en la doctrina científica, ha merecido tal sentencia, ni mucho menos hacer consideraciones de orden socio-político sobre la justicia o injusticia de tal resolución o sobre su oportuni-

dad o inoportunidad. Tampoco basta con reproducir anteriores afirmaciones en orden a la necesidad de modificar el art. 44 de la LOTC (1. b) que hace posibles semejantes construcciones. Lo que interesa, desde el concreto ángulo de este trabajo, es destacar que frente a la tesis mayoritaria de que la mínima actividad probatoria de cargo debe recaer sobre todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo, la precitada sentencia, siquiera sea desde un punto de vista meramente competencial, da pie a una lectura sumamente restrictiva de las exigencias implícitas en el derecho constitucional a la presunción de inocencia, resucitando, y ello es muy grave, planteamientos tan periclitados como la "consideración global" de la actividad probatoria, a nadie se le puede escapar que tras tal expresión late la nefasta construcción judicial de "la apreciación conjunta de la prueba", a cuya sombra se hace demasiado fácil prescindir de un riguroso e individualizado análisis de cada una de las pruebas realmente aportadas al proceso, sustituyendo, en suma, criterios racionales por criterios, en muchos casos, puramente intuitivos. Es de esperar que el TS no transfiera a su concreto ámbito casacional criterios tan restrictivos como los sostenidos por el TC en su propio ámbito competencial. No es posible negar que la precitada S. del TC constituye un amargo "freno y marcha atrás" en las expectativas creadas por su ya lejana Sentencia de 28 de Julio de 1981.

## II. Otras facetas del contenido constitucional de la presunción de inocencia

En esta segunda parte del trabajo se parte de la tesis de que la presunción de inocencia no sólo es un derecho público subjetivo de los ciudadanos que se ejercita o adquiere su vigencia exclusiva dentro del proceso penal, en el concreto momento del enjuiciamiento definitivo de los hechos, y a la hora de "valorar" (en su sentido más amplio) la existencia o inexistencia de verdadera

prueba procesal de cargo o a la hora de resolver, en beneficio del imputado, las dudas que pueda suscitar un análisis crítico del material probatorio (el "pro reo"), sino que, además, junto a tal contenido o proyección medular, la presunción de inocencia es forzoso considerarla como un supraprincipio que despliega su eficacia, no sólo en muchos otros ámbitos del derecho penal, tanto procesal como sustantivo, sino, incluso, en otras ramas del ordenamiento jurídico.

La base de tal tesis no es otra que el art. 53.1 de la CE el cual señala, como es sabido, que "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título VINCULAN A TODOS LOS PODERES PUBLICOS". Es obvio que tal art. 53 es de aplicación directa y representa un "plus" sobre el art. 9.1.: "los Poderes Públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico". Conclusión obligada es que el derecho a la presunción de inocencia vincula a "todo" el Poder Judicial, y no sólo a los órganos judiciales de la jurisdicción criminal, y que, de igual modo, vincula también al Poder Legislativo, sin perjuicio, además, de la potestad conferida a los Tribunales de declarar en el correspondiente proceso la culpabilidad o inocencia del ciudadano imputado, sea a título de culpa "civil", "penal" o de otro orden.

No se pretende, sin embargo, en este trabajo aludir siquiera a las repercusiones que tal supraprincipio tiene en otros órdenes jurisdiccionales (civil, laboral y, sobre todo, contencioso-administrativo), ni mucho menos a las repercusiones que tal derecho constitucional debe tener en el ámbito de la actuación de las diversas Administraciones Públicas (muy especialmente en todo lo relativo al régimen disciplinario), sino que, simplemente, dentro del concreto ámbito jurisdiccional penal, quiere hacerse referencia a dos concretos problemas que rebasan el ámbito del

derecho procesal de prueba.

La primera cuestión alude a que los Jueces y Tribunales deben asumir las consecuencias reflejas que tal principio tiene en el campo de las llamadas medidas cautelares.

La segunda cuestión se refiere a que los Jueces y Tribunales no pueden inhibirse de las posibles vulneraciones de tal derecho, realizadas desde el Poder Legislativo, en tanto que, obviamente, el Poder Legislativo, como sujeto pasivo - al igual que los Tribunales - obligado específicamente por tal derecho, puede, no obstante, desconocerlo elaborando tipos penales contruídos en una perspectiva contraria al derecho constitucional a la presunción de inocencia.

A) La Presunción de Inocencia y las medidas cautelares  
.....

En primer término, decíamos, los Jueces y Tribunales deben asumir las consecuencias reflejas de tal principio en el concreto campo de las medidas cautelares. En el presente trabajo vamos a referirnos en particular a la detención y, sobre todo, a la prisión preventiva, en tanto que son las medidas cautelares que inciden frontalmente en el bien jurídico, después de la vida, más trascendental: la libertad personal. Son sin duda las más graves medidas cautelares y de ahí que merezcan una especial atención. Ello no obstante, conviene dejar indicado que la idea central que preside este comentario, esto es, la necesidad de no desvirtuar la naturaleza estrictamente "cautelar o aseguratoria" de esta clase de medidas, es predicable de todas y cada una de ellas, en tanto que suponen privación o restricción de derechos individuales.

Quedan fuera, por tanto, de esta exposición cuestiones tan importantes como la compatibilidad de la presunción de inocencia

con la medida de suspensión de empleo, a virtud de Auto de procesamiento, de los funcionarios públicos, tema que por su complejidad es merecedor de un análisis en profundidad, o, incluso, el gravísimo problema de precisar el concepto de "indicios racionales de criminalidad", como premisa que determina el procesamiento, a la luz de la presunción de inocencia. Más concretamente, por lo que se refiere a este segundo problema, la cuestión estriba en precisar si, en base al mero atestado policial, cuyo valor como simple denuncia es harto conocido, cabe o no dictar Auto de procesamiento; ya es sabido que en tal atestado no puede basarse un fallo penal condenatorio. Lo que ahora se quiere dejar planteado es si el mismo es suficiente o no a los efectos de entender concurrentes "indicios racionales de criminalidad". Aunque con reservas, en tanto que a través del atestado pueden incorporarse al procedimiento datos objetivos de contenido incriminatorio (piénsese en el clásico supuesto de encontrarse en el domicilio sustancias estupefacientes o balanzas de precisión o papel de aluminio o bolsas de celofán o cualesquiera otros elementos característicos del tráfico de tal clase de productos), debe afirmarse que, cuando el atestado se limite a recoger declaraciones del inculcado o de terceras personas, sean o no de contenido incriminatorio, o meros informes de tipo policial o, en definitiva, cualquier otro elemento no objetivable, la respuesta debe ser, en mi opinión, que no cabe tampoco, en base a tal clase de atestados, dictar Auto de procesamiento ni, en consecuencia, las correspondientes medidas cautelares o de aseguramiento; de igual modo, en tales supuestos, no cabría tampoco adoptar, aisladamente, la medida de prisión preventiva.

Evidentemente el problema de la incidencia de la presunción de inocencia en el campo de las medidas cautelares está en íntima relación con la cuestión de determinar el momento de nacimiento de tal derecho. GUERRA SAN MARTIN (1) afirmaba "que nace para

el inculpado simultáneamente con la acusación penal", esto es, con el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal o, en su caso, del Acusador Privado; el argumento fundamental para sostener tal tesis se concreta a que sólo así puede inferirse que "la prueba necesaria para destruir la presunción... tiene que tener lugar con posterioridad al nacimiento del derecho; en nuestro sistema la que tiene lugar en el acto del juicio oral". El planteamiento citado, que tiene a su favor recalcar el espíritu de la clásica Exposición de motivos de la vieja LECr, requiere, sin embargo, algunas matizaciones; la principal ya venía apuntada por el propio GUERRA cuando indicaba que ello "no es obstáculo para que tal principio pueda anticipar sus efectos favorables... como puede ser el caso de la prisión provisional"; desde el punto de vista de este trabajo, la aparente paradoja debe resolverse atendiendo, precisamente, al ya invocado carácter de supraprincipio de la presunción de inocencia, de suerte que si bien el momento de la "acusación formal" puede reputarse como el momento del nacimiento de una de las concretas manifestaciones de tal derecho público subjetivo, concretamente en tanto que derecho operante en el ámbito del derecho procesal de prueba, lo anterior no impide, en modo alguno, sostener que la propia presunción de inocencia opere, de manera previa, en otras fases distintas del proceso penal, aunque, naturalmente, con distinto carácter y con distintos efectos jurídicos. Uno de esos momentos debe ser, a no dudar, el de la adopción de medidas cautelares.

El punto de partida, dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, a la referida construcción se debe, en mi opinión, al Magistrado del TC ESCUDERO DEL CORRAL (36), al entender que, dentro de las funciones propias de dicho Tribunal para la tutela de la presunción de inocencia, había que situar la de "examinar el significado de las medidas adoptadas durante el proceso, evitando que éstas puedan tener un carácter punitivo distinto del cautelar". La

importancia de tal apunte radicó en que, de manera directa, la Constitución sólo alude a las medidas cautelares de detención y prisión preventiva para señalar, respecto de la primera, su concreto plazo máximo (art. 17.4) e indicar, respecto de la segunda, "que por ley se determinará el plazo máximo de su duración". Se ha dicho, en efecto, por la doctrina que la obsesión por delimitar el alcance temporal de la medida dejó en la penumbra el problema de su naturaleza y fines. En este contexto, la inicial afirmación de ESCUDERO supuso abrir las puertas a la tesis de que no desvirtuar la naturaleza de las medidas cautelares formaba parte del contenido natural del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Posteriormente, una importante Sentencia del TC (37) enseña que la prisión provisional viene delimitada en el texto constitucional, además de por la referencia a la "libertad" en su art. 1.1. entre los "valores superiores del Estado" y por el expreso reconocimiento en el art. 17.1 de que "Toda persona tiene derecho a la libertad...", por el art. 24.2 en cuanto dispone que "todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones... Y A LA PRESUNCION DE INOCENCIA". Tal Sentencia consagra la exigencia de interpretar las normas reguladoras de la prisión preventiva y, en general, de todas las medidas cautelares a la luz, entre otros derechos constitucionales, del derecho a la presunción de inocencia. Por ser más precisos, tal doctrina obliga a "aplicar" tal normativa dentro de las específicas exigencias de la presunción de inocencia; indirectamente, además, la referida Sentencia avala la improcedencia de limitar tal derecho constitucional al ámbito del derecho procesal de prueba.

Ya en un trabajo anterior (1) recogimos algunos precedentes jurisdiccionales tomados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así el "Caso Neumeister" y muy especialmente el voto particular del Juez ZAKIA a dicha Sentencia de 27 de Junio de 1968) así

como la importante resolución 65.11 del Comité de Ministros (en la que afirma que la detención y la prisión preventiva "en ningún caso debe ser aplicada con fines punitivos"). En esta misma línea podría aludirse a otros fallos del propio Tribunal Europeo, como el "Caso Stogmuller" (38), en el que se sienta que toda detención sin condena constituye "una importante derogación de los principios de libertad individual y presunción de inocencia", el "Caso Matznett" (39) o el "Caso Reingeisen" (40), en los que se reclama para la adopción de tales medidas una verdadera exigencia de interés público "con especial atención al peligro de fuga". Pasando de lo particular a lo general, un repaso a la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 9,11.1.), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9.1,14.2,6.1., y 9.3) y al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts. 6.2 y 5.1. y 3.) ha permitido a FERNANDEZ ENTRALGO inferir una serie de principios fundamentales (41) de entre los que nos interesa destacar la excepcionalidad que deben revestir tales medidas, el que no deben ser jamás obligatorias para la autoridad judicial que las impone, su necesaria limitación temporal "hasta un plazo razonable", su vinculación a la presunción de inocencia y su instrumentalización para fines estrictos de aseguramiento del juicio.

Para valorar la importancia de lo hasta aquí dicho se hace necesario recordar que los criterios emanados de tales textos internacionales están elevados por el art. 10.2 de la CE al rango de criterios interpretativos de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la propia Constitución establece. En particular, respecto de la Convención Europea, una vez publicada oficialmente en España, conforme al art.96 de la CE, forma parte integrante del ordenamiento jurídico español y, en consecuencia, puede invocarse ante los Tribunales españoles (ordinarios o Constitucional) y éstos deben tener en cuenta su posición

de supra-legalidad formal (conformes a la Constitución y jerárquicamente superiores a las Leyes, como los restantes Tratados Internacionales), por ser de aplicación directa y obligada por las autoridades y Tribunales españoles (arts. 9 y 117.1 de la Convención); incluso, la interpretación de los derechos y libertades llevada a cabo por el Tribunal Europeo tiene el carácter de "standar mínimo" (al que se ha auto-vinculado el Estado Español), susceptible, claro, de verse incrementado por la legislación y la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

A los Jueces, muy singularmente, corresponde llevar estos planteamientos al terreno concreto y real de la vida jurídica cotidiana. En este sentido, un frente importante abierto en la doctrina alude a la posible incostitucionalidad de algunos de los conceptos o criterios presentes en la actual regulación legal de la prisión preventiva.

El punto crucial lo constituye la actual redacción del número 2º del art.503 de la LECr (42) y, en particular, la referencia, entre los criterios legales que tiene que tener en cuenta el Juez para considerar "necesaria" la prisión preventiva (en los supuestos de penas de prisión menor o inferiores), a "la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con que se cometan hechos análogos". Tal mención se repite, ahora en sentido negativo, en el párrafo 2º del art. 504 de la propia LECr, cuando se regula la posibilidad de que el Juez pueda acordar mediante fianza la libertad del inculpado "aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor"; en tal supuesto, tal facultad judicial viene condicionada (además de a la carencia de antecedentes penales y a la creencia fundada de "no sustraerse a la acción de la justicia") a "que el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometan con frecuencia en el territorio...". FERNANDEZ ENTRALGO (41) entiende que el espíritu de

la Constitución, el art.4.2 del CC y los arts. 504.2 y 532 de la LECr permiten entender que la finalidad de la prisión preventiva no puede ser otra que la de garantizar que el inculpado no puede sustraerse a la acción de la justicia. Esta postura es sostenida, en lo esencial, por procesalistas como ORTELLS RAMOS (43) y MORENO CATENA (44). Y es que, en definitiva, la doctrina más generalizada (45) entiende que la función primordial de tal medida no puede ser otra que evitar la fuga del inculpado, asegurando su presencia a lo largo del proceso y, después, en la ejecución de la eventual condena. El excelente análisis de FERNANDEZ ENTRALGO (41) le permite concluir que la toma en consideración, a los efectos de imposición de tal medida cautelar, de otros criterios distintos sería inconstitucional por vulnerar el principio "pro libertate" que inspiran los arts. 1.1 y 17.1. de la CE, por "conculcar los principios de presunción de inocencia y de punición sólo con base a una probada culpabilidad declarada judicialmente y por desconocer la jurisprudencia y la normativa internacional en esta materia, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente.

Se comparte, en este trabajo, la anterior postura, puesto que las funciones de prevención especial (evitar que el delincuente cometa nuevos delitos) o de prevención general (esto es la finalidad intimidatoria general, dentro de la cual habría que incluir, según entiendo, el criterio legal de atender a la "frecuencia" con que se cometan en el territorio hechos análogos) son exclusivas de la pena impuesta en sentencia firme. Pretender que tales finalidades las cumpla una medida cautelar es desvirtuar su naturaleza (46) y, sobre todo - por lo que a este trabajo interesa - presupone partir de hipótesis que desconocen la presunción de inocencia por cuanto, en el mejor de los casos, implica anticipar tanto que la conducta del inculpado es constitutiva de delito como que el inculpado es precisamente el "autor" de tal conducta. Aunque sólo fuera en atención al carácter sumamente resbaladizo de las premisas que determinan la imposición de tal medida cautelar,

se hace preceptivo no sólo una suma prudencia en la aplicación de tales medidas sino, al mismo tiempo, una interpretación restrictiva, según la Constitución, de las normas ordinarias reguladoras de esta materia. En este sentido si ya puede sospecharse fundadamente la inconstitucionalidad de tener en cuenta criterios tales como la "frecuencia" con la que se cometan hechos análogos en el territorio, porque implica vincular a tal medida finalidades próximas a la prevención general, completamente ajenas en todo caso a la idea de "culpabilidad" del sujeto, tales sospechas devienen certeza cuando se analiza el criterio de "alarma social" pues, respecto de este último criterio, amén de concurrir idénticas razones que en el caso anterior, su introducción supone, en palabras de ANDRES IBAÑEZ (47), convertir la prisión preventiva "en vehículo de satisfacción de la agresividad, la inseguridad y la frustración colectiva...", funciones las anteriores que desbordan, obviamente, ya no sólo las finalidades propias de las medidas de seguridad, sino, incluso, las finalidades de la pena.

En esta misma línea entiendo que puede predicarse, asimismo, la inconstitucionalidad en bloque del párrafo segundo del art.504 de la LECr, por un doble motivo, ya que, por un lado, supone de nuevo introducir criterios espúreos a la función de la medida cautelar, y, además, por otro lado, implica condicionar hasta tal punto el arbitrio judicial que, de hecho, en buen número de supuestos, se hace de la prisión preventiva un mecanismo obligatorio, contrariando con ello no sólo la primera recomendación de la resolución del Comité de Ministros antes citada (la 65.11 que establece que "la detención preventiva no debe jamás ser obligatoria..."), sino también desconociendo el carácter "excepcional" que, conforme a la normativa internacional antes dicha, debe tener la regulación de la prisión preventiva.

B) La Presunción de inocencia y los tipos penales construí-  
.....  
dos en base a presunciones de signo inverso  
.....

Ninguna duda cabe de que, conforme a lo antes dicho, el Poder Legislativo "viene obligado", a la hora de elaborar normas penales (sustantivas o procesales de orden garantista) o a la hora de elaborar cualquier clase de legislación restrictiva de derechos individuales, aún de carácter extrapenal, a no realizar construcciones montadas sobre presunciones inversas a la de "inocencia", entendida esta última expresión en su sentido más amplio. Y en este sentido el propio ESCUDERO DEL CORRAL(36), en el voto particular antes aludido a la Sentencia del TC de 28 de Julio de 1.981, señaló como función propia de tal Tribunal "determinar la posible contradicción entre el derecho constitucional y las presunciones inversas establecidas en las normas penales". Es claro que, frente a eventuales extra-limitaciones siempre cabría hacer uso del recurso de inconstitucionalidad. Pero, al propio tiempo, es claro que una eventual inobservancia de tal principio por el Legislador afectaría, también, a los Tribunales de Justicia. Es clásica, a este respecto, la doctrina que, delimitando las facultades de control constitucional conferidas a la jurisdicción ordinaria respecto a las normas jurídicas con rango de ley formal, distingue entre normas "pre" y "postconstitucionales" (48), atribuyendo, respecto de las primeras (por ser un simple problema de derogación) a los Jueces y Tribunales la facultad de no aplicar al caso concreto, por su propio imperio, una norma anticonstitucional (siempre que no quepa el expediente de reinterpretarla constitucionalmente, conforme al principio de "conservación de la norma jurídica") y limitando, respecto de las segundas, su competencia a la de plantear la oportuna "cuestión de inconstitucionalidad". Esta y no otra, naturalmente, es la respuesta judicial a los supuestos de tipos penales construídos en base a presunciones de signo inverso. Todo ello sin perjuicio del posible uso por

los ciudadanos afectados del oportuno "recurso de amparo".

En torno al catálogo de preceptos penales sustantivos que, prima facie, pueden vulnerar la presunción de inocencia, la doctrina científica no ha avanzado mucho en este terreno (49).

La Ley 82/1978 de 28 de Diciembre modificó el antiguo artículo 265 del CP, que establecía una clara inversión de la carga de la prueba en el supuesto de depósito de armas habidas en el domicilio de una Asociación. Subsiste, sin embargo, después de la reforma de 1983, el art.266 del CP que, con relación a padres, tutores o guardadores de los menores de 16 años que hubieran realizado alguna conducta constitutiva de tenencia o depósito de armas o municiones, les impone una sanción "salvo que aquéllos acrediten plenamente que adoptaron por su parte las medidas de previsión normalmente exigibles". Parece claro que, sin perjuicio de plena legitimidad de configurar un tipo sobre la base de una imputación a título de culpa, lo que no cabe es imponer al imputado la carga de probar que obró con la diligencia normalmente exigible, pues ello vulnera frontalmente el d.c. a la presunción de inocencia; es obvio que, al margen del texto literal del precepto, al Ministerio Fiscal corresponderá, también en este supuesto, acreditar la "imprudencia" de aquellos padres o guardadores y si no lo logra, porque subsisten dudas, el fallo absolutorio se hace imperativo.

La reforma llevada a cabo por la LO 8/83 de 25 de Junio suprimió, con buen criterio, el párrafo tercero del art.502 del CP (en el que se "presumía" haber estado presente en los "robos en cuadrilla" al malhechos que anda habitualmente en ella), tal y como habíamos sostenido con anterioridad (1); no derogó, empero, su párrafo segundo que reputa a los "malhechores presentes" como autores de cualquiera de los atentados cometidos por la cuadrilla

"si no constare que procuraron impedirlo". Ciertamente en este caso, como en otros muchos, la nueva redacción dada al art. 1º del CP, puede salvar, en base a una interpretación integrativa de tal precepto, la obvia inconstitucionalidad de esa inversión de la carga de la prueba y pocas dudas puede ofrecer que, pese al texto literal del precepto, sólo cuando conste su participación, a título de dolo o culpa, como autor o como cómplice en el atentado de que se trate, será posible concretar el reproche penal e imponer la pena correspondiente.

El art. 546 bis b) del CP (al reputar "habituales" del delito de receptación a los que fueren "dueños, gerentes o encargados... de establecimiento abierto al público") incurre de nuevo en sospecha de inconstitucionalidad, pues si bien sería legítimo configurar la circunstancia de ostentar el reo una tal cualidad como agravante de la pena (en cuanto implica una mayor facilidad comisiva y un mayor riesgo de impunidad) lo que no cabe es acudir para ello a la ficción de reputarle como habitual. Tal factor es un dato de hecho que corresponde acreditar a la acusación, si es que del mismo se pretenden deducir consecuencias agravatorias de la pena. En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Bilbao (50).

El art. 216 del CP, al tratar de fijar quién deba ser tenido como "jefe" de la rebelión (cuando no hubiera llegado a organizarse con "jefes conocidos") refiere una serie de hechos o factores que, a lo sumo, deben ser tenidos en cuenta como meros indicios a valorar en cada caso. No bastará, por tanto, y pese -de nuevo- al texto literal del precepto, que concurra alguno de ellos para imponer el imputado la pena correspondiente a los referidos "jefes", sino que, por el contrario, ello será así sólo cuando, por la presencia de alguno de tales datos o por cualesquiera otros que descansen en verdadera prueba procesal

de cargo, logre formarse la plena convicción judicial sobre concurrir en el imputado tal cualidad personal.

El art. 483 del CP, al imponer la pena de reclusión mayor (propia del asesinato -aunque tras la reforma de 1983 éste lleve consigo la pena referida en su grado máximo-) al "reo de detención-ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida o no acreditare haberla dejado en libertad", establece un muy severo factor de agravación de la pena de discutible constitucionalidad; en efecto, y con relación al primer extremo de la disyuntiva ("que no diere razón de su paradero") es evidente, por un lado, que supone convertir una sospecha, por vehemente que sea, en un factor de agravación de la pena o, por mejor decir, trasmutar una sospecha en certeza a efectos punitivos (dado que la gravedad de la pena sólo se explica presuponiendo una concurrente actividad homicida), lo que contraría la esencia de la presunción de inocencia, pero es que, además, presupone penalizar el uso del derecho constitucional "a no declararse culpable", lo que vacía, en tal caso concreto, de contenido al mandato constitucional contenido en el art. 24; por lo que se refiere al segundo término de la disyuntiva ("o no acreditare haberla puesto en libertad") es patente que supone, asimismo, la tipificación de una sospecha (menos vehemente, además, que en el caso anterior) de un posible delito subsecuente a la detención ilegal.

Los arts. 315 y 509 del CP, tipifican como delitos autónomos la tenencia de instrumentos o materiales útiles para el robo o la falsificación, tipificación que, claro está, no se refiere a la tenencia para un concreto delito de tal clase, lo que sería plenamente legítimo al suponer simplemente la conversión en delito autónomo de un acto preparatorio exteriorizado, sino que se conciben cara a una actividad delictiva considerada en abstracto, imponiendo de nuevo la carga de probar que tales útiles o efectos tienen un destino distinto al propio imputado, lo que vuelve a comprometer

la presunción constitucional. De nuevo, en este caso, la aplicación del nuevo art.1º del CP permitirá a los Tribunales, en su relación con el referido derecho constitucional, entender que la simple duda sobre un eventual destino distinto del definido típicamente será suficiente para pronunciar un fallo absolutorio.

Tampoco la tipificación del delito fiscal, en el art. 319 del CP, ha sido especialmente respetuosa con la presunción de inocencia. En su número Uno, al establecer una presunción de ánimo defraudatorio inferida de factores que, aún suponiendo importantes indicios de su existencia, no pueden equivaler por sí solos a la necesaria certeza, ni convertirse en punto de partida de una presunción contraria al inculpado; y en su número Tres, al pretender una imputación genérica contra quien ostente determinados cargos directivos "a menos que quede demostrada su ausencia de responsabilidad", lo cual, abiertamente, en una consideración judicial, debe tenerse por no puesto, al negar la raíz misma de la institución que se analiza.

Indiquemos, para terminar, que, dada su remisión expresa, es aplicable al art.220 del CP (sedición) lo ya dicho con relación al art.216 (rebelión); en torno al art.171 del CP ("se reputarán directores de la reunión o manifestación los que las presideren") cabe indicar, de nuevo, lo inadecuado de la técnica de convertir indicios, por vehementes que sean, en certezas a efectos punitivos, cuando hubiera sido mucho más correcto imponer, si tal es el criterio del legislador, idéntica pena a los directores que a los que presidan la reunión o manifestación de que se trate; por lo que se refiere al art.287 del C.P., en tanto que tipifica un nuevo supuesto de "tenencia" (análogo a los supuestos de los arts.315 y 509 del CP), esta vez de "monedas falsas, cercenadas o alteradas", pueden reiterarse las dudas sobre su constitucionalidad manifestadas con anterioridad, si bien es preciso reconocer

que, en este caso, la técnica es más correcta, en tanto que no se exige al imputado que dé "descargo suficiente sobre su adquisición o conservación", sino que se incorpora al tipo como exigencia positiva para su perfección que tales monedas "por su número y condiciones se infiera racionalmente que estén destinadas a la expendición"; en este último caso, las exigencias implícitas en la presunción de inocencia quedan satisfechas con sólo trasmutar, en el concreto ámbito del enjuiciamiento por los Tribunales, aquel requisito típico de que "se infiera racionalmente" por el más acorde, con la estructura dogmática del derecho penal, de que, teniendo en cuenta los referidos datos y otros complementarios, se obtenga certeza sobre que las referidas monedas están efectivamente destinadas a la expendición.

## N O T A S

- (1) GUERRA SAN MARTIN, J., BELLOCH JULBE J.A. y TORRES Y LOPEZ DE LACALLE, E. : "El derecho a la presunción de inocencia", en Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Madrid 1983, pags 621 y sigs; en "La Ley", 1982 , 4, pags 1182 y sigs.
- (2) Es decir, por la vía del llamado "error facti": "Cuando en la apreciación de la prueba haya habido error de hecho, si éste resulta de documentos auténticos que muestren la equivocación evidente del Juzgador y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas".
- (3) Es decir, por la vía del llamado "error iuris": "Cuando dados los hechos declarados probados se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal".
- (4) Sentencia de 1 de Junio de 1982.
- (5) El Tribunal Supremo ya había iniciado en la precitada sentencia de 1 de Junio de 1982 una implícita crítica al criterio sostenido en el Auto de 2 de Marzo del propio año.
- (6) DIAZ PALOS F. y LATOUR BROTONS, J., II Jornadas de Derecho Judicial, "Constitución y Ley de Enjuiciamiento Criminal", punto III de su Sumario, "Presunción de Inocencia". Celebradas en Madrid en Enero de 1985.
- (7) Ver obra citada en la nota 6.
- (8) Entre otras pueden citarse las Ss de 3,6,13 de Abril y 10 de Mayo de 1984 del TS.
- (9) Especialmente interesante es, a este respecto, la S. del TC de 23 de Noviembre de 1983 , Ponente, PERA VERDAGUER.
- (10) Sentencia del TC de 21 de Diciembre de 1983 . Ponente, TOMAS Y VALIENTE.

- (11) CARRERAS, J. : "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones" en Revista Jurídica de Cataluña, 1962 , pags 537 y sigs
- (12) SERRA DOMINGUEZ, M. : "Normas de presunción en el CC y en la Ley de Arrendamientos Urbanos", Barcelona 1963 , pags 115 y sigs.
- (13) En este sentido GUERRA SAN MARTIN en el trabajo citado en la nota 1. y DIAZ PALOS en el trabajo citado en la nota 6.
- (14) DIAZ PALOS, en el trabajo citado en la nota 6. señala que "La presunción de inocencia por falta de toda prueba deja intocada la inculpabilidad. El beneficio de la duda deja en la penumbra la culpabilidad y, en su vista, se decide la absolución.
- (15) PEREZ GORDO, A. "El Tribunal Constitucional y sus funciones", Barcelona 1982 , pags 91 y sigs.
- (16) ESCRIVA GREGORI, J.Mº: "Algunas consideraciones sobre el Derecho Penal y la Constitución", en "Papers", num. 13, Barcelona 1980.
- (17) MOVILLA ALVAREZ, C.: "Política Criminal en la perspectiva constitucional", en "Justicia y Delito"
- (18) FERNANDEZ ENTRALGO, J., en las II JORNADAS de Derecho Judicial , Ponencia sobre "Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho sustantivo y procesal, aplicables por la jurisdicción penal". "Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias". Madrid, Enero de 1.985.
- (19) Obra citada en la nota 18
- (20) En su S. de 22 de Mayo de 1980 entendió que el beneficio del reo tiene su aplicación tanto en la interpretación fáctica -S. de 4 de Mayo de 1976 - (que es, en mi opinión, su único y verdadero alcance) como en interpretativa del precepto legal aplicable... ante la imposibilidad de hallar el verdadero sentido de la ley, la defensa de los derechos subjetivos de la persona, reclama una interpretación restrictiva e INVOCA LA APLICACION DEL PRINCIPIO BENEFactor PARA EL REO". Como apunta FERNANDEZ ENTRALGO, obra citada, la verdadera ratio no es el "pro reo" sino los

principios de legalidad tipificada y de libertad; el, en una palabra, "in dubio pro libertate".

- (21) Obra citada en la nota 1.
- (22) El art. 142 de la LECr señala, como es sabido, las reglas con -  
sujeción a las cuales deben redactarse las sentencias.
- (23) Obra citada en la nota 18
- (24) MARTINEZ RUIZ.L.F. "Los derechos humanos en la Ley de Enjuicia-  
miento Criminal. en Poder Judicial. num. 4, pag 39.
- (25) Obra citada en la nota 18
- (26) En este sentido MARTINEZ RUIZ en la obra citada en la nota 24 ,  
FERNANDEZ ENTRALGO en la obra citada en la nota 18, y el propio  
DIAZ PALOS en intervención oral en las precitadas II Jornadas de  
Derecho Judicial.
- (27) En este sentido es el criterio seguido en buen número de resolu-  
ciones de las Audiencias Provinciales de Bilbao y de San Sebas-  
tián.
- (28) A esta filosofía responde la REgla 6º del art. 10 de la LO 10/-  
/80 de 11 de Noviembre, de enjuiciamiento de delitos dolosos me-  
nos graves y flagrantes.
- (29) Así las Sentencias del TS de 9 de Julio de 5 de Diciembre del 1983  
y la S. de 24 de Mayo de 1984 . Ponente, COTTA Y MARQUEZ DE PRA-  
DO.
- (30) Obra citada en la nota num. 6.
- (31) GOMEZ ORBANEJA y E. y HERCE QUEMADA. "Derecho Procesal Penal".-  
Madrid 1975.
- (32) Así DIAZ PALOS en la obra citada en la nota 6. y GUTIERREZ DE  
CABIEDES en "El principio pro reo en el Derecho y en el Proceso-  
Penal", recogido en "Estudios de Derecho Procesal", Pamplona en  
1974.

- (33) DIAZ PALOS, obra citada en la nota 6.
- (34) Representan la línea tradicional, entre otras, las Ss de 15 de Noviembre de 1947 , 10 de Junio de 1948 , 30 Septiembre de 1952 ó 8 de Junio de 1953 .
- (35) El ponente era PERA VERDAGUER, siendo especialmente preocupante la circunstancia de que no existan votos particulares a tal sentencia. FERNANDEZ ENTRALGO, comentando esta sentencia, en la obra citada en la nota 18. afirma que "tal vez el ciudadano sienta mermado el amparo... al advertir que una resolución judicial podrá ser mantenida pese a que el relato factico esté sólo parcialmente cubierto por el resultado de la prueba practicada".
- (36) Voto particular a la S. del TC de 28 de Julio de 1981.
- (37) Sentencia del TC 41-1982 de 2 de Julio.
- (38) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de No - viembre de 1969.
- (39) Sentencia del TE de Ds Hs, de igual fecha - 10 de Noviembre de - 1969.
- (40) Sentencia del TE de Ds Hs, de 16 de Julio de 1971.
- (41) FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús: "La prisión provisional", dentro de la Ponencia general, mencionada en la nota 18.
- (42) Redactado por la LO 9/84 de 26 de Diciembre, publicada en el BOE de 3 de Enero del año 1985.
- (43) ORTELLS RAMOS, M.: "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1978.
- (44) MORENO CATENA, V.M., "En torno a la prisión provisional; Análisis de la Ley de 22 de Abril de 1980 , en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1981., número 4.
- (45) En este mismo sentido GOMEZ ORBANEJA, HERCE QUEMADA Y FENECH, - entre otros.

- (46) Aunque, ciertamente, existen ilustres procesalistas que entienden lo contrario, tales como AGUILERA, GONZALEZ MONTES, FAIREN.
- (47) ANDRES IBAÑEZ, Perfecto: "Cien años después. Lo que queda de la LECr", en "Poder Judicial", número 4, 1982.
- (48) BELLOCH JULBE, Juan Alberto, "Las cuestiones de Inconstitucionalidad" en Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.
- (49) Pueden consultarse, a este respecto: BAJO FERNANDEZ, M., "Derecho Penal aplicado a la actividad empresarial", Madrid 1978 ; CORDOBA RODA, J. "Comentarios al Código Penal", Barcelona 1978 , FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús, en la obra citada en la nota 18 y - GUERRA SAN MARTIN - BELLOCH JULBE en la obra citada en la nota-18.
- (50) Véase la Sentencia de 11 de Enero de 1983 , publicada en la Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

