

LA TEORÍA
DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
y sus efectos procesales en el Sistema Penal Acusatorio

JESÚS MARTÍNEZ GARNELO

LA TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

y sus efectos Procesales
en el Sistema Penal Acusatorio



Editorial**Porrúa**®

Primera edición: 2017

Copyright © 2017
JESÚS MARTÍNEZ GARNELO

Esta obra y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 8
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, Ciudad de México
www.porrúa.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607- [en trámite]

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

Con vehemente cariño, expreso mi reconocimiento a todos aquellos inculpados que injusta y arbitrariamente han sido perseguidos, vilipendiados e injuriados ante el abuso del poder. De manera particular, a aquellos que han sido procesados, violentándoles los principios de debido proceso y presunción de inocencia, trayéndoles por consecuencia —para toda su vida y para toda su familia— la estigmatización social y el consabido etiquetamiento, lo cual inequívocamente trae como funesta sentencia el rechazo familiar y social; situación que en muchos casos los lleva al suicidio... Para todos ellos, mi más fraternal solidaridad, amor y comprensión, porque por sobre todo existe y existirá una presunción de inocencia y una justicia divina... irrenunciable, única, incomparable e incorruptible... pues no hay que olvidar el mensaje bíblico del evangelista Mateo (5: 1-12): “bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia porque serán saciados [...] bienaventurados y dichosos los perseguidos por causa de la justicia, porque de ellos será el reino de los cielos”; con todo mi cariño, afecto y respeto, para mis amigos y hermanos Mauricio Francisco Hughes Acosta, Jorge Eduardo Hughes Acosta, Víctor Ignacio Hughes Alcocer, Pailo Ignacio Hughes Acosta, Víctor Felipe Hughes Acosta, Henry Pail Hughes Alcocer, Alejandro Carlos Hughes Acosta.

EL AUTOR

Los malvados dijeron entre sí: “Tendamos una trampa al justo, porque nos molesta y se opone a lo que hacemos; nos echa en cara nuestras violaciones a la ley, nos reprende las fallas contra los principios en que fuimos educados. Veamos si es cierto lo que dice, vamos a ver qué le pasa a su muerte. Si el justo es hijo de Dios, él lo ayudará y lo librá de las manos de sus enemigos. Sometámoslo a la humillación y a la tortura, para conocer su temple y su valor. Condenémoslo a una muerte ignominiosa, porque dice que hay quien mire por él... y él creyó y vivió...”.

Del libro de la Sabiduría (2: 12, 17-20)

PRÓLOGO

Se me ha concedido el honor de presentar esta obra maestra, cuyo autor me impresionó en sus conferencias magistrales. No sólo es un colega, sino una persona con excelso conocimiento del tema que nos ocupa.

En su libro *La presunción de inocencia en materia penal*, el trabajo realizado por este excelente escritor me cautivó y me introdujo a otros de sus libros. Sin embargo, considero importante confesar mi preferencia por esta última publicación académica, en la cual nos invita a pensar seriamente sobre la presunción de inocencia, ya no como un principio universal, sino como una teoría.

Si bien su trabajo anterior se caracteriza por una adecuada investigación a través de los tiempos, para adecuarla a nuestra realidad, a esta obra se le suma un exquisito trabajo doctrinal, donde queda expuesta la dedicación en la exhaustiva investigación que se ha realizado. Es notable el conocimiento y la sencillez con la que se explican cada uno de los temas abordados en su obra y que nos permiten a los lectores, con independencia de los conocimientos específicos del tema, comprender sin mayores dificultades su contenido.

Viendo el derecho como ciencia jurídica, como la disciplina humanística que tiene por objeto el estudio, la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico para su justa aplicación, Jesús Martínez Garnelo nos lleva a pensar que al igual que el método científico se fue perpetuando dentro de las ciencias jurídicas y de las diferentes teorías que así lo determinaron, la presunción de inocencia debe desligarse de la ciencia como principio y comenzar a formularse como teoría.

Su obra, dividida en seis capítulos, nos introduce al tema evocando la presencia de este principio desde los tiempos bíblicos, para establecer así su concepto y naturaleza jurídica. Asimismo, lo explica como garantía constitucional y realiza una exquisita correlación de éste con el principio *in dubio pro reo*.

No podía faltar, dentro de un sistema acusatorio, la importancia de conocer a fondo la figura jurídica de la acusación, tema que desarrolla, sin dejar fuera la detención del imputado, la necesidad de la prisión preventiva y las medidas alternas a ésta como garantía de la no aplicación de penas anticipadas al proceso penal.

Continúa su obra con un análisis comparativo del principio de presunción de inocencia y su conexidad con el derecho penal español, realizando un análisis comparativo que nos permite verlo dentro del derecho comparado y los tratados internacionales.

En su último capítulo, denominado “La teoría de la presunción de inocencia y sus efectos procesales en el derecho procesal acusatorio”, explica con claridad por qué la presunción de inocencia debe tratarse, entenderse y estudiarse, metodológicamente y con rigor científico penal, como una teoría.

Como abogado penalista, inmerso en las causas penales, desde la defensa de imputados o de víctimas, la presunción de inocencia es el eje sobre el cual gravita el proceso penal; consecuentemente la investigación del jurisconsulto y destacado académico Jesús Martínez Garnelo, plasmada en esta obra, nos permite poder ampliar los conocimientos, razón por la cual la misma será sin duda objeto de estudio de todos los operadores del derecho, en especial de quienes se encuentran inmersos en las ciencias penales.

RAFAEL ÁNGEL RODRÍGUEZ SALAZAR

Abogado Penalista

Director Legal, La Firma de Abogados.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Penal en México ha entrado a un nuevo régimen metodológico y sistémico, pues en la actualidad se le ha denominado como un sistema de justicia penal oral y público, enmarcado en un moderno Código nacional procesal penal y bajo el régimen eminentemente legalista, garantista y con sujeción al debido proceso, cuyo basamento estructural es en sí nuestra Ley Suprema: la Constitución Política Mexicana.

A pesar de no ser tan novedoso, la presunción de inocencia es un tema poco explorado en diversos países europeos y latinoamericanos. Esto me motivó a realizar un estudio pormenorizado al respecto, así como a preguntarme: ¿la presunción es en realidad un principio, un derecho o una garantía procesal? Esta es la razón de plasmar mis inquietudes en este ensayo, el cual pretende ser una herramienta útil para toda investigación a futuro; un instrumento formal de objeción y alegatos en las audiencias de oralidad, cuando así se requiera; la mejor introducción en una defensa adecuada; así como un breviario o manual para los estudiosos de la ciencia penal, para fiscales, policías, peritos, jueces y —por qué no— magistrados o ministros, o bien para los no especializados.

Esta obra abarca dos grandes rubros que nunca se han analizado desde la óptica de la ciencia penal: la presunción de inocencia como teoría, es decir, con sus elementos o presupuestos positivos y negativos —tal como se estudia la teoría del delito—, y sus tres grandes efectos procesales, los cuales clasifiqué en preprocesales, procesales y extraprocerales o extrajudiciales (los cuales se analizan en el apartado especial del capítulo VI).

Por otra parte, en el capítulo I se abordan brevemente algunos de sus antecedentes y su nueva conceptualización, regulación, naturaleza jurídica, valoración de pruebas y, por supuesto, el marco legal o adecuación legislativa, así como su tratamiento. Asimismo, se estudia la conexidad de este principio con un rubro de altísima trascendencia: la prisión preventiva, anexando comentarios sobre su enlace con la garantía de juicio previo y jurisprudencia (capítulos II y III).

En el capítulo IV se describen una de las figuras jurídico-penales más relevantes en el sistema penal acusatorio: la acusación, definiendo su concepto, clases, naturaleza, contenido y modalidades; así como las figuras de la detención y específicas medidas cautelares. En el capítulo V, bajo un aná-

lisis de Derecho comparado y en el contexto eminentemente deontológico, se aborda la conexidad del derecho de presunción de inocencia con el Derecho Procesal Penal español y con los tratados internacionales.

Por último, en el capítulo VI puntualizo un tema poco explorado: los efectos procesales de la presunción de inocencia, su clasificación y explicación respecto al hecho doctrinal y legal o procesal, relacionado con la presunción de culpabilidad; y matizo la interrogante de si es un derecho, una garantía o un principio, además de llevar a cabo el estudio referente e indicativo de ubicarlo como seguridad, mecanismo jurídico y como institución de corte constitucional. Para rematar, con humildad académica insisto en ubicarlo como una teoría —lo cual no dudo será motivo de acalorados e incentivadas discusiones respecto de mi gran propuesta doctrinal—, dado que analizo, describo y propongo, sus bloques, elementos o presupuestos tanto positivos, para que los haga efectivos el Ministerio Público, hoy fiscal, como negativos, para la defensa pública o privada, referentes precisamente al qué, cómo, cuándo y por qué deben argumentarse, proponerse u objetarse desde la audiencia preliminar, en la audiencia de juicio oral hasta la ejecución de la sentencia, o bien hermanándolo con el “principio de debido proceso”, argumentarlo o exigirselo en revisión a un Colegiado Federal o a la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, o bien a alguna Corte internacional, ya que son la base y sustento garantista dados sus efectos y su ubicación como teoría.

El nuevo reto para los abogados defensores es que se aplique dicho principio; mientras que para el acusador o fiscal el reto es su objeción, según sea el caso. No dudo que causará polémica, pero comprendo que mi tarea y meta está cumplida mas no acotada; por ello concluyo que este trabajo de investigación será el parteaguas de los nuevos lineamientos de corte procesal a nivel nacional e internacional, respecto de la objetividad y aplicabilidad de tan bello y universal principio, o bien sólo quedará en un mero y simple enunciado como derecho en nuestra Carta Magna.

Ustedes, amigos lectores y estudiosos de la nueva Teoría o Derecho de corte Proceso Penal, tienen la última palabra.

MIL GRACIAS.

El autor.

En aquel tiempo, cuando Jesús vio a la muchedumbre, subió al monte y se sentó. Entonces se le acercaron sus discípulos. Enseguida comenzó a enseñarles, y les dijo: “Dichosos los pobres de espíritu, porque de ellos es el reino de los cielos. Dichosos los que lloran, porque serán consolados. Dichosos los sufridos, porque heredarán la tierra. Dichosos los que tienen hambre y sed de justicia, porque serán saciados. Dichosos los misericordiosos, porque obtendrán misericordia. Dichosos los limpios de corazón, porque verán a Dios. Dichosos los que trabajan por la paz, porque se les llamará hijos de Dios. Dichosos los perseguidos por causa de la justicia porque de ellos es el reino de los cielos.

Dichosos serán ustedes cuando los injurien, los persigan y digan cosas falsas de ustedes por causa mía. Alégrese y salten de contento, porque su premio será grande en los cielos”.

MATEO (5: 1-12)

CAPÍTULO I ANTECEDENTES O GÉNESIS DE ESTE PRINCIPIO

1. TRES CASOS BÍBLICOS

Me permito describir tres casos en particular del libro del Génesis, brevemente los citaré.

1.1. EL ÁRBOL PROHIBIDO. EL CASO DE ADÁN Y EVA (GÉNESIS 3: 2-15)

Estando Adán y Eva en el paraíso, Eva se acercó a la serpiente, el más astuto de todos los animales que había creado el señor Dios sobre la tierra, el cual dijo a la mujer: “¿Por qué motivo os ha mandado Dios que no comieseis de todos los árboles del paraíso?”, a lo cual Eva respondió: “Del fruto de los árboles, que hay en el paraíso, sí comemos; mas del fruto de aquel árbol, que está en medio del paraíso, nos mandó Dios que no comiésemos, ni lo tocásemos siquiera, para que no muramos”. Dijo entonces la serpiente a la Eva: “¡Oh! Ciertamente que no morirás; Dios sabe que en cualquier momento y tiempo que comiereis de él se abrirán vuestros ojos y seréis como dioses, conocedores de todo, del bien y del mal”. Vio, pues, la mujer que el fruto de aquel árbol era bueno para comer y bello a los ojos y de aspecto deleitable; tomó y comió el fruto y dio también de él a su compañero, el cual comió. Luego se les abrieron a ambos los ojos y al verse desnudos se cubrieron con unas hojas de higuera.

Bajo el principio de presunción de inocencia surgen muchas interrogantes de este pasaje bíblico:

- La existencia de un paraíso.
- La serpiente con el don del habla.
- La serpiente con el propósito de inducción y seducción.
- La catalogación de la destrucción o negación de un mandato de Dios.
- Incentivación de la serpiente para que el hombre y la mujer al comer del fruto prohibido (árbol del bien y del mal) fueran inmortales además de sabios, como dioses.
- Eva sedujo, invitó, incentivó a Adán a comer del fruto del árbol.
- ¿Quién considera presuntamente inocente a Eva?

- ¿Quién considera presuntamente inocente a la serpiente?
- ¿Quién considera presuntamente inocente a Adán?

Cuando vino el reclamo de Dios, Adán dijo: “Señor, aquella mujer que tú me has dado por compañera me ha dado del fruto del árbol prohibido y lo he comido. Obviamente vino la sentencia para Eva, Adán y la serpiente. Para Eva, las dolencias y el dolor del parto, se multiplicarían sus trabajos y miserias y estaría bajo la potestad de su marido; para Adán, con grandes fatigas sacaría el fruto que sembrara; a la serpiente la maldijo de entre todos los animales y bestias de la tierra: “Andarás arrastrándote sobre tu pecho, y comerás tierra todos los días”. Más allá de su aplicabilidad teológica, mística o moral, este caso nos lleva a preguntarnos respecto a la presunción de inocencia: ¿hasta dónde abarca este principio y de qué manera procesal, legal o doctrinalmente se actualiza?, ¿se ejerce en favor de cierto sujeto el contexto de probabilidades o presunciones de inocencia?

1.2. EL CASO DE CAÍN Y ABEL (GÉNESIS 4: 4-12)

Adán y Eva, al ser desterrados del paraíso, tuvieron dos hijos: Caín, quien era labrador, y Abel, quien era pastor de ovejas. Cierta día, al ofrecer ofrendas a Dios, Caín ofreció ofrendas de los frutos de la tierra, mientras que Abel, las primicias de su ganado. Dios bajó a la tierra y con agrado y beneplácito se inclinó por la ofrenda de Abel y no hizo caso de la de Caín, razón por la cual éste se irritó sobremanera. El Señor le preguntó a Caín: “¿Por qué motivo estás enojado?”, y luego afirmó: “Si obras bien, serás recompensado, pero si obras mal, el castigo del pecado estará siempre a tus puertas o a tu vista”. Entonces Caín dijo a su hermano Abel: “Salgamos fuera”, y estando los dos solos, mató a su hermano.

Tal suceso bíblico también tuvo una terrible sentencia: Dios maldijo a Caín y dijo: “La sangre derramada de Abel está clamando justicia desde la tierra... después de sembrar la tierra, no te dará sus frutos, y errando y fugitivo vivirás sobre la tierra”. Caín sólo alcanzó a decir: “Mi maldad es tan grande que no puedo esperar perdón”.

Partiendo del principio de presunción de inocencia, pregunto:

- Levanten las manos los que crean en la inocencia de Caín.
- Realmente se molestó o cayó en cólera Caín al no ser elegida su ofrenda.
- ¿Por qué el valor de una ofrenda sobre otra? (¿Existía ya el sentir del desprecio?)
- ¿Por qué privó de la vida Caín a su hermano Abel?
- Se dice que el instrumento que utilizó fue una quijada de burro.
- Se trata de un caso bíblico, cuyo origen se remonta al libro de Génesis, sin embargo partiendo de un ejercicio de derecho comparado y

bajo la premisa única, trascendental y universal, que desde que el hombre apareció bajo la faz de la tierra, cuando realmente inició y concluyó; la culpa o la inocencia, o cuando hay imperatividad, en cuanto la interpretación y aplicación del principio de inocencia? No se debe olvidar, por supuesto, que los cánones y concilios que al respecto se han analizado indican un derecho innato de la formación del hombre, su entorno, pero también sus mandatos, prohibiciones o regulación de conducta.

1.3. LOS MANDATOS DE MOISÉS O LEY MOSAICA

Son de dominio público. Quienes profesamos la religión cristiana sólo conocemos diez mandamientos, sin embargo, escudriñando en libros apócrifos, al igual que en los evangelios de Judas, Felipe, Tomás y María Magdalena, podemos descubrir que no son 10 sino 23 mandatos. A continuación me referiré a ellos en este apartado, pues algunos tienen relación directa con:

- a) El dogma de fe;
- b) Otras son preventivas de manera general y especial;
- c) Otros regulan la conducta;
- d) Otros regulan delitos o tipología;
- e) Otros son de corte social e incluso de derechos humanos; representan los antecedentes más antiguos respecto de la seguridad y protección al individuo, persona o gobernado, en su vivir y actuar.

Dichos mandatos delimitan su quehacer cotidiano; en cada uno de ellos, de acuerdo a mi interpretación, señalo lo formal o real de su naturaleza:

- 1º Amarás a Dios antes que todo lo creado (a).
- 2º No hablarás mal de tus hermanos aunque tengas justicia para ello; a Dios toca defender tu causa, si fuere justa (c), (d), (e).
- 3º No amarás religión que no tenga por base el amor a Dios y la caridad perfecta con sus hijos sean los que fueren y a la pureza de María (a).
- 4º Amarás a tus padres después que a Dios y a tus hijos lo mismo; para los primeros la veneración y el respeto; para los segundos, la caridad y el buen ejemplo en todo. Si hacéis lo contrario, seréis juzgados con rigor, como autores del mal (a), (e).
- 5º No jurarás sobre cosa o creatura alguna con falsedad, ni tomarás a Dios como testigo de mentira; si lo hacéis, el Hijo del Hombre te demandará, porque a Él le toca defender tu causa (a).
- 6º No harás trabajo lucrativo en día domingo; si tuvieses necesidad por tu pobreza o compromiso verdadero, te impondrás una penitencia conforme a tus circunstancias, por permanecer este día a Dios (a).

- 7º No tomarás la mujer de tu hermano como si fuese tu esposa, ni harás mal a las que no son de tus hermanos (b), (c), (d) y (e).
- 8º No tomarás lo ajeno, sin permiso del dueño, ni se te permite la usura, causando graves males con ella; si esto fuere de restitución para ti, sólo se te concederán las ganancias que están permitidas por las leyes (b), (c), (d) y (e).
- 9º No tomarás bebidas embriagadoras (b), (c) y (c).
- 10º No tendrás ocupación ruinosa o que quite la moralidad y proteja en algo los vicios (b), (c), (d) y (e).
- 11º No protegerás la guerra civil, dividiendo a tus hermanos, y sólo se te permitirá que tomes parte en guerras extranjeras, cuando el gobierno, sea el que fuere, así lo considerare; y aun así te portarás con la mayor caridad porque todos sois hermanos e hijos de Dios (b), (c), (d) y (e).
- 12º No harás infanticidio en los niños que están por nacer, y si lo hacéis, seréis castigados por el Espíritu Santo (b), (c), (d) y (e).
- 13º No tratarás mal ni con el rigor a los pobres, sean los que fueren (b), (c), (d) y (e).
- 14º Nada de lo creado maldecirás (a), (b) y (c).
- 15º No tratarás con desprecio a los que sufren enfermedades, que tú llamas asquerosas (a), (b) y (c).
- 16º No hablarás de los seres en público causando su deshonra (b), (c), (d) y (e).
- 17º No abandonarás a tus hijos en manos extrañas, y sólo lo harás por tu necesidad de que otro les haga bien, cuando sea conocida la conducta de la persona bienhechora (b), (c), (d) y (e).
- 18º No esforzarás a los niños a que hagan aquellos trabajos que les enseñen vicios (b), (c), (d) y (e).
- 19º No enseñarás a persona alguna historia o cuento por vía de consejos de la manera siguiente: de diablos, condenados, brujas, duendes, espíritus malignos, apariciones de imágenes, que no hayan sido gentes, todo lo superfluo y malo (b), (c), (d) y (e).
- 20º No retendrás lo ajeno en tu poder (b), (c), (d) y (e).
- 21º Visitarás y consolarás a los enfermos siempre que puedas (a) y (e).
- 22º No tomarás armas en contra de tus hermanos, ni les quitarás la vida de ninguna manera sea con arma o sea civil (b), (c), (d) y (e).

Dice nuestro Padre Elías: “Cumplid, hijos míos, con estos veintidós preceptos; y veréis a mi padre en todo su esplendor: caridad y más caridad con vuestros hermanos, y daréis testimonios de mi Padre. (Así sea, así lo espero y así será)”.

Sin embargo, ahora anexo un nuevo mandamiento cuando en el evangelio de Juan 13 (31, 33, 34, 35) se citan las palabras del maestro Jesús: “Hijitos, todavía estaré un poco con ustedes, les doy un mandamiento nuevo:

‘que se amen los unos a los otros, como yo los he amado’ y por este amor, reconocerán todos que ustedes son mis discípulos”.

En este sentido, concluyo que son 23 mandamientos, los cuales en su generalidad están enfocados a la prevención de conductas ilícitas o a su regulación formal como meros actos presuncionales, con el único fin de llevar una vida correcta e incluso mostrar pureza o inocencia.

Amigo lector y estudioso de la Ciencia Penal y procesal, mucho me agradecería que distinguieran a qué grupo pertenece cada uno de estos mandamientos o preceptos, de manera particular los que tienen relación directa con la prevención y la presunción de la conducta del individuo en su vivir, pensar, en su palabra, en su actuar, obrar o por sus actos de omisión.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES

La ministra Olga Sánchez Cordero al respecto sostiene en su conferencia relacionada con el derecho a la inocencia, sobre una forma de extinción de la responsabilidad penal, lo siguiente: “Cualquiera que haya seguido la práctica de los tribunales penales en países dictatoriales o en épocas de la historia en que los hubo inquisitoriales, sabrá que connotación tiene la palabra inocencia en esos procesos. Estos procesos, de manera general, se basaban en una presunción de culpabilidad en la que bastaba con el convencimiento subjetivo del juzgador para abonar una condena al reo”.¹

Actualmente las cosas no son así. La inocencia, que gramaticalmente significa ausencia de culpa, ha sido elevada al rango de derecho fundamental en su faceta de presunción en el proceso,⁽²⁾ siendo la premisa que rige los procedimientos penales en gran parte del mundo moderno.

Este avance, que debemos en gran medida a la reforma de la justicia criminal iniciada en la Ilustración, a partir de las ideas del Marqués de Beccaria fructificó en la creación de instituciones de Derecho Penal, surgidas a raíz de la proliferación de escritos cuya finalidad era rehabilitar inocentes injustamente condenados.

¹ Botón de muestra para demostrar que el proceso penal inquisitivo trataba al inculpado como si ya hubiera sido declarado culpable, son las palabras de Voltaire en su comentario al libro del Marqués de Beccaria: “Las ordenanzas criminales parecen, en muchos puntos, no haber sido dirigidas más que hacía la pérdida de los acusados. Esta es la única ley que es uniforme en todo el reino. ¿No debería ser tan favorable para el inocente como terrible para el culpable?”. Comentario al libro *De los delitos y las penas* por un abogado de provincias, incluido en la edición española a cargo de Juan Antonio del Val, Madrid, 1986.

² Vid. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 13-45. Donde se hace una exposición magistral sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia en la legislación española, italiana y en los textos Internacionales sobre derechos humanos. Otro libro recomendable sobre el particular es el de José María Luzón Cuesta, *La presunción de inocencia ante la casación*, Colex, Madrid, 1991.

De esta manera, surge la institución del indulto como una forma de otorgamiento del perdón estatal y de extinción de la responsabilidad penal; como una forma extraordinaria de declarar la inocencia de una persona, mediante un acto gracioso del gobernante.

Este acto de perdón voluntario y unilateral fue transformándose paulatinamente en un acto de perdón necesario. Reconocer la inocencia de una persona por circunstancias supervenientes que destruyeran aquellas por las cuales fue sentenciada transformó la institución del indulto de un acto gracioso y potestativo del Poder Ejecutivo en un acto de reconocimiento judicial de un hecho cierto apenas conocido.

Reconocer inocente a un hombre durante la secuela del procedimiento y luego de ser procesado y sentenciado darle la oportunidad de alegar en su defensa circunstancias ineludibles que demuestran su no culpabilidad son garantías de seguridad jurídica que le permiten a quien realmente es inocente en un procedimiento de orden criminal demostrarlo no sólo durante la secuela de su juicio, durante el cual se presume inocente hasta su terminación, sino con posterioridad a él, cuando ya ha sido declarado culpable, siempre que concurren las circunstancias previstas en la ley.

La importancia de este derecho hace, pues, necesario un análisis de sus elementos y de cómo éstos han sido tratados en la jurisprudencia.

Ana Dulce Aguilar García sostiene lo siguiente: “Los derechos humanos han tenido una tradición muy larga en el constitucionalismo mexicano, bajo distintas denominaciones, como derechos del hombre o garantías individuales”.³ Han contado también con distintos mecanismos de protección, entre los que se puede destacar el establecido en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Federal, con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos estatales.⁴ A partir de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948,⁵ se desarrolló, a través de distintos tratados internacionales, tanto en el marco de las Naciones Unidas como en los sistemas regionales, la protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, como son las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas migrantes y las personas con discapacidad.

³ AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce, *Presunción de inocencia*, Colección de textos sobre derechos humanos, México, 2012, p. 7-11. *Vid.* Capítulo Primero de la Constitución Política de la República Mexicana de 1857 y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, hasta la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

⁴ Reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1994, el 13 de septiembre de 1999 y el 10 de junio de 2011.

⁵ Aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

El ordenamiento constitucional fue modificado en 2011⁶ en materia de derechos humanos, en aspectos de la mayor relevancia que se han comenzado a reflejar en distintas áreas, como en la mayor expansión de los derechos humanos y el fortalecimiento de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En particular, se pueden mencionar los cambios que se refieren a la propia Comisión Nacional y a los demás órganos estatales de protección de los derechos humanos. De la misma forma, se puede destacar el cambio de denominación de garantías individuales a derechos humanos y el fortalecimiento de la protección de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Lo anterior tuvo por objeto dotar a la Constitución Federal de los elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección de los derechos humanos de forma plena y clara.

Es de primordial importancia la promoción, el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos como ejes rectores del ordenamiento jurídico, del actuar de todas las autoridades y para el desarrollo integral de toda persona en la convivencia en una sociedad jurídicamente organizada.⁷

La efectiva educación y capacitación en materia de derechos humanos es una obligación constitucional del Estado mexicano que consiste no sólo en la enseñanza de los derechos y de sus mecanismos de protección, sino también en el análisis y la reflexión de nuevas problemáticas en la materia. La CNDH, como lo dispone su propia ley en el artículo 6.º, fracción IX, tiene entre sus atribuciones promover el estudio, la enseñanza y la divulgación de los derechos humanos.

En paralelo a otras colecciones especializadas,⁸ la Comisión Nacional incorporó a sus publicaciones la Colección de Textos sobre Derechos Humanos con el propósito de brindar al lector una gama de escritos cortos que lo introduzcan a diversos temas sobre derechos humanos, pero que por su trabajo de investigación también sean de utilidad para los estudiosos de la materia.

Esta Colección se comenzó en 2011 y está integrada por escritos introductorios, relevantes y actuales sobre derechos humanos, como son el origen, la evolución y la positivización de los derechos humanos; su evolución histórica en México; su protección no jurisdiccional en México; el derecho internacional humanitario; el Estado de derecho y el principio de legalidad; un panorama general de los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho internacional de los derechos humanos; los pueblos

⁶ Reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* los días 6 y 10 de junio de 2011.

⁷ *Vid.* Artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Federal; *Gaceta Parlamentaria*, 23 de abril de 2009, Anexo XVI, p. 43; *Gaceta Parlamentaria*, 15 de diciembre de 2010, Anexo IV, p. 5.

⁸ Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2011 y 2013; Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, 2012.

indígenas de México y sus derechos, y aproximaciones teóricas al debate contemporáneo de derechos humanos. Más tarde se le incorporaron tres títulos más sobre la desaparición forzada de personas; la prevención y la sanción de la tortura, y los derechos humanos de las víctimas de los delitos.

Se considera que es necesario el fomento de constantes reflexiones sobre los temas actuales de derechos humanos. Esta colección pretende, junto con otras, que funja como un medio de difusión y progresivamente se le incorporen nuevos textos que aborden temas y problemas en la materia.

En seguimiento a lo anterior, en esta ocasión se presentan nuevos títulos elaborados por diversas autoras y autores, que versan sobre: 1) libertad de expresión y acceso a la información; 2) grupos en situación de vulnerabilidad; 3) presunción de inocencia; 4) algunas resoluciones relevante del Poder Judicial en materia de derechos humanos; 5) aspectos culturales de la discriminación a la luz de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos; 6) los estándares internacionales de los derechos humanos: un sistema de derechos en acción, y 7) la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad de ley.

Los escritos que se presentan en esta ocasión abordan temas que se han considerado pertinentes, de actualidad e importancia; en algunos casos también se considera necesario fomentar su desarrollo doctrinal. Ciertos escritos, como el de presunción de inocencia, además de relacionarse con las modificaciones constitucionales de 2011, también se vinculan con otros importantes cambios constitucionales, como la reforma en materia penal de 2008.⁹

La Comisión Nacional, atenta al cumplimiento de sus funciones y a las necesidades del país, con la publicación de este material pretende contribuir con escritos actuales sobre diversas temáticas a la promoción y divulgación de los derechos humanos; esto afirmó el expresidente de dicho organismo nacional Dr. Raúl Plascencia Villanueva.

En otro contexto, se dice que la defensa de cualquier derecho siempre evidencia posiciones más liberales o progresistas, frente a otras más conservadoras.⁽¹⁰⁾ Cada posición cuenta con una gama importante de métodos de interpretación y argumentación desarrollados por la ciencia jurídica. Sin embargo, en un Estado de derecho democrático el conflicto que surge de tales posiciones siempre será atendido por tribunales independientes e imparciales, capaces de generar criterios científico-jurídicos que —en teoría— resolverán de mejor manera el conflicto.

Resolver de la “mejor manera” no es tarea fácil. Si esto fuera así, no existirían teorías de la argumentación jurídica diferentes ni debates académicos entre quienes las sostienen. Al final del día, los jueces también nutren

⁹ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

¹⁰ *Cfr.* TRECHSEL, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, p. 10.

sus resoluciones de juicios de valor que sirven para dotar de significado a conceptos como proporcionalidad y razonabilidad.

Para parafrasear a Ferrajoli respecto de la presunción de inocencia, el principio de jurisdiccionalidad exige que la acusación penal en contra de una persona sea sometida a prueba en un juicio regular; el objeto del proceso penal es la prueba de la culpa, no la prueba de inocencia.¹¹

La presunción de inocencia no es un simple principio de interpretación ni una regla probatoria, sino un derecho con significado práctico a lo largo del proceso penal que garantiza una protección especial a lo largo del proceso penal que garantiza una protección especial a las personas acusadas de algún delito. Por tanto, como derecho de la persona imputada, el respeto y ejercicio efectivos de la presunción de inocencia van más allá de la verdad y de la justicia.

Entender este punto no ha sido fácil para el orden jurídico mexicano. A menudo somos testigos de prácticas institucionales y escuchamos expresiones de funcionarios públicos que transgreden de manera directa la presunción de inocencia. Procuradores que exigen la prueba de inocencia en lugar de autoexigirse la prueba de culpabilidad; manifestaciones que acenúan la noción de “presunto culpable” sobre las de persona y dignidad humana. Quienes sostienen esta visión, tal vez olvidan que, históricamente, la negación de la presunción de inocencia prevaleció en regímenes antiliberales como el fascismo.¹²

La presunción de inocencia está en constante tensión con otros derechos, en particular con los de las víctimas a salvaguardar su integridad o a contrarrestar posibles riesgos de reincidencia, en protección al derecho de la sociedad a la seguridad ciudadana, así como con el derecho a la libertad de expresión o de información. En la defensa de cualquiera de estos derechos siempre existirá el interés de una persona o grupo frente al interés de la “sociedad”.¹³

Por ello, en el proceso penal los derechos humanos se ven sometidos constantemente a la consideración del legislador y al escrutinio judicial. Son derechos que han cobrado relevancia a partir del desarrollo de la teoría y práctica del garantismo penal elaboradas con base en un contexto de legado fascista que heredó “leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema garantías contra el arbitrio punitivo”.¹⁴ En ese sentido, el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la ilustración jurídica, de minimización de

¹¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 549.

¹² Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, p. 495.

¹³ TRECHSEL, S., *op. cit.*, p. 11.

¹⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, pp. 192-193.

ese “terrible poder” —como lo llamó Montesquieu— que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley: en concreto, mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo.¹⁵

El temor que un mal sistema de justicia puede infundir a los ciudadanos indica su falta de legitimidad.¹⁶ Así el reto de cualquier sistema de justicia penal es dotar de contenido a ciertos principios positivizados, de manera ambigua, como “debido proceso” y generar certidumbre respecto de los elementos del derecho a un juicio justo, en particular del de presunción de inocencia mediante el desarrollo de jurisprudencia que vincule de manera efectiva a todas las autoridades y a terceros.

Así, este fascículo tiene como objetivo definir el principio de presunción de inocencia de acuerdo con los parámetros de derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional y presentar algunos de los problemas que la aplicación de este derecho ha tenido en la práctica en México, que por muchos años han contrarrestado su efectividad como derecho de defensa de las personas.⁽¹⁷⁾

Jordi Nieva Ferrolli¹⁸ afirma que: la presunción de inocencia es un principio informador de todo el proceso penal que intenta alejar principalmente a los jueces del atávico prejuicio social de culpabilidad. Ese prejuicio social está muy extendido, sobre todo por razones socioculturales, aunque también psicológicas en orden a la evitación de un daño propio, en todo caso se trata de un condicionante que marca una tendencia en favor de la sentencia de condena que trata de evitarse con el citado principio.

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

El principio clave del proceso penal es la presunción de inocencia. En realidad, es el principio clave de todo el sistema penal. En la Edad Media fue mencionado en la literatura jurídica con la expresión *in dubio pro reo*, y pocos siglos después se construyó el estándar “más allá de toda duda razonable” en el Old Bailey de Londres (finales del siglo XVIII)¹⁹ como instrucción para jurados asentada en el estándar de la certeza moral²⁰ del derecho

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, op. cit.*, pp. 549-550

¹⁷ *Ibidem*, pp. 550-551.

¹⁸ NIEVA FERROLLI, Jordi (catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona), “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *In Dret*, enero 2015, pp. 1-4.

¹⁹ WHITMAN, 2005, p. 187.

²⁰ *Idem.*

canónico. Antes Ulpiano había dicho, allá por el siglo III d. C., que es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente,²¹ y de ahí surgió la frase, atribuida a Maimónides (siglo XII),²² de que es mejor absolver a mil culpables que condenar a muerte a un inocente, aserto que ha sido repetido muchas veces sin la referencia a la muerte y con diferente número de culpables, pero que probablemente popularizó Matthew Hale²³ (siglo XVII). Mucho más remotamente, la Ley I del Código de Hammurabi había dicho literalmente que los acusadores de asesinato habrían de ser condenados a muerte si no consiguen probar la acusación,²⁴ lo que, si bien se observa, supone la formulación más arcaica —y bestial— del principio que nos ocupa.

A lo largo de todo este tiempo, no han faltado reiterados intentos doctrinales de distinguir unos y otros principios y estándares, siendo especialmente destacables las reiteradas tentativas de diferenciar la presunción de inocencia del *in dubio pro reo*, así como el “más allá de toda duda razonable” de la presunción de inocencia.²⁵ Sin embargo, ningún autor ha conseguido demostrar que todos esos asertos no estén basados en exactamente una y la misma idea: que los reos deben ser considerados inocentes antes de ser condenados.²⁶

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

²¹ Dig. L. 48, tít. 19, 5. ULPIANO: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinquí facinus nocentis quam innocentem damnari*”.

²² Vid. LAUDAN (2006, p. 63): “it is better [...] to acquit a thousand guilty persons than to put a single innocent man to death”. Cfr. Maimónides (1985). Maimódes (1998).

²³ *Historia Placitorum Coronae/History of the Pleas of the Crown*, London 1736, vol. II. p. 289: “In some cases presumptive evidences go far to prove a person guilty, tho there be no express proof of the fact to be committed by him, but then it must be very warily pressed, for it is better five guilty persons should escape unpunished, tan one innocent person should die”. Y en la p. 290: “*Totius semper est errare in acquietando quam in puniendo, ex parte misericordiae, quam ex parte justitiae*”.

²⁴ LARA PEINADO (1997, p. 6).

²⁵ RUIZ VADILLO (1995, p. 434); Del Río Fernández (1992, p. 8116); Vázquez Sotelo (1984, p. 287); De la Vega Ruiz (1984, p. 96); Vegas Torres (1993, pp. 207 y ss.); Montañés Pardo (1999, pp. 46-47).

²⁶ KÜHNE (2010, p. 580). DAHS, Hans/Dahs, Hans (1972, p. 27). GONZÁLEZ LAGIER (2014, p. 84). BACIGALUPO ZAPATER (1988, p. 34). MASCARELL NAVARRO (1987, p. 631). JIMÉNEZ AGUIRRE (1990, p. 115).

Dentro de estas consideraciones especiales, citaré aquí los comentarios que vertieran los diversos prologuistas en la obra del magistrado Miguel Ángel Aguilar López, denominada *Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio*, porque me parecen relevantes sus apreciaciones jurídico doctrinales al tema en estudio, amén de la poca bibliografía que existe al respecto; en este sentido afirma Indalfer Infante González, lo siguiente:

Jacques Attali, analista político francés contemporáneo, escribe en su breve historia del futuro, que ‘la historia humana es la historia de la aparición de la persona como sujeto de derecho, autorizado a pensar y a controlar su propio destino, libre de toda cortapisa, salvo la de respetar el derecho del otro a disfrutar de las mismas libertades’.

Ciertamente, la historia de la humanidad es una constante lucha por alcanzar libertades y derechos que garanticen la igualdad entre los individuos. Para ello, se han ideado instituciones, siendo el Estado la más compleja y evolucionada que se ha creado para otorgar la protección que el hombre necesita frente a los abusos de otros hombres.

El régimen democrático, basado en la soberanía popular, la división de poderes y el respeto a los derechos fundamentales, es el sistema por excelencia que limita —a través del Derecho— el autoritarismo y los abusos de poder. Pero al Estado democrático no sólo se le pide garantizar libertades, también debe otorgar a los ciudadanos seguridad en su integridad física, moral y patrimonial. Lo que implica que la libertad de los individuos no es absoluta sino limitada por la libertad de otros, por los derechos de terceros y por el orden público.

Puede resultar paradójico, pero el aparente dilema de seguridad *versus* libertad, no es tal. El Estado puede y debe garantizar ambos valores, pues no hay libertad plena sin seguridad, ni seguridad real si atenta contra la libertad.

Las sociedades contemporáneas, luego de la “tercera ola” democratizadora en la mayoría de las naciones del mundo occidental, han redefinido integralmente sus aparatos de seguridad y justicia, en particular las instituciones encargadas de prevenir el delito, perseguirlo y sancionarlo, es decir, a los sistemas de policía, investigación criminal, procuración de justicia, justicia penal y reinserción social.

No sólo se han superado los métodos de ajusticiamiento —que no de justicia— que prevalecieron siglos atrás, primero como auténticas venganzas privadas o públicas y luego mediante sistemas inquisitoriales o fueros especiales, sino que se han ideado procedimientos que garantizan imparcialidad, debido proceso, tipicidad de las conductas, punibilidad determinada por la ley, justa defensa, proporcionalidad de la pena y, de forma sobresaliente, el principio de presunción de inocencia.

En el pasado, todo individuo sospechoso o denunciado era sujeto a proceso penal, sustanciado frente a una misma autoridad que lo acusaba, investigaba, juzgaba y sentenciaba, su confesión constituía prueba plena y para obtenerla era objeto de torturas y vejaciones, de forma tal que —en la mayoría de los casos— toda sospecha o denuncia llevaba implícita la culpabilidad que fatalmente derivaba en una condena.

En sus orígenes, el principio de presunción de inocencia surgió del ideario que enarbolaron los movimientos ilustrados y liberales del siglo XVIII, que pusieron límites a la autoridad del Estado y consagraron los fundamentos de la democracia contrapuestos al poder autoritario de los gobernantes. En materia penal, esto significó limitar la acción punible del soberano y encauzar los procedimientos de justicia con reglas apegadas a los principios del debido proceso. Por ello, la presunción de inocencia formó parte de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada en 1789 en el marco de la Revolución francesa. Dicha Declaración, en su artículo noveno, establecía que: “todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable”.

Hoy, la presunción de inocencia no sólo es una garantía procesal, también es un principio de los sistemas democráticos que limitan al monopolio legítimo de la fuerza. Pues es del interés social, no sólo sancionar a los individuos que efectivamente han delinquido, sino también que aquellos individuos que siendo inocentes son sujetos a un proceso penal tengan los mecanismos de defensa apropiados que les permitan probar su inocencia, recuperando el gozo de su libertad y derechos en el menor tiempo posible. Ciertamente, no es deseable sujetar a proceso a una persona inocente, ni mucho menos sentenciarlo a pagar una condena injusta que no merece. Los sistemas penales deben establecer procedimientos para reducir esa posibilidad, garantizar el principio de presunción de inocencia es fundamental en ello.

En México, a partir de nuestra vida constitucional en los albores del siglo XIX, se establecieron distintas garantías individuales y normas procesales que regularon el proceso penal, entre otras, la presunción de inocencia. El primer texto constitucional mexicano, la Constitución de Apatzingán de 1814 establecía en su artículo 3.º, que: “Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declara culpado”. Los posteriores textos constitucionales retomaron esta garantía y nuestra actual Constitución Política, a partir de la reforma constitucional de 2008, lo contiene el artículo 20, apartado B, fracción I, donde establece que toda persona imputada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Juez de la causa, constituyendo así uno de los vértices más importantes sobre los que se articula el nuevo sistema penal.

Esta reforma constituye un cambio paradigmático para el proceso penal mexicano, porque configura un nuevo modelo de tipo acusatorio basado —entre otros principios— en la publicidad, la oralidad y la presunción de inocencia, los cuales habrán de determinar las funciones de procuración y administración de justicia en el futuro inmediato.

Con esta reforma se busca garantizar un delicado equilibrio: procurar una justicia pronta, imparcial y completa, a través de un Estado lo suficientemente fuerte para enfrentar a la delincuencia, pero también lo suficientemente limitado para no violentar los derechos fundamentales; pues de otra manera, correríamos el riesgo de ser gobernados por un Estado autoritario que además sería incapaz de otorgar seguridad a los ciudadanos.

Esta reforma no es casual, es producto de un contexto y de más circunstancias particulares por las que atraviesa el país. El contexto lo determinan las reformas a los sistemas de justicia en casi todo el continente americano, que han

sido orientados hacia la oralidad de los procesos penales, precedidos por un intenso trabajo de diagnóstico y análisis de los especialistas, académicos, legisladores, jueces y organismos internacionales; las circunstancias, en cambio, son impuestas por la realidad de una delincuencia en crecimiento, con mayor poder delictivo y dispuesta a hacer uso de una violencia ilimitada.

La delincuencia organizada es un grave problema para la seguridad pública y nacional, porque ha incrementado su capacidad para desafiar al Estado, rebasando sus fronteras y multiplicando sus efectos destructivos en contra de la sociedad. Todo lo cual constituye un reto para las instituciones encargadas de preservar la paz pública proteger las garantías individuales y procurar justicia a los gobernados.

Detrás de cada delincuente no sólo hay organización criminal, capacidad económica, corrupción, tráfico de armas una personalidad distorsionada, también hay un entorno primigenio de limitaciones económicas y falta de oportunidades, desintegración familiar, violencia social, ausencia de valores, de construcción de reglas de convivencia, deserción escolar y alejamiento de la cultura, que influyen en la configuración del perfil idóneo para que un individuo se convierta en un candidato apto a engrosar las filas de la delincuencia.

Lo anterior resulta más evidente en sociedades como la nuestra tan llena de carencias y fuertemente marcada por los contrastes. Claro que hay excepciones (nadie está predeterminado por su entorno social), pero éstas vienen a confirmar la regla: la mayoría de los delincuentes que purgan una condena en la cárcel pertenecen a los estratos económicos bajos, tienen pocos años de escolaridad, provienen de familias desintegradas y crecieron en un ambiente social marcado por la violencia. Son individuos que buscan la identidad, reconocimiento, solvencia económica prestigio social que no encontraron en casa ni en su comunidad, y que creyeron obtener delinquiendo en solidario o a través del crimen organizado.

Más allá de incrementar la severidad de las penas, lo importante es asegurar su efectividad, que sean penas que se cumplan y se apliquen, inhibiendo al delito. La probabilidad de sanción es más importante que la sanción misma. Eso conlleva una política pública más compleja y de más largo alcance, pues requiere no sólo de modificar la norma penal para tener penas más severas, implica que los ciudadanos tenga la confianza de denunciar los delitos, y esa confianza sólo se logra cuando ve que efectivamente la autoridad detiene a los delincuentes, los juzga, los sentencia, aplicándoles un castigo justo y, además, los reinsera convirtiéndolos en individuos que dejan de destruir a la sociedad para empezar a construir junto con ella.

Los magistrados y jueces federales, al interpretar y aplicar la ley, son protagonistas de primer orden en la implementación de la reforma constitucional. Su experiencia y sus conocimientos resultarán de especial importancia para obtener los resultados que la sociedad mexicana demanda.

Para ello, se deben vencer inercias, aprender una nueva forma de hacer y de llevar el desarrollo del proceso penal, convencerse de las enormes ventajas que tienen la oralidad del proceso y su publicidad, pues ello simplifica el procedimiento, otorgar más garantías al acusado y a la víctima, conlleva la difusión de las actividades jurisdiccionales y el reforzamiento de la confianza institucional

en el Poder Judicial de la Federación. De esta manera, rendimos cuentas a la sociedad y damos ejemplo de nuestro compromiso con la justicia.

Esta reforma constitucional penal no es una coyuntura pasajera, es un esfuerzo de las instituciones del Estado para garantizar el acceso a la justicia, otorgando seguridad frente a los flagelos perversos de la delincuencia, pero preservando al mismo tiempo, los principios fundamentales que nos permitan proteger la dignidad de la persona humana, su libertad y sus derechos fundamentales.

Con base en las anteriores consideraciones, el libro que prologamos resulta muy oportuno y útil. Lo es, porque realiza un análisis abundante sobre los diversos conceptos que forman parte de la reforma constitucional a la que hemos hecho referencia, en particular, a la presunción de inocencia, pilar fundamental del sistema penal acusatorio.

La obra del magistrado Miguel Ángel Aguilar López deviene en un estudio completo y bien sistematizado sobre la presunción de inocencia, analizando a detalle aspectos generales, sustantivos y procesales, de esta manera resulta novedosa la vinculación a temas como las garantías individuales, el sistema de libre valoración de la prueba o el Derecho Internacional, que ponen de manifiesto cómo el sistema acusatorio puede ser considerado como aquél que garantiza la defensa más amplia a favor del imputado penal.

Con este trabajo, el magistrado Aguilar López contribuye al estudio de uno de los principios fundamentales del sistema acusatorio. Por lo tanto, estoy seguro que esta obra será de utilidad a los profesionales, académicos y estudiantes de Derecho y, en general, a todo ciudadano interesado en el tema.

La sobresaliente experiencia jurisdiccional, profesional, docente y académica del autor se ponen de manifiesto en este libro. No podría ser de otra forma. Los años como juzgador penal, conferencista especializado, autor de textos jurídicos y catedrático universitario, lo acreditan para hacer un estudio acucioso del tema y para identificar con precisión los alcances teóricos y prácticos de la presunción de inocencia. De esta manera el magistrado Aguilar López da cuenta de su compromiso perenne para contribuir con sus ideas a la consolidación de una cultura de la legalidad y un sistema democrático de Derecho.²⁷

Por su parte, Miguel Ángel Mancera, a manera de prólogo en la citada obra del magistrado en cita, indica:

Sin duda alguna que a la “corriente” que impulsó la transformación del enjuiciamiento penal en nuestro país no le tomó mucho tiempo para tomar dimensiones de tsunami, los intentos por contenerla o por desviarla fueron inútiles. Finalmente, México decidió retomar los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Federal y con ello abrir el camino hacia la implementación del sistema acusatorio y el endurecimiento de una parte de su política criminal, concretamente la que va dirigida al combate de la delincuencia organizada.

²⁷ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia. Principio fundamental del Sistema Acusatorio*. Instituto de la Judicatura Federal, México, 2009, pp. 15-22.

El trayecto para llegar a este resultado no fue del todo fácil, primero porque se focalizó el cambio en los llamados juicios orales, a lo que muchas veces replicaron de modo simplistas que en nuestro país la oralidad ya existía; segundo, porque la iniciativa de reforma surgió en la Cámara de Diputados, daba cuenta de un sistema que requería de grandes esfuerzos tanto económicos como humanos, es decir, resultaba de difícil implementación para el Estado, mucho más si se pensaba en un cambio a nivel nacional; y tercero, porque de manera caso simultánea, prácticamente con tres meses de diferencia, surgió una nueva iniciativa, similar tanto en su teleología por la búsqueda de un cambio para el sistema penal, cuando a los artículos constitucionales que se abordan en ella, sólo que ahora provenía del Ejecutivo Federal, misma que con el impulso de la Cámara de Senadores parecía entrar en una lucha de razonamientos y en un debate de opiniones con la de los diputados, con una meta —quizá no tan cierta— ver cuál era la mejor.

En efecto, estas iniciativas, desde nuestra forma de ver las cosas, mostraron lo siguiente:

a) Por un lado, la presencia de los intereses torales del Ejecutivo federal que desde un principio estuvieron claros, entre ellos:

1. Implementar la facultad de investigación de la policía y, por supuesto,
2. La legitimación constitucional de los temas vinculado con la delincuencia organizada, así como el control federal de la misma, en efecto, más de seis artículos constitucionales y un transitorio de la iniciativa se ocupan del tema de la delincuencia organizada, se le menciona en más de una decena de veces, con el resultado de legitimar desde la descripción típica de la delincuencia organizada, hasta el delator anónimo, pasando por el arraigo, la suspensión del proceso, las pruebas anticipadas, la ruptura de la información reservada y una serie de restricciones a las tradicionales garantías o principios en materia penal.

b) Por otra parte, se advertía en la iniciativa de los diputados federales la intención de plasmar a nivel constitucional los cimientos necesarios para contar con un sistema acusatorio, modificando para ello varias cosas como son: elevar los principios que rigen el sistema acusatorio al rango de garantías individuales, implementar la justicia alternativa, contar con un nuevo derrotero del sistema penitenciario, modificar la prisión preventiva, la ampliación de los derechos de las víctimas, el rompimiento del monopolio del ejercicio de acción penal, la autorización al Ministerio Público para trabajar con el criterio de oportunidad, así como la implementación de un Juez de Control a manera de Juez de garantías y otro de ejecución, entre otras.

El resultado final fue un solo documento, el cual sirvió de marco a la combinación de intereses que van de la delincuencia organizada al sistema acusatorio.

Así es, temas que son absolutamente opuestos, uno que da nota de una política criminal de tipo democrática encaminada a dar mayor seguridad jurídica y transparencia al sistema de enjuiciamiento penal, a que se juzgue siempre con un juez imparcial, a que sólo con él sea válido desahogar pruebas, a cambiar el derrotero de la búsqueda de la verdad histórica, que por tradición procesal. El otro, con tintes de una política de endurecimiento de las garantías de libertad y seguridad jurídica, a manera de una respuesta estatal en contra de un sector

específico que actúa en la sociedad, conformado por las mafias, los cárteles, las organizaciones criminales, los individuos que hacen del delito una forma de vida.

Es decir que mientras por un lado se ampliaron las garantías constitucionales, por el otro fueron restringidas, claro, no para todos, sino sólo para los que generan una mayor inseguridad social, para los que no dan seguridad cognitiva al subsistema de convivencia. Esto dicho así parece que no debiera generar ninguna preocupación, pues basta con que todos seamos buenos ciudadanos para no preocuparnos ni remotamente de la implementación de estas medidas, lo cierto es que se trata de un poder dado al Estado, que lo coloca más allá de los controles constitucionales normales y efectivos, por lo que sólo queda confiar en la actuación pulcra, transparente de las autoridades.

Ahora bien, después del paso de estos antecedentes, así como de una serie de opiniones, de encuentros y desencuentros de expertos y ya con una reforma constitucional aprobada y publicada, está claro que resulta indispensable conocer sus alcances, su problemática y sus virtudes, por ello es de lo más oportuna la obra jurídica que el doctor magistrado Miguel Ángel Aguilar López intituló *Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio*.

En efecto, este nuevo trabajo de investigación da cuenta a través de sus páginas de los cambios que se verán reflejados en el sistema penal mexicano con motivo de esta reforma, con la claridad de la pluma a la que nos tiene acostumbrados, explica cómo inciden los cambios realizados por el legislador en las diferentes etapas de proceso, desde la investigación misma, la orden de aprehensión ausente de comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el auto de vinculación, el conocimiento particular de los principios propios del sistema acusatorio, la entrada en escena de una división judicial que exige que el juez de conocimiento inicial de las constancias (juez de garantía) sea distinto al que debe resolver en definitiva (juez de la causa) y que éste también sea distinto del que se encargará de vigilar el cumplimiento de las sentencias (juez de ejecución de penas), la nueva forma de operar, a título de excepción de la prisión preventiva y la posibilidad de concluir los asuntos penales con formas que tradicionalmente se ocupan de otras ramas del derecho mediante las formas de solución alternativa.

El magistrado Aguilar López también advierte de los riesgos, que conlleva la aplicación de un sistema de excepción como lo es el planteado para los casos de delincuencia organizada, incursionando brevemente en lo que se ha llamado por Jakobs como “Derecho penal del enemigo”, aunque de sus notas se advierte la confianza en que México y sobre todo los encargados de la aplicación de la ley saldrán avantes en la salvaguarda del Estado de derecho.

El autor nos deja ver la necesidad imperiosa de la capacitación, una capacitación que necesariamente debe de permear en todos los niveles del nuevo sistema penal, para con ello poder garantizar el éxito de su implementación, para poder concluir satisfactoriamente con lo que denomina la metamorfosis de las estructuras culturales.

En resumen, podemos decir que el trabajo que nos ocupa representa una inmejorable oportunidad para tomar idea inicial del cambio que se avecina, así

como de profundizar en los alcances que tendrá la implementación del nuevo sistema que analiza doctamente el magistrado.²⁸

Por su parte, el profesor especialista en Derecho Procesal Penal Julio Antonio Hernández Pliego, en el prólogo de la citada obra del magistrado, dice lo siguiente:

Sin embargo, en esta ocasión aprovecharé la oportunidad para introducir al lector en la importante temática que se aborda en Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio, que constituye la más reciente obra del doctor Aguilar López, sin aludir más a él porque está identificado y distinguido en el medio que realmente no requiere de mayor presentación.

Pues bien, por obra de la reforma constitucional en materia penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, que modificó y adicionó entre otros, los artículos 16 a 22, de la Constitución Federal, se introdujo en el proceso penal el sistema acusatorio, la oralidad, se reguló el derecho de excepción para la delincuencia organizada, y también de manera expresa, se elevó a la categoría de garantía individual la presunción de inocencia, explicitando que el inculpado no puede ingresar al juicio como culpable, ni siquiera como sospechoso de la comisión del delito que se le atribuye, sino que se introducirá al proceso precisamente como inocente, y esa calidad solamente ha de perderla hasta que el órgano de la acusación pruebe y el Juez determine su culpabilidad, más allá de toda duda razonable.

A la interrogante acerca de si realmente era necesaria la reforma a la Constitución Política del país, se responde afirmativamente en la obra que tengo el honor de prologar, con el innegable argumento de que en México desalienta la falta de transparencia y legitimidad democrática, la burocracia exasperante, el culto al expediente judicial, la sistemática violación a los derechos humanos, siendo evidente la falta de respuesta a las demandas de las víctimas del delito.

En este panorama desolador, se analiza en el libro la presunción de inocencia.

Para acometer la ardua trama legal que importa el tema en sus distintos enfoques: como principio informador de todo el proceso; como regla relativa a la prueba; y como regla de tratamiento del imputado, comienza el autor por pasar revista a los distintos sistemas de enjuiciamiento penal.

Señala desde luego, las bondades del procesamiento acusatorio o adversarial que acogen los países con procesos de desarrollo democrático, en tanto se diferencian con claridad los órganos de juzgamiento, acusación y defensa, volviendo imposible la confusión de una sola persona o institución de más de una de las aristas del triángulo procesal y mantenimiento al Juez sólo como un observador del juego procesal de las partes, juego que ha de regirse en esencia, por los principios de inmediatez, publicidad, concentración, oralidad y por la existencia de una irrestricta potestad probatoria cuya única frontera es la ley.

Es precisamente en este marco en el que se inscribe la presunción de inocencia, puesto que la inquisitorialidad no es terreno fértil para que germine, si se arranca de que en dicho sistema el inculpado recibe el trato sólo de un objeto

²⁸ *Ibidem*, pp. 23-27.

del proceso —y no de un sujeto— de manera que ubicado en ese eje, el autor procede al examen de la presunción de inocencia en cuanto a su origen y contenido; al tratamiento que recibe en el derecho doméstico, a la extensión que le es reconocida en los tratados internacionales y a la forma en que se concibe en el llamado Derecho penal del enemigo.

A propósito de este último, el autor fija sin ambages su posición que compartimos plenamente: “Un derecho que bajo aspectos de combatir el caos y la inseguridad, utiliza sistemas de neutralización, excepcionalidad y exclusión, aboliendo el debido proceso legal y el derecho a ser presumido inocente, es incompatible con el Estado de Derecho, ello no puede calificarse como Derecho penal, en su caso representa una venganza en términos del enemigo”.

En otro orden de cosas, por más que la conocida jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y alguna parte de la doctrina insistieron desde siempre en el que el principio de presunción estaba contenido implícitamente en el debido proceso legal, consagrado entre otros, en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, del Pacto Federal, su falta de regulación explícita condujo a situaciones aberrantes que desembocaron en una legislación secundaria que lamentablemente privilegió el poder punitivo del Estado, antes que la existencia y el respeto a los derechos humanos.

Ejemplos de ello se reseñan en la obra, como el artículo 9.º del Código Penal Federal (antes de la reforma de 1984) que literalmente estableció el principio de presunción de intencionalidad, y el actual artículo 224, del mismo ordenamiento que legitima la presunción de culpabilidad al establecer: “...existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio...”, sin que sea el caso ahondar en el rechazo a otros principios democráticos, como el de intervención mínima, a la vista de las innumerables leyes penales especiales que conspiran en su contra, y el mismo artículo 248, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, conforme al cual y cerrando los ojos al axioma de que el imputado no requiere probar su inocencia, dice: “El que afirma está obligado a probar, también lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.

Es por ello que adoptar en el nivel constitucional los compromisos que hemos adquirido como país, en los distintos tratados internacionales suscritos sobre presunción de inocencia, obliga a tutelar en la legislación ordinaria los principios rectores de la acusatoriedad que se manifiestan con claridad en el respeto a la legalidad, la cual obliga como condición para la imposición de una pena, a la instrucción de un justo y previo proceso penal así como a la exclusión de normas y tipos legales que reviertan sobre el imputado la carga de la prueba, obligándolo a demostrar su inocencia, según se ha visto.

Del mismo modo, su consagración en la Carta Fundamental regula y supervisa la orientación de los criterios jurisdiccionales sobre el tema, evitando interpretaciones judiciales torcidas que pudieran afectar la esfera de derechos de los justiciables, habida consideración de la vigencia del aforismo conforme al cual es preferible absolver a un culpable que condena a un inocente.

Por último, constituye también una real aportación de la obra de Miguel Ángel Aguilar, que por sí sola invita a su lectura, la sistematización en el examen de la presunción de inocencia como una presunción *iuris tantum*; el papel que juega en la valoración del material probatorio del juicio, así como la actuación que desempeña frente al *in dubio pro reo*, principio de Derecho universalmente reconocido.²⁹

El magistrado Miguel Ángel Aguilar López, en su citada obra, dice lo siguiente:

El 18 de junio de 2008 se publicó la reforma constitucional penal a fin de incorporar el sistema acusatorio y oral para la delincuencia común, y al mismo tiempo un derecho especial (también conocido como derecho de excepción, derecho de acotamiento, derecho de emergencia y derecho contra el enemigo) para la delincuencia organizada. La propuesta de la reforma, conforme al argumento teleológico expuesto por el legislador, consistió en que el enjuiciamiento actual es preponderantemente inquisitivo, ya que el indicado es considerado culpable hasta que se demuestre lo contrario. Reconoció, luego, que este modelo ha sido superado por la realidad.

Así, se propuso una reforma integral cuyas características atendieran:

1) Un sistema acusatorio, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, y se establezca de manera explícita la presunción de inocencia. Misma que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con la característica oralidad, o cual ayudará a fomentar la transparencia, garantizando, al mismo tiempo, una relación entre el juez y las partes.

2) Prevé la inclusión de jueces de control, cuya función será:

Resolver de manera inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que así lo requieran.

Respetar las garantías de las partes y que la actuación del Ministerio Público como parte acusadora esté apegada a derecho.

Y siempre deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones que haya entre jueces y Ministerio Público.

Se regula también:

Un Juez de la causa. El cual se hará cargo del asunto una vez vinculado el indiciado a proceso, hasta la emisión de la sentencia; y

Un Juez ejecutor. Quien vigilará y controlará la ejecución de la pena.

Otras características de la reforma son:

3) Sustitución del auto de formal prisión y el de sujeción a proceso por un auto de vinculación a proceso, a fin de tener congruencia con el nuevo modelo.

²⁹ *Ibidem*, pp. 29-33.

- 4) Una nueva regulación respecto de las medidas cautelares entre ellas la prisión preventiva, la cual tendrá el carácter de excepcional cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio.
- 5) Establece mecanismos alternativos de solución de controversias, en los que se procure asegurar la reparación del daño, sujeta a supervisión judicial cuando la ley secundaria lo prevea.
- 6) Se establece un sistema integral de garantías, tanto de la víctima como del imputado, así como una serie de principios generales que deberán regir todo proceso penal.
- 7) Un régimen especial que dirija los procesos penales cuando se trate de delincuencia organizada.
- 8) Eleva a rango constitucional el arraigo.
- 9) Establece las bases sobre las cuales deberá constituirse y operar el Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- 10) Presenta un régimen de transitoriedad para la implementación del sistema acusatorio, el cual no debe exceder de ocho años (el Decreto aprobado fue publicado el 18 de junio de 2008).

En síntesis, se consideró establecer un nuevo sistema que responda a la necesidad de llevar a cabo una reforma integral y de fondo (sustantiva) en materia de justicia penal en México. Ello, en reconocimiento a que las leyes han sido rebasadas por el fenómeno delictivo, por ende, adecuarlas y contar con instrumentos jurídicos para combatir con éxito a la delincuencia, la cual genera impunidad e inseguridad jurídica. Sin embargo, ello no debe violentar los derechos fundamentales establecidos, tanto en nuestra Constitución como en los instrumentos internacionales.

Al reconocer que la delincuencia organizada constituye un problema real se establecen mecanismos a través de los cuales el Ministerio Público puede actuar con mayor eficacia y expedituz en sus tareas de investigación, principalmente el establecimiento de medidas cautelares, tales como: cateos, decomisos de bienes, arraigos, intervenciones telefónicas, entre otras.

Los objetivos específicos de la reforma consisten:

- a) Establecer de manera gradual y viable el sistema acusatorio, basado en los principios de contradicción, concentración, inmediación, continuidad y presunción de inocencia para asegurar un equilibrio procesal entre la defensa, acusación y ofendidos.
- b) Un sistema eficaz para combatir a la delincuencia organizada.
- c) Un sistema penal que garantice el debido proceso, la presunción de inocencia, asegure los derechos de la víctima y proteja a los ciudadanos de los abusos de la autoridad. Por lo cual se introducen el principio de proporcionalidad, el fortalecimiento de la posición de víctimas

y ofendidos en el proceso penal y el establecimiento de un sistema efectivo de defensoría pública.³⁰

A partir de estos objetivos quiero justificarme como aprendiz del nuevo sistema de justicia penal, lo cual es, además, un motivo para llevar a cabo la investigación que da sustento a esta obra; como auto capacitación, para asimilar y operar eficientemente en el mismo, ya que hasta el momento no existe un estudio sistemático, exhaustivo sobre la presunción de inocencia, puesto que, previo a esta última reforma constitucional no existía gramaticalmente este concepto en nuestra Carta Magna.

El Estado, al ser garante de los derechos individuales, debe fortalecer sus instituciones; y, sin que se justifique con su discurso de no a la impunidad, puede convertirse en un Estado totalitario, porque con ello mengua el Estado democrático de derecho anhelado. En ese contexto, el legislador estimó necesario establecer un sistema integral de garantías, desde luego, con una serie de principios generales que deberán regir todo proceso penal.

En el Estado democrático de derecho, la concepción que impera es que éste, como creación del hombre, debe servirlo a él, como fin en sí mismo y no para subyugarlo; por ello, la función consistente en el *ius puniendi*, tiene ciertos límites en atención al respecto de los derechos fundamentales que son su contenido, mediante el orden jurídico funcional que permita un equilibrio con la facultad de castigar. Como ha señalado Claus Roxin: “un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”.

En este contexto, las garantías individuales cuyo origen se remonta a la época conocida como la ilustración, reconocidas formalmente en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, son la autodelimitación más clara a la soberanía del Estado, al reconocer para los gobernados un mínimo de derechos en un contexto de seguridad jurídica y, por ende, provocar la obligación estatal de respetar y garantizar esos derechos fundamentales que consagra la Constitución Federal, que constituyen verdaderos derechos públicos subjetivos, ya que el individuo está facultado y cuenta con instrumentos jurídicos para exigir el cumplimiento de los mismos (en México, a través del Juicio de Amparo).

Así, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que las garantías individuales constituyen medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que todo ser humano debe tener para el desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público.

La preocupación es garantizar la libertad de las personas sujetas a un proceso penal en un medio en el que se logre el equilibrio entre la defensa

³⁰ *Ibidem*, pp. 34-41.

social contra la delincuencia y el acceso a los fines supremos del Derecho: justicia, seguridad jurídica y bienestar común. La estructuración del proceso penal es determinante para darle connotación a un Estado de derecho, o bien para evidenciar un Estado totalitario, si aceptamos que constituye un presupuesto indispensable para la imposición de penas y medidas de seguridad; pero sobre todo para implementar un sistema de principios jurídicos-penales que permitan el respeto a los derechos fundamentales de quienes se ven sometidos a una acusación de carácter penal, sin que con ello se deje de cumplir el orden jurídico, en un contexto garantista de los principios fundamentales.

La tendencia globalizadora en busca de alcanzar una dimensión mundial no se ha limitado a la expansión de los mercados y de las empresas. La “sociedad de la información” es una de las expresiones de la globalización contemporánea. También la delincuencia organizada ha sobrepasado las fronteras nacionales.

La adopción de una forma transnacional de delincuencia ha impuesto a los Estados la necesidad de replantear los sistemas de justicia penal. La clave del éxito del sistema penal adoptado por un país está en la respuesta del Estado a esas nuevas manifestaciones de delincuencia y al fenómeno de creciente aumento de la violencia en algunas sociedades latinoamericanas, como en México.

Este es el enorme paradigma que confronta el sistema de justicia penal mexicano, a través de las reformas constitucionales, mediante las cuales se introduce en el artículo 20 el esquema de un sistema acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, que tendrá como eje rector al principio de presunción de inocencia. Cuyo objeto principal es el esclarecimiento de los hechos; la protección del inocente, evitar la impunidad del culpable y, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el delito.

La metamorfosis del sistema penal como sistema de garantías se encuentra en una situación de riesgo ante la adopción de políticas que pretenden mermar el respeto a los derechos fundamentales bajo lemas de tolerancia cero a la delincuencia organizada; el reto para el Estado mexicano como para cualquiera que se tilde de democrático es que la lucha en contra de la impunidad no traiga aparejado el totalitarismo como política criminal; se debe por ello efectuar el fortalecimiento de las instituciones del Ministerio Público, Defensorías Públicas y de los Poderes Judiciales (federal, local y militar), como garantes de los derechos fundamentales, se debe tender a un proceso penal eficaz, pero a su vez respetuoso de los derechos de los individuos, sin sacrificarlos por la seguridad social o por el Estado de control social, y ello implica un cambio cultural en la forma de combatir a la delincuencia. La excepcionalidad no puede coexistir en un Estado de derecho que emplee la violencia para frenar la impunidad, sino que es

menester atacar el origen de los problemas y dejar de creer que la utilización del Derecho penal es la “panacea” para resolver la problemática social.

No obstante que el principio de presunción de inocencia lo encontramos desde el libro de Génesis, también se ubica llamémosle más institucionalizado en la época romana, con mayor énfasis a quedado evidencia de la nugaritoriedad en su aplicación, gracias a la influencia del Cristianismo y sus agresivas prácticas inquisitorias en la Edad Media.

Es hasta la época moderna, cuando pensadores e intelectuales como Hobbes, Montesquieu y Becaría, por citar algunos, retoman dicho principio.

En criterio de Becaría, la presunción de inocencia, es un principio necesario, desde el momento en que una persona no puede ser considerada reo, sin que exista resolución del juzgador, pero tampoco la sociedad puede desproverlo de su protección sólo hasta que se ha decidido que el mismo ha violado la norma establecida.

Durante el siglo XVIII, los postulados fundamentales que presidieron la reforma liberal sufrieron una transformación ante el sistema represivo imperante, debiéndose a la Revolución francesa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que establece el principio de presunción de inocencia en forma explícita.

Es un hecho mundialmente conocido, que la Declaración de Derechos de 1789 (226 años) constituye un triunfo del iluminismo, que reaccionó a toda una organización político-social totalitaria, que tuvo como principal instrumento un modelo de justicia penal represivo, fundado en pruebas ilegales y un uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener sus fines.

Atento al sistema inquisitivo prerrevolucionario, el inculpado no era considerado un simple sospechoso, se le detenía para investigar considerándosele culpable, a éste, le correspondía la carga de la prueba para destruir su presunta culpabilidad y demostrar su inocencia.

En este modelo de enjuiciamiento, se invirtió el axioma “*actori incumbit probatio*”, al “*actor le incumbit probar*”, aun así, cuando el inculpado lograba demostrar su inocencia, como consecuencia natural el acusador proveía medidas cautelares de carácter personal, para quebrantar voluntades.

Fue así como el sistema inquisitorio de enjuiciamiento criminal de la Edad Media, fue considerado como instrumento eficaz de los postulados de la ideología absolutista, que tuvo su apogeo a mediados de la Edad Moderna, cuyo objeto era el poder de castigo entre los atributos personales del soberano, unido al poder de prisión extraprocesal, elementos por los cuales el rey o sus representantes, disponían a su arbitrio de la libertad de los súbditos, sin ningún proceso legal.

Para revertir el sistema penal inquisitorio, fue necesaria la presencia en su época, de los supracitados polemistas e intelectuales, entre los que incluimos a Rousseau y Voltaire.

Enfático fue el criterio adoptado por Montesquieu, al pronunciarse por la protección de los inocentes sin excepción, calidad natural de todo individuo antes de una condena criminal, éste fue el postulado que fundamentó el nexo entre libertad y seguridad de los ciudadanos, en su criterio se podía afirmar

que cuando la inocencia del individuo no está asegurada, tampoco lo estará su libertad.

No menos importante es la intervención de Voltaire en su época, tal vez haya sido de los más acérrimos críticos del sistema penal de su tiempo, en relación con la Ordenanza Criminal francesa de 1670 (345 años), pues:

- Propuso el juzgamiento por jurados en juicio oral y público;
- Postuló la asistencia judicial para el inculcado por abogado;
- Introdujo el sistema de íntima convicción en la valoración de la prueba;
- Denostó la tortura calificándola de irracional, como consecuencia del sistema de prueba legal.³¹

Su génesis se encuentra en la Revolución francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, ya que en ella se consagró por primera vez la presunción de inocencia como garantía procesal para los procesados o inculcados de hechos delictuosos.

Aquella Declaración en su artículo noveno sentenció: “presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

El fundamento histórico de la norma remite a la Revolución francesa y reconoce entonces una raíz poderosa: impedir que los sometidos a proceso fueran tratados como verdaderos reos del delito imputado.

Considerado como una suerte de protección contra los excesos represivos de la práctica común, el principio se constituyó en un desarrollo posterior, en un freno a los desbordes policiales y judiciales y fortaleció la idea de que la inocencia presumida de todo acusado sólo podía ser desestimada a través de una imputación fundada en pruebas fehacientes que no dejaran duda de la responsabilidad y que esa prueba debía ser aportada por los órganos de la acusación, porque el acusado no necesita acreditarla.

3. SU NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN, CLASIFICACIÓN, REGULACIÓN Y ASPECTOS GENERALES

Debe en este siglo XXI ubicarse, clasificarse, conceptualizarse, sistematizarse y estudiarse penal y constitucionalmente a la presunción de inocencia como un derecho procesal, porque puede y debe exigirse desde el momento mismo de la detención de cualquier individuo, es decir, en cualquier etapa del proceso, ya sea en la etapa de investigación, en la etapa intermedia, de oralidad o de enjuiciamiento, o bien en la etapa de ejecución vía ordinaria, es decir, ante los Tribunales del país o de manera

³¹ “Los Derechos Humanos en el momento actual” Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Página 318 y 319. Fidel Lozano Guerra y otros.

extraordinaria ante las Cortes Internacionales, de ahí que se establece y correlaciona con el principio de debido proceso a este derecho, en una verdadera garantía de corte preprocesal, procesal y extraprocesal o extrajudicial, o bien dentro de la judicialización de la pena o, en su caso, en recursos extraordinarios y por supuesto como un principio universal, porque hoy día, para los lineamientos de la teoría de la ley ya no existen límites jurisdiccionales o competenciales, sino más bien el ser humano con o sin derechos y garantías, pues hoy día impera en el mundo o ya se está sujeto al principio de justicia y jurisdicción universal.

Por ello insisto y reitero, pues así lo considero, que amen de ser un principio universal, debe tratarse como una teoría, al igual que la teoría del dominio del hecho; antes autoría y formas de participación delincencial que enmarcan los artículos 16 y 19 constitucional y los ordenamientos sustantivos o punitivos.

La presunción de inocencia está prevista en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, y del Pacto de San José (1948) de los que México es signatario, y en los que se sostiene: (artículo 14.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos): “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Y (artículo 8.2 d) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Ambos preceptos hacen exigible que a lo largo de todo el proceso el acusado sea considerado inocente y tratado como inocente, y en consecuencia enfrente el proceso en libertad y por excepción en prisión.

3.1. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: SU CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra ‘presunción’ viene de dos vocales latinas: *praesumptionis*, que el aspecto forense significa cosa que por ministerio de la ley se tiene como verdad. Caravantes expresa que la palabra presunción se compone de la preposición *prae* y del verbo *sunco* que significan tomar anticipadamente, porque, por las presunciones se forma o deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por si mismo. Arturo Orgaz, en su Diccionario dice que es la ‘suposición o hipótesis que establece la ley para apreciar hechos y situaciones cuya valoración civil o penal interesa’. Pero también existe otra aceptación aplicable al campo penal vinculada a los conceptos de suposición, indicio o sospecha. A ella se refiere la definición de La Plaza citado por Cabanellas cuando expresa: ‘la presunción es el

resultado del proceso lógico que consiste en pasar de un hecho conocido a otros desconocidos; indicio es el hecho conocido de que se parte para establecer la presunción; y la conjetura arguye una vacilación en la exactitud del hecho inicial, que puede trascender a la formación legítima de la presunción’.

De estas aceptaciones, la primera fue la más utilizada, sobre todo en el campo civil, donde se desarrolla toda una teoría sobre las presunciones legales, teoría que no podía tener aplicación en el campo penal a menos que a la palabra presunción se le hubiera dado otro sentido.

Más tarde, esto es cuando se le utiliza en el artículo 9.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Convención francesa de 1789 en el sentido de que presumirse inocente a todo hombre mientras no haya sido declarado culpable, comienza la dificultad de su aplicación en el campo penal, puesto que la apertura o iniciación de un proceso de esta índole se sustenta necesariamente en una consideración totalmente contrapuesta, es decir que, se abre una causa penal justamente porque se presume la culpabilidad del imputado. Frente a esta situación es necesario reflexionar sobre el sentido que tenía la declaración al momento en que se le redactó.

Como se sabe, en esta época el trato que se daba no solo a los autores sino también a los sospechosos de un delito era inhumano y cruel. El reo no tenía ninguna garantía para ser sometido a un juicio libre de prejuicios y parcialidad. Basta la imputación, cualquiera que fuese, para que toda la ira del pueblo y la de los juzgadores se orientara a castigar anticipadamente al supuesto autor, y de ser posible mostrando el mayor escarnio para disuadir a los potenciales infractores. Para conseguir la confesión del reo, que era la reina de las pruebas, se le podía torturar sin que nadie osara criticar la injusticia o inoperancia de los métodos. Frente a esta situación descrita y rebatida con acierto por Beccaria, los ideólogos de la Revolución francesa tuvieron que recurrir a esa expresión para poner freno y no volvieran a repartir los abusos que habían caracterizado al sistema político anterior. En buena cuenta lo que pretendía la fórmula del citado artículo noveno era de asegurar un trato más humano a los inculpados de la época, en la cual, el reo para poder salir absuelto tenía que demostrar su inocencia aportando la prueba de descargo.

Puede afirmarse, entonces, que la adopción de este principio en las postrimerías del siglo XVIII, tenía una explicación histórica y un fundamento práctico. Pretendía, en primer lugar, que se reconociera que la persona supuestamente autora de un delito no había perdido ni tenía por qué perder su condición de ciudadano; y, en segundo, que la carga de la prueba se invirtiera en el proceso, a fin de que el acusador sea quien demuestre los fundamentos de la imputación.³²

³² CATAORA GONZÁLES, Humberto (profesor asociado de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres), “De la presunción de inocencia. Principio de inocencia”. *Vox-juris, Revista de la Facultad de Derecho*, Chile, 2013, pp. 121 y 122.

La presunción de inocencia es un principio fundamental del Derecho Procesal Penal que informa a actividad jurisdiccional como regla probatoria y como elemento fundamental del derecho a un juicio justo.³³ La presunción de inocencia tiene como consecuencia que:

El imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata en verdad de un punto de partida político que asume —o debe asumir— la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo.³⁴

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario. De este modo, un juez no puede condenar cuando la culpabilidad no ha sido verificada más allá de toda duda razonable; esto es, “cuando los órganos de persecución penal no han podido destruir la situación de inocencia, construida de antemano por la ley”.³⁵

En opinión de Trechsel, “presunción” debe entenderse en el sentido de lineamiento que exige cierto tratamiento de las personas que no han sido condenadas, y dichas personas “deben ser tratadas de una manera compatible a la posibilidad de que sean inocentes”; inocencia entendida como libertad de culpa.³⁶ Así, es factible esperar dos tipos de conducta hacia la persona acusada. La primera consiste en no tomar medida alguna que tenga como consecuencia la restricción de la presunción de inocencia y la segunda estriba en evitar cualquier declaración de culpabilidad antes de la sentencia; incluso, una vez declarada la inocencia, se ha considerado que la expresión de sospecha de culpa debe prohibirse.³⁷

3.1.1. ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en diversas tesis aisladas el contenido complejo y la evolución de la presunción de inocencia.³⁸ De acuerdo con el máximo tribunal, el contenido del principio indica dos significados concretos: primero, como regla probatoria con dos

³³ AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce, *op. cit.*, p. 12.

³⁴ MAIER, J. B. J. *op. cit.*, p. 491.

³⁵ *Ibidem*, p. 493.

³⁶ *Cfr.* Hernández Pliego, Julio Antonio, *El proceso penal mexicano*, p. 273. Según el autor, en el proceso penal el término inocencia “no tiene un significado ético sino exclusivamente jurídico”.

³⁷ TRECHSEL, S., *op. cit.*, p. 156, y Ferrajoli, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 550.

³⁸ Véase la tesis aislada, *infra*, nota 37.

dimensiones, como regla que impone la carga de la prueba a quien acusa (Ministerio Público) y como principio *in dubio pro reo*, y segundo, como derecho fundamental de toda persona sujeta a juicio.

3.1.1.1. *La presunción de inocencia como regla probatoria, antes de la valoración de las pruebas*

Desde este punto de vista, la presunción de inocencia es una regla que impone la carga de probar la culpabilidad a quien acusa.

Todos los textos legales que regula la presunción de inocencia en México asumen en su definición la presunción de inocencia hasta que no se dicte sentencia definitiva de acuerdo con la ley. No obstante, en la actualidad no todas las causas iniciadas en el sistema pena mixto, y sobre todo en el acusatorio, alcanzan esa etapa. Existe una vasta cantidad de actos procesales previstos que no culminan en la etapa de juicio, ya sea el perdón de la víctima, criterios de oportunidad, suspensión del proceso a prueba o procedimientos abreviados.

Maier señala que durante el procedimiento existen actos procesales que admiten la probabilidad positiva acerca de la imputación, como la prisión preventiva. La probabilidad positiva funda el proceso de la persecución penal y por ello basta para la consignación o formulación de imputación el acto de formal prisión o la vinculación a proceso, la acusación y la apertura de la apertura de la etapa de juicio.³⁹

Por otra parte, hay actos procesales en los que la persona imputada de un delito admite su culpa, es decir, confiesa. Aquí es necesario hacer una distinción: en la tradición civil romana, que nutre el sistema penal mixto en México, la confesión es materia de valoración en conjunto con el catálogo de pruebas considerando por los códigos procesales, mientras que en la tradición jurídica anglosajona, la que da origen al sistema acusatorio, la confesión prácticamente tiene efectos de sentencia. En cualquiera de los dos casos, la confesión dificulta justificar la presunción de inocencia,⁴⁰ pero no la destruye, pues es necesario que la culpabilidad sea reconocida por una resolución judicial. Cabe recordar que en los actos procesales en los que se da la admisión de culpa por parte de la persona imputada ésta debe ser hecha sin que medie coacción alguna.⁴¹

Todos estos actos exigen acciones probatorias en el proceso penal con el fin de dar lugar a la probabilidad positiva de la que habla Maier, los cuales, concatenados, lleven a generar la convicción del juez para condenar o absolver.

³⁹ MAIER, J. B. J., *op. cit.*, pp. 496-497.

⁴⁰ TRECHSEL S., *op. cit.*, p. 161.

⁴¹ Derecho reconocido por el artículo 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En sus orígenes, la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte. La aplicación en el proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: sólo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia.⁴² Y por eso cuando el juez “absuelve” declara y confirma dicho estado de inocencia,⁴³ mientras que la “condena” es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo.

Luigi Lucchini señala que la presunción de inocencia es un “corolario lógico del fin racional asignado al proceso” y la primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario.⁴⁴

Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa al menos dos significados, garantías a las cuales se encuentran asociada, que son: “la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”.⁴⁵

Para Nogueira Alcalá, la presunción de inocencia es el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori* como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible, determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les puede producir.⁴⁶

Gozaine indica que el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces

⁴² BENAVENTE CHORRES, Heshbert, “El Derecho Constitucional a la Presunción de Inocencia en Perú y México, así como en su relación con los demás Derechos Constitucionales”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 1, 2009, pp. 59-89.

⁴³ La expresión “estado de inocencia” es empleada por Gozaine, quien señala que le parece difícil explicar que una persona se presuma inocente cuando se le tiene anticipadamente por culpable (por ejemplo, cuando se le dicta el procesamiento —que es un juicio de probabilidad incriminante—) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva, pareciéndole una contradicción, *Cfr.* Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional*, Belgrano, Buenos Aires, 1999p. 227.

⁴⁴ LUCCHINI, Luigi, *Elemento di procedura penale*, Barbera, Florencia, 1995, p. 15.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 5a. ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 551.

⁴⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Revista Ius et Praxis*, No. 11, Universidad de Talca, 2005, pp. 221-222

integran, en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial.⁴⁷

Al respecto, consideramos a la presunción de inocencia como una garantía individual,⁴⁸ como un derecho público contenido en la Constitución, a favor de las personas, que exige que sea ante la autoridad que este (de competencia penal o no) y ante el procedimiento que se le sujete (igualmente, penal o no) no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de delitos, salvo decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso,⁴⁹ así como el ser considerados como excepcionales aquellas medidas que restringen la libertad del imputado o sus demás derechos constitucionales. Es un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica.⁵⁰

La ministra Olga Sánchez Cordero, en su ponencia el “Derecho a la inocencia sobre su forma de extinción de la responsabilidad penal”, al respecto dice:

Mientras que la presunción de inocencia posee, además de la eficacia procesal inherente a este derecho, una extraprocesal de recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter de delictivo o análogos, el reconocimiento de inocencia va más allá: permite al sentenciado que ha sido declarado culpable de un delito, alegar en su favor circunstancias supervenientes que demuestran su inocencia.

Lejos de ser de un simple procedimiento incidental, el reconocimiento de inocencia debe verse como un derecho, subjetivo público que posee su eficacia en un solo plano: el plano procesal y que encuentra un flujo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Es una institución de “carácter extraordinario y excepcional que reconociendo el principio de seguridad jurídica surgido con la sentencia definitiva, tiene por objeto corregir verdaderas injusticias cometidas por el juzgador penal, cuando habiendo condenado a una persona, posteriormente se demuestra de manera fehaciente e indubitable que es inocente.⁵¹

⁴⁷ GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año III, No. 6, UNAM, México, 2006, p. 158.

⁴⁸ Las garantías individuales son derechos públicos que deben ser respetados por las autoridades, limitaciones en el ejercicio de sus funciones, y son derechos subjetivos, pues otorgan una acción personal para lograr que la autoridad no viole los derechos garantizados por la Constitución. *Cfr.* Gullén López, Raúl, *Las garantías individuales en la etapa de averiguación previa*, Porrúa, México, 2003, p. 98.

⁴⁹ En la legislación comparada, es interesante lo que establece el artículo 12 de la Constitución de El Salvador: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

⁵⁰ CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1960, p. 232.

⁵¹ Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, febrero de 1997, tesis I. 1º. P. 22P. Página 785. Número de registro

Este derecho se materializa en la declaración del órgano jurisdiccional (Suprema Corte de Justicia de la Nación o Tribunal Superior o Tribunal Superior, según el caso), por virtud de la cual el sentenciado por la comisión de un delito ha de ser considerado inocente, luego de haber demostrado con posterioridad a la sentencia definitiva, de manera fehaciente e indubitable que lo es.

A diferencia del indulto, el reconocimiento de inocencia está sujeto a la excitación del órgano jurisdiccional y su otorgamiento se da en virtud de la valoración que hace este órgano de la hipótesis prevista en la ley, generalmente en la ley adjetiva.

Así sucede, por ejemplo, en el caso del Código Penal Federal, el cual, en su artículo 96, únicamente prevé la institución como una forma de extinción de la responsabilidad penal, reservando al Código de Procedimientos Penales aplicable los términos de procedencia, sin ocuparse de definirlo.

En esas condiciones, puede ser aceptable decir que el reconocimiento de inocencia es una forma de extinción de la responsabilidad penal porque así lo regula el Código; pero técnicamente estimo es incorrecto, porque en esencia no puede afirmarse que se extingue la responsabilidad, puesto que si se es inocente no se puede, a la vez, ser responsable. Esto constituye un contrasentido, ya que, en el caso, simplemente se reconoce la inocencia de un hombre, es decir, su no culpabilidad y por tanto su no responsabilidad. Esto es, la responsabilidad no puede extinguirse porque nunca ha existido.

El principio de inocencia, en su carácter de *in dubio pro reo*, existe desde el Derecho Romano. Es un principio que dejó de ser relevante durante la Baja Edad Media debido las prácticas inquisitivas prevaecientes, en que la duda sobre la inocencia significaba culpabilidad.⁵²

El antecedente moderno más remoto se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución francesa de 1789, que da fundamento a la necesidad de un juicio previo para cualquier persona.⁵³ El artículo 9.º de la Declaración señalaba:

“Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

Desde finales del siglo XIX el principio fue duramente atacado debido a la “involución autoritaria de la cultura penalista.⁵⁴ De acuerdo con Vélez Mariconde,⁵⁵

199,366, aislada, materia penal. Amparo en revisión 881/96 Lorenzo Salazar Salazar. 29 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Germán Tena Campero. Secretario: Juan José Olvera.

⁵² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. p. 550-551.

⁵³ *Idem*. Véase también MAIER, J. B. J., *op. cit.*, p. 492.

⁵⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 550.

⁵⁵ Citado por MAIER, J.B.J., *op. cit.*, pp. 492-493.

El positivismo criminológico llegó a definir como absurda esta garantía de la seguridad individual, al menos en ciertos casos (confesión, delito en flagrante, delincuentes habituales, reincidentes o por tendencia); para ellos, la hipótesis solo sería admisible si se trata de un delincuente ocasional que ha rechazado la imputación, y aun en ese caso, durante cierto periodo del procedimiento, porque el encarcelamiento preventivo, fundado en la sospecha evidente o en la probabilidad de que la imputación sea cierta, la remisión a juicio del acusado, la sentencia no firme, y hasta la misma imputación fundada que abre una persecución penal, revelan que al imputado no se le presume inocente sino, antes bien, culpable.

El pensamiento liberal, dice Maier, “aprecia la máxima como elemento fundante del proceso penal y le otorga un contenido material indiscutible, que influye sobre los principales instituciones procesales (la prueba, la sentencia, la situación del imputado, las medidas de coerción)”.⁵⁶

Es indispensable analizar el rol que juega la presunción de inocencia en el derecho constitucional e internacional y su concreción fundamental con el paso del tiempo.

Los derechos humanos han reflejado la evolución de las relaciones sociales; la ponderación axiológica de los mismos, mediante consenso internacional, es la base para su integración en las legislaciones fundamentales de cada Estado democrático de derecho, con la denominación de garantías individuales.

Para Francisco Caamaño Domínguez,⁵⁷ la simple recomendación o mandato respete la presunción de inocencia es “hoy una frase extraída de los textos jurídicos e integrada en el lenguaje coloquial lo que, en principio, o sugiera un conocimiento socializado de sus contenidos en razón de un ejercicio generalizado y habitual del derecho”. Esto es cierto, toda vez que los derechos fundamentales circulan de modo unitario por todo el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la naturaleza de la presunción de inocencia sea jurídica.

Tal como lo ha explicado sucintamente Nicola Abbagnano:⁵⁸

[...] en la democracia del siglo XX el concepto de pueblo (del que anteriormente, en su momento, estuvo excluida una parte: los esclavos, las mujeres, los plebeyos, el proletariado) abarca a todos los hombres, llamados a expresarse políticamente a través del sufragio universal. Este enfoque se deriva del reconocimiento de los llamados derechos humanos, que deben reivindicarse, investigarse y realizarse universalmente, como puede verse a lo largo de toda la Edad Moderna, por ello denominada “edad de los derechos”. Además, al menos de

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 16.

⁵⁸ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, trad. José Esteban Calderón, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2004, p. 273.

los principios, pertenece a la modernidad el nuevo concepto de democracia que, por lo tanto, podría considerarse como la política fundamental de los derechos humanos, cuya toma de conciencia establece el ritmo del desarrollo de la propia democracia. De hecho, la democracia se afirma mediante el reconocimiento de los derechos humanos: primero, de los derechos civiles en contra del Estado absoluto; después de los derechos políticos en el ámbito de Estado de derecho, por lo tanto, de los derechos sociales mediante el Estado social y, por último, de los derechos colectivos a través de estructuras supranacionales.

Al respecto, Antonio García Pablo de Molina señala:⁵⁹

Critica Beccaria la irracionalidad, la arbitrariedad y la crueldad de las leyes penales y procesales del siglo XVIII, residuos anacrónicos muchas de ellas de preceptos históricos obsoletos [...] Y, partiendo de la idea del contrato social, fundamentada el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la conveniencia de una política de prevención del crimen, y su teoría utilitarista del castigo. Beccaria, que se declaraba discípulo de Montesquieu, basa su alegato contra el sistema penal de la Monarquía Absoluta en la teoría del contrato social. Este sella el origen de la sociedad civil, de la autoridad y del principio de derecho a castigar.

La adopción de los valores que sustentan las garantías individuales representa el límite de actuaciones del Estado frente a los gobernados; en el ámbito del Derecho penal, tal circunstancia adquiere particular relevancia, en atención a la grave afectación que el inculpaado puede resentir en su esfera jurídica, con motivo de la sujeción a un proceso penal en el que se le atribuye la comisión de un hecho ilícito. Así, el *ius puniendi* del Estado está limitado por los principios fundamentales del Derecho penal, cuya esencia son los derechos humanos.

El impacto generado por la publicación del libro de Beccaria *De los delitos y de las penas* cambió el pensamiento liberal de su tiempo, que derivó en la modificación de los principios que sustentan el proceso penal. Transformación intelectual que culminó con la Revolución francesa y la aportación de los pensadores de la Ilustración. El concepto de derecho inquisitivo es remplazado por el periodo de humanización de las penas. Surgen principios que tratan de conciliar la finalidad represiva de las normas punitivas con un sistema de garantías jurídico-penales, entre ellos la presunción de inocencia.

Es importante recordar que en el siglo XVIII, la teoría política tuvo su concentración en Francia, aunado que la filosofía y la ciencia habían sido relativamente autónomas; al convertirse el cartesianismo en una especie de escolasticismo, fue deliberadamente suplantado por la filosofía de Locke y la ciencia de Newton. Esto permitió que el antiguo ideal de una norma fundamental que la Francia del siglo XVI había compartido con toda Europa y que tenía aún la suficiente vitalidad para encontrarse casi en pie de igualdad con la soberanía en la filosofía de Bodino, había perdido todo significado concreto en la monarquía de Luis XIV.

⁵⁹ GARCÍA PABLO DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 2000, p. 422,

Entre esos tópicos señalaba: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidió que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida [...] no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no está probados”.⁶⁰

Luis Prieto Sanchís arguye que realmente el siglo XVIII aportó algo original tanto en el plano especulativo, como en la práctica: “... pues cabe decir que una buena parte de las ideas y valores que siguen procurando algún punto de humanidad y civilización a nuestro mundo contemporáneo, por más que tuvieran un origen más antiguo, se forjaron en el siglo XVIII: los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo e incluso la solidaridad, cuyo precedente bien puede rastrearse en la venerable filantropía y desde luego también el garantismo penal que representa la más fecunda proyección a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada”.⁶¹

Ciertamente, Beccaria pretendía lograr una cabal prevención de los delitos, y atrajo aparejadas consideraciones político criminales, tal y como lo señala en los últimos capítulos de su magna obra: “... es mejor evitar los delitos que castigarlos”.⁶²

3.1.1.2. *La presunción de inocencia: conformación normativa de una sociedad moderna*

Al no haber una autoridad que pudiera poner orden, esas libertades naturales terminaban siendo caóticas y provocando la falta de cohesión o de integración en las sociedades. ¿Por qué esa falta de integración en las sociedad? Sustancialmente, al haber libertad natural, lo que imperaba era la ley del más fuerte. Quien podía usar libertades o potencialidades naturales terminaba por oprimir al más débil en la vida social. Luego, se generaba la venganza, la justicia por propia mano. El límite para hacerse justicia por propia mano, en una sociedad de ese tipo, es el de la propia fuerza. Pero, evidentemente, al sumar fuerza se logra polarizar a las sociedades y hace que éstas sean débiles, incluso, para luchar, para enfrentar al medio ambiente y poder sobrevivir.

Ante esa realidad, al no haber un orden establecido y compartido y no haber una autoridad que lo establezca o haga que se respete, termina por generarse el caos.

⁶⁰ BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, trad. Antonio de las Casas, ed. Facsimilar de la edición Príncipe, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 246.

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 11 y s.; véase del mismo autor *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

⁶² *Cfr.* BECCARIA, capítulo 41.

Entonces surge la idea de que necesariamente hubo una primera convención social. Anhelamos remitirnos a ese primer impacto social en el que se enajenó nuestra libertad natural para, a cambio de ello, ganar derechos y libertades, no naturales sino jurídicos. ¿Qué significa “jurídicos”? Su respaldo por la propia sociedad y la autoridad que se instituye por medio también de ese contrato sirva para garantizarlos.

Luego se le da una nueva teleología, una nueva razón de ser al Estado. El contexto liberal-moderno, invención para que los individuos pudiéramos disfrutar de lo que no enajenamos en el contrato social; sin soslayar que tal parece que nunca existió tal pacto social, sino que es una necesidad teórica de explicación de ese compromiso que asumimos para convivir en sociedad.

Hay un documento que cada vez que lo releo me parece maravilloso: la Declaración de los Derechos del Hombre y de la Ciudadano, elaborada por la Asamblea Constituyente Francesa en 1789; uno de los primeros textos que de manera jurídica concreta las ideas de liberalismo.

Pero, además de su carácter de declaración de derechos, es de hecho el manifiesto político de los liberales franceses, quienes ya estaban ganando la Revolución y quienes ya sabían que tenían en sus manos la posibilidad de transformar no sólo su sociedad, sino la historia política y jurídica de la humanidad, entonces, no se resistieron a convertirlo en un manifiesto político. El artículo 2.º de la Declaración nos da esa nueva razón de ser del Estado, cuando literalmente dice: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre”.

Así, la razón de ser de la asociación política, de la vida en sociedad, es conservar los derechos naturales del hombre, convertidos mediante el pacto social en derechos y libertades jurídicas. Lo mismo encontramos en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia. No es exclusivo de la Declaración francesa; es la idea que en ese momento privó en la sociedad por influencia de las ideas liberales. La sección 3 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia sostiene: “El gobierno se instituye, o debería hacerlo, para el provecho, protección y seguridad comunes del pueblo, nación o comunidad”.

Es decir, la razón de ser del poder político, en el Estado moderno, es proteger a los individuos: garantizarles la vigencia de sus derechos, hablamos de seguridad y de justicia, los liberales le dan la importancia a este aspecto que, incluso, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece: “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene constitución”.

Aquí, el sentido de la palabra constitución no es muy claro. Recordemos que en esos años aparecen las primeras constituciones. La primera es la americana, que surge apenas dos años antes de esta Declaración; la siguiente es la francesa, que se redacta dos años después de la Declaración.

Cuando hablan de constitución parece que se refieren más al orden político dentro del Estado, a algo ideológico, más de contenidos morales y éticos obre la organización política, que a un texto legal, un texto jurídico.

Por tanto, si la razón de ser del Estado es garantizarle a los individuos sus derechos, el goce y la vigencia de los mismos, un Estado o una sociedad donde eso no está garantizado conllevaría a un caos, donde la Constitución o no prevalece o simplemente no existe y, por ende, no tiene poder político instituido.

Por eso el origen de la presunción de inocencia no advierte de un texto legal, sino de todo un sistema jurídico acorde con principios ideológicos de igualdad, justicia, honestidad, imparcialidad, entre otros. Pero no menos importante es prever en un marco legal de este principio fundamental para todo Estado democrático de derecho.⁶³

Constituye la presunción de inocencia, reconocida en el artículo 24,2 de la Constitución, un derecho fundamental, de desarrollo jurisprudencial, que asiste a todo acusado por un delito a no ser condenado sin pruebas y a que éstas reúnan todas las garantías suficientes para cumplir la función del proceso de investigar la verdad.

Del presente concepto se pueden extraer las siguientes notas:

a) Constituye un derecho fundamental.

La presunción de inocencia no es un mero principio informador, sino un auténtico derecho fundamental que como tal es de directa aplicación por todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales, siendo reclamable incluso en la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.

b) No es técnicamente una presunción.

Aunque se le denomine presunción, en esencia no es tal por no reunir los elementos típicos de este medio de prueba. Por el contrario, la presunción de inocencia es una verdad interina asimilable a otras, tales como la buena fe o la diligencia de un buen padre de familia.

c) Es un derecho que asiste al acusado.

Como tal derecho es titularidad del acusado o imputado en trance de obtención de pruebas o simplemente limitación de derechos en la fase de instrucción. En caso alguno afecta a la parte acusadora a la que asiste exclusivamente el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva expresado en el artículo 24, 1 CE.

La presunción de inocencia no tiene aplicación alguna fuera del proceso penal o del administrativo sancionador. No es reclamable en relación con la vida privada, ni con la imagen pública, ni con el

⁶³ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio*, Colección Estudios de la Magistratura G., Instituto de la Judicatura Federal México, 2009. pp. 175-181.

honor. Por ello, no es de aplicación en el ámbito de la responsabilidad política, la cual, en su caso, debe ampararse cuando el sujeto afectado crea que se vulneran sus derechos al honor o la intimidad, a través del Código Penal o de las leyes que protegen específicamente tales derechos.

d) No es equiparable al principio *in dubio pro reo*.

La presunción de inocencia es un derecho con un contenido superior y distintivo al clásico *in dubio pro reo*. Este último sólo protege la necesidad de absolver a todo aquel frente a quien no exista la certeza de ser el autor de un hecho. La presunción de inocencia es más amplia en tanto protege no sólo esa necesidad, sino igualmente que exista prueba en sentido objetivo y que la misma esté rodeada de todas las garantías legales.

e) Es un derecho de desarrollo jurisprudencial.

La Constitución se ha limitado a establecer un derecho fundamental sin precisar cuál sea su contenido. Ha sido, pues, la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Constitucional la que ha desarrollado los contornos y contenido de este esencial derecho.

Es por ello por lo que, si bien los elementos generales han sido perfectamente señalados, al amparo de este mismo derecho se han producido importantes cambios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus aspectos referidos a la prueba, cambios que, por ser adecuados a casos particulares, ya que es esa la función de la jurisprudencia casacional y de amparo en España, no han sido desarrollados con la suficiente claridad y sentido de la generalidad que exige el respecto de un derecho de naturaleza fundamental.⁶⁴

3.2. ASPECTOS GENERALES Y SU NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN

El principio de presunción de inocencia a que el artículo 20 constitucional, apartado B, es considerado como uno de los derechos fundamentales, viene reconocido y proclamado en diversos Convenios de rango internacional. Así el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre 1948 establece que: "...toda persona acusada de delito tiene *derecho a que se presuma su inocencia* mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley...". Declaración reiterada en el artículo 6.2 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 17.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Consignándose en el Acta Final

⁶⁴ Ausencio Mellado, José María, *op. cit.*, pp. 267-268.

de Helsinki de 1 de agosto de 1975 la importancia atribuida al respeto de los derechos fundamentales tal y como resulta especialmente de las constituciones de los Estados miembros y de la Convención Europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

Significa que toda persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que se acredite el hecho delictivo y su participación ante un Tribunal independiente, imparcial, previamente establecido por la Ley, tras un proceso celebrado con plenitud de garantías.

De esta definición se desprenden las siguientes conclusiones:

a) Que de este derecho no gozan las personas jurídicas, ya que, como se ha señalado, la presunción de inocencia es el reverso de la culpabilidad y ésta es un reproche que se realiza a una persona física por su actuar doloso o culposo en relación con un acto (acción u omisión), previamente declarado típico por la Ley. Las personas jurídicas o morales no delinquen, sin perjuicio de las medidas que contra ellas pudieran tomarse por razón de la actividad delictiva llevada a cabo en su seno o con motivo y ocasión de ejercicio de sus actividades. En España y casi en toda Latinoamérica no existe, al menos por ahora, un Derecho penal relativo a las personas jurídicas al estar éste construido sobre el principio de culpabilidad, y al no ser capaces de actuar con inteligencia y voluntad nada más que las personas físicas, excluyéndose, así, pese a determinadas e importantes corrientes doctrinales y al criterio de instituciones internacionales en sentido contrario.

b) Que el auto de procesamiento no puede, por su propia naturaleza, vulnerar por sí mismo la presunción de inocencia, pues tratándose sólo de una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, falta de presupuesto previo para poder considerar conculcado este derecho.

Sólo en caso de que se dictara arbitrariamente, sin un mínimo fundamento en algún indicio racional de criminalidad, podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 20 constitucional mexicano. Aunque únicamente en los casos en que el auto aparezca notoriamente infundado, por carecer de base fáctica o de indicios racionales de cargo, o por estar apoyado en fundamentos arbitrarios, puede suscitarse la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Tampoco en el auto de prisión. La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, basada siempre en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad y las circunstancias concurrentes. Los autos de prisión no conculcan la presunción de inocencia, ya que ésta tan sólo puede verse comprometida por resoluciones que supongan el enjuiciamiento definitivo de una conducta. Precisamente, aun soportando la medida cautelar de prisión provisional, al no haber sido declarado culpable de los hechos delictivos que se imputan, sigue gozando de la presunción de inocencia.

Ahora bien, en cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse, nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y con mayor razón proponer la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etcétera, ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales.

c) Que el derecho a la presunción de inocencia subsiste hasta que ha recaído sentencia condenatoria en la instancia. La sentencia dictada en apelación o en casación puede revocar, sin duda, la sentencia condenatoria, liberando al condenado de la tacha de culpabilidad, pero mientras tal revocación no se produce, la sentencia condenatoria destruye la presunción de inocencia y la cambia en presunción de culpabilidad. Cosa bien distinta es que la sentencia penal no deba cumplirse mientras la condena no es firme y deba, en consecuencia, considerarse también como prisión provisional, la cual se decreta después de la recaída de una condena recurrible.

d) Que al juicio de faltas le son aplicables los principios y garantías constitucionales que se proclaman en algunas leyes secundarias y, por tanto, la presunción de inocencia. Sin que la relativa irrelevancia de la condena impuesta en esta clase de juicios pueda justificar cualquier tipo de atenuación en el contenido de dichas garantías.

También el proceso ante el Tribunal del Jurado queda sometido a las reglas a que se sujeta la presunción de inocencia, que no varían básicamente de una clase de proceso a otro, pues no resultaría congruente con la esencia del derecho fundamental que la enervación de aquella presunción pudiera producirse por unas determinadas pruebas practicadas en una clase de enjuiciamiento ante una determinada clase de Tribunal y que esas mismas pruebas no fueran suficientes para producir tal efecto si fueran presentadas ante otro Tribunal de composición diferente. Consecuentemente, no resulta admisible sostener que una prueba de cargo pueda ser válida para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia en un delito de homicidio frustrado y no en otro de homicidio consumado, o en un secuestro o una violación y no en un delito de amenazas o de allanamiento de morada, en función de la composición del Tribunal competente para el enjuiciamiento.

La presunción de inocencia rige también en el proceso de reforma de menores, habiéndose aceptado que las garantías constitucionales que disci-

plinan el procedimiento penal son también de aplicación al procedimiento de menores, en el que la especial incidencia se da en la finalidad reeducativa, y no tanto sancionadora, pues ello no implica que no deban aplicarse estrictamente todas las garantías constitucionales. Ya se ha descartado la posibilidad de que se plantee, por la naturaleza del procedimiento penal del menor, cualquier tipo de flexibilización respecto de la necesidad de que la desvirtuación de la presunción de inocencia sólo pueda producirse mediante pruebas practicadas con las debidas garantías en la audiencia de juicio oral, máxime teniendo en cuenta que la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, dispone en su artículo 40.2 b) que a: “todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente:

i) Se le presumirá inocente mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la Ley”.

El Derecho Constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el Derecho Constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

La presunción de inocencia constituye no sólo un criterio normativo del Derecho Penal sustantivo y adjetivo, sino un derecho fundamental que ampara como garantía constitucional todo el proceso a través de una estructura de veracidad interina o provisional que aunque no se corresponde en propiedad con lo que, técnicamente, se entiende por presunción, funciona como tal a través de un esquema que contiene un hecho-base o conocido por probado en el proceso, unido por un enlace lógico o causal, a un denominado hecho-consecuencia. Por ello, cualquiera que sea la denominación que se le asigna, el principio despliega su eficacia *ius tantum* en el campo probatorio a favor del titular de tal derecho, que no es otro que todo aquel se halla sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

La presunción de inocencia guarda relación con el elemento más importante del tipo penal, la culpabilidad, configurada también como principio por esa importancia, elemento subjetivo que marca la frontera de la vindicta, aunque sea colectiva, con la justicia que comporta el Derecho Penal como tal Derecho. Pues bien, un paso más en esa evolución, configurado —éste sí— como uno de los principios cardinales del *ius puniendi*

contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal, es aquel que proclama la presunción de que toda persona de una infracción es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

La presunción de inocencia ha recibido un vigor inusitado por obra y gracia de su inclusión en el haz de aspectos que hacen posible la eficacia instrumental de la tutela judicial.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular. De los textos normativos antes mencionados no resulta sólo la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba, sino además el que la presunción de inocencia es una verdad interina de inculpabilidad, que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo, suficiente, producida regularmente, abarcando su verdadero espacio dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, como mínimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico penal.

A partir de su consagración constitucional como derecho fundamental (artículo 21 apartado B), cuya trasgresión da lugar al recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando tanto las características que lo definen como tal derecho fundamental de aplicación inmediata, como aquellas otras de que han de estar revestidos los elementos de juicio utilizables para destruir tal presunción. En primer lugar, y en su aspecto cuantitativo, ha de existir una actividad probatoria mínima, o más bien suficiente. Cualitativamente, los medios de prueba han de tener un signo o sentido incriminador respecto de la participación del acusado en el hecho, siendo por tanto de cargo y han de merecer esa calificación por ser constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria.

El lugar, tiempo apropiado y la ocasión no es otra sino el juicio oral, con observancia de los principios de oralidad, publicidad e inmediación, para permitir la crítica y contradicción procesal. La oralidad, para exponer de viva voz las alegaciones de las partes, la publicidad, para que sin secretismo alguno se conozcan los vericuetos por los que la tutela judicial efectiva se hace realidad, y la inmediación, para que el Tribunal de la instancia perciba por sus sentidos lo que ya otros ojos y oídos no van a ver ni oír, son pilares básicos a tener en cuenta respecto de la actividad probatoria que en el juicio oral tiene lugar.

En consecuencia, la función casacional encomendada al Tribunal Supremo o especial, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber:

- a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración;
- b) que ese material probatorio, además de existente, era ilícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y
- c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal *a quo*, no le es posible a otra instancia entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y en el recurso de amparo, la protección del derecho a la presunción de inocencia se da:

en primer lugar la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa; en segundo lugar comprobar que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; en tercer y último lugar supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Por tanto, sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de plano válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”.⁶⁵

3.3. VALORACIÓN Y DESVALORACIÓN

La presunción de inocencia no supone una inmisión de valoración de la prueba, por cuanto la constitucionalidad, referida al juicio por delitos o respecto al juicio de faltas, viene reconocida por la Constitución, que atribuye exclusivamente a los juzgados y tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

⁶⁵ Rives Seva, Antonio Pablo *et al.*, *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Segunda Sala Penal del Tribunal Supremo*, Thomson-Arazadi, España, 2008, pp. 41-46.

Por tanto, para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia es necesario la existencia de un vacío probatorio, por no haberse practicado prueba alguna, o porque la practicada se hubiese realizado sin respetar las garantías procesales o hubiese sido obtenida con violación de derechos fundamentales. Por ello, mal cabe compaginar la queja de vulneración de la presunción de inocencia con la alegación de errores de hecho en la apreciación de la prueba, pues la prueba no puede existir y dejar de existir al mismo tiempo. Conceptualmente supone contradicción argumentativa cobijar de manera conjunta la presunción de inocencia y el error de hecho en la apreciación de la prueba. La alegación de la violación de tal principio fundamental de presunción de inocencia aduce siempre una condena, sin prueba, al paso que el error de hecho en la apreciación de la prueba está proclamando ya la existencia de prueba, aunque ésta se interprete y aprecie errónea o equivocadamente.

Lo que no es admisible es que se pueda valorar lo que no existe (*ex nihilo nihil facit*); o el más desolado y desértico panorama probatorio, verdadero campo de soledad y mustio collado; o la ausencia de prueba, verdadero supuesto de desertización acreditativa; o un vacío probatorio absoluto, definitivo e insuperable.

La necesidad de distinguir el contenido del derecho a la presunción de inocencia entre un aspecto objetivo, concerniente a la existencia de una verdadera prueba, y otro subjetivo, referido al momento de su valoración, constituye una de las premisas fundamentales que ha distribuido las funciones entre el magistrado y los jurados, atribuyendo al primero el control de aquella dimensión objetiva como cuestión jurídica.

La función de magistratura como garantía del buen funcionamiento de la institución debe aparecer en la Ley Orgánica del Poder Judicial, referente a: ejercer el control sobre la licitud u observancia de garantías en la producción probatoria y en la apreciación subjetiva sobre la existencia de elementos incriminadores; función que asume no sólo en el momento de decretar la apertura del juicio oral, sino una vez concluido éste, al poder decidir, incluso de oficio, “la disolución del Colegiado si estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado”, pues no hay que olvidar que hasta el juicio oral no existe verdadera prueba, que la valoración de su existencia como tal corresponde al órgano del juicio y que en el juicio, durante todo él, se puede poner de manifiesto la ilegalidad o la absoluta falta de fuerza incriminadora de los medios de prueba de que se dispuso.

Pero al no existir en el proceso penal pruebas exclusivas o excluyentes, todos los medios probatorios, si son legales desde la constitucionalidad y desde la legalidad ordinaria, son aptos para formar parte de ese acervo probatorio que después ha de ser valorado según la íntima convicción de

los jueces con base en las facultades que les atribuyen los dispositivos de la Ley de la materia.

El principio de libre apreciación de la prueba se refiere a todos y cada uno de los medios utilizados en el proceso concreto de que se trate, debiendo el Tribunal valorarlos en su conjunto cuando hay varios sobre un mismo hecho, sin que *a priori* pueda concederse valor superior a uno sobre otro, siendo el juzgador *a quo*, el que tuvo contacto directo con la práctica de la prueba, quien ha de valorarlos todos para conceder su crédito total o parcialmente al que, conforme a su criterio, más lo merezca.

Y también, por esa misma razón en materia probatoria, el principio de igualdad ante la ley no es exactamente aplicable a la valoración en conciencia de los elementos probatorios, que es tarea exclusiva de los órganos juzgadores. Nuestro sistema procesal permite clasificar las pruebas en función de su mayor o menor fiabilidad sin que se viole la igualdad ante la ley por dar mayor credibilidad a un testimonio frente a otro de signo contrario. Si se admitiese la aplicación del principio de igualdad a la valoración de la prueba, estaríamos ante un sistema de prueba tasada, que ha sido rechazado y superado por la introducción del principio de libre valoración en conciencia de la prueba aportada.

3.4. EL PRINCIPIO DE ARBITRARIEDAD

Aunque, por otro lado, la apreciación en conciencia no quiere decir que el órgano juzgador goce de un absoluto arbitrio para apreciar la prueba sino que debe ajustarse, en sus criterios valorativos, a las reglas de la lógica, del criterio racional y de la sana crítica, respetando también los principios o máximas de experiencia y los conocimientos científicos que responden a reglas inamovibles del saber.

La consagración en la constitución de la presunción de inocencia no ha supuesto la derogación del sistema instaurado por nuestra ley procesal, sino que su trascendencia se ha circunscrito a lo que se denomina *recta inteligencia*, concepto que no concede a los tribunales la arbitrariedad ni la posibilidad de guiarse por suposiciones imprecisas o intuiciones, ni aprovechar, a los fines probatorios, lo meramente impalpable o inaprensible, sino que exige valorar las pruebas en conciencia, siempre que se haya practicado un mínimo de actividad probatoria de cargo.

Por tanto, no basta la mera certeza subjetiva del Tribunal penal de que ha habido efectivamente una actividad probatoria de cargo en la que se deduce la culpabilidad del procesado. La estimación en conciencia no ha de entenderse o hacer equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque en una historicación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor

amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso. El juez debe tener la seguridad de que su conciencia es entendida y compartida fundamentalmente por la conciencia de la comunidad social a la que pertenece y a la que sirve. Criterio racional es el que va de la mano de la *lógica*, la *ciencia* y la *experiencia*, dejando atrás la *arbitrariedad*, la *suposición* o la *conjetura*.

3.5. CASACIÓN, APELACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Límites del control casacional de las funciones valorativas.

En todo caso se ha sostenido con reiteración que la cuestión de la credibilidad de las declaraciones prestadas ante los Tribunales de instancia y apreciadas directamente por éstos no puede ser objeto de revisión en el marco del recurso de casación. El fundamento de este criterio no proviene de una supuesta soberanía de los jueces *a quibus* —como se sostenía en otros tiempos—, ni tampoco de una reserva de competencia que sólo permite a estos Tribunales pronunciarse sobre la credibilidad de tales declaraciones. Por el contrario, la razón de esta doctrina jurisprudencial es la imposibilidad técnica del Tribunal de casación de ver y oír las declaraciones testificales, en forma directa (es decir, con inmediatez).

La convicción en conciencia respecto de la prueba testifical y de las declaraciones de los inculpados depende de la percepción directa de las mismas, por lo tanto, ella no es revisable en la medida en la que no es posible la repetición de la prueba. Ello no excluye que en la casación sea revisable la estructura racional del juicio sobre estas declaraciones desde la perspectiva de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, dado el principio general del derecho de interdicción de la arbitrariedad.

Pero fuera de este aspecto de la racionalidad del juicio de valoración son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia, y por ello la cuestión de la credibilidad de los testigos en principio no puede ser replanteada en éste ámbito casacional.

De igual forma, se ha declarado que la ponderación de la credibilidad de las declaraciones que testigos o acusados han formulado ante el Tribunal de los hechos no es revisable en casación, mientras el contenido de tales declaraciones no aparezca como objetivamente inaceptable por carecer de consistencia lógica, apartarse manifiestamente de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos.

Y es que, como ha advertido, si bien la jurisprudencia es clara y pacífica en lo referente a la exclusión de las cuestiones de la veracidad de la prueba testifical del ámbito de la casación, ello no significa, como es obvio, que si

un Tribunal determina su convicción sobre la base de criterios manifiestamente arbitrarios o aberrantes la cuestión no sea corregida por otra instancia.

Lo mismo ocurre con la prueba pericial, estando abierta la casación cuando la ponderación de esta prueba sea manifiestamente arbitraria, por consiguiente, como vulneración a la Ley.

La posibilidad de que el Tribunal de Casación revise la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuada por el Tribunal sentenciador tiene su campo preferente de aplicación en el ámbito de la prueba indiciaria, aunque, como ya se ha visto, no puede descartarse excepcionalmente en supuestos de prueba directa. En efecto, como se pone de relieve, la prueba practicada en el juicio oral es inmune a la revisión en vía de recurso casacional en lo que depende de la inmediación, pero es revisable en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del alcance casacional utilizado. E incluso en la apreciación de testimonios, en cuya valoración impone al Tribunal ceñirse a las reglas del criterio racional, cabe distinguir, en ocasiones, un primer nivel de apreciación dependiente y ajeno, en consecuencia, al control en vía de recurso por un Tribunal Superior que no ha practicado la prueba, de un segundo nivel en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior que descarta o acepta determinados resultados probatorios aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos.

Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o en definitiva arbitrarias, como lo sería, por ejemplo y por situarnos en un supuesto límite, la que fundamentase la condena en un testimonio de cargo, descartando totalmente los de descargo, con la caprichosa fundamentación de que es más creíble el testimonio de un familiar que el de un extraño, o el de un varón que el de una mujer.

En la misma dirección se apunta al advertir que el juicio sobre la credibilidad de un testigo no se fundamenta exclusivamente en la percepción de su declaración, sino que se da también un elemento racional, que excluye la credibilidad de toda afirmación que aparezca como realmente imposible.

Pero dejando a salvo estos supuestos de excepción, la presunción de inocencia sólo supone en trance casacional (o en su caso de amparo constitucional), la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que incumbe privativamente al tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de lo dispuesto en la Ley Procesal Penal; y así lo establece la doctrina y la jurisprudencia.

Y ello es así porque, como el Tribunal de instancia es el único que dispone de inmediación y que, por ello, ve y oye directamente a los acusados, testigos y peritos y percibe lo que dicen y cómo lo dicen —ausente en la fase del recurso extraordinario—, pudiendo así apreciar y valorar en su exacta dimensión los gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por los deponentes en sus dichos.

En cualquier caso, las posibles discrepancias entre distintas declaraciones testimoniales son el presupuesto de la valoración y no una condición impositiva de su racionalidad intrínseca, a determinar por la estructura lógica de su discurso. Nada hay, pues, de irracional, absurdo o ilógico en la favorable valoración de esos testimonios de cargo por el Tribunal.

3.5.1. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EL RECURSO DE APELACIÓN

Es reiterada la doctrina respecto de que no cabe afirmar que el derecho a la presunción de inocencia quede vulnerado cuando el órgano judicial de apelación procede a una nueva valoración de la prueba, sustituida de la realizada por el juez *a quo*. Pues el juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen. Y ello por cuanto el recurso de apelación, como *novum iudicium* que es, conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo* no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba.

Por tanto, si con los mismos medios de prueba que llevan a un órgano judicial a dictar un determinado fallo el Tribunal de apelación llega a un resultado contrario, no cabe por ello concluir, en absoluto que se haya producido violación alguna de los derechos que enuncia el artículo 20 constitucional, pues en puridad, se trata de una discrepancia en la apreciación de la prueba llevada a cabo por dos órganos judiciales con plena competencia para ello y no es dudoso, dada la naturaleza y finalidad del recurso, que entre ambas valoraciones ha de prevalecer la del Tribunal de apelación.

Así, cuando el Tribunal de apelación haya de proceder a una nueva valoración de la prueba que revele la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal de la prueba por parte del Tribunal *ad quem*, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de las pruebas que acrediten la culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas.

En definitiva, cuando la apelación se plantee contra una sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

Esta doctrina se inicia con la sentencia del caso Constantinescu contra Rumania, que declara que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al juez de apelación.

Manejando Derecho Comparado, la utilización por el Tribunal Constitucional Español de esos criterios jurisprudenciales para la solución del problema constitucional de la relación entre la exigencia de inmediación y contradicción como contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la regulación de la apelación concretamente en el procedimiento abreviado de la ley puede sin duda suscitar algunas dificultades a la hora de interpretar la norma en el marco de la Constitución.

De los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, según resulta de lo dispuesto en la ley (y habida cuenta que las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción tienen su genuino campo de proyección cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho), es propiamente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por esas limitaciones, y no, en principio, los otros dos (quebrantamiento de las normas y garantías procesales o infracción de precepto constitucional o legal).

Ateniéndonos a las circunstancias del caso actual, y en la línea con la jurisprudencia que ha quedado expuesta antes en sus líneas esenciales, debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia a revisar y corregir la valoración y ponderación

que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción.

El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum indicium* con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*.

De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación la instancia correspondiente, debe conocer tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. La Corte o Tribunal, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debe valorar y ponderar las declaraciones inculpativas presentadas por éstos ante a policía y ratificadas ante el juez, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación.

En otro orden de consideraciones, a la conclusión alcanzada no cabe oponer la circunstancia, destacada en sentido de que los demandantes de amparo no hubieren solicitado la celebración de vista en este caso estaba llamada a servir a la finalidad buscada por el apelante, y no por el apelado, es al primero al que incumbe la carga de establecer los presupuestos precisos para que el Tribunal al que acude pueda satisfacer la pretensión que ante él formula. La ausencia de tal solicitud no puede considerarse decisiva, ya que la ley establece que la audiencia podrá acordar la celebración de vista, citando a las partes, cuando estime que es necesario para la correcta información de una convicción fundada.

En consecuencia, como la única prueba constitucionalmente válida con la que poder enervar la presunción de inocencia era la declaración autoinculpativa de los demandantes de amparo, prestada ante la policía, ratificada

ante el Juzgado de Instrucción y ratificada después en el juicio oral; y si el Tribunal, por impedírsele los principios de inmediación y contradicción, no podía por sí mismo valorar dicha prueba, al no haberse producido ante él, es visto que su sentencia condenatoria carece del soporte probatorio preciso para enervar la presunción de inocencia de los apelados absueltos; por lo que la sentencia recurrida en amparo vulnera este derecho fundamental de los demandantes.

En el caso de una sentencia absolutoria en primera instancia que resulta revocada en apelación y sustituida por una sentencia condenatoria, existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías si el Tribunal procede a revisar y corregir la valoración y ponderación de las declaraciones prestadas ante el juez de lo penal, sin respetar por su parte los principios de inmediación y contradicción; y así, eliminadas las pruebas testificales por falta de inmediación en la nueva valoración que se hace por el Tribunal *ad quem* no existen otras distintas a aquellas sobre las que pueda basarse el veredicto de culpabilidad, por lo que existió también vulneración de la presunción de inocencia dado que las pruebas en que se sustenta la condena no se practicaron de conformidad con las garantías de inmediación, contradicción y oralidad.

En el mismo sentido y otros casos, el efecto fue la anulación de la sentencia de condena, retornando la inicial absolución.

Con otro matiz, usando los mismos fundamentos, considera vulnerados los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración por el Tribunal Revisor de la prueba testifical y de las declaraciones de los acusados en la instancia; no obstante, en este caso, al margen de estos medios de prueba no susceptibles de valoración por esa razón, existe una prueba documental, respecto a cuya virtualidad probatoria nada corresponde decidir al Tribunal Constitucional; por lo que procede retrotraer las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia, a fin de que dicte una nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en la que decida si con las pruebas que subsisten en el proceso mantiene su conclusión condenatoria o, por el contrario, resuelve revisarla.

Cabe mencionar una tercera postura, el no haber oído personalmente los testimonios de referencia y la declaración del acusado, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir válidamente la efectuada por el Juzgado de lo Penal; procediendo a retrotraer las actuaciones judiciales, a fin de que, con la tramitación pertinente y con el respeto de los principios de inmediación y contradicción, por dicho Tribunal se dicte nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental conculcado, con lo que parece apuntar un efecto retroactivo de mayor alcance a la nulidad.

En cambio, no es de aplicación dicha doctrina cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de las pruebas documentales que, por su propia naturaleza pueden ser válidamente valoradas por el Tribunal *ad quem* sin que sea imprescindible un nuevo juicio penal probatorio con la finalidad de respetar los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

Tampoco consideró precisa la celebración de vista en segunda instancia, tratándose de prueba pericial, en relación con un delito de administración fraudulenta, pues en ese caso el Tribunal se limitó a recoger y valorar los datos y conclusiones facilitados por el auditor en sus informes, elaborados a partir de informaciones procedentes también de fuentes documentales, limitándose aquel profesional a proporcionar a los jueces una máxima de experiencia o de herramientas para apreciar un hecho científico. Referente a una condena por delito contra la hacienda pública, la prueba pericial, dada su naturaleza y la del delito enjuiciado, sí podría ser valorada en este caso sin necesidad de oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal, en cuanto que en el documento escrito de los citados informes periciales están expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes llegan. Circunstancia que también concurre en el presente caso, en el que el Tribunal valora la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta.

Tampoco cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la sentencia de instancia también consideraba acreditados), para cuya valoración no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. No existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos. De igual modo, no siempre implica un derecho a una audiencia pública, independientemente de la naturaleza de las cuestiones que se tienen que resolver.

En ese sentido, deniega el amparo porque no cabe apreciar vulneración alguna de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia por el hecho de haber sido condenada en apelación como autora responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros descritos en el Código Penal, por razón de una diferente calificación jurídica por el Tribunal *ad quem* de los mismos hechos declarados probados por la sentencia dictada en instancia. Tampoco la agravación de la condena de faltas de amenazas por delitos de amenazas, al considerarse que los hechos revestían suficiente gravedad en atención a las circunstancias concurrentes. Es también una cuestión de calificación jurídica la condena en apelación por imprudencia, al considerar que la conducta que mereció

la inicial absolución —limpiar con agua jabonosa unos cacharros sobre la acera de una calle en pendiente— genera un riesgo previsible penalmente relevante. En el mismo sentido, extendiendo esta doctrina al recurso de casación, deniega el amparo por considerar que no se produjo la revisión fáctica de la sentencia absolutoria, sino que la condena acordada en casación se ha basado en una distinta apreciación jurídica, y no de hecho, sobre la existencia de dolo eventual en la conducta del recurrente, la cual deriva de elementos de prueba de naturaleza documental que, legal y constitucionalmente, pueden ser valorados en casación.

Asimismo, en cuyo caso la condena por un delito contra la propiedad intelectual no se fundamenta en una nueva valoración de la prueba personal, sino en una cuestión de valoración jurídica al considerar que el plagio de los textos de la obra *Historia ilustrada de Pontevedra*, en cuyos tres primeros fascículos fueron reproducidos diversos párrafos del libro *Historia de la ciudad de Pontevedra*, sin autorización de su autor y sin citarle, resultaba acreditado por la prueba documental, para cuya valoración no eran exigibles las garantías de inmediación y contradicción.

También, respecto del delito contra la seguridad del tráfico por el que había sido absuelto en primera instancia, partiendo del respeto de los hechos probados de esta sentencia, infiriendo que quien presenta pupilas dilatadas, olor a alcohol y andar vacilante y se niega a practicar la prueba de alcoholemia a pesar de que lo policías le informan que con ello podría incurrir en delito, precisamente porque afirma que va a dar positivo, evidencia una afectación de sus facultades psicofísicas y de reflejos que le convierten en un peligro potencial para bienes jurídicamente protegidos, puesto que quien no es capaz de controlar su deambulación, difícilmente va a poder controlar una actividad más compleja como es la conducción de un vehículo a motor; y para llegar a esa deducción no era necesario reproducir en la segunda instancia el debate procesal con inmediación y contradicción, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a las reglas de la lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción en un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso.

Referida a otro delito de conducción alcohólica, deniega igualmente el amparo porque lo que fue determinante para la condena, fue el cambio de valoración de una prueba documental, como es la identificación del aparato alcoholímetro y el número de calibración que constaban por medio del resguardo impreso de la medición efectuada, el cual había sido unido a la causa. Al dotar de relevancia al índice de alcoholemia obtenido merced a una diferente consideración de la prueba documental, le confiere valor inculpatario al ir acompañado de otros indicios, como la sintomatología que presentaba el acusado, tal como había sido considerada por el juez, así como por la presencia de otros elementos, también transcurridos y, en todo

caso, de apreciación objetiva, como el modo de producción de la colisión y los cuantiosos daños ocasionados por ella.

Tal es también el criterio seguido, en la que se habla de pruebas de indicios extraídas de los propios datos de hecho declarados como probados en la sentencia recurrida, de los que se dedujo un dato de hecho influyente en la calificación del delito (tratarse de un edificio habitado en un delito de robo). Para lo que no era necesario reproducir el debate procesal en la segunda instancia; e igualmente en la que admitió la inferencia de la existencia del elemento subjetivo del ánimo de apropiación de un dinero en un delito de apropiación indebida.

También deniega el amparo porque el órgano de apelación se limitó a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, estando ante una cuestión de estricta valoración jurídica que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que fuera necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación.

Peró en general, por lo que se refiere a la valoración de pruebas indiciarias, se ha hecho especial incidencia en que también concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando en la segunda instancia, y sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano *a quo*, sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas. La determinación de qué en supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia.

Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de

medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia, serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida.

Y a la hora de enjuiciar si existió o no vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la nueva valoración de una declaración testifical que el órgano judicial no ha presenciado, resulta determinante precisar cuáles son los motivos por los cuales el órgano de apelación ha concedido a la declaración testifical una verosimilitud que el órgano de instancia le negó. A tal efecto es necesario distinguir entre aquellos supuestos en los cuales la nueva valoración de la declaración se funda o razona en la existencia de elementos añadidos o consideraciones adicionales que vienen a sustituir, sobreponiéndose a ella, la labor realizada por el órgano que enjuició los hechos con inmediación, de aquellos otros en los que el órgano de apelación funda su criterio divergente respecto de la credibilidad de un testigo en el análisis crítico de los motivos o razones que sobre la credibilidad de ese mismo testigo ofrece la resolución judicial impugnada...

No cabe descartar que la supervisión externa de los razonamientos que conducen a afirmar la falta de credibilidad de un testigo pueda llevar al órgano de apelación a concluir que tales razonamientos no son acertados, ejerciendo así el control propio de un recurso ordinario y pleno. Dicho de otro modo, en los supuestos en los cuales la crítica que se contiene en la sentencia de apelación y que, consecuentemente, determina la alteración de los hechos probados, no se realiza a base de sustituir al órgano de enjuiciamiento en la valoración de medios probatorios cuya apreciación requiere inmediación, sino que se proyecta sobre la corrección o coherencia del

razonamiento empleado en la valoración de la prueba, sobre tal modo de proceder no proyecta consecuencia significativa alguna la inmediación en la práctica de tales pruebas. En consecuencia, la garantía de inmediación no puede jugar en estos casos el papel limitador de las facultades del órgano judicial *ad quem* que, como proyección del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, desempeña en los supuestos primeramente referidos de sustitución o sobreposición en la valoración de medios probatorios precisados de inmediación para su análisis.

En suma, se niega el amparo porque la alteración de los hechos probados que realizó el juez de apelación fue consecuencia de la verificación externa de la razonabilidad y coherencia de los concretos motivos por los que el juez no concedió verosimilitud a la declaración de un testigo; y así, rebatidas esas razones al juez de revisión no le queda sino atender al contenido de esa declaración. Al proceder de este modo el juez de instrucción no se sobrepone o sustituye al juez del citado control, sino que, depurada la lógica del razonamiento empleado por éste, continúa su razonamiento con presupuestos (verosimilitud de la declaración de un testigo) corregidos sin vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Incluso cuando la credibilidad del testimonio se pondera por el órgano judicial *ad quem* a partir de la concurrencia de elementos objetivos, será necesaria la garantía de inmediación si con ello se revisa la valoración de tal prueba efectuada en primera instancia. Ello así porque de la consideración ética sobre argumentos utilizados por el órgano *a quo* para concluir que el testimonio no ofrecía el grado de credibilidad necesario para fundar la condena, no se infiere directamente la veracidad del mismo, sino que para ello es preciso efectuar una valoración específicamente dirigida a afirmar o negar dicha credibilidad, y esta segunda fase del enjuiciamiento habrá de verse necesariamente apoyada sobre elementos de juicio necesitados de la inmediación; máxime cuando la asunción de la verosimilitud del testimonio de la parte acusadora conlleva *per se* la negación de la credibilidad de lo manifestado en otros términos, que las razones por las que un juez considera que la declaración de un testigo no ostenta credibilidad sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad. En suma, para la valoración de la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediación, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías.

Aparentemente entre el precepto legal y la doctrina, parece existir una contradicción, pero ésta se salva fácilmente mediante una interpretación más favorable al derecho de acceso al recurso y acomodada a las exigencias constitucionales. En primer lugar, establece la exigencia de oír nuevamente al acusado absuelto en segunda instancia, para poder dictar Sentencia revo-

catoria, no lo concibe como en medio de prueba más, sino como una garantía del acusado, que tiene derecho a volver a ser oído —ya sea para convencer al Tribunal de su inocencia, o para poder controvertir los argumentos de la acusación—; por ello es fácil concebir que pueda pedir el recurrente tal comparecencia personal para cumplir dicha garantía, al margen del resto de las pruebas, sin colisionar con la ley, de modo que se citará al acusado y si éste no compareciera, solo a él fuera imputable dicha falta de audiencia.

Finalmente, respecto del recurso de casación; recordando la solución adoptada por el Pleno no Jurisdiccional para la unificación de criterios, en el que se acordó que: cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados.

En este sentido, declara que aunque las pruebas puedan ser abrumadoras para alcanzar la convicción de la culpabilidad del acusado, jamás el tribunal de casación podría condenarle sin haber gozado de la garantía de la inmediación en la práctica de tales pruebas; ya que, según matiza al órgano de casación le está vedado llevar a cabo una nueva valoración de la prueba no percibida directamente, en cuanto supondría una falta de respeto a los principios de inmediación y contradicción, excediéndose en el ejercicio de las funciones al sustituir en su actividad soberana al tribunal de garantías o segunda instancia con la consiguiente vulneración de las garantías procesales (derecho a un proceso con todas las garantías), al faltar tales garantías en la valoración no directa de determinadas pruebas.⁶⁶

“La afirmación que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos”.

La *presunción de inocencia* significa entonces, que nadie tiene que “construir” su inocencia dado que solo una sentencia declara esa culpabilidad, en este sentido nadie debe ser tratado como culpable solo la sentencia absolverá o condenará con todo lo acontecido en el proceso penal.

La presunción de inocencia exige que el procesado sea tratado como inocente, hasta que el juez, con todo lo acontecido en el proceso penal adquiere certeza sobre su responsabilidad.⁶⁷

La situación jurídica del justiciable o indiciado (sindicado en países latinos), conocida por presunción de inocencia, no obstante que siempre ha sido reconocida por las leyes, dentro del sistema procesal penal mixto, ahora con mayor énfasis se le reconoce en el sistema procesal penal acusatorio, al que yo por cuestión de técnica jurídica considero como Derecho Procesal Penal y no como

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 47-63.

⁶⁷ CORTADA MENDOZA, Andrés *et al.*, *Garantías constitucionales del proceso penal*, Editorial UBA, México, 2015.

sistema, no obstante ello, constituye un pilar, base del mismo, que en conjunto con el debido proceso, y del respecto a los derechos fundamentales de los gobernados, vienen a integrar parte del garantismo procesal penal.

En sí, objetiva o subjetiva, debe ser considerado inocente de cualquier delito, que se le atribuya, a un individuo, mientras no se presenten pruebas, o indicios concatenados y suficientes para que puedan destruir dicha presunción, aunque esta sea mínima.

La responsabilidad penal sólo se declara mediante:

- Una resolución debidamente motivada y fundada, la misma que ha de quedar firme.
- Esto es, toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme una decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.
- La materialización de este principio supone para el Juez:
- La restricción al máximo de las actuaciones que afecten los derechos fundamentales y;
- El análisis en cada caso concreto de la necesidad, racionalidad, proporcionalidad, temporalidad y fundamento factico y jurídico de la medida.

Todo acto de investigación, análisis de pruebas o indicios deben realizarse bajo el principio de presunción de inocencia.

Bajo este contexto legal y formalmente, valdría preguntarse...

- ¿Cuáles son los estamentos del principio de debido proceso?
- ¿O que debemos entender por Estado de derecho?

Si bien, la presunción de inocencia existió en el citado sistema de justicia penal mixto, se trastocó su beneficio, en su lugar imperó la privación de la libertad de los inculpados, se les seguía proceso y sólo hasta la sentencia si éstos habían probado su inocencia, se les dejaba en libertad con el consabido 'usted disculpe', por ello, seguramente esta forma de procedimientos originó el clamor de la sociedad por un mejor sistema de justicia procesal penal, que a la postre se reglamentó.

La situación de la presunción de inocencia de los individuos frente al ius puniendi del Estado, ha sido analizada, por los tratadistas del derecho y de su repercusión en los diversos ámbitos de la justicia penal, principio que es correlación inmediata con otros y que en conjunto constituyen una de las principales directrices de un moderno paradigma de enjuiciamiento criminal, garantía y garantismo del debido proceso.⁶⁸

Repasar las garantías constitucionales en el Derecho Penal agustiniano resulta importante a modo de establecer, por medio de un ejercicio de Derecho Penal comparado, para entrar brevemente al análisis de la justicia cuantitativa con la que cuenta.

En el sentido a modo de introducción mencionaremos el concepto de garantía constitucional y cuáles son las que actúan dentro del Derecho Procesal Penal. El desarrollo de nuestro apartado se va a basar en una de ellas; "el estado de pre-

⁶⁸ "Los derechos humanos en el momento actual", *op. cit.*, pp. 317 y 318.

sunción de inocencia”, ya que a nuestro entender es esta un logro del Derecho Moderno que le permite a la persona ser considerado inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario.

Garantía constitucional: Son las “seguridades” (Concepto Moderno Europeo) que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso.

Así tenemos que, hablar de garantías es hablar de “mecanismos jurídicos” que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal.

En fin es hacer efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sea desconocido.

La mayoría de las Constituciones de Latinoamérica han incorporado un conjunto de garantías genéricas, “Principios Supremos y Universales Obligatorios, “así como una extensa relación de garantías específicas. A continuación procedemos a mencionar cada una de ellas.

1. *El debido proceso:* es la institución o principio del Derecho Constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, jurídica y legitimidad de su resultado.

- *Juez natural establecido:* debe ser juzgado por juez designado anteriormente al hecho motivo del proceso penal.
- *Duración razonable del proceso:* consiste en la prohibición a través de plazos y términos establecidos en la ley para que el proceso penal no se prolongue indefinidamente.
- *Publicidad:* todos los actos del imputado van a ser conocidos no solo por las partes sino por todos en general.
- *Prohibición de juzgamiento múltiple:* la persona que fue objeto de una persecución penal tiene derecho a no ser perseguido de nuevo, que sea misma causa, misma persona y que sea el mismo hecho.
- *Derecho a ser oído* (garantía de audiencia): facultad que tiene el imputado a ser escuchado por el órgano competente a través de la llamada declaración del imputado.
- *Derecho a una defensa adecuada.*
- *Derecho a la libertad condicional o bajo protesta.*

2. *La legalidad procesal:* ningún hecho puede ser presumido delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal.

3. *El estado de presunción de inocencia:* permite a toda persona conservar un estado de “no autor” en tanto no se expida una resolución judicial firme. (Destruir por la defensa; la teoría del caso, del Ministerio Público; acciones imputativas ineficaces y definitivas y obvio de la teoría del dominio del hecho, aportando en su favor la teoría circunstancial o indiciaria)

4. *La garantía de la dignidad humana,* y conexas a la axiología, pragmática, objetiva y sociológica.

5. *La inviolabilidad del domicilio:* la doctrina afirma que, si bien el texto constitucional guarda silencio al respecto, el allanamiento debe ser ordenado, por regla, por el juez de la causa.

6. *Derecho de defensa*: es un derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en derecho y, por tanto, motivada, que pueda ser de in admisión cuando concurre una causa legalmente prevista. A ello se añade el derecho a no sufrir indefensión, esto es, a poder ejercer en el proceso, en apoyo de la propia posición, todas las facultades legalmente reconocidas.⁶⁹

⁶⁹ CORTADA MENDOZA, Andrés *et al.*, *op. cit.*

CAPÍTULO II

REGULACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO
DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA,
COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

El dispositivo legal constitucional en el numeral 20, Apartado B, establece los derechos de toda persona imputada, en la especie, fracción I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Es un principio derivado de la jurisdicción o del debido proceso y por tal motivo, es un principio reconocido por el legislador, elevado a la categoría de “derecho humano fundamental”.

En efecto, este principio de la jurisdiccionalidad, nos enseña Luigi Ferrajoli, no permite *latu sensu*, que exista culpa sin juicio, y en *strictu sensu*, ordena que la acusación se someta a prueba, refutación y objeción; así entonces, se actualiza la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por sentencia definitiva que condena.

En otras palabras, la presunción de culpabilidad, y no la inocencia, es la que debe ser demostrada; que desde el principio es inobjetablemente lo que constituye el objeto del juicio.

Es justo y necesario que tanto Ministerios Públicos o Fiscales y defensa manejen las siguientes teorías:

- Teoría del delito
- Teoría de la ley
- Teoría de la pena
- Teoría del delincuente
- Teoría del dominio del hecho
- Teoría de las probabilidades
- Teoría de la equivalencias
- Teoría de los datos
- Teoría de los indicios o teoría circunstancial
- Teoría de los hechos
- Teoría del caso
- Teoría de la sistemática probatoria
- Teoría del proceso penal en general, entre otros

- Teoría de la íntima convicción (convicción legal y razonada)
- Teoría de la convicción (esquema general de valoración del hecho).

1. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN MEXICANA

No obstante que este principio, en la ley anterior reformada, no se encontraba previsto expresamente en nuestra Constitución Política, considero que la Suprema Corte ya la había retomado y corroborado en criterios jurisprudenciales, y en los propios artículos 14, 16, 19, 20 y 21 constitucionales, es decir, el mismo sí se reconocía implícitamente en el Pacto federal; no siendo el caso actual en que a partir de la reforma de junio de 2008 se expresó con claridad dicho principio.

Refuerza lo expresado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión número 1293/2000, al considerar que “de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16 párrafo primero, 19 párrafo primero, 21 párrafo primero, y 102 apartado A, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...] debe estimarse que los principios constitucionales del ‘debido proceso legal’ y el ‘acusatorio’, resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado”. Precisamente, en la búsqueda de llegar a la plenitud de los ideales políticos y filosóficos que inspiraron al Constituyente de 1917, y en congruencia con el nuevo Sistema Procesal Acusatorio, además de los tratados internacionales que nuestro país adopta como miembro del concierto internacional, en dicha materia, los principios rectores que rigen el proceso penal son, entre otros: la presunción de inocencia, oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, concentración, continuidad y la libre valoración de la prueba, recogidos en el capítulo único del título primero, bajo el rubro “Principios, derechos y garantías”, ya que con ello se estima que se garantizan o por lo menos se crean las condiciones necesarias para el pleno y absoluto respeto a los derechos humanos de los justiciables en materia penal.

Esto es así porque la presunción de inocencia al consignar que toda persona se presume inocente hasta en tanto no se demuestre su culpabilidad delimita e impone lo siguiente:

- *impone la carga de la prueba al órgano acusador*; la publicidad, a la vez que asegura el control, tanto interno como externo, de la actividad

jurisdiccional y de todos los intervinientes en el proceso penal, permite la transparencia en la administración de justicia;

- *la oralidad*, como condición necesaria para hacer efectiva la publicidad, excluye al mínimo la forma escrita de las actuaciones procesales;
- *la inmediación*, al exigir que todos los actos procesales, principalmente la producción de las pruebas, sean presenciados por el juez que va a resolver, impide la delegación de las funciones jurisdiccionales;
- *la contradicción*, al autorizar que todos los sujetos procesales tengan plenas facultades de intervención, sobre todo en la recepción de pruebas y contrapruebas, eleva la calidad de la información que los jueces utilizan para la toma de decisiones y posibilita una efectiva defensa del imputado;
- *la concentración y continuidad*, al demandar que los actos procesales se lleven a cabo, por lo general en una sola audiencia y sin interrupciones, garantiza que la administración de justicia sea pronta completa e imparcial, y la libre valoración de las pruebas, al otorgarle al juez la facultad de objetivizar o valorar el acervo probatorio según la sana crítica y conforme a las reglas de la lógica y de la propia ciencia indiciológica o teoría circunstancial, así como los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, ya que refrendan el carácter cognitivo-racional de la actividad jurisdiccional y excluye el régimen de la prueba legal o tasada.

Estamos a poco tiempo de un cambio radical, para dejar al Derecho Procesal Penal Tradicional, y entrar de lleno a un disquete modelo o sistema de Justicia Penal, pues el 18 de junio de 2008 se concretó una extensa reforma penal en materia de seguridad pública, justicia penal y delincuencia organizada en nuestro país, que quizá sea la reforma penal de mayor alcance desde 1917; dicha reforma nos motiva a reflexionar sobre el papel de la víctima ante las referidas reformas constitucionales al sistema de justicia penal.

Resulta innegable que la crisis de la Justicia Penal en México es una realidad y es necesario hacer el cuestionamiento respecto de algunas reformas que representan un cambio trascendental en el Sistema de Justicia Penal, y que inciden en las víctimas de los delitos, tales como: la acción penal privada, la admisión de mecanismos alternativos para la solución de controversias y los criterios de oportunidad; es decir, prescindir del sistema de justicia penal que solamente impartía castigos a los delincuentes y excluía a las víctimas a no encarar las necesidades emocionales y relacionales de aquellas personas que se vieron afectadas por el delito.

Lo anterior ha llevado a poner en los primeros lugares de la agenda nacional en México la revisión de los sistemas de seguridad de la sociedad y de justicia penal, lo que ha abierto paso a figuras como la “acción penal

privada”, el principio de oportunidad y la justicia restaurativa, que implican una revolución en nuestra tradición jurídica.

La adaptación de estas figuras significa un desafío institucional para nuestras sociedades. Por ello resulta de suma importancia determinar los beneficios y/o retrocesos que para las víctimas de los delitos representan las reformas constitucionales al sistema de justicia penal.

En un principio el mecanismo utilizado para sancionar o castigar a quien violentaba un derecho ajeno fue la venganza privada, luego la divina, la pública, la del Estado y *a posteriori* la científica, la cual se consideraba suficiente para dar por satisfecha la sanción o consecuencia, afortunadamente han quedado atrás las épocas en que la víctima de la infracción penal no contaba en el proceso.

Todo ello se debe a las aportaciones teóricas de ciencias como la Penología, Criminología, Política Criminal y la Victimología, porque se empieza a cuestionar el sistema penal infraccional, y se replantea la necesidad de volver a considerar a los protagonistas del conflicto, especialmente a la víctima.

Nace la inquietud de volver a un sistema en el que se restauren los nexos entre la víctima, el ofensor, la sociedad y los encargados de administrar justicia. Pero sobre todo que los entes partícipes conozcan de los otros sistemas de justicia, esto es, del sistema de fiscalización, antes procuración, administración de justicia, seguridad pública, sistema penitenciario y justicia internacional, pues, a todos ellos, se les considera como altamente profesionalizados.

Si bien el crimen suele producir un lógico enfrentamiento entre el autor del delito y el ofendido, el sistema penal vigente logra que el distanciamiento se convierta en definitivo e irreversible.

Así pues y en efecto, las víctimas son una realidad que ya no se puede ignorar ni postergar su protección integral, como cada vez más viene sucediendo, no solamente su restauración del daño producido sino los apoyos médicos y psicológicos que requiere para el restablecimiento de su salud deteriorada por causa del ilícito, ante la cual tampoco se puede cerrar los ojos. Las reformas a la justicia penal, desde la década pasada, han supuesto una incorporación paulatina de protección al ofendido o víctimas por el delito, principalmente en lo que atañe a sus derechos y su incorporación en el derecho penal. Sin embargo, los derechos constitucionalmente conferidos al ofendido por el delito y/o víctimas, por la reforma del 21 de septiembre del 2000, al agregar al artículo 20 constitucional un catálogo más preciso de derechos procesales, no parecen haber sido suficientes para su protección y atención.

No obstante, hay que reconocer que la situación de los ofendidos y/o de las víctimas no cambia por el sólo reconocimiento constitucional de sus derechos, pero sin duda se trata de un avance significativo. Por ello, es impor-

tante seguir propiciando no sólo la incorporación en la Legislación Penal del Derecho de las Víctimas, sino también la implementación de políticas alternativas a la justicia penal que prioricen la reparación en detrimento de la sanción.

2. TRATAMIENTO DE ESTE PRINCIPIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL REFORMADA

2.1. FUNDAMENTACIÓN

Al respecto, Ana Dulce Aguilar García¹ nos indica que el principio de presunción de inocencia, en la reforma constitucional del 18 de junio del 2008 expresamente establece que:

“En el contexto mexicano, la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008² incorporo el principio presunción de inocencia por primera vez de manera expresa como derecho del imputado”.³ El artículo 20 constitucional, apartado B, fracción I, establece sobre dichos derechos: “A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Sin embargo, en el caso de las entidades que han aprobado el nuevo sistema penal acusatorio, el régimen constitucional aplicable es el dispuesto por el régimen jurídico-penal anterior a la reforma de 2008, el cual no preveía expresamente el principio de presunción de inocencia, pero que la jurisprudencia de la SCJN integró al orden jurídico mexicano a través de su interpretación. Sobre este punto en particular, la SCJN resolvió lo que sigue:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo sufi-

¹ AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce, *op. cit.*, pp. 27-49.

² *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008.

³ El artículo segundo transitorio del decreto de reforma lo dispone así: “El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafo segundo y decimotercero; 17, párrafo tercero, cuarto y sexto; 19; 20, y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

cientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.⁴

Al reconocerse como principio constitucional, la presunción de inocencia enfrenta tres disposiciones creadas por la misma reforma que lo matizan: el arraigo por delitos relacionados con la delincuencia organizada, las medidas cautelares en libertad y la prisión preventiva oficiosa por los delitos graves señalados en el ordenamiento constitucional.

2.1.2. EL ARRAIGO CONSTITUCIONAL

En términos técnicos, el arraigo es una medida cautelar.⁵ El artículo 16, párrafo octavo, de la Constitución, dice:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesaria para el éxito de la in-

⁴ Tesis aislada: P. XXXV/2002. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, agosto de 2002, p. 14. “El Tribunal Pleno, en su cesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos”.

⁵ *Cfr.* ESTRADA MICHEL, Rafael, “Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal mexicano”, en Estrada Michel, Rafael (coord.), *Cultura constitucional para la implementación del sistema de justicia penal*.

vestigación la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

La misma reforma, en el artículo transitorio 11, permite además la permanencia del arraigo por delitos graves en las legislaciones locales, en tanto no reformen su sistema penal para convertirlo en acusatorio.

De acuerdo con la exposición de antecedentes de las comisiones legislativas que aprobaron la reforma constitucional de 2008, el arraigo es una medida cautelar “novedosa” que consiste en:

[...] detener a un individuo, por orden judicial, durante un periodo determinado, a petición del Ministerio Público, durante la investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria. Existe el arraigo en el domicilio físico del investigado o el que se cumple en un lugar distinto, inclusive de la demarcación donde reside, el primero se ha utilizado para delitos calificados como graves por la ley y el segundo sólo para presuntos miembros de la delincuencia organizada, siempre con autorización judicial previa.⁶

Y agrega:

La medida es de suma utilidad cuando se aplica a sujetos que viven en la clandestinidad, o que no residen en el lugar de la investigación, o cuando pertenecen a complejas estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles del movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizarán a la autoridad o afectarán a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aún la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación o la necesidad de esperar la recepción de pruebas por cooperación internacional.⁷

Asimismo, establece que:

Es evidente que la creciente organización de la delincuencia ha puesto en algún nivel de riesgo las clásicas instituciones jurídico-procesales, por lo que el legis-

⁶ Cámara de Senadores, Dictamen aprobado por el Senado (devuelto a la Cámara de Diputados), con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria*. México, 13 de diciembre de 2007, p. 9. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=130&nIdRef=197&nIdPL=5&cTitulo=CONSTITUCIÓN%POLITICA%DE%LOS%ESTADOS%UNIDOS%MEXICANOS&cFechaPub=18/06/2008&cCateg=DECRETO&cDescPL=DICTAMEN/REVISORA>.

⁷ *Idem*.

lador ha ampliado el espectro de medidas eficaces para contrarrestar su impacto en la percepción de inseguridad pública, una de éstas es el arraigo.⁸

Los párrafos anteriores son muy significativos porque señalan las justificaciones que emite el legislador para considerarla constitucionalización del arraigo a la luz del problema concreto que significan los grupos de delincuencia organizada en México. Razones por las que las comisiones dictaminadoras de la reforma consideran que es una medida “eficaz” y necesaria para contrarrestar la percepción de inseguridad pública.

Lo cierto es que, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2011 (Envipe), difundida por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la percepción de inseguridad pública aumentó a partir de 2009. En ese año, dicha percepción en las entidades federativas era de 65.1%, índice que se mantuvo estable en 2010 y que creció a 69.5 % en 2011. Mientras tanto, en los municipios o delegaciones, tal índice fue de 48.8% en 2009, de 54.4% en 2010 y de 60.1% en 2011.⁹

Esto significa que a pesar de la implementación de mecanismos constitucionales como el arraigo, hasta la última encuesta oficial no había evidencia empírica que indicara que el arraigo es un mecanismo eficaz para contrarrestar la percepción de inseguridad entre la ciudadanía.

Los argumentos que se sustentan en la eficacia deben ser tomados siempre con mucha cautela en la construcción de un orden constitucional que prediga riesgos inminentes a la seguridad de un Estado (por ejemplo, terrorismo o delincuencia organizada). En el diseño de medidas que protejan ese interés legítimo de la sociedad es indispensable también generar instrumentos que protejan los derechos fundamentales de las personas sujetas al *ius puniendi*.¹⁰

En palabras de Ferrajoli, en el Estado de derecho democrático “ni el legislador es omnipotente ni la ley arbitraria; al contrario, sobre todo si aquélla tiene por objeto el uso de la violencia, estará sujeta a límites legales previos, unos formales, otros dotados de contenido”.¹¹

Así, para que el ejercicio del poder punitivo del Estado sea legítimo —como puede ser la privación de libertad que significa el arraigo—, debe sujetarse a “deberes concretos constitucionales de tipo sustancial, como el principio de igualdad o la salvaguarda de derechos fundamentales”.¹²

⁸ *Idem*.

⁹ Véase INEGI, “Resultados de la Envipe 2011”. Disponible en: <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/español/prensa/comunicados/envipe.asp>.

¹⁰ MIGUEL CARBONELL, sobre el nuevo artículo 16 constitucional, pp. 143-145 Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/15/cle/cle8.pdf>.

¹¹ FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo...*, *op. cit.*, p. 176.

¹² *Idem*.

Esos deberes concretos constitucionales, que se traducen en la protección de los derechos humanos previstos en la ley fundamental y en tratados internacionales en apego al artículo 1.º constitucional, han sido violados con la aplicación de la medida de arraigo, con base en decisiones recientes de organismos de derechos humanos locales y tribunales federales.

Por ejemplo, de acuerdo con la Recomendación 02/2011,¹³ sobre la violación a los derechos humanos de las personas sujetas a arraigo en el Distrito Federal, regulado por la ley local relativa a delincuencia organizada (previsto en el artículo 11 transitorio de la reforma constitucional de 2008) vulnera los derechos fundamentales. Según esa recomendación, los derechos quebrantados son: el derecho de debido proceso (incluida la presunción de inocencia), el derecho a la adecuada protección judicial, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho a la libertad y seguridad personales, el derecho a la integridad personal, los derechos de las personas privadas de libertad y el derecho a la salud.

En relación con el tema materia de este folleto, en el análisis de casos concretos la Comisión identificó resoluciones judiciales que revertían de manera directa la carga de la prueba al detenido sobre la necesidad de cautela y violaban, por tanto, la presunción de inocencia. Al hacer esto, expone la Comisión, el juez deja de proteger el derecho del ciudadano. En tales casos, ese organismo considera fundamental la aplicación del principio pro persona en favor de quien intenta arraigarse, considerando la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal como las normas más favorables.¹⁴

Esta misma forma de interpretación fue utilizada por un juzgado federal de distrito en el juicio de amparo 908/2011-V¹⁵ al negar una solicitud de arraigo penal regulada por la ley de San Luis Potosí. Al inicio, el tribunal da cuenta del significado del principio pro persona de la siguiente manera:

[...] a partir de la reforma constitucional de diez de junio del dos mil once, se elevaron a rango constitucional los derechos humanos protegidos tanto por la Carta Magna como por los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte, cuestión que implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad integrado ya no sólo por la ley fundamental sino también por los referidos instrumentos supranacionales; asimismo, se incorporó el principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas. El citado principio supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, deberá elegirse, aquella que más proteja al titular de un

¹³ Exp. CDHDF/I/122/AZCAP/10/D10131. "Violaciones a derechos humanos con motivo de la solicitud, expediciones en las que se aplica el arraigo en el Distrito Federal".

¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

¹⁵ Juicio de Amparo 908/2011-V, Juez Tercero de Distrito en San Luis Potosí. Sentencia del 13 de octubre de 2011, pp. 10-11.

derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que, igualmente, proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

Más adelante, abunda:

[...] no debe soslayarse que el control de convencionalidad no sólo debe ejercerse en sede internacional, a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien es la encargada de realizar un examen de confrontación normativo entre el derecho interno y lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que además dicho control de convencionalidad debe ejercerse en sede interna por conducto de los Jueces internos quienes tienen competencia para inaplicar (sic) alguna disposición de derecho interna y aplicar el referido instrumento supranacional, mediante un examen de confrontación normativo en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona.

En atención a lo anterior, el tribunal federal consideró que la medida de arraigo violaba el derecho a la libertad personal, a la libertad de tránsito, y al derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre el último asunto, señaló que con la imposición del arraigo “tampoco se le da al indiciado el tratamiento de inocente, ya que éste es detenido arbitrariamente para ser investigado, cuando lo correcto debiera ser llevar a cabo una investigación para posteriormente detener a aquél”.¹⁶ Por tanto, el tribunal concedió el amparo al quejoso en contra de la orden de arraigo.

Las decisiones anteriores demuestran la incompatibilidad del arraigo previsto en legislaciones locales con disposiciones de derechos fundamentales, en particular sobre la presunción de inocencia y libertad personal.

Aunque la naturaleza de esa medida es la misma que la del arraigo establecido en el artículo 16 constitucional (y, por ahora, sabemos que los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales forman un bloque, constitucional, es decir, son normas con la misma jerarquía), surge la pregunta de si el arraigo constitucional regulado por el artículo 6, párrafo octavo, puede resistir un estudio de convencionalidad con base en el principio pro persona. Los tribunales nacionales todavía no dan respuesta a este cuestionamiento.

2.1.3. MEDIDAS CAUTELARES Y PRISIÓN PREVENTIVA

Como la presunción de inocencia prohíbe que el juez determine la culpabilidad antes de escuchar a las partes, eso llevaría a concluir que la persona acusada debería estar en libertad mientras dura su juicio. Aunque ésta

¹⁶ *Ibidem*, p. 22.

sería una de las garantías más importantes que conlleva el principio de presunción de inocencia, a lo largo de la historia ha sido matizada, tanto por legisladores como por jueces.

En Inglaterra, por ejemplo, los precedentes judiciales siempre consideraron la libertad durante el juicio como norma, incluso en casos de alto impacto, como homicidios. La libertad cautelar era obligatoria para los casos no capitales, y para los capitales quedaba a discreción del juez según las circunstancias del caso. “Negar la libertad a una persona que pudiera ser más tarde absuelta, era mucho peor que el riesgo para la comunidad al dejar en libertad al acusado”.¹⁷

A principios del siglo XIX, en Estados Unidos de América, tomando como base el Derecho inglés y posteriormente sus propias disposiciones constitucionales, en casos no capitales (es decir, que no acarreaban la pena de muerte) se presumía la libertad durante el juicio. Con el tiempo, la jurisprudencia estadounidense legitimó la prisión preventiva para casos no capitales.¹⁸

En el caso de México, la reforma constitucional de 2008 da vigencia tanto a la libertad cautelar con condiciones como a la prisión preventiva, con base en lo estipulado en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19, que dice:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Las Comisiones legislativas dictaminadoras de la reforma constitucional consideraron que esta disposición permitiría —en palabras de los legisladores— evitar el abuso de la prisión preventiva, presente en el sistema de justicia penal hasta el momento de su aprobación. En virtud de ello, se consideró necesario “establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto”.

El dictamen legislativo citado da cuenta de ello al señalar que:

Este nuevo diseño es acorde con el principio de presunción de inocencia. Diversos procesalistas clásicos y contemporáneos han hecho notar la inevitable antinomia que supone afectar los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso. La antino-

¹⁷ BARADARAN, Shima, “Restoring the presumption of innocence”, *Ohio State Law Journal*, vol. 72, núm. 4, 2011, pp. 728-729. Disponible en: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012.01/Baradaran.pdf>.

¹⁸ *Ididem*, p. 730.

mia es de por sí insalvable, pero para atenuarla en alguna medida se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepcional.¹⁹

El mismo dictamen consideró que la aplicación de medidas cautelares es un acto de molestia que sólo puede proceder cuando exista la necesidad de cautela; es decir:

[...] sólo cuando exista necesidad de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, procederá la aplicación de alguna medida cautelar de las que prevea la ley. La prisión preventiva sólo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados.

En virtud de ello, las medidas cautelares son provisiones de carácter procesal que tienen como fin asegurar la presencia de una persona en el proceso penal y contrarrestar los riesgos que ella puede representar para la sociedad, para la víctima y para el adecuado desarrollo del proceso.

Algunos ejemplos de estas medidas son:²⁰

- La prisión preventiva;
- La presentación de una garantía económica;
- La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;
- La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;
- El arraigo, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el juez disponga;
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- La separación inmediata del domicilio, cuando se trate de violencia intrafamiliar o delitos contra la libertad y el desarrollo psicosexual y cuando la víctima conviva con el imputado;
- Internamiento en un centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del adolescente así lo amerite;

¹⁹ Cámara de Senadores, *Dictamen...*, *op. cit.*, p. 17.

²⁰ Artículo 176 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos.

- La suspensión de derechos.²¹

Es importante subrayar que la reforma reconoce el principio de presunción de inocencia al considerar medidas alternativas a la prisión preventiva, aparte de la libertad provisional bajo caución. También establece lineamientos distintos para la imposición de medidas cautelares que, en principio, resultan en la aplicación práctica de dicho derecho en equilibrio con la seguridad ciudadana. Estos lineamientos se traducen en la prueba de necesidad de cautela cuando exista alguno de los riesgos procesales señalados por la ley.

Los riesgos procesales son disposiciones normativas que rigen la aplicación de las medidas cautelares de acuerdo con las condiciones particulares de la persona imputada de un delito. Los códigos procesales acusatorios vigentes señalan que estos riesgos pueden ser tres tipos.²²

- Riesgo de sustracción.* Significa la posibilidad de que la persona imputada no se presente en su juicio.
- Riesgo para la víctima; testigos o comunidad.* Alude a la probabilidad de que la persona imputada pueda cometer un delito doloso en contra de víctimas, testigos y comunidad.
- Riesgo de obstaculización del proceso.* Se refiere a la posibilidad de que el imputado destruya, modifique, oculte o falsifique evidencia, o que influya en testigos, coimputados o peritos para que no declaren o tengan comportamientos reticentes.

No obstante, la disposición constitucional citada tiene dos matices relevantes respecto de la presunción de inocencia. Por una parte, señala que las medidas alternativas a la prisión preventiva no podrán ser aplicables en el caso de que la persona imputada esté siendo procesada. Esto quiere decir que una persona que todavía no es declarada culpable en un proceso abierto, será sujeta de prisión preventiva en otro por el solo hecho de estar sujeta a aquél; en otras palabras, sin importar que una persona sea considerada inocente en un proceso vigente, ello resulta fundamento para dictar prisión preventiva en otro.

Por otra parte, igualmente impone la restricción de dictar medidas cautelares en libertad cuando la persona tenga antecedentes penales por delito doloso. Aquí, si bien los antecedentes penales son un factor para considerar un posible riesgo de reincidencia, el hecho de considerarlos un elemento independiente que de suyo destruye la posibilidad de gozar de libertad cautelar, cuestiona su correspondencia con la presunción de inocencia en el proceso actual.

²¹ Artículo 167 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California.

²² *Ibidem*, artículo 170.

En todo caso, sería conveniente confiar en la discrecionalidad judicial para estudiar en cada caso concreto cuándo debería dictarse una medida cautelar en libertad o prisión preventiva en atención al principio de proporcionalidad, y de acuerdo con los parámetros establecidos en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, relativo a los riesgos.

Al respecto, el dictamen ya anotado señaló:

Otro de los elementos que se debe tener en cuenta es que las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela. Los riesgos mencionados con anterioridad admiten graduación y nunca son de todo o nada, dependerán de cada caso concreto. Por ello es que la necesidad de cautela siempre deberá ser evaluada por el Ministerio Público y justificada por él ante el juez, con la posibilidad de que tanto el imputado como su defensor ejerzan su derecho de contradicción en una audiencia.²³

En *Bayarri vs. Argentina*, la Corte Interamericana destacó dos cosas importantes: una, que la prisión preventiva no se puede prolongar cuando la necesidad de cautela desaparezca, y dos, que la necesidad de privar a una persona de la libertad de manera provisional “debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia”.²⁴

De esta manera, se observa que las consideraciones que van más allá de los riesgos procesales exigidos para probar la necesidad de cautela son potencialmente anticonvencionales.

2.1.4. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. EL CATÁLOGO CONSTITUCIONAL DE DELITOS GRAVES

La prisión preventiva constituye el último recurso para contrarrestar los riesgos procesales señalados en la sección anterior. Probar la necesidad de cautela, en concordancia con la presunción de inocencia, corresponde al Ministerio Público.

Sin tener en cuenta los numerosos estudios que documentan tanto los mitos como los costos sociales y económicos de dicha medida,²⁵ el constituyente permanente dispuso que los jueces deberán dictarla de manera oficiosa para una serie de delitos. Esto es lo que se conoce como el catálogo constitucional de delitos graves. El artículo 19 constitucional, en su segundo párrafo, segunda parte, dispone:

²³ Cámara de Senadores, *Dictamen...*, *op. cit.*, p. 17.

²⁴ Corte IDH, Sentencia de 30 de octubre de 2008. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas, p. 74.

²⁵ *Cfr.* ZEPEDA, Guillermo, “¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México”, en Kathryn Fahnstock (diseño de la investigación); Patricia Hernández y Javier Carrasco (investigadores), y Míguel La Rota (autor del reporte), *El uso de la prisión preventiva en Nuevo León: estudio cuantitativo*.

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las Comisiones dictaminadoras de la reforma constitucional consideraron la pertinencia de regulación especial para el caso de delitos de alto impacto social (delitos graves), a pesar del reconocimiento que hacen del abuso de la prisión preventiva en el sistema de justicia penal mixto, al señalar.

Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva.²⁶

Es importante mencionar que la gravedad del delito, según la jurisprudencia interamericana, no es argumento suficiente para imponer la prisión preventiva de manera automática. En *López Álvarez vs. Honduras*, la Corte interamericana sostuvo que: “Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva”.²⁷

En fechas recientes, la Corte Suprema Federal brasileña resolvió que las disposiciones legales que obligaban a los jueces a dictar la prisión preventiva en casos de tráfico de drogas eran inconstitucionales y violaban los estándares internacionales. En opinión de la mayoría, prevenir la concesión de libertad provisional suele significar que un juez competente tenga la oportunidad previa, en este caso, “de analizar las hipótesis sobre la necesidad de prisión preventiva como anticipación de la pena, yendo en contra de varios dispositivos constitucionales”, en particular la presunción de inocencia y el debido proceso. Al imponer la obligación de dictar prisión preventiva, la ley hace de ésta la regla, y de la libertad la excepción, lo cual es contrario a las disposiciones constitucionales e internacionales.²⁸

²⁶ Cámara de Senadores, Dictamen aprobado por el Senado (devuelto a la Cámara de Diputados), con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria. México, 13 de diciembre de 2007, p. 18. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=130&nIRef=197&nIdPL=5&cTitulo=CONSTITUCIÓN%POLITICA%DE%LOS%ESTADOS%UNIDOS%MEXICANOS&cFechaPub=18/06/2008&cCateg=DECRETOS&cDescPL=DICTAMEN/REVISORA>.

²⁷ Corte IDH, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 67.

²⁸ Sentencia de Habeas Corpus HC 104339, Disponible en portugués en: <http://www.stj.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalle.asp?idConteudo=207130>.

En especial, una disposición como la del artículo 19 de la Constitución mexicana desconoce la capacidad jurisdiccional de decidir de manera discrecional sobre la medida cautelar más apropiada según las circunstancias del caso, al margen de la conducta de que se trate.

Al respecto, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su tercer párrafo, entre otras cosas, que: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Por su parte, la Observación General Núm. 8 del Comité de Derechos Humanos confirma el carácter excepcional de la prisión preventiva, y señala que: “la prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible”.²⁹ La nación de la prisión preventiva como último recurso también es retomada por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).³⁰

A su vez, la jurisprudencia interamericana ha considerado que la prisión preventiva es:

[...] la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En este sentido, el Tribunal ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.³¹

El tribunal interamericano ha insistido en numerosas ocasiones en la aplicación de la prisión preventiva con base en argumentos de necesidad y proporcionalidad. Así, sobre el caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*³² afirma que:

Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de

²⁹ Observación General Núm. 8, artículo 9, Derecho a la libertad y a la seguridad personal, 16º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 a 147 81982), párr. 3

³⁰ Adoptadas por la asamblea general en sus resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990, párr. 6.1.

³¹ Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C. Núm. 137, párr. 106.

³² Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 111. Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencias de 7 de septiembre de 2004, Serie C. Núm. 114.

la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.

En tanto medida cautelar excepcional, la prisión preventiva también debe limitarse a un plazo razonable.³³ La Corte Interamericana se ha pronunciado muchas veces respecto del requisito de la duración de la prisión preventiva. En *Suárez Rosero vs. Ecuador*³⁴ estableció:

De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...] En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocido.

En *López Álvarez vs. Honduras*, la Corte señaló, además, la importancia de entender la prisión preventiva a la luz del derecho a la libertad personal, al considerar que es obligación de los Estados “no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.”³⁵

Desde una interpretación optimista, el catálogo constitucional de delitos graves establece un techo constitucional a la facultad legislativa local que impide incluir en los códigos procesales delitos no previstos en la Constitución.

No obstante, la Constitución también prevé grupos de delitos en categorías susceptibles de ser llenadas de contenidos diversos, como los “delitos cometidos con medios violentos”, en donde “medios violentos” puede interpretarse de distintas maneras por el legislador local.

Con base en un análisis garantista y de acuerdo con parámetros de convencionalidad, surge también la pregunta de si el catálogo de delitos graves podría ser susceptible de impugnación o si en un caso específico, durante

³³ *Idem.*

³⁴ Corte IDH, Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie c. Núm. 35. Párr. 77.

³⁵ Corte IDH, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C. Núm. 41, párr. 69.

una audiencia de medida cautelar, el argumento de gravedad del delito como presupuesto de la prisión preventiva puede ser contrarrestado con parámetros de convencionalidad al aplicar la norma más favorable, que en este caso sería la de estudio de riesgos procesales concretos para el dictado de la medida en favor de la presunción de inocencia. El orden jurídico mexicano aún debe la respuesta a esta cuestión.

Es preciso recordar que la Suprema Corte de Justicia, al resolver la consulta a trámite mediante el expediente Varios 912/2010,³⁶ determinó el parámetro de análisis del control de convencionalidad que deben ejercer los jueces mexicanos y que incluye la obligación de tener en cuenta los derechos humanos contenidos en la Constitución y la jurisprudencia emitida por la Corte, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales que México ha ratificado y los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que comprenden las sentencias en las que el Estado mexicano fue parte (en las que no participó, se consideran criterios orientadores).

Este parámetro de interpretación judicial requerida por las nuevas disposiciones constitucionales supone tres pasos:³⁷

1. *Interpretación conforme en sentido amplio.* Significa que tanto los jueces como las demás autoridades del Estado mexicano deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia
2. *Interpretación conforme en sentido estricto.* Quiere decir que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, con base en la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales que los que el Estado mexicano sea parte, para evitar la afectación o vulneración del contenido esencial de estos derechos.
3. *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.* Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces por ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los

³⁶ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente Varios 912/2010 y votos particulares formulados por los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales, así como votos particulares y concurrentes de los ministros Arturo Zaldivar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Diario oficial de la federación, martes 4 de octubre de 2012, párr. 31, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011.

³⁷ *Ibidem*, párr. 33.

derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

En cuanto al control de convencionalidad, es importante recordar la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*:³⁸

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas; imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar la disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos su jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Lo anterior demuestra que el orden jurídico mexicano empieza a incorporar lineamientos concretos que permiten aceptar la posibilidad de interpretaciones que favorezcan los derechos humanos de las personas y, al mismo tiempo, reconozcan la legitimidad del reclamo social de seguridad y la protección de las víctimas.

El orden constitucional mexicano sienta algunas bases para ello, pero también demuestra que aún falta largo camino por recorrer para que los órganos jurisdiccionales establezcan criterios jurisprudenciales que permitan afirmarlo.

En relación con el tratamiento del principio de presunción de inocencia en nuestra legislación procesal penal reformada, las diferentes entidades federativas a medida de ejemplo lo explicitan en los términos siguientes:

El Código Procesal Penal del Estado de Durango establece:

Artículo 5. Principio de presunción de inocencia.

El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado.

³⁸ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie Núm. 220, párr. 225.

Ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable, hasta que la sentencia condenatoria haya causado estado.³⁹

Puede apreciarse la contundencia del dispositivo, el cual guarda concordancia con la norma constitucional que en su numeral 20 preserva expresamente el principio de presunción de inocencia. Este principio también impone deberes de comportamiento y actuación diferentes para el acusador que para el acusado. Por ejemplo:

- El deber de revelar la información y los medios de prueba que posee para sustentar los cargos, aun los que favorecen al acusado.
- Ésta no es una obligación correlativa, ya que el acusado, presumido inocente, no tiene que revelar ni descubrir su prueba ni aportar prueba que lo incrimine.
- Igualmente, el acusado nunca puede ser presentado ni solicitado como medio de prueba de la Fiscalía.
- No obstante, si el acusado renuncia a su derecho a guardar silencio, la renuncia opera no sólo a su favor, sino del proceso y en consecuencia, podrá ser contra examinado por la Fiscalía.
- Este principio lleva igualmente que ante cualquier procedimiento, la duda debe resolverse a favor del imputado o acusado y que la libertad es la regla general.

En relación con el Procedimiento Penal del Estado de Chiapas, el mismo trata el citado principio de presunción de inocencia, el cual, con la finalidad de reafirmar lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha aceptado sobre el particular, y con la intención de que dicho principio sirva de sostén fundamental de todo el sistema procesal penal que se propone, esto es, que sirva de guía en la interpretación y aplicación de las disposiciones legales, sobre todo de aquellas que coarten o restrinjan de cualquier modo, incluso cautelarmente, la libertad personal, éste quedó expresamente plasmado así:

El primer párrafo del artículo 5 refiere:

El imputado será considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso y en la aplicación de la ley penal, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado. Ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido hasta la sentencia condenatoria.⁴⁰

Puede apreciarse la similitud en cuanto al citado principio de presunción de inocencia, con el criterio sustentado por la legislación procesal penal en vigor del estado de Durango.

³⁹ Código Procesal Penal del Estado de Durango

⁴⁰ Código Procesal Penal del Estado de Chiapas.

En la entidad federativa de Oaxaca, una de las cuestiones más debatidas por los miembros de la comisión redactora del nuevo Código Procesal Penal para esa entidad consistió no tanto en si se debía o no consignar expresamente dicho principio —ya que éste, al encontrarse consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por México, es de observancia obligatoria en el país—, sino en las consecuencias garantistas que se derivan del mismo, principalmente con aquel que se refiere al tratamiento del imputado durante el proceso y su relación con la privación, como medida cautelar de la libertad personal del imputado antes de la condena, es decir, con los casos, requisitos y condiciones en que se justifica la procedencia de la prisión preventiva o provisional durante el proceso.

En otros países como Chile, dan el mismo tratamiento a la presunción de inocencia, al expresar en su numeral 42 del Código de procedimientos penales lo siguiente:

Artículo 42. A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado.⁴¹

Podemos apreciar que el principio de presunción de inocencia, su común denominador es de respeto, preservación y protección, tanto en la legislación mexicana como en la legislación de los países latinoamericanos.

3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

Tomando como base el que la prisión preventiva, como medida cautelar, está permitida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 18), y de que su validez, aunque cuestionada por la doctrina, la admite la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7.5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), únicamente para asegurar la presencia del acusado en el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; en el Código Procesal Penal que se analiza, dicha figura se encuentra prevista, como “medida de coerción personal”, en la fracción XI del artículo 169, ubicado en el capítulo II, sección 2, del Título Sexto “Medidas de coerción”, cuando “el delito de que se trate, esté sancionado con pena privativa de libertad” y sólo a solicitud del Ministerio Público “o Fiscal”.

Luego, entonces, la problemática que representa la prisión preventiva se reduce a determinar, para ser congruentes con los instrumentos internacionales antes citados y con la interpretación que sobre el particular han

⁴¹ Código de Procedimiento penal de Chile.

hecho tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en qué casos se justifica su validez, o como se lo pregunta Cárdenas Rioseco: el tema fundamental que debemos plantearnos es determinar, sin violar dichos tratados, ¿cuándo es válido sujetar a un inculpado a la prisión provisional de acuerdo con los tratados internacionales?

Previamente al análisis de los casos, condiciones y requisitos bajo los que, en el Código Procesal que se comenta, se autoriza imponer, como medida de coerción personal, a la prisión preventiva o provisional, es pertinente mencionar que de acuerdo con el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ésta “no debe ser la regla general”, sino la excepción, dado el carácter preeminente y universal de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia y el riesgo que tal medida representa para las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa, como así lo sostuvo en su momento la Comisión Interamericana en su Informe N° 12/96, párrafo cuatro.

También es necesario puntualizar que la propia Comisión Interamericana, en su Informe 2/97, al aceptar como únicos criterios que justifican, según el caso concreto de que se trate, la imposición de la prisión provisional, los siguientes:

- a) La presunción —yo diría de culpabilidad— de que el acusado ha cometido un delito;
- b) El peligro de fuga (riesgo grave e inminente de la acción de que se evada la justicia; caso urgente);
- c) El riesgo grave e inminente de que se evada de la acción de la justicia, ello catalogado como caso urgente;
- d) Con probabilidad de comisión de nuevos delitos;
- e) La necesidad de investigar objetiva y científicamente, la posibilidad de colusión;
- f) El riesgo de presión sobre testigos;
- g) La preservación del orden público, y;
- h) Como criterio, que ya hoy día se torna insuficiente a estas justificantes para sostenerla o prolongarla, la irracionalidad del tiempo que dure o que haya transcurrido sin dictarse la sentencia respectiva, excluye como válido para ello, es decir, para imponer la prisión preventiva, que las leyes atiendan a la naturaleza o a la gravedad del delito, por cuanto que con esto podría considerarse que al aún no declarado culpable, se le está imponiendo un castigo anticipado y podría dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley.

Por estas razones de peso, a las que cabría agregar las recomendaciones formuladas a nuestro país por la Comisión Interamericana en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en México de 1998 y el que las

garantías consagradas por la Constitución federal, tutelan derechos mínimos que pueden ser ampliados por el legislador ordinario, pues la comisión redactora del nuevo Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca, decidió no seguir plenamente el régimen normativo que en este aspecto impera en nuestra Ley Fundamental, sobre todo el relacionado con los casos y condiciones que se requieren para que proceda la libertad provisional bajo caución; como el de la gravedad del delito, ya que ello ha contribuido a que, en la práctica, la prisión preventiva sea la regla y no la excepción; y que se haya convertido en una de las principales causas de violación al derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia; incluso al derecho de defensa.

La entidad federativa de Chihuahua trata también en su legislación procesal penal el principio de presunción de inocencia, el cual establece:

Artículo 5. Presunción de inocencia:

- El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las *etapas del proceso*, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código.
- *En caso de duda*, se estará a lo más favorable para el imputado.
- En la aplicación de la ley penal son *inadmisibles las presunciones de culpabilidad*.
- Ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable, ni brindar información sobre ella en ese sentido, hasta la sentencia condenatoria.
- En los casos de quienes se encuentren sustraídos de la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

Nuevamente se manifiesta la similitud del principio, sin embargo es necesario destacar que a pesar de que todas las entidades federativas tienen la obligación de preservar en sus legislaciones adjetivas penales el principio de presunción de inocencia, no todas precisamente lo plasman expresamente en su ley procesal penal; seguramente que este principio irá regularizándose en la medida que se unifique en todo el país el nuevo Derecho procesal penal de tipo acusatorio y oral.

En consecuencia y a manera de síntesis comparativa de regulación legal de Corte Procesal de este trascendental principio, se consideraron los aspectos siguientes:

Regulación legal

1) La presunción de inocencia es una garantía consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales sobre derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

2) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias

a su defensa (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos).

3) Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (art. 18 constitucional).

Consecuentemente se debe establecer que entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva o provisional y la coactiva existe una marcada problemática entre ambas instituciones que debemos ir delimitando de manera objetiva en favor del inculgado.

La prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del principio de presunción de inocencia, reiterado por el artículo 8 de la Convención América de los Derechos Humanos. Cabe precisar, sin embargo, que la existencia de un ambiente de creciente sospecha contra una persona en el curso del proceso criminal no es “perse” contraria al principio de presunción de inocencia.

Tampoco lo es el hecho que esta sospecha creciente justifique la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva, sobre la persona del sospechoso.

En primer lugar el principio consagra un estudio jurídico, y no una presunción legal, el imputado es inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, y aquello no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad por parte del juez capaz de justificar ello medidas coercitivas de seguridad.

En segundo lugar, si se parte de la base que toda persona es inocente hasta que exista una sentencia firme que lo declare culpable, toda restricción a su libertad ambulatoria solamente se puede basar a título de medida de seguridad o de cautela, “cuando sea indispensable para asegurar el imperio de derecho, es decir la aplicación, efectiva y actual de la ley”.

En tercer lugar, para ser más exactos siempre debe mediar “que se compruebe la necesidad, efectiva y actual, de evitar el peligro de un daño jurídico; ya sea por la presumible realización de actos de capaces de entorpecer la investigación y recolección de pruebas; o por eludir el accionar de la justicia; o por que pueda continuar con la ejecución hechos que alteren el orden jurídico”.

Cabe indicarse con medida *ad cautelam*, y en cuarto lugar, que la restricción a la libertad individual sólo puede ser ejercida por el órgano jurisdiccional, mediante interpretación taxativa de la ley; siempre que se verifique concretamente dicha necesidad, auscultando la naturaleza y gravedad del delito, las condiciones morales, sociales y económicas del imputado y sus antecedentes (habitualidad o reincidencia) como figuras jurídico penales.

Por lo tanto durante el curso del procedimiento el imputado, no puede ser tratado como un sujeto culpable. Sin embargo tal afirmación no se puede sostener, dado que durante la sustanciación del proceso no se elimina la coerción estatal. Así, el reconocimiento de tal garantía no impide la aplicación y regulación de medidas de coerción, todo ello antes del dictado de la sentencia firme de condena.

Debo insistir y demostrar sistemáticamente que la coerción, así observada, es el medio organizado por el Derecho Punitivo (Ciencia Penológica), para que el Estado intervenga en el ámbito de libertad de las personas y, cuando nos referimos a la *coerción procesal*, aquella que se practica con el fin de asegurar la realización del proceso de conocimiento, para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.

3.1. RELACIÓN PROCESO LEGAL, ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA GARANTÍA DE JUICIO PREVIO

El enunciado de este principio, conocido como garantía del juicio previo, está relacionado directamente con el principio de legalidad, por el cual toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme no sólo a una ley que establezca previamente el delito y la pena, sino también a una ley que señale el procedimiento a seguir.

La primera derivación de esa garantía es el mando constitucional de que nadie puede ser considerado sin una sentencia, obtenida en un juicio que lo declare como tal (presunción de inocencia).

Juicio previo y principio de inocencia se encuentran íntimamente vinculadas y por tal razón se han destacado como garantías básicas del proceso penal. A partir de ellas y sobre ellas comienza a construirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan en el proceso penal.

3.2. JURISPRUDENCIA (HECHO NOTORIO)

CASO PRETUZZI Y OTROS (SENTENCIA NO 52 DE MAYO DE 1999; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS). Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por

graves que puedan ser ciertas acciones y por culpable que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.

RECURSO EXTRAORDINARIO CARÁCTER EXCEPCIONAL CUESTIÓN FEDERAL COMISIÓN DE NUEVO DELITO VIOLACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PACTOS INTERNACIONALES-FISCAL / RAMOS BARROS, CARLOS HUMBERTO Fecha: 26/05/2004 Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Expediente: 78663. Respecto al sentido y alcance de la expresión “comisión de un nuevo delito art. 76, 4º párrafo C.P., al resolver la casación, referí los principios esenciales específicos, esto es el principio de presunción de inocencia, como también el principio de legalidad, prohibición de la interpretación extensiva de la ley penal en perjuicio del imputado y prohibición de la analogía. Todo ello conduce a la violación de las garantías constitucionales y los Pactos Internacionales que con jerarquía constitucional rigen en nuestro país. En consecuencia estimo, corresponde admitir formalmente el recurso extraordinario federal”.

3.3. LA VALORACIÓN DE PROBANZAS EN DICHO PRINCIPIO

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

Hemos visto que el principio de presunción de inocencia al postular “que toda persona se considera inocente hasta en tanto no se demuestre, en un juicio previo, su culpabilidad”, también se traduce en una “regla del juicio” que permite imponer la carga de la prueba a quien acusa, es decir que: “En el procedimiento penal el *onus probandi* de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado”.

Y es precisamente esa presunción, que tiene la naturaleza de *iuris tantum* y que subsiste a lo largo del proceso, dado que de ella se parte, la que debe ser destruida por el órgano que acusa; subsistencia que, por otra parte, impone que la sentencia de condena debe fundarse en la certeza del tribunal que resuelve acerca de la existencia de un hecho punible y de la participación del acusado en éste, a tal grado que en caso de duda debe absolverse (*in dubio pro reo*).

Estas repercusiones garantistas del principio de inocencia, que han sido reconocidas no sólo por la doctrina nacional y extranjera, sino también por la Comisión Interamericana y por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la práctica mexicana constantemente se vulneran y se invierten, al subsistir en el sistema procesal penal ordinario (federal y local), por ejemplo, el régimen de la prueba tasada y el valor casi absoluto que se le otorga a las pruebas recabadas por el Ministerio Público durante la fase de la investigación ministerial.

Partiendo de estas premisas y, además, de que las pruebas de cargo que el órgano acusador aporte durante la secuela procesal, deben obtenerse de forma lícita y con las debidas garantías procesales, el artículo 121 (Carga de la prueba), del Código Procesal de Durango, bajo el tema “Ministerio Público y órganos auxiliares” dispone:

La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público o (fiscal) o al Acusador Privado,⁴² quien deberá demostrar en la audiencia de debate oral y público la existencia del delito así como la participación del acusado en éste, salvo lo dispuesto para el procedimiento abreviado”.

3.4. EL VALOR DEL ACTA EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

Cuando el juzgador ha visto y oído, gracias a la intermediación de la que no podrá beneficiarse ningún otro órgano jurisdiccional, la declaración prestada por el testigo directo e inmediato de los hechos enjuiciados (el testigo de cargo), relatando el hecho acaecido y la forma en que éste ha tenido lugar, así como la actuación del acusado, ese Tribunal hace una valoración de esa prueba testifical y obtiene de la misma un resultado que plasma en el *factum* de la sentencia. Ni el Tribunal juzgador, o el revisor o Supremo en casación, están vinculados a los estrictos términos semánticos con que se recoge en el acta del juicio oral aquella declaración, pues la experiencia nos demuestra que en la mayoría de los casos, ni en el acta se registra la totalidad de lo manifestado, ni tampoco concuerdan exactamente lo declarado con lo que figura el documento, lo que, por lo demás, es perfectamente comprensible dada la mecánica con que se desarrolla esta labor. Es la declaración incriminatorias en sí misma la que se configura como prueba de cargo y no las concretas expresiones terminológicas que se hagan constar en el acta —a veces dispares de las apreciadas por los juzgadores—, puesto que, de otro modo, sería el Secretario del Tribunal quien se convertiría en juez. De tal manera que el Tribunal forma su convicción a partir de la prueba testifical en su conjunto, valorándola de modo unitario.

En trance de casación, a la Sala Segunda sólo le cabe comprobar la existencia de prueba de contenido incriminatorio, cuya concreta ponderación —se insiste— habrá de efectuarla en exclusivo el juzgador según lo visto y oído por éste en el juicio oral, pero sin estar constreñido por la estricta literalidad de los términos que figuren en el acta, la cual “hará constar sucintamente cuanto importante hubiera ocurrido en aquel acto”, razón por la cual cuando las partes o el Tribunal lo estimen oportuno, se interesa la constancia literal en ella de lo declarado, mientras que, en general, el acta se limita a dar cuenta de manera esquemática y resumida del desarrollo

⁴² Código Procesal Penal el Estado de Durango.

de las sesiones de la vista. Por ello, cuando se aduce falta de prueba de cargo de algún elemento determinante de la culpabilidad del acusado, a aquél le bastará con confirmar la concurrencia de prueba de naturaleza inculpatoria al respecto, sin necesidad de diseccionar microscópicamente la literalidad del acta analizando las particulares expresiones allí contenidas y su incidencia en el resultado probatorio, pues ello supondría una intromisión constitucional y procesalmente prohibida en el ámbito privativo de la valoración de la prueba que al Tribunal de instancia le está atribuido.

En el mismo sentido, la omisión en el acta de una determinada expresión o cualquier otro detalle, no condiciona la función de valoración de las pruebas por el juzgador, pues éste no juzga en función de lo que conste en el acta, sino de la propia percepción de las pruebas practicadas a su presencia, de lo que los jueces sentenciadores ven y oyen por sí mismos, y en esto consiste precisamente la soberana facultad del juzgador de valorar en conciencia las pruebas practicadas sobre las que forma su convicción acerca de los hechos enjuiciados.

Por otra parte, tras declarar que la legibilidad del acta está en relación con la presunción de inocencia y su examen casacional, recomienda a los órganos jurisdiccionales que cuiden de que tal acta se expida en condiciones de legibilidad, para facilitar la labor de defensa y la posterior impugnación de la resolución dictada en la instancia. No podemos dejar de poner de manifiesto también esta preocupación en sentencia, interpretando el precepto contenido en la ley, cuando expone el Secretario del Tribunal extenderá acta de cada sesión que se celebre, y en ella hará constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido, y que tales actas deben ser obviamente legibles. Sin embargo, dicha norma procesal también dispone que al terminar la sesión se leerá el acta, haciéndose en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si el tribunal en el acto las estima procedentes, razón por la cual debemos desestimar este motivo, fundando en quebrantamiento de forma, pues la defensa, al firmar el acta, no hizo objeción alguna a la misma.

Radicalmente contraria esta la doctrina que otorga al acta del juicio un carácter funcional para posibilitar la verificación de la existencia de prueba de cargo suficiente para fundamentar una condena penal, dado que el control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria sólo puede hacerse a través de la correspondiente acta, levantada por el secretario judicial que, conforme a lo mandatado en la ley, ha de documentar fehacientemente el acto y contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral ha de estarse a lo que el acta dice y a lo que no dice, por lo que no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba en virtud del hecho de que se haya hecho alguna alusión a su contenido si la reproducción mediante su lectura no

queda reflejada en el acta del juicio, único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente.

En definitiva, el acta del juicio oral es un documento fehaciente que resulta imprescindible para llevar a cabo el control externo que nos complete al efecto de concluir si hubo o no en el proceso prueba de cargo suficiente y practicada con las debidas garantías de oralidad, contradicción e inmediación.

En el caso no hubo prueba de que el acusado usara un cuchillo para perpetrar uno de los robos imputados, porque el acta no reflejaba que lo hubiera manifestado alguno de los intervinientes en el juicio.

No cabe oponer que el testigo sí se refirió a este extremo en el juicio, y que si no se hizo constar así en el acta fue porque en ella no queda reflejando sino en forma fragmentaria, lo que en verdad acontece en el juicio oral, ya que tal razonamiento conduce a la formulación de una mera suposición (en tanto que afirmación no contrastada en forma objetiva) de que en verdad se practicó prueba de cargo suficiente, suposición esta que resulta de todo punto incompatible con el derecho a la presunción de inocencia. Dicho de otra manera: lo que no se dice en el acta del juicio que en ese momento se produjo es como si no se hubiese producido, aun cuando en verdad se produjera, no pudiendo en cualquier caso presumirse *in malam partem* dicha producción. La conclusión que de todo ello se desprende resulta evidente: no hubo en el proceso prueba de cargo suficiente de que, en uno de los robos atribuidos al demandante de apelación o amparo éste hubiese hecho uso de un arma peligrosa... por lo que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia.⁴³

⁴³ *Ibidem*, pp. 63-65.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*
Y SU CORRELACIÓN CON EL DE PRESUNCIÓN
DE INOCENCIA

El principio *in dubio pro reo* opera a distintos niveles en el sistema de justicia penal. Es un principio general de los que vertebran el sistema penal de cualquier sociedad democrática, teniendo relación con el principio de presunción de inocencia. Es asimismo un principio que desarrolla toda su vigencia en el campo de la prueba, y finalmente es un criterio interpretativo dirigido a los jueces y Tribunales en la fase de valoración de la prueba de suerte que si ante la valoración crítica del acervo probatorio de un caso concreto, el Tribunal sentenciador no traspasa el umbral de la probabilidad sin llegar al de la certeza, esa duda debe resolverse a favor de la tesis más favorable para el acusado.

1. SU NATURALEZA

Para que pueda dictarse una resolución condenatoria es necesario que el órgano juzgador disponga de un acervo probatorio de signo evidentemente inculpatario, actuando para ello con absoluta libertad de valoración, si bien debe expresar y razonar su proceso valorativo para no caer en la arbitrariedad. El grado de certeza absoluto es difícilmente alcanzable, por las especiales características del proceso penal, pero siempre es imposible llegar a una aproximación a los hechos enjuiciados que permitan conformar una convicción basada en pruebas directas o indirectas de contenido incriminatorio. Nunca se puede traspasar la barrera de la duda razonable, ya que ello nos llevaría al mundo de la inseguridad jurídica y material que no es admisible en el curso de enjuiciamiento delictivo. Llegado al punto de duda o la falta de claridad de los elementos probatorios, un principio democrático y progresista que rige el proceso penal impone a los jueces y tribunales la obligación de pronunciarse, en el caso de duda, por una solución absolutoria.

Como apunta el principio *in dubio pro reo*, es una regla vertebral de valoración dirigida exclusivamente a los jueces y tribunales del orden penal;

en virtud de la cual en aquellos supuestos a enjuiciar en los que exista una indestructible duda racional derivada de la valoración de las pruebas de cargo y de descargo, deben adoptar el criterio más favorable al reo. Por ello el destinatario natural del principio es el Tribunal sentenciador que debe valorar la prueba.

Es, por tanto, en el momento de valoración de la prueba cuando entra en juego el principio *in dubio pro reo*, que por tratarse de un criterio interpretativo, tanto de la norma como de la resultancia procesal, a aplicar por el juzgador de instancia en su función valorativa, cae fuera del ámbito casacional.

Repetidamente la jurisprudencia ha subrayado que el principio *in dubio pro reo* no puede ser entendido como un derecho del acusado a que los Tribunales duden de ciertas circunstancias. De ello se ha derivado una clara consecuencia. La ausencia de una duda en la decisión del Tribunal de la causa no puede fundamentar una infracción de ley que habilite un recurso de casación. En este mismo sentido, nos dicen que el principio *in dubio pro reo* nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación.

Como se expresa, el principio *in dubio pro reo* no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en la ley de la materia, pero esa doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos muestre dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo.

Por lo tanto, el principio *in dubio pro reo* sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida e la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio *in dubio pro reo* no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda.

También se afirma que se vulnera el principio *in dubio pro reo* cuando el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptan la versión más perjudicial al mismo. Esto es lo que ocurrió en el caso enjuiciado, en que la audiencia estimó que el hecho de que el registro domiciliario constara efectuado en hora anterior a la de expedición del mandamiento pudo tratarse de un error sin mayor trascendencia; sin embargo, dice el Tribunal Supremo, la audiencia hace prevalecer una suposición que es la más perju-

dicial para la acusada, vulnerándose de esa manera el principio *in dubio pro reo*, en consecuencia estima el recurso y absuelve a la procesada.

Del mismo tenor, el Tribunal *a quo* no ha podido determinar si el acusado se encontraba o no en una fase aguda, pero sí que al día siguiente del hecho estaba afectado por ella y así lo ha expuesto en los fundamentos jurídicos. En la medida en la que la audiencia no pudo alcanzar una convicción categórica sobre el momento en el que comenzó la fase aguda de la esquizofrenia, comprobada inmediatamente después de la comisión del hecho, y simplemente pudo afirmar que no podía presumir que en el momento de los hechos que el acusado se encontrara en uno de esos intervalos, es evidente que debió aplicar el principio *in dubio pro reo*, que le impedía, en la duda, inclinarse por la hipótesis más perjudicial para el acusado. Consecuentemente debió declarar la inimputabilidad del acusado, la que, ante el desconocimiento del momento concreto en que el acusado tomó las sustancias estupefacientes, por *in dubio pro reo* debe considerarse que actuó con su imputabilidad disminuida, aplicando la eximente incompleta denegada por el Tribunal *a quo*.

Las mismas consideraciones se hacen, aunque en este caso el Tribunal *a quo* no expresó ninguna duda, pues la frase que usó la sentencia al relatar el hecho probado: “al parecer”, no indica dubitación de la Sala, porque esas palabras son locuciones conjuntivas que, como enseña el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, explican el juicio o dictamen que se forma en una materia según lo que ella propia muestra o la idea que suscita. Por lo tanto se trata en este caso de un simple giro retórico, expresivo no de una duda, ni de una mera posibilidad carente de certeza, sino del propio juicio o idea de la Sala acerca del hecho a que se “refiere”.

Por último, no resulta ocioso señalar que el principio *in dubio pro reo* no es de aplicación en el aspecto de la responsabilidad civil derivada del delito, el cual cede ante el principio de protección a las víctimas.

2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

Al respecto y a manera de un parangón doctrinal con la doctrina española y de esta conexidad entre la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* y el recurso de casación, Enrique Bacigalupo sostiene que:¹

En la teoría de los derechos fundamentales y del Derecho procesal moderno, el principio *in dubio pro reo*² es considerado como un componente

¹ BACIGALUPO, Enrique, “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación”, *Anuario Penal y Ciencia Penal*, Año XLV, Mayo-Agosto, España, 1987.

² *Vid.*, en la bibliografía española, entre otros: MARTÍNEZ VAL, J. M., “El principio *in dubio pro reo*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1956. Sentís Melero, S., “El prin-

sustancial del derecho fundamental a la presunción de inocencia. En este sentido, dice Roxin³ que “el contenido material de la presunción de inocencia es si se prescinde del núcleo que corresponde al principio *in dubio pro reo* hasta ahora poco claro”. Esta opinión se ve confirmada por otros autores que reiteran, en todo caso, que el principio de *in dubio pro reo* corresponde al contenido de la presunción de inocencia.⁴ Cuando el derecho a la presunción de inocencia no se deriva de forma directa de los textos del Derecho interno, la doctrina se remite al artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ha considerado que éste impone también el principio *in dubio pro reo*.

Este entendimiento de la presunción de inocencia, por otra parte, está respaldado por la historia del principio *in dubio pro reo*. “El Derecho común —dice Roxin—⁵ desarrolló, para el caso de inseguridad en la prueba, la pena por sospecha y la *absolutio ab instantia* para impedir la necesaria absolución. La lucha del iluminismo —agrega— contra estas instituciones preparó el terreno para el reconocimiento del principio *in dubio pro reo*. A partir de la introducción del sistema de la libre ponderación de la prueba en el siglo XIX, dicho principio se convirtió en seguro derecho consuetudinario”.⁶

A su vez Beccaria,⁷ cuya obra permite, como siempre, documentar estas conclusiones, se reveló enérgicamente contra “la casi prueba, la semiprueba, como si un hombre —decía— pudiese ser semiinocente o semireo, es decir, semiimpune o semiabsoluble”. Y agregaba: “Parece como si las Leyes o el juez tuvieran interés no en buscar la verdad, sino en probar el delito; como si no hubiera peligro mayor de condenar a un inocente cuando la probabilidad de la inocencia supera a la del delito”. La visión de Beccaria, como es sabido, se convirtió en la base ideológica del Derecho penal y procesal moderno.

cipio *in dubio pro reo*”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971. Guerra An Martín, J.; Belloch Julbe, J. A. y Torres López de la Calle, E., “El derecho a la presunción de inocencia”, en *La Ley*, núm. 4, 1982. Vázquez Sotelo, J. L., *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal*, 1984.

³ Straferfahrensrecht, 19a. ed., 1985, p. 59

⁴ Cfr. Baumann, Strafrecht, 7a. ed., 1975, p. 163. Frowein-Peukert, Emrk-Kommentar, 1985, p. 164. Frowein, Fes. F. Hans Hubert, 1981, pp. 553 y ss. Frisch, Fest. F. H. Henkel, 1974, pp. 273 y ss. Gollwitzer, Löwe-Rosenberg-StPO, 23a. ed., &261, 112. Trechsel, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) núms. 20 y 21/81, pp. 317 y ss., 335 y ss., respectivamente. Kühne, Strafprozesslehre, 2a. ed., 1982, p. 339. Hanack, Löwe-Roenberg, StPO, 24a. ed., 1985, & 337, 14. Boré, La cassation en matière pénale, 1985, p 596, núm. 1.970. FROSALI, *Sistema penale Italiano*, IV, 1958, pp. 177 y s. Illuminati, G., *La presunzione d'inocenza dell'imputato*, 1979.

⁵ *Loc. cit.*, p. 82.

⁶ Sobre la “pena de sospecha” y “absolución de instancia”, *vid.* También Roxin, *loc. cit.*, p. 403.

⁷ Dei Delitti e delle pene, 1764, ed. De G. Pisapia, 1973, XIII.

Este desarrollo histórico se condensa posiblemente de una manera especialmente significativa en las conclusiones del tema III del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional del Derecho Penal (AIDP) (Hamburg, 1979), entre las que se sostuvo que “la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal, que se integra, por lo menos, de los siguientes puntos: [...] d) en la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al inculpado”.⁸

En la historia del Derecho español, el principio *in dubio pro reo* sufrió una evolución semejante a la del resto de Europa, estudiada recientemente por Tomás y Valiente en un importante trabajo,⁹ aunque lo cierto es que su reconocimiento es relativamente reciente, pues, como regla de Derecho, se lo reconoció por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981.¹⁰

En la jurisprudencia española la vinculación del principio *in dubio pro reo* con el derecho de la presunción de inocencia, de todos modos no resulta tan clara como en los otros países europeos.¹¹

El Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde su sentencia 31/1981 que “una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”. El mismo concepto se expresó con toda claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional 55/1982,¹² en la que se afirmó que “para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba”, y se derivó esta exigencia del derecho a la presunción de inocencia.

Esta vinculación del principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia no fue puesta en absoluto en tela de juicio en el voto particular formulado por el magistrado don Ángel Escudero del Corral en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. En éste se expresa que “la presunción de inocencia, que en su formulación latina *in dubio pro reo* ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico como principio general [...], ha venido a ser, como se firma en la sentencia, desde su constitucionalización en el

⁸ Cfr. XII Congres International de Droin Pénal, 1979, Actes du Congrès, pp. 554, 560 y 566.

⁹ *In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia!, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20/1987 (mayo-agosto), pp. 9 y ss.

¹⁰ De 28 de julio (BOE, núm. 193, de 13 de agosto), Sala Primera, recurso de amparo núm. 113/80, ponente: Magistrada doña Gloria Begué Cantón, otorga parcialmente el amparo, voto particular del Magistrado don Ángel Escudero del Corral.

¹¹ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, con una amplia documentación.

¹² De 26 de julio (BOE, núm. 197, de 18 de agosto), Sala Segunda, recurso de amparo núm. 0/82, ponente: Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra, deniega el amparo.

artículo 24.2 de la Constitución Española, un auténtico derecho fundamental, vinculante para todos los Tribunales de Justicia y dotado de la garantía del amparo constitucional”.¹³ La discusión en torno a la tesis central de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, como se puede ver, no versó sobre el carácter de derecho fundamental del *in dubio pro reo*, sino, en realidad, sobre el aspecto institucional referente al control de su observancia por parte de la judicatura ordinaria en el marco del recurso de amparo, es decir, por parte del Tribunal Constitucional. El alcance de la discrepancia es sumamente importante porque el voto particular que puso en duda la competencia del Tribunal Constitucional al respecto en verdad subrayó que tal control estaba constitucionalmente reservado por el artículo 117.3 de la Constitución española a la exclusiva jurisdicción de los Tribunales del Poder Judicial, afirmando implícitamente, que éstos debían considerar el principio *in dubio pro reo* como parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El Tribunal Supremo, por el contrario, viene sosteniendo, antes y después de la sentencia de vigencia de la Constitución, antes y después de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, que el principio *in dubio pro reo* es simplemente una “norma de interpretación” dirigida al juez,¹⁴ o que “la presunción de inocencia tiene naturaleza procesal”¹⁵ o que el principio “*in dubio pro reo*” “no se integra en precepto sustantivo alguno”.¹⁶ A partir de esta concepción, como es lógico, una vulneración del principio *in dubio pro reo* carecerá de los requisitos que permitirían su revisión en la casación, toda vez que en ningún caso se estaría ante la infracción de un “precepto de carácter sustantivo”, ni ante una hipótesis del quebramiento de forma de los artículos 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en éstos no contempla expresamente la vulneración de aquel principio.¹⁷

De esta manera, el Tribunal Supremo la extendió al recurso de casación los límites institucionales postulados para el recurso de amparo por el voto particular, que tuvo lugar en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. Consecuentemente, resulta que cuando se alegue en el recurso de casación una vulneración de la presunción de inocencia, solo procederá comprobar la existencia formal de una actividad probatoria con independencia de su posible fuerza dialéctica o argumentativa (voto del magistrado don Ángel Escudero del Corral), o sea, quedará excluida la verificación de si de la prueba de cargo se puede deducir la culpabilidad del procesado,

¹³ Cfr. Jurisprudencia Constitucional, Tribunal Constitucional y *Boletín Oficial del Estado*, T. II, p. 222.

¹⁴ SSTs 21-5-1979, 31-1-1983 y 6-2-1987.

¹⁵ SSTs 14-1-1987, 21-1-1987 y 23-1-1987.

¹⁶ STS 6-5-1986.

¹⁷ Cfr. SSTs 4-3-1971 y 25-5-1979; *vid.*, asimismo, en detalle, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Tomás Y Valiente, *op. cit.*, pp. 9 y s.

como lo exige la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. El resultado de esta extensión de los límites institucionales postulados por el voto particular de aquella sentencia del Tribunal Constitucional, al recurso de casación importa la reducción de la significación de la garantía de la presunción de inocencia a la simple exigencia de que se practique prueba antes del dictado de la sentencia. Esta concepción “minimizada” de la presunción de inocencia¹⁸ a la que se amputa expresa falta un renglón de la que el Tribunal Constitucional estableció: expresamente en la sentencia 31/1981, sino también de la definición que subyace al artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el que se entiende que “la culpabilidad del acusado se deberá probar por el acusador y toda duda jugará en favor del acusado”.¹⁹

De todos modos, es preciso señalar que entre las declaraciones programáticas sobre el principio *in dubio pro reo* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la práctica de este Tribunal es posible comprobar una cierta diferencia. El Tribunal Supremo exige en múltiples oportunidades que además de haberse practicado prueba, ésta sea suficiente. Esta formulación se debe entender como “suficiente para fundar la certeza del Tribunal”, con lo que la distancia entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo comienza a reducirse.

¿Se justifica la orientación postulada por el Tribunal Supremo?

Para responder a esta pregunta conviene analizar separadamente los diversos argumentos que entran en consideración a este respecto.

a) En primer lugar habrá que analizar si las razones institucionales del voto particular del magistrado don Ángel Escudero del Corral se pueden extender al recurso de casación. En otras palabras, es preciso investigar si hay razones de esta naturaleza que impongan, una limitación de la jurisprudencia del Tribunal de Casación respecto del principio *in dubio pro reo*.

La reducción del ámbito del recurso de amparo postulado por el citado voto particular se apoya —como se dijo— en el artículo 117.3 de la Constitución española. Esta disposición constitucional establece que: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. Dado que, se argumenta, comprobar si de la prueba se puede deducir o no la culpabilidad del procesado es en realidad un componente esencial del “ejercicio de la potestad jurisdiccional”. El Tribunal Constitucional, que no pertenece al Poder Judicial, no podría revisar la conclusión a la que hubiera llegado el Tribunal de la causa o el Tribunal Supremo.

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ RAMO, *La Ley*, 1983, núm. 818.

¹⁹ FROWEIN, Peukert, *loc. cit.*, p. 164. Trechsel, *loc. cit.*

El desarrollo posterior de esta cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —a pesar de la claridad de la STC 31/1981— forma parte de uno de los aspectos todavía oscuros en la materia de la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional ha sido, por lo general, claro en lo referente a uno de los aspectos de la presunción de inocencia, es decir, en lo referente a sus facultades de control respecto de la legitimidad de la prueba con la que deben formar su convicción los Tribunales penales²⁰ (aunque está todavía pendiente una decisión respecto de la llamada “prueba del sumario”, que ostensiblemente vulnera los principios de inmediación, publicidad y contradicción, declarados de jerarquía constitucional por el propio Tribunal Constitucional).

Y, en principio, ha sido también claro en lo referente a su jurisdicción para controlar las consecuencias del principio *in dubio pro reo*, es decir, si las pruebas son verdaderamente de cargo y si de ellas se puede deducir la culpabilidad del procesado. Ello se percibe no sólo en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, sino, sobre todo, en las sentencias 174/1985,²¹ 175/1985,²² 169/1986,²³ en las que el artículo 120.3 de la Constitución española tiene una significación acaso más importante que el artículo 24.2 de la Constitución Española.²⁴

Sin embargo, en este aspecto de la cuestión no faltan pronunciamientos que introducen una cierta incertidumbre y que, por tanto, sugieren un tratamiento detenido del “argumento institucional”. Sirven de ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional 109/1986²⁵ y 126/1986.²⁶ En la primera de estas sentencias, al definir el alcance del derecho a la presunción

²⁰ *Cfr.* STC 56/1982: “La valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener el carácter de tal, es sin duda el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar y como tal puede ser asumido para fundamentar el recurso de casación”.

²¹ De 17 de diciembre (*BOE*, núm. 13, de 15 de enero de 1986), Sala Primera, recurso de amparo núm. 558/1983, ponente: Magistrado don Ángel Latorre Segura, otorga parcialmente el amparo.

²² De 17 de diciembre (*BOE*, núm. 13, de 15 de enero de 1986), Sala Primera, recurso de amparo núm. 429/1984, ponente: Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant, otorga parcialmente el amparo.

²³ De 22 de diciembre (*BOE*, núm. 17, de 20 de enero de 1987), Sala Segunda, recurso de amparo núm. 162/1986, ponente: Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, deniega el amparo.

²⁴ Probablemente también en la línea de las anteriores sentencias la STC 47/1986, en la que se afirma que “la función del Tribunal Constitucional es [...] verificar si ha existido esa prueba que puede estimarse racionalmente de cargo”.

²⁵ De 24 de septiembre (*BOE*, núm. 253, de 22 de octubre), Sala Primera, recurso de amparo núm. 664/1985, ponente: Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, deniega el amparo.

²⁶ De 22 de octubre (*BOE*, núm. 276, de 18 de noviembre), Sala Primera, recurso de amparo núm. 1.202/1985, ponente: Magistrado don Francisco Rubio Llorente, deniega el amparo.

de inocencia en el “régimen jurídico de la prueba” el Tribunal Constitucional se reduce a señalar sólo tres puntos que parecieran no incluir el principio *in dubio pro reo*. El derecho a la presunción de inocencia se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional 109/1986 significa: “1) que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo condena sin pruebas; 2) que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condenar han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas, y 3) que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia de no participación en los hechos”. En la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1986 se percibe, ante todo, una mayor cercanía con el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, que con la opinión de la mayoría de esta última, pues se vuelve sobre el argumento del artículo 117.3 de la Constitución española. Pero además se agrega que la presunción de inocencia es bien distinta de “lo que podríamos llamar el derecho al acierto del juez”. Este no sería —dice esta STC 126/1986— un derecho, “sino la finalidad que orienta todo el sistema procesal y que no tiene, fuera de éste, garantía”.

Estas últimas decisiones ponen de relieve que acaso no se han despejado aún todas las dudas respecto del significado del artículo 117.3 de la Constitución española, expresamente citado en la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1986, y que ello repercute en una reducción del ámbito del derecho constitucional de la presunción de inocencia en relación con el principio *in dubio pro reo*.

El artículo 117.3 de la Constitución española, sin embargo, no se puede interpretar como un fundamento adecuado para limitar el control constitucional referido al derecho a la presunción de inocencia;²⁷ ni es posible deducir de este supuesto límite el contenido de la presunción de inocencia.²⁸

Es claro que la Constitución ha puesto la “potestad jurisdiccional” en manos del Poder Judicial y que sobre ello el artículo 117.3 de la Constitución española no deja duda alguna. Lo que ya no es tan claro es que de aquí se pueda deducir que hay aspectos de esa actividad que están excluidos de todo control constitucional. El fundamento del control del Tribunal Constitucional se apoya en el principio de la supremacía de la Constitución. Si ésta establece garantías que afectan tanto a la determinación del hecho como a la aplicación del Derecho, no puede haber razón institucional alguna para excluir del control tendente a la supremacía de la Constitución a los aspectos jurídicos de la determinación del hecho. Una limitación de este poder de control por el Tribunal Constitucional con respecto a los aspectos jurídicos de la determinación de los hechos que fundamentan la aplicación

²⁷ Así acaso, la STC 126/1986.

²⁸ Así acaso, la STC 109/1986.

del Derecho no se podría justificar de ninguna manera en el principio del judicial *selfrestraint*, pues este principio es consecuencia de la legitimidad democrática “derivada”, que es propia de los Tribunales constitucionales y, consecuentemente, sólo debe regir en relación al control constitucional del Parlamento (mediante el recurso de inconstitucionalidad), que es el órgano del Estado de mayor ilegitimidad democrática. Pero no se puede extender al control constitucional del Poder Judicial, pues éste, en todo caso, padece, por lo menos, del mismo déficit de legitimidad democrática que el Tribunal Constitucional.²⁹ En conclusión, una reducción del ámbito del control del principio *in dubio pro reo* por parte del Tribunal Constitucional no parece impuesto por el artículo 117.3 de la Constitución española.

El argumento institucional, desde otro punto de vista, no se podría utilizar para reducir el contenido del derecho a la presunción de inocencia, llegando a la conclusión de que aquello que el Tribunal Constitucional no podría controlar no podría formar parte de este derecho fundamental. Dicho de otra manera: se afirmaría que sólo sería contenido del derecho fundamental lo que el Tribunal Constitucional puede controlar. Dado que el artículo 117.3 de la Constitución española le impediría controlar una correcta aplicación del principio *in dubio pro reo*, éste carecería de toda protección constitucional. Esta consecuencia del argumento institucional no ha sido extraída en forma expresa por nadie, pero quizá esté latente en algunas decisiones.

Contra esta conclusión se debe señalar de todos modos que incurre en el error de atribuir un equivocado peso específico a disposiciones constitucionales que tienen diversas significaciones. El contenido de los derechos fundamentales, en este sentido, debe ser determinante de las instituciones y no a la inversa. Ello se debe a que el fin de las instituciones del Estado es, precisamente, la realización de los derechos fundamentales.

Por último, como se comprenderá, el argumento institucional desarrollado en el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, cualquiera que sea su fuerza de convicción, sólo podría afectar al recurso de amparo. Su traslado al recurso de casación parece, por tanto, difícilmente sostenible, pues estos recursos son de competencia del Tribunal Supremo, y éste pertenece al Poder Judicial.

En conclusión: el argumento institucional no es, en principio, adecuado a la Constitución; si lo fuera, no podría tener ninguna repercusión en el ámbito de la casación.

b) En segundo lugar debemos ocuparnos de las razones técnicas de la casación. Dicho de otra manera, ¿es factible un control en la casación del cumplimiento del principio *in dubio pro reo* por los Tribunales de Instancia dentro de nuestro sistema procesal?

²⁹ Cfr. Dreier, *Recht, Moral. Ideologie*, 1981, pp. 126 y ss.

La cuestión se vincula directamente en el significado del sistema de apreciación en conciencia de la prueba (art. 741 de la LECr.). La primera aproximación a este tema parece sugerir qué la apreciación en conciencia no sería revisable fuera de la propia conciencia del que juzga. Si su convicción debe ser “íntima”, como lo decía el artículo 342 del *Code d'instruction criminelle de 1808*, en el que surgió este sistema de apreciación de la prueba,³⁰ receptado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pareciera que no hay lugar para una verificación de la misma ante un segundo Tribunal.

Sin embargo, este sistema ha tenido una evolución, tanto en Francia como en Alemania, que dista ya bastante de su configuración inicial. Por lo pronto, tanto la teoría como la práctica de estos países han procurado encontrar límites a la libertad judicial respecto de la ponderación de la prueba.³¹ Por un lado, se ha tendido a reducir la competencia de los jurados, para quienes estuvo pensado el sistema, sólo a una parte pequeña de los hechos punibles. Por otra parte, se han manifestado dos tendencias limitadoras del sistema de libre convicción que se desenvuelven en dos líneas distintas, pero paralelas: en Francia se han extendido las exigencias relativas a fundamentación, mientras que en Alemania “sólo se reconoce en el campo de la ponderación de la prueba una especie de libertad, cuyo carácter es, de todos modos muy discutido”.³² En Francia, donde ya no rige el artículo 342 del Código de 1808, está vigente el 427 del actual *Code de Procédure Pénale* (1958) que recoge de todos modos el sistema de la íntima convicción, y en Alemania rige el parágrafo 261 de la StPO que establece que “sobre él resultado de la prueba recibida decide el Tribunal según su libre convicción formada a partir del conjunto del juicio oral”.³³ La similitud de la StPO con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es notoria.

En la culminación de esta evolución del sistema de libre convicción se destaca en primer lugar que “la mera seguridad subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la prueba producida no parte una conclusión racional sobre la autoría del acusado”,³⁴ y, además, que “el acusado tiene que ser protegido de las falsas apreciaciones del juez en la formación de su convicción”.³⁵ Los defensores alemanes del principio de la libre valoración han acentuado siempre el aspecto racional de la misma.³⁶

³⁰ Nobili, *II principio del libero convincimento del giudice*, 1974.

³¹ Cfr. Dedes, *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, 1986, pp. 929 y ss.

³² *Ibidem*, p. 934.

³³ Cfr. Sobre este parágrafo Gollwitzer, Löwe-Rosenberg StPO, 23a. ed., 1978, & 261, con más bibliografía. Meurer, *Gedächtnisschrift*, f. H Kaufmann, 1986, pp. 947 y ss.

³⁴ Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1985, pp. 77.

³⁵ *Idem*. También Peters, *Strafprozess*, 3a. ed., 1981, p. 282. Gollwitzer, *loc. cit.*, & 261, núm. 12.

³⁶ Mayer, H., Fes. F. Mezger, 1954, pp. 445 y ss., 457. También *vid.* Greger, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978, pp. 6 y ss.

¿Cómo ha sido posible llegar a estas conclusiones aparentemente tan lejanas del punto de partida?

La evolución sufrida por el sistema de la “libre convicción” con respecto a los límites de la libertad de la convicción en Alemania se apoya en la elaboración dogmática del concepto de “libre convicción” o de “apreciación en conciencia”. Dicha elaboración ha prestado especial atención a los “componentes objetivos de la formación de la convicción”³⁷ partiendo de una clara distinción entre libre convicción y arbitrariedad³⁸. Estos componentes objetivos han permitido un nuevo concepto que contrasta claramente con la antigua noción puramente subjetiva de la convicción, que no permitía control alguno.³⁹ De esta manera se puede excluir del concepto de libre convicción aquello que sólo es arbitrariedad.⁴⁰

En este sentido se afirma fundamentalmente que “la formación de la convicción judicial sobre los hechos es un suceso complejo cuyos elementos interdependientes se componen de afirmaciones de probabilidad no cuantificables”.⁴¹

Este suceso complejo se caracteriza por dos niveles diversos:

El *primer nivel* consiste en la formación, sobre la base de lo percibido (lo visto y lo oído) en el juicio oral, de las premisas de las que se debe deducir la valoración de la prueba. Aquí entran en consideración las conclusiones del Tribunal de Instancia acerca del valor de la veracidad de las declaraciones del acusado y testificales, de la existencia de indicios, de la significación de la prueba pericial y del valor de las opiniones de los peritos. Este aspecto de la valoración de la prueba está fuertemente condicionado por la intermediación. Este nivel corresponde básicamente a la decisión sobre la existencia o no de prueba de cargo en el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. En esta fase existen, a su vez, dos aspectos de consideración: la percepción que tiene lugar en el juicio oral y la motivación de la interpretación de la percepción que tuvo lugar en dicho juicio.

En el *segundo nivel* se trata de la observancia de las Leyes de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos de las deducciones que el Tribunal formula a partir de la prueba de cargo. Este nivel constituye lo que se puede designar como la infraestructura racional de la formación de la convicción.⁴²

La deducción, ante todo, no debe ser lógicamente contradictoria: de testigos que no saben no es posible deducir conocimientos, de peritos que

³⁷ ROXIN, *loc. cit.*

³⁸ *Cfr.* ROXIN, *loc. cit.* Greger, *loc. cit.*

³⁹ *Cfr.* ALBRECHT, NStZ, 1983, p. 486.

⁴⁰ *Cfr.* GOLLWITZER, *loc. cit.*, & 261, núm. 52.

⁴¹ GOLLWITZER, *loc. cit.*, & 261, núm. 12.

⁴² *Cfr.* GOLLWITZER, *loc. cit.*, núms. 12 y 56.

carecen de seguridad sobre sus conclusiones no se puede extraer seguridad, etc. Es decir, las deducciones a partir de la prueba deben ser lógicamente sostenibles. Además no pueden contradecir la experiencia general: “experiencia, en este sentido es conocimiento que se obtiene por los sentidos y no sólo mediante el puro pensamiento”.⁴³ En esta categoría entran en consideración también los juicios de probabilidad que frecuentemente son fundamento de la prueba.⁴⁴ En la deducción, finalmente tampoco se debe omitir la observancia de conocimientos científicos suficientemente asegurados. Cada uno de estos límites racionales de la ponderación de la prueba tiene, como es lógico, una problemática dogmática concreta que aquí no es posible desarrollar.⁴⁵ Se trata de una fase del juicio sobre la prueba que está directamente vinculada con el tercero de los segmentos de la máxima establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981: “De la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado”.

En Francia esta problemática se ha canalizado a través de la exigencia de motivación inclusive en lo referente a la cuestión de hecho. En tal sentido se afirma que “el control de la motivación no es sola mente el medio por el cual la Corte de Casación cumple su control en la aplicación de la Ley, es también un aspecto de su misión jerárquica y disciplinaria, ya que es deber de una Corte Suprema evitar toda degradación de la función judicial y velar por la calidad de la motivación de las decisiones judiciales”.⁴⁶ Este control de la motivación “se ejerce principalmente sobre los motivos de hecho y se presenta, por tanto, como un límite a la soberanía de los jueces en la constatación de los hechos”.⁴⁷ De todos modos, se señala, es un control jurídico, pues “los vicios (de la motivación) sólo son sancionados si los motivos ausentes o insuficientes impiden establecer o aplicar la buena regla de Derecho”.⁴⁸

La idea fundamental, en consecuencia, postula que una incorrecta determinación del hecho repercute en una incorrecta aplicación del derecho: “Detrás de la pantalla del vicio de forma —agrega Boré—⁴⁹ casi siempre lo que se censura es un vicio de fondo, pues la regla de Derecho ha sido puesta en actividad sin que se haya justificado por la sentencia la reunión de todas las condiciones de su aplicación, lo que constituye una violación de la Ley por falta aplicación”.⁵⁰

⁴³ SCHWELING, ZStW 83, pp. 345 y ss., 436.

⁴⁴ Cfr. GREGER: *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978.

⁴⁵ Cfr. GOLLWITZER, *loc. cit.*, núms. 59 y ss. Hanack, Löwe-Rosenberg StPO, 24a. ed., 1985, & 337. Núm. 11.

⁴⁶ BORÉ, J., *La cassation en matière pénale*, 1985, pp. 601.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Loc. cit.*, p. 603.

⁵⁰ En el mismo sentido en Alemania, Peters.

En la práctica, la exigencia de motivación se refiere a la obligación de los Tribunales de dar respuesta fundada a toda enunciación de hechos realizada por las partes, cuando, de ser éstos establecidos, serían susceptibles de influir sobre la responsabilidad penal del procesado.⁵¹

En la tradición de la casación española anterior a la Constitución de 1978, por el contrario, se siguió una línea completamente diversa de la alemana y la francesa,⁵² pues, en lugar de acentuar los aspectos racionales de la valoración de la prueba se puso constantemente de relieve la intangibilidad de la decisión en conciencia del Tribunal de Instancia. Los comentarios críticos que esa tradición ha merecido en el extranjero se resumen en las siguientes palabras: “La libertad casi ilimitada de la valoración de la prueba (de que gozan los Tribunales españoles) tiene como resultado la inobservancia de principios procesales obligatorios, como forma de alcanzar incondicionalmente la verdad y, como última consecuencia, inclusive el encubrimiento de la violación de tales principios”.⁵³

Las consecuencias que se derivan en la doctrina y en la práctica alemanas de la elaboración dogmática del juicio de valoración de la prueba con respecto al recurso de casación son claras: la observancia por parte del Tribunal de Instancia del principio *in dubio pro reo*, y, principalmente, de las Leyes lógicas y los principios de la experiencia, son revisables en la casación.⁵⁴

La fundamentación de estas consecuencias en la doctrina alemana se completa con otros dos puntos de vista no menos importantes: el “método rendimiento” y el de “la responsabilidad compartida”⁵⁵; De acuerdo con el primero, los límites entre lo que es controlable en la casación y lo que no lo es se determinan por las posibilidades procesales limitadas de que dispone el Tribunal de casación. Ello permite afirmar, en principio, que sólo se excluye de su control aquello a lo que el Tribunal de casación no puede acceder porque depende de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral. El segundo punto de vista trata de explicar por qué el recurso de casación se limita sólo a la comprobación de la correcta aplicación del Derecho (sustantivo y procesal, en lo que corresponda). Entre el Tribunal de Instancia

⁵¹ Boré, *loc. cit.*, pp. 610 y 611. Nótese la diferencia de esas premisas con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que excluye el quebramiento de forma en los casos de incongruencia omisiva en relación con los “supuestos fácticos” (SSTC 30-1-1987, 25-2-1987, 19-2-1987, 4-3-1987 Y 6-6-1987).

⁵² *Cfr.* Quintano Ripollés, ZStW 72, 1960, p. 635. *Vid.* Silva Melero, *La prueba procesal*, 1963, T. 1. pp. 71 y ss.

⁵³ VOLLMANN-SCHLUCK, *Der Spanische Strafprozess zwischen Inquisitions-und Parteiverfahren*, 1979, p. 137.

⁵⁴ *Cfr.* GOLLWITZER, *loc. cit.*, núms. 57 y 59 y ss. Hanack, *loc. cit.*, núms. 11 y 14. Roxin, *loc. cit.*, pp. 336 y ss.

⁵⁵ *Cfr.* HANACK, *loc. cit.*, Vor & 333, núm. 5.

y el de casación se da una distribución de la responsabilidad: el primero es responsable de la determinación de los hechos y el segundo de la aplicación del Derecho.

En conclusión, en la casación no es posible un control de los aspectos del juicio de valoración de la prueba que dependen en forma directa de la inmediación. Pero nada impide el control en la casación de los otros aspectos, es decir, de los que conforman la infraestructura racional de dicho juicio. Por tanto, también es posible el control, dentro de estos límites, de si ha habido una lesión del principio *in dubio pro reo*. En otras palabras, el Tribunal de casación podrá y deberá verificar si a pesar de una ponderación objetiva de los resultados de la prueba se mantienen todavía dudas no despegables en favor del acusado.⁵⁶

La investigación realizada hasta ahora nos permite alcanzar un primer resultado:

La orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se justifica, por tanto, ni institucional ni técnicamente. El principio *in dubio pro reo* es parte de la garantía constitucional de la presunción de inocencia y el control de su observancia en la casación es perfectamente compatible con el sistema procesal de valoración de la prueba en conciencia. La elaboración dogmática del sentido y del contenido del juicio sobre la prueba permitida además dispone de medios técnicos para llevar a cabo este control.

Despejados los interrogantes tratados en el capítulo anterior, es preciso considerar ahora la cuestión de si la configuración del sistema legal del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite abrir el recurso a las vulneraciones del principio *in dubio pro reo*.

Si se tiene el principio *in dubio pro reo* como parte integrante de la garantía de la presunción de inocencia, como lo estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, la respuesta será sumamente sencilla. El artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que, cuando proceda el recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. A la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 la cuestión debería quedar resuelta, pues si el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni dicha sentencia ofrecen la menor duda. Si esto es así, el presente trabajo tendría aquí su punto final.

Por el contrario, si se amputara a la presunción de inocencia el *in dubio pro reo*, la cuestión ofrecería quizá dificultades, pues cabría pensar que aunque el sistema de apreciación de la prueba en conciencia no ofrezca reparos para un control de la observancia del beneficio de la duda, el legislador, de todos modos, habría tenido razón para configurar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un recurso de casación en el que no se diera cabida a cuestiones como ésta.

⁵⁶ TRECHSEL, *loc. cit.*, p. 322.

Es claro que ante todo cabría preguntar qué razones podría haber tenido el legislador para excluir de la casación la vulneración del *in dubio pro reo*, en otras palabras, qué razones le habrían obligado a dotar de las menores seguridades al respecto más significativo del sistema procesal fundado en la apreciación en conciencia de la prueba. Pues resulta indiscutible que una condena sobre la base de una dudosa comprobación del hecho no puede, en ningún caso, ser el fundamento de una apreciación en conciencia; si subsiste la duda, no se puede condenar en conciencia.

Si como vimos, el control se puede llevar técnicamente a cabo, no se perciben razones político-procesales que pudieran conducir a renunciar al mismo. El punto de partida del sistema procesal penal en garantía, ante todo, que no se condenara inocentes. Pero tanto, una interpretación teleológica de las disposiciones que autoriza el recurso de casación no debería conducir a una exclusión de las lesiones del principio "*in dubio pro reo*" del ámbito de la revisión, sino todo lo contrario.

Los textos legales, por otra parte, no sugieren en lo más mínimo una función con esta finalidad del sistema, como intentaremos de mostrar.

Parece claro que en el Derecho español el control del respecto del principio *in dubio pro reo* en la casación no tiene perspectiva alguna por la vía del quebrantamiento de forma.⁵⁷

Por la vía de la infracción de Ley el control depende de la naturaleza jurídica del principio *in dubio pro reo*, dado que el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal requiere la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley.

La investigación requiere responder, entonces, a dos preguntas: qué naturaleza tiene el principio *in dubio pro reo*, y qué significa en el texto del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.

- i. Sobre la esencia del principio *in dubio pro reo*, existen muy diversas opiniones. Esta diversidad de opiniones contrasta con la unidad de pareceres respecto del significado de la vulneración del principio para la casación. Como lo señala Hanack,⁵⁸ existe prácticamente unidad respecto de que la lesión del principio es materia de fondo del recurso, es decir que no requiere las formalidades exigidas para las

⁵⁷ En la doctrina del Derecho francés, como se vio, la cuestión podría ser planteada como quebrantamiento de forma, sea por la vía de la insuficiencia de motivación (Boré, *loc. cit.*, p. 600), sea por la vía de la vulneración de las reglas que rigen sobre la carga de la prueba (Boré, *loc. cit.*, p. 596). En la doctrina y en la práctica del Derecho Italiano, así como del Alemán, por el contrario, las vulneraciones del deber de motivar tienen cabida por la vía de la infracción de ley (Cfr. Frosali, *loc. cit.*, p. 434).

⁵⁸ LÖWE-ROSENBERG STPO, *cit.* & 337, núm. 14

lesiones del Derecho. Si el juez condena sin observar este principio, aplicará falsamente el Derecho de fondo.

- ii. Un primer punto de vista vincula al principio *in dubio pro reo* con el derecho de las pruebas, como “regla probatoria”, “principio de valoración de la prueba” o “principio de la carga” o “principio de carga y valoración de la prueba”.⁵⁹

Este punto de vista ha sido criticado con razón, pues “el principio no regula la prueba como tal, dado que no dice que conclusiones se deben extraer de los medios de prueba, sino que interviene precisamente cuando la prueba, a pesar del agotamiento de los medios probatorios, ha fracasado”.⁶⁰ Los mismos argumentos permiten excluir la vinculación del principio *in dubio pro reo* con las reglas para la determinación de los hechos, ya que nada se puede deducir de él con respecto a la mayor probabilidad de la existencia de los hechos de la versión más favorable al acusado.

- iii. Otra fundamentación del principio *in dubio pro reo* ha sido formulada por Sarsted, en su conocida obra sobre la casación penal⁶¹ y seguida por otros prestigiosos especialistas del tema.⁶² El precepto penal que sanciona el homicidio —afirma Sarsted— sólo se refiere “a aquél respecto de quien se ha comprobado que ha matado a una persona, pero no a aquel que es sospechoso de haberlo hecho”. “Cuando la premisa menor: ‘A ha matado’ no se ha verificado, se produce una infracción de la lógica, si la conclusión se extrae como si ella se hubiera verificado”. Y concluye: “Si la premisa menor sólo puede decir: ‘Quizá A ha matado’, la conclusión ya no es correcta”.⁶³

Contra este punto de vista se ha objetado que se fundamenta en una “equivocada reducción de las normas del Derecho material a los fallos de los Tribunales”.⁶⁴ La tarea del Derecho Penal material sería únicamente, en la opinión de Frisch, la vinculación de la pena con determinadas conductas, sin tomar en cuenta los problemas procesales.

Esta crítica no es totalmente afortunada, pues no hay ninguna razón que quite plausibilidad a la idea de Sarsted; en la medida en que las normas del Derecho Penal sólo se realizan a través del proceso penal, la cuestión de si se introduce en su contenido también lo refe-

⁵⁹ Cfr. TRECHSEL, *loc. cit.* PETERS, *Strafprozess*, 2a. ed., 1966, p. 247.

⁶⁰ Frisch, Fest. F. Henkel, 1974, pp. 273 y s. (275). En el mismo sentido Stree, *In dubio pro reo*, 1962, p. 56.

⁶¹ SARSTED-HAMM, *Die Revision in Strafsachen*, 5.a ed., 1983.

⁶² Cfr. HANACK, *loc. cit.*, & 337, núm. 14.

⁶³ SARSTED-HAMM, *loc. cit.*, p. 298.

⁶⁴ FRISCH, *loc. cit.*, p. 277.

rente a su realización sólo puede ser una cuestión de posibilidad conceptual. En la medida en que un concepto de norma de esta naturaleza no es imposible, poco es lo que se puede decir en su contra a partir de la teoría de las normas. El punto de vista de Sarsted, por tanto, sólo puede ser discutido en relación con sus consecuencias —cosa que Frisch no ha hecho—, pero no en el plano teórico normativo.⁶⁵

La consecuencia práctica del punto de vista de Sarsted es clara: la vulneración del principio *in dubio pro reo* determina la infracción de la norma que incrimina el delito; es decir, una condena por homicidio en la que se hubiere infringido el principio *in dubio pro reo* se debería apreciar como una infracción del artículo 407 del Código penal.

- iv.* Roxin⁶⁶ y otros autores⁶⁷ entienden el principio *in dubio pro reo* como un principio de la prueba que se deriva del principio de culpabilidad en conexión con el de libre convicción y que, si bien no está expreso en la ley alemana (como no lo está en la española), se deriva de la presunción de inocencia que establece el artículo 6.2 de la Convención Europea. La inobservancia del principio *in dubio pro reo* importaría la lesión de la Ley que consagra la presunción de inocencia. En el caso del Derecho español esa Ley sería la Constitución (art. 24.2).
- v.* Por último un grupo de opiniones considera al principio *in dubio pro reo* como “una regla de decisión del derecho de aplicación de la Ley”⁶⁸ o como “un principio del Derecho material que se debe observar en la aplicación de la Ley”.⁶⁹

Todos los puntos de vista internamente no contradictorios que hemos expuesto permiten concluir que estamos en presencia de una norma jurídica que debe ser observada en la aplicación de la Ley. ¿Cuál sería esa norma en el Derecho positivo español? A mi modo de ver, no es otra que el artículo 24.2 de la Constitución Española. Pero si se sostuviera que esta disposición no alcanza al principio *in dubio pro reo*, entonces resultaría vulnerado el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues los principios que esta disposición establece se deben observar en la aplicación de la Ley penal, ya que sin determinar el hecho no es posible aplicar la Ley penal. Que el principio *in dubio pro reo* es la contrapartida de la “apreciación en con-

⁶⁵ *Cf.* BACIGALUPO, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11, 1986, pp. 61 y ss.

⁶⁶ *Loc. cit.*, p. 81.

⁶⁷ Por ejemplo, Tree, *loc. cit.*, p. 19.

⁶⁸ FRISH, *loc. cit.*, p. 283.

⁶⁹ HANACK, *loc. cit.*, & 337, núm. 14.

ciencia” se entiende por sí mismo. No se puede condenar “en conciencia” —como se dijo— si existe una situación de duda respecto de la culpabilidad del acusado.

Sólo cabría preguntarse aquí si este artículo tiene carácter sustantivo. La doctrina procesal española no ha dedicado una especial atención a esta cuestión dogmática. Por lo general parece dominar la idea de que, además de las Leyes penales, son normas de carácter sustantivo “las normas materiales pertenecientes a cualquier otra rama y que constituyan instrumento necesario para la aplicación de la Ley penal; por ejemplo, de naturaleza civil, mercantil, etc.”, sin hacer mención de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.⁷⁰ Todo parece indicar que éstas quedarían fuera del concepto de “norma jurídica: de carácter sustantivo. El problema del principio *in dubio pro reo*: por otra parte, no ha sido objeto de discusión en este contexto.

El carácter sustantivo de una norma, a los efectos de la casación, se debe determinar teleológicamente. La finalidad institucional de la casación es garantizar una aplicación correcta y uniforme de la Ley penal⁷¹ y brindar una protección jurídica realista.⁷² En el logro de esta finalidad —como es sabido—⁷³ se entrecruzan, de una manera no siempre pacífica, la unificación de las decisiones y la justicia del caso concreto. Sin embargo, en la medida en que se trate del principio *in dubio pro reo* este eventual conflicto de fines no tiene repercusión alguna: tanto la justicia como la uniformidad de las decisiones requieren que sólo quepa hablar de una correcta aplicación de las normas penales sustantivas cuando el hecho al que se las aplica ha sido correctamente determinado.⁷⁴ En consecuencia, todas aquellas normas que se deben tener en cuenta para la determinación del hecho se deben considerar como normas sustantivas, que deben ser observadas en la aplicación de la Ley. Entre éstas se encuentra, como es claro, el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el principio *in dubio pro reo*.

Contra esta conclusión se podría alegar que una norma de la Ley de Enjuiciamiento no puede tener carácter sustantivo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de afirmar que cuando una norma (de la Ley procesal o no) opera sobre un derecho fundamental (por ejemplo, el art. 504 de la LECr.) no puede ser considerada como meramente adje-

⁷⁰ PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., pp. 396 y 397. Cfr. También Fenech, *El proceso penal*, 1978, núms. 338 y 339, donde opone leyes sustantivas y procesales. Gómez Urbaneja-Herce Quemada, *Derecho Procesal Penal*, 9a. ed., 1981, p. 305, que parece recoger el contenido del artículo 524 del Código Procesal Penal italiano. Interesantes reflexiones en Álvarez-Valdés, F., *Revista de Derecho Público*, núm. 26/1934, pp. 39 y ss.

⁷¹ Cfr. Sobre este punto Hanack, *loc. cit.*, & 333, núm. 7.

⁷² Cfr. ROXIN, *loc. cit.*, p. 332. Schünemann, J. A., 1982, p. 73.

⁷³ Cfr. HANACK, *loc. cit.*, Vor & 333, núm. 8.

⁷⁴ Cfr. PETERS, *Strafprozess*, 3a. ed., 1981, pp. 565 y ss. HANACK, *loc. cit.*, &337, núm. 14. ROXIN, *loc. cit.*, p. 335.

tiva.⁷⁵ Pero, fuera de ello, lo cierto es que las normas que establecen la forma en que se debe determinar el hecho que es objeto del proceso tienen una vinculación esencial con las que determinan la prohibición y la sanción correspondiente, es decir, las normas del Derecho penal material. Su tratamiento como normas de procedimiento no da cuenta, por tanto, de esta relación esencial. Básicamente, el carácter de una norma no puede depender del lugar que ocupe en la codificación, o lo que es lo mismo, no estamos ante un problema que dependa íntegramente de la decisión del legislador. Por el contrario, la esencialidad de la relación existente entre las normas que determinan el hecho punible y las que establecen cuándo un hecho concreto se tendrá por probado en contra del acusado es consecuencia de que el principio *in dubio pro reo* es la contrapartida procesal de la función material de garantía de la Ley penal.⁷⁶ “Mientras el principio de la legalidad —dice Jescheck—⁷⁷ protege a todos frente a la condena por una acción cuya punibilidad y pena no estaban legalmente determinadas al tiempo de la comisión del delito, el principio *in dubio pro reo* brinda el necesario complemento estableciendo que no habrá pena sin la prueba del hecho y la culpabilidad”. La unidad de finalidad protectora del principio de legalidad y del principio *in dubio pro reo* exige un reflejo en la teoría de las normas que, lejos de agotarse en las categorías de normas penales materiales (sustantivas) y normas penales formales (adjetivas), debe dar lugar por lo menos a tres especies diferentes: normas penales materiales (sustantivas): las que establecen la punibilidad y las que determinan las condiciones de aplicación de éstas; normas penales formales (adjetivas): las que son puras normas procesales en sentido estricto, y normas de carácter sustantivo que se deben observar al determinar los hechos probados (por ejemplo, arts. 741 y 717 de la LECr).

¿Cómo se deben llevar a la práctica conclusiones?

La casación es un recurso limitado por su propia naturaleza. La llamada cuestión de hecho está, por definición, excluida de su objeto. Esto es así y debe seguir siendo así. ¿Cómo es posible, entonces, revisar si el Tribunal de Instancia ha aplicado correctamente el principio *in dubio pro reo*?

En la casación no es posible revisar aquellas conclusiones sobre la prueba del Tribunal de Instancia que dependen de la inmediación con que, ésta fue producida (método de rendimiento).

Por el contrario, “la ponderación de la prueba realizada por el juez del hecho puede ser controlada, así resume Roxin en lo referente a la observancia de las reglas del pensamiento o los principios generales de la experiencia y de los conocimientos científicos”,

⁷⁵ SSTC 32 y 34/1987, de 12 de marzo (BOE, núm. 71, de 24 de marzo).

⁷⁶ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3a. ed., Berlín, 1978.

⁷⁷ *Idem*.

Cuando la valoración de la prueba fundamenta la certeza respecto de los hechos mediante un razonamiento lógicamente incorrecto (por ejemplo, deduce la autoría del procesado de las declaraciones de los testigos que dicen que éste no ha sido el autor), o extrayendo conclusiones contrarias a los principios de la experiencia (por ejemplo, incompatibles con la ley de gravedad), o contrarias a conocimientos científicos (por ejemplo, las mediciones de la impregnación del alcohol en sangre), el Tribunal de casación podrá, en consecuencia, apreciar infracción de Ley por violación de una norma de carácter sustantivo (*in dubio pro reo*) que debió ser observada en la aplicación de la Ley: el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De esta manera no se alterará la naturaleza jurídica recurso de casación ni tampoco se reducirá la presunción de inocencia por debajo de sus límites históricos.

Esta elaboración, se debe recordar, sólo es necesaria para el caso en que se amputara al Derecho a la presunción de inocencia su núcleo más claro: el principio *in dubio pro reo*. Aun así, éste podría dar lugar al recurso de casación por infracción de Ley, por la vía del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En resumen: un concepto “minimizado” de la presunción de inocencia sólo excluiría la posibilidad de una revisión de la aplicación del *in dubio pro reo* por la vía del recurso de amparo; pero en ningún caso impediría su verificación en la casación, pues siempre sería alegable como infracción del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¿Qué críticas se podrían esperar contra la tesis aquí sostenida?

Desde un punto de vista clásico puede haber quienes abriguen dudas sobre si de esta manera la casación no resultaría desnaturalizada. Tales dudas se apoyarían en que un control del razonamiento que fundamenta la certeza del Tribunal respecto de los hechos importaría un desborde por encima de los límites que el recurso “por su propia naturaleza” debe tener.

El tema último de discusión en torno al principio *in dubio pro reo*, por tanto, no es otro que el de la naturaleza de la casación. ¿Qué finalidad institucional tiene la casación en nuestro Derecho?

La similitud de los textos legales que regulan el recurso y la comunidad del origen de todos ellos permite, nuevamente, recurrir a la doctrina y la práctica europeas comparadas.

Tradicionalmente se ha sostenido que la finalidad de la casación es guardar la unidad en lo aplicación del Derecho. Ello sería consecuencia tanto del principio de igualdad, como del principio de seguridad. En España la introducción del recurso de casación estuvo muy estrechamente vinculada a esta finalidad.⁷⁸

⁷⁸ Cfr. FAIRÉN, *Temas del ordenamiento procesal*, I, pp. 205 y ss.

Sin embargo, este punto de vista no es hoy incommovible, ni siquiera en Estados federales, donde la cuestión de la unidad de la aplicación del Derecho tiene una indudable vinculación con la unidad misma del Estado federal. Precisamente en Alemania se ha sostenido, como alternativa, que la verdadera función de la casación está en la justicia del caso concreto.⁷⁹

La opinión dominante en la doctrina alemana ha llegado, de todos modos, a una conclusión sintética:⁸⁰ el fin de la casación se debe ver tanto en la unidad de la aplicación del Derecho como en la justicia del caso concreto.

Pero la posibilidad de articular ambos objetivos resulta, como es lógico, motivo de no pocas controversias. Unidad generalizada del Derecho y justicia del caso concreto resultan difícilmente alcanzables a la vez, razón por la cual se abre el interrogante de la relación jerárquica de ambos fines.

Estas dificultades de la discusión han abierto el camino para otro intento de explicación que comienza a ganar terreno: “El fin de la casación —dice Roxin—⁸¹ es, según la voluntad del legislador, la de otorgar una protección jurídica realista”.⁸²

Para la resolución del problema que aquí hemos planteado no importa cuál de los puntos de vista sea el que debe merecer preferencia. Sí importa, por el contrario, señalar que la decisión al respecto debe partir de la Constitución y concretamente de los artículos 1 y 9.3 de la misma. España es un Estado cuyo orden jurídico reconoce como valores superiores, junto a la libertad y el pluralismo político; la igualdad y la justicia (art. 1). A su vez la Constitución de este Estado garantiza, entre otros principios, la seguridad jurídica y, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la CE).

Consecuentemente, los instrumentos jurídicos del proceso penal, y muy especialmente su sistema de recursos, no puede ser ajeno a tales finalidades. De allí se deduce que, en todo caso, la unidad de la aplicación del Derecho no puede ser el único fin de la casación, pues la igualdad y la seguridad jurídica no son los únicos valores que se deben tomar en consideración. La justicia y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tienen igual rango para los otros valores y garantías de los artículos 1 y 9.3 de la Constitución.

Por tanto, cualquiera que sea la importancia que se asigne a la unidad de la aplicación del Derecho, lo cierto es que la casación, como todo recurso, también y con no menos intensidad, debe perseguir un fin de protección contra la arbitrariedad. Ello significa que allí donde los medios de que

⁷⁹ Cfr. BELING, Fests. F. Binding, 1911, II, pp. 87 y ss.

⁸⁰ Cfr. HANACK, *loc. cit.*, Vor & 333, núm. 7. Roxin, *loc. cit.*, p. 332.

⁸¹ *Loc. cit.*, p. 332.

⁸² Cfr. También Schönemann, *Zur Geschichte, Dogmatik und Reform de Revisión in Strafsachen*, 1986; del mismo, en JA 1982, pp. 407 y ss.

dispone el Tribunal de casación se lo permitan, éste tiene el deber de sancionar la arbitrariedad.

¿Qué razón habría para que un Tribunal de casación se negara a corregir un razonamiento lógicamente falso que determina la condena de un inocente? Si los medios técnicos de los que dispone se lo permiten, ninguna. ¿Qué razón habría para que el Estado otorgue tanta importancia a la unidad de la aplicación del Derecho, pero se negara a corregir la arbitrariedad, sobre todo cuanto esto no le impide cumplir con dicha finalidad? Dentro de un Estado de derecho, parece que ninguna.

El recurso de casación, en resumen, cualquiera sea la concepción que se tenga de sus finalidades, y sin poner en duda su función relativa a la unidad de la aplicación del Derecho, no puede dejar de ser un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad.

Que ésta ha sido también la opinión del legislador es, a mi juicio, indudable; lo demuestran el número 2 del artículo 849 y el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La primera disposición tiene una significación esencial para establecer la naturaleza de la casación, pues demuestra que la correcta determinación de los hechos es, ya en la opinión del legislador, un presupuesto de la correcta aplicación de la Ley penal. El número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es una excepción al carácter de recurso de puro Derecho que tiene la casación; todo lo contrario. Lo que se pone de manifiesto a través de él es que el Tribunal de casación debe llegar en su revisión hasta donde técnicamente pueda y que la falsa determinación del hecho probado determina una falsa aplicación de la Ley. Los documentos están en los autos; pueden ser vistos, en consecuencia, por el Tribunal de Instancia de la misma manera que por el Tribunal de casación. Por tanto, éste puede comprobar, por ejemplo, con la lectura de la partida de nacimiento, sin ninguna dificultad, que la víctima era mayor de doce años y que la aplicación al caso del artículo 429.3 código penal es falsa. Se trata, como lo señala Roxin,⁸³ de una cuestión “independiente del transcurso del tiempo”, o en otras palabras, de algo que no depende de la intermediación con que la prueba fue recibida por el Tribunal de Instancia. La intermediación del Tribunal de casación con los documentos es idéntica a la de cualquier Tribunal que disponga de los autos. ¿Hay alguna razón para considerar que no se debe revisar una sentencia que aplicó el artículo 429.3 del Código penal en un caso en el que consta por la partida de nacimiento de la víctima que ésta era mayor de doce años? ¿Hay alguna forma de sostener que no se ha infringido la Ley en tal caso? ¿Tiene el Estado de derecho alguna razón para no reparar esta arbitrariedad? Parece evidente que no, por lo menos en un Estado cuya Constitución garantiza “la

⁸³ *Loc. cit.*, p. 332.

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (art. 9.3 de la CE). La situación del Tribunal de casación frente a un documento, como es obvio, es muy diversa de su posición ante el juicio relativo a si es o no creíble la versión de los hechos dada por un testigo o a si es o no admisible la rectificación de una confesión prestada fuera del juicio oral. Estas apreciaciones dependen sustancialmente —aunque no necesariamente— de una inmediación con esas declaraciones que el Tribunal de casación no puede tener.

Lo mismo que ocurre en relación a la verdadera prueba documental,⁸⁴ se repite en el caso del razonamiento en base al cual se forma la certeza del Tribunal de Instancia. También en este supuesto estamos ante una cuestión “independiente del transcurso del tiempo”, que está explícita en la sentencia y que nada impide considerar al Tribunal de casación. El razonamiento, con el que se deduce de la prueba practicada en el juicio oral la culpabilidad del acusado, tiene un carácter objetivo y, además, es directamente accesible a la comprensión y a la crítica del Tribunal de casación. Bajo estas condiciones tampoco en este supuesto se percibe qué razón puede haber para renunciar a la revisión en relación con tales razonamiento, si ellos conducen a una falsa aplicación de la Ley, porque el hecho, al que ésta se aplica, no es el hecho que ella sanciona. Hasta tal punto es compatible con el Derecho positivo la tesis aquí sostenida, que el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite al Tribunal Supremo reclamar del Tribunal sentenciador los autos, para una mejor comprensión de los hechos, es decir, para que pueda verificar si éstos han sido establecidos de acuerdo a Derecho.⁸⁵

Por tanto, es claro, a mi modo de ver, que los artículos 849.2 y 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son una clara señal dogmática de que la errónea determinación del hecho determina una errónea aplicación de la Ley, de que el Tribunal de casación no debe ser ajeno a este problema en los recursos por infracción de Ley y de que el recurso de casación no se agota en la única finalidad de asegurar una aplicación uniforme de la Ley penal. También es función de la casación la interdicción de lo arbitrariedad en el sentido del artículo 9.3 de la Constitución.

Ana Dulce Aguilar García nos indica lo siguiente, esto es, la absolución de duda y el principio *in dubio pro reo*.⁸⁶

⁸⁴ Se debe excluir de ésta toda aquella que, en forma infundada, se suele alegar como tal ante el Tribunal Supremo, como, por ejemplo, las actas del sumario, las actas del juicio oral o los dictámenes periciales, e inclusive ciertos documentos privados como las cartas personales.

⁸⁵ *Cfr.* En este sentido, el detallado estudio de Werner SCHMID sobre el problema de los hechos en la casación, en ZStW 85 (1973), 360/398.

⁸⁶ AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce, *op. cit.*, pp. 20-27.

2.1. PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*. LA ABSOLUCIÓN EN CASO DE DUDA

En vigor desde tiempos del Derecho Romano republicano del Derecho Canónico, el principio *in dubio pro reo* es posiblemente la noción de inocencia más antigua que se conozca. El digesto de Justiniano citaba: “es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente”.⁸⁷

Esta regla desempeña su papel principal en la sentencia, es decir, en el momento de valoración de las pruebas. El contenido de tal principio, dice Maier, es la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la “existencia de un hecho punible”.⁸⁸ Dice la certeza y no la probabilidad. La probabilidad positiva de la existencia del hecho permite que durante el procedimiento sean posibles ciertas decisiones jurisdiccionales que técnicamente afectan pero que no desbaratan la presunción de inocencia, como la formulación de imputación o la resolución que impone prisión preventiva.

Al resolver el amparo directo en revisión 715/2010, la Primera Sala de la SCJN señaló que el esquema de libre valoración de la prueba en el sistema mexicano no puede ser tan amplio que permita la arbitrariedad, ya que la Constitución Política impone al juez la obligación de explicar el razonamiento lógico —fáctico— jurídico en el que sustenta su decisión final condenando o absolviendo al imputado, respetando en todo momento el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la contraprueba que le asiste al inculcado.⁸⁹

Esta misma decisión señaló que:

[...] para poder considerar que existen indicios que constituyan prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el juez debe, entre otras cosas, cerciorarse al valorar el material probatorio disponible de que estén desvirtuadas las hipótesis de inocencia efectivamente alegadas por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, descartar la existencia de contra indicios (sic) que den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.

Por tanto, la decisión de absolución por duda es absolución; no se trata de una decisión “generosa” y confirma el principio constitucional de presunción de inocencia.

⁸⁷ Digesto, De poenas, Ulpiano, 1, 5, citado por J. B. J. Maier, *op. cit.*, p. 494.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 495.

⁸⁹ Ministra ponente Olga María del Carmen Sánchez Cordero. Secretaria, Rosalía Argu-mosa López. Resuelto el 29 de junio de 2011, pp. 60-61.

2.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA SENTENCIA

El desarrollo de jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos, en particular del europeo, muestra que la presunción de inocencia es aplicable incluso después de la sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria.⁹⁰

Si es absolutoria, las autoridades deben evitar cualquier declaración que asuma la culpabilidad de la persona absuelta (por ejemplo, al aducir tecnicismos que llevaron a la absolución de quien creen culpable). Cuando es condenatoria, surgen dos problemas: uno, la pena a imponer, y dos, la libertad condicional o pre liberación.

En el primer caso, la imposición de la pena no debe incluir la calificación sobre delitos previos si no se encontró culpable a la persona que será sancionada, debido a que ello violaría la presunción de inocencia a la que la persona tiene derecho respecto de dichas conductas. Sin embargo, la reincidencia sí puede ser un elemento que la ley exija que se tenga en cuenta para imponer una pena si, y sólo si, existió una sentencia condenatoria respecto de las conductas anteriores.

En el segundo, el de la libertad condicional o preliberación, se refiere a los casos en los que la ley establece que si la persona condenada cumple con ciertos requisitos mientras cumple sentencia, ésta puede ser revocada o suspendida, también en ciertas condiciones. El incumplimiento de esas condiciones de libertad puede significar la “revocación de la revocación” de la sentencia. Tal es el caso de las personas que durante su libertad condicionada son acusadas de cometer otro delito. La cuestión que surge aquí es si basta la imputación de la conducta para revocar el beneficio o si es necesario que se dicte una sentencia condenatoria respecto de esa conducta para hacerlo. Si nos atenemos a la naturaleza de la presunción de inocencia, debe ocurrir lo segundo.

2.3. LOS REMEDIOS CONTRA LA SENTENCIA

La valoración de la pruebas para dictar sentencia y, en consecuencia, aplicar el principio *in dubio pro reo* corresponde exclusivamente a los tribunales ordinarios. Esto lleva a cuestionar la actuación de los tribunales constitucionales y de los internacionales respecto de si pueden analizar la actividad probatoria de un proceso en la determinación de violaciones a la presunción de inocencia.

En el marco de protección de los derechos humanos se considera que no es la finalidad de los tribunales constitucionales o internacionales ser una instancia más del proceso penal, sino que son órganos creados para proteger los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, este tipo de

⁹⁰ Trechsel, S., *op. cit.*, p. 172.

cortes puede encontrar violaciones a la presunción de inocencia sólo en caso de que de la decisión judicial se desprenda que el juez condenó con duda o con base en supuestas pruebas que no tienen valor jurídico suficiente para derrotar la presunción de inocencia.⁹¹

Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el sentido de que:

[...] el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En este sentido, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.⁹²

2.4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO

La interpretación de la presunción de inocencia como derecho fundamental subraya la importancia de las dos perspectivas anteriores y las asocia directa e inevitablemente con los derechos de defensa.⁹³ Pero, además, le da un contenido extraprocesal que impone el respeto a ese derecho por parte de los funcionarios públicos que actúan en juicio y de terceros. En este sentido, la SCJN, en tesis aislada, resolvió lo siguiente:

Presunción de inocencia. alcances de ese principio constitucional. El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extra procesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no partícipe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.⁹⁴

⁹¹ *Ibidem*, p. 174.

⁹² Corte IDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 31 de agosto de 2004, Seri C. Núm. 111, párr. 153.

⁹³ *Cfr.* Cape, Namoradze, Ed, Zaza, Smith Roger y Spronken, Taru, *Effective Criminal Defence in Europe*, Ius Commune, European and Comparative Law Series, 87.

⁹⁴ Tesis aislada: 2ª. XXXV/2007. Novena Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, mayo de 2007, p. 1186.

Según dispone el artículo 1.º de la Constitución mexicana, toda persona goza de los derechos establecidos en ella y en los tratados internacionales. En el ámbito internacional, la presunción de inocencia se regula en varios documentos

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 11(1): “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, establece en su artículo 14 que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. En relación con esa disposición, el Comité de Derechos Humanos señala en la Observación General Núm. 32:⁹⁵

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 14, toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. La presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado. Normalmente, los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia. Además, la duración de la detención preventiva nunca debe ser considerada indicativa de culpabilidad ni del grado de ésta. La denegación de la libertad bajo fianza o las conclusiones de responsabilidad en procedimientos civiles no afectan a la presunción de inocencia.

A su vez, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional considera, en su artículo 66, el contenido complejo de la presunción de inocencia de la siguiente manera:

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte, de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece, en su artículo 8(2), que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a

⁹⁵ Observación General Núm. 32 (artículo 14), CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 30

que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos acentúa la importancia del principio de presunción de inocencia como fundamento de otros derechos humanos, en particular los relativos al derecho de defensa. Por ejemplo, en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay la jurisprudencia interamericana señaló que “el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”.⁹⁶

2.5. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO OBLIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y TERCEROS

La obligación de todas las autoridades de cumplir con la presunción de inocencia comprende la prohibición de realizar declaraciones públicas que violen este derecho. Esto no significa que la autoridad acusadora, es decir, el Ministerio Público deba ser imparcial. De hecho, aunque está obligado a respetar la presunción de inocencia extraprocesal, se entiende que en el proceso quien sostiene la hipótesis de culpabilidad es precisamente la Fiscalía. Se considera, sobre todo en el sistema acusatorio, que la igualdad de armas y el principio de contradicción contrarrestan la parcialidad natural de la Fiscalía.⁹⁷

Además, la Observación General Núm. 32 impone la obligación de respeto a la presunción de inocencia a terceros, como los medios de comunicación. (Este punto se tratará más adelante en el apartado sobre la tensión entre presunción de inocencia y libertad de expresión).

Aunque dicha Observación lo omite, el caso de los peritos se relaciona también con la imposición del respeto de la presunción de inocencia a terceros. Su imparcialidad como expertos es de gran relevancia para el proceso penal que busca la verdad como fin último.

En ambos casos, es decir, en cuanto a los medios noticiosos y peritos, el Estado no tiene responsabilidad directa por su conducta, pero los principios aplicables al proceso penal exigen que todo juez, en su calidad de árbitro y garante de los derechos del imputado, intervenga cuando la presunción de inocencia sea violada por ellos durante el proceso penal.

Por último, respecto al *in dubio pro reo*, Miguel Ángel Aguilar López nos dice lo siguiente:

La Revolución francesa actualizó la regla de la absolución en caso de que existiera incertidumbre al momento de que el juzgador emitiera la sentencia, al

⁹⁶ *Supra*, nota 35, párr. 154.

⁹⁷ Trechsel, S., *op. cit.*, pp. 175 y 179.

equipararla como la incomprobación de la culpabilidad. Este tópico se vincula con la garantía consagrada en la última parte del artículo 23 de la Constitución Federal, que prohíbe absolver de la instancia, procedimiento propio del sistema inquisitorio, en virtud del cual se dejaba a los procesados por el resto de su vida en una situación de duda respecto de su inocencia, amenazados bajo la posibilidad de que se abriera un nuevo proceso y en una situación de franca inseguridad jurídica.⁹⁸

Cabe recordar que si bien la presunción de inocencia no supone una inspiración en el campo de valoración de la prueba, motivo por el cual, para que pueda apreciarse una vulneración a la presunción de inocencia, es indispensable la existencia de un vacío probatorio, por no haberse practicado prueba alguna, o porque la practicada se hubiese realizado sin respetar las garantías procesales o hubiese sido obtenida con violación de derechos fundamentales.

Problemática que se dilucidó a partir del reconocimiento de la máxima *in dubio pro reo*, que despeja la incógnita al conducir a la absolución del reo en caso de duda, es decir, ante la imposibilidad de orientar el juzgador su decisión, el ordenamiento jurídico suministra el criterio para superar la incertidumbre derivada de la valoración de la prueba. Dicho principio es el más conocido del conjunto de aforismos latinos que protegen los derechos fundamentales de aquellas personas sujetas a un proceso penal, tales como *semper in dubiis benigni ora profrenda sunt* (en los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno), que tiene aplicación tanto en la interpretación de la ley como en la valoración de la prueba.

Si bien, al no existir en el proceso penal pruebas exclusivas o excluyentes, todos los medios probatorios, con toda la legalidad, serán aptos para formar parte de ese acervo probatorio que después ha de ser valorado según la íntima convicción de los jueces. Es en ese momento de la valoración de la prueba cuando entra en juego el principio *in dubio pro reo*, que por tratarse de un criterio interpretativo debe ser aplicado por el juzgador de instancia en su función valorativa.

La postura tradicional sostiene que dicho aforismo no tiene incursión en la aplicación de la ley y la constriñe a su aplicación en la valoración de los hechos; lo cual no se comparte, porque es factible que la oscuridad de una ley lleve la incertidumbre, en cuyo caso, la función de desentrañar el sentido de la misma deba hacerse en forma benigna respecto del inculpado; al respecto señala Santiago Sentís que: “examinar y valorar pruebas es cosa diferente de interpretar un texto legal. Pero eso no quiere decir que la duda no pueda producirse en el espíritu del juez en ambos casos, y que es necesario resolverla”.⁹⁹ Podemos puntualizar que el principio *in dubio pro reo*

⁹⁸ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 295-236.

⁹⁹ SENTIS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 85; del mismo autor véase *El Juez y el derecho (iura novit curia)*, Ediciones

interviene en el ámbito probatorio en el momento último de la valoración de la prueba, entendiéndola no como regla para apreciar la prueba (se deberá aplicar una vez terminada la valoración), eso sí con un carácter subjetivo (correspondiente al juzgador),¹⁰⁰ por tener efectos sobre la certeza del conjunto probatorio proporcionado por inculpado y acusador. Lo cual permite fundar el supuesto de la absolución del inculpado ante la duda razonable. Al respecto es ilustrativa la tesis jurisprudencial I.20P.J/54:

DUDA Y PRUEBA INSUFICIENTE, DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE. En el aspecto de la valoración de la prueba, por técnica, es claro que existe incompatibilidad entre los conceptos de prueba insuficiente y duda absolutoria, ya que mientras el primero previene una situación relativa a cuando los datos existentes no son idóneos, bastantes, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, esa insuficiencia de elementos incriminatorios justamente obliga a su absolución por la falta de prueba; en tanto que, el estado subjetivo de duda, sólo es pertinente en lo que atañe a la irresponsabilidad o irresponsabilidad de un acusado, y se actualiza cuando lejos de presentarse una insuficiencia de prueba, las hay en grado tal que son bastantes para dubitar sobre dos o más posibilidades distintas, asequibles y congruentes en base al mismo contexto, ya que con la facilidad podría sostenerse tanto un argumento como otro, y en cuyo caso, por cierto legal y en términos del artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se obliga al resolutor de instancia, en base al principio de lo más favorable al reo a su absolución. (Gaceta del Seminario Judicial Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Pág. 28).

Por tanto, el principio *in dubio pro reo* es aplicable en aquellos casos en los que a pesar de llevarse una actividad probatoria con todas las formalidades establecidas en la ley, las pruebas obtenidas dejan duda en el ánimo del juzgador, respecto de la culpabilidad del acusado, ante la existencia de dos argumentos que imprimen la misma convicción; luego procede la absolución del sentenciado. Dudar implica que el ánimo del juzgador se encuentra incierto entre dos juicios contradictorios, sin poder decidirse por ninguno.

La máxima citada interviene en el campo probatorio. Exactamente en el momento final de la valoración de la prueba involucra un conflicto subjetivo que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por inculpado y acusador, donde el principio *in dubio pro reo* funda el supuesto de la absolución del inculpado ante la duda razonable.

Por su parte, la presunción de inocencia como derecho fundamental obliga al juzgador a constatar la existencia de una actividad probatoria de cargo y la suficiencia de la misma, esto es, que la prueba sea legal y haya

Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, pp. 200 y ss.; *Teoría y práctica del proceso: ensayo de derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Europa, Buenos Aires, 1951.

¹⁰⁰ En este sentido, Mestre Delgado, Esteban, "Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXVIII, septiembre-diciembre, Madrid, 1985, pp. 728-729.

sido racionalmente valorada, por lo que a falta de estos requisitos no puede decirse que exista prueba de cargo que afirme la culpabilidad del acusado, en consecuencia, prevalece la presunción de inocencia del mismo. En tanto que, el *in dubio pro reo* se actualiza cuando a pesar de la existencia de la prueba de cargo, la que obra de descargo tiene el mismo nivel de veracidad, de manera que no se puede disipar la incertidumbre y ante ello el juez está obligado por ley a inclinarse en beneficio del acusado, como lo señala la legislación adjetiva penal para el Distrito Federal en su artículo 247.¹⁰¹

Al advertirse que el mencionado criterio de orientación en la valoración probatoria no está prescrito en el Código Federal de Procedimientos Penales, se considera necesaria su inclusión en la legislación adjetiva en México, para regular este principio fundamental.

Esteban Mestre Delgado señala que la máxima *pro reo* es un principio de valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, envolver un problema subjetivo de valoración. Por su parte, la presunción de inocencia tiene una distinta naturaleza, ya que determina la exclusión de la presunción de culpabilidad del imputado durante la secuela del proceso, con lo cual se evita una sentencia condenatoria al no obrar constancias suficientes de la participación delictuosa del acusado en el hecho punible, por ello es una garantía procesal.¹⁰²

Planteamiento a partir del cual se confirma la idea de que la presunción de inocencia implica un problema de insuficiencia de pruebas, esto es, se actualiza por la inexistencia de pruebas o ineficacia de las mismas; en tanto que el *in dubio pro reo* encierra un problema subjetivo de “duda”.¹⁰³ Tiene en el campo probatorio una dimensión más reducida que la presunción de inocencia, a pesar de su importancia determinante en dicho ámbito, que sólo entra en consideración cuando la duda reposa entre las pruebas de cargo y de descargo que arrojan la misma convicción, pues induce al juzgador a resolver el fallo en sentido positivo para el acusado.

Aun así, existe confusión por un sector de la doctrina respecto de ambos principios, algunos han querido ver el origen de la presunción de inocencia en el principio jurídico *in dubio pro reo*. Al respecto destaca la postura de Enrique Bacigalupo, quien sostiene que ese principio no es sino la presunción de inocencia, al elevarse a derecho fundamental.¹⁰⁴

¹⁰¹ El texto del artículo es el siguiente: “En caso de duda debe absolverse. No podrá condenar a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa”.

¹⁰² “Desarrollo jurisprudencial del Derecho Constitucional a la presunción de inocencia”, *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año XXXVIII, España, septiembre-diciembre, 1985, pp. 28-729.

¹⁰³ Tal y como se visualiza en la tesis que nos aconteció que lleva por título “Duda y prueba insuficiente, distinción entre los conceptos de”.

¹⁰⁴ BACIGALUPO, Enrique. “Presunción de inocencia. *In dubio pro reo* y recurso de casación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año XLI, España, mayo-agosto, 1987, pp. 366-367.

Consideramos concluyente en esta tesitura lo expresado por Rives Seva:

Si existe actividad probatoria de cargo y paralelamente de descargo y entre las primeras se producen evoluciones cronológicas de actitudes acusatorias y no acusatorias, decidir es tarea del juzgador de instancia. y en esa fase cuando, si en el ánimo del juzgador en la instancia se introduce la duda al comparar lo que hay de positividad y de negatividad en las pruebas de cargo y de descargo, es decir, de ponderar todo el material probatorio resolverá conforme al principio *in dubio pro reo*.¹⁰⁵

La presunción de inocencia no excluye el principio *in du bio pro reo* en el ámbito de la valoración de la prueba, sino que se complementan al men- guar el ejercicio del poder punitivo cuando el juzgador emite la resolución que pone fin al juicio, con un toque de humanidad y justicia respecto de quien se encuentra sujeto a un proceso penal.

En ese sentido, el *in dubio pro reo* exige al tribunal certeza sobre la verdad de la imputación como presupuesto para dictar una sentencia condenatoria. El problema que se presenta, luego, es determinar qué clase de certeza es exigida por la garantía, tal y como lo analizaremos más adelante. Mientras tanto, es importante recordar el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: “En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa”.

Diferente es el procedimiento que se sigue en el caso del ámbito federal, particularmente en el Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer en su numeral 560 que:

El reconocimiento de la inocencia del sentenciado se basa en alguno de los motivos siguientes:

- I. Cuando la sentencia se funde exclusivamente en pruebas que posteriormente se declaren falsas.
- II. Cuando después de la sentencia aparecieren documentos públicos que invaliden la prueba en que se haya fundado aquélla o las presentadas al jurado y que sirvieron de base a la acusación y al veredicto.
- III. Cuando condenada alguna persona por homicidio de otra que hubiere desaparecido, se presentara ésta o alguna prueba irrefutable de que vive.
- IV. Cuando dos reos hayan sido condenados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad de que los dos lo hubiere cometido.
- V. Cuando el sentenciado hubiese sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos. En este caso prevalecerá la sentencia más benigna.

¹⁰⁵ RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba en el proceso penal...*, p. 33.

En el caso de las legislaciones penales de las entidades federativas aparecen con algunas variantes, en cuyo caso, habitualmente, el reconocimiento de inocencia se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado.

En tal hipótesis, una vez agotado el procedimiento y dictada la resolución que resuelve negativamente sobre la petición de tal reconocimiento procede solicitar amparo indirecto ante un juez de Distrito.

2.6. ALGUNOS APUNTAMIENTOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

El principio de presunción de inocencia es un derecho fundamental para la correcta práctica del derecho procesal, penal (procesal y constitucional), configura la libertad del individuo en cuanto por elementos comprobados en el procedimiento que se le aplique, no merezca perder su libertad. La calidad de “ser inocente” es una figura que sólo le interesa al derecho en su aplicación por el Poder Judicial de la Federación, toda vez que sólo le atañe al Estado mexicano determinar si una persona sigue siendo inocente no, por mandato constitucional (artículo 17),¹⁰⁶ con la finalidad de evitar cualquier tipo de arbitrariedad por parte de la sociedad, por el simple hecho de emitirse una opinión de la conciencia popular, la que en la mayoría de los casos es propiciada por los medios de comunicación, al momento de difundir comentarios acerca de asuntos jurídicos se comete generalmente el error de indicar que una persona es culpable, lo que se supone que fue condenado sin haber sido procesado jurídicamente.

Motivo por el cual, el Poder Judicial de la Federación ha mantenido durante los últimos dos años una serie de criterios que atienden directamente a la garantía constitucional de *in dubio pro reo* y que se desprende de la interpretación del artículo 23, que a la letra señala: “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.

Como bien se sabe, no basta atender este precepto constitucional para dar cabida total a esta garantía, sino que se ha tenido que recurrir a toda una interpretación armónica y sistemática para dar plena vigencia al principio de presunción de inocencia, tal y como acontece con los siguientes artículos: 14,

¹⁰⁶ “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

párrafo segundo;¹⁰⁷ 16, párrafo primero;¹⁰⁸ 19, párrafo primero;¹⁰⁹ 21, párrafo primero,¹¹⁰ y 102, apartado A, segundo párrafo¹¹¹ en relación con el diverso 17, segundo párrafo, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con base en los cuales ha establecido categóricamente el Poder Judicial la existencia del principio *in dubio pro reo* el cual goza de jerarquía constitucional, tal y como lo ha mencionado en la tesis aislada 1ª. LXXIV/2005 que a continuación se transcribe:

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLICITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio *in dubio pro reo*, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que [ajusticia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine proscribire la absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante

¹⁰⁷ “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

¹⁰⁸ “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde o motive la causa legal del procedimiento”.

¹⁰⁹ “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”.

¹¹⁰ “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”.

¹¹¹ Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los Tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpadados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir, la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine”.

el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de *non bis in idem*). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23).¹¹²

En este sentido, Nader Kuri afirma que la garantía presunción de inocencia consiste en la prerrogativa que tiene todo individuo de ser considerado inocente de la comisión de un delito mientras no se acredite plenamente su culpabilidad en un proceso jurisdiccional; y si es inocente, entonces debe seguir gozando de su libertad personal, o de tránsito, durante el proceso, y sólo por virtud de una sentencia condenatoria que lo sancione a perderla podrá ser privado de ella.¹¹³

2.7. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DIFERENCIA PROCESAL CON EL INDULTO

La ministra Olga Sánchez Cordero al respecto determina que: doctrinalmente, el ahora llamado reconocimiento de inocencia se distinguía como un tipo de indulto. Existía una diferenciación entre indulto necesario, reconocimiento de inocencia e indulto por gracia, que actualmente no adopta el Código federal de Procedimientos Penales, ya que en sus artículos 558 y 560 marcó la diferencia entre ambas figuras de manera muy puntual.

El reconocimiento de inocencia vino a sustituir la figura del indulto necesario y judicial que se desprende de un error del juzgador. El indulto, a diferencia del primero, es un perdón que como acto de gracia concede el Poder Ejecutivo como un acto de Estado, en beneficio de un reo, por haber prestado servicios importantes a la Nación o por razones de interés social.¹¹⁴

El reconocimiento de inocencia extingue la posibilidad de reparar el daño; en cambio, el indulto solamente perdona la pena de privación de la libertad, pero subsiste la obligación de reparar el daño que correspondiere.¹¹⁵

¹¹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, tomo XXII, agosto de 2005, página 300.

¹¹³ NADER KURI, Jorge, *op. cit.*, p. 502.

¹¹⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales por el proceso penal*, p. 1183.

¹¹⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, pp. 590 y ss.

Así mismo, el reconocimiento de inocencia puede fundado en cualquier delito, pues es simplemente la declaración de que quien fue condenado no merecía serlo. El indulto sólo se concede por ciertos delitos, de los que se espionaje, terrorismo, exceptúan traición a la patria, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida, secuestro y delitos efectuados por reincidentes. Todos los indultos son publicados en el *Diario Oficial de la Federación*. Los reconocimientos de inocencia se publican en este medio sólo a petición del interesado.

2.8. PROCEDENCIA

La realización efectiva de este derecho, en el caso federal, se da mediante el procedimiento previsto en el artículo 560 del Código Federal de Procedimientos Penales.

También aparece en las legislaciones penales locales con algunas variantes, en cuyo caso, generalmente, se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia de la entidad. En tal hipótesis, una vez agotado el procedimiento y dictada la resolución que resuelve sobre la petición de reconocimiento de inocencia, existe un criterio que sostiene la posibilidad de solicitar amparo indirecto ante un juez de Distrito.¹¹⁶

En el ámbito federal puede fundarse en cinco hipótesis:

1. En que la sentencia se funde en pruebas posteriormente declaradas falsas.
2. En que aparezcan documentos públicos que invaliden las probanzas.
3. En que se presente viva la persona desaparecida supuestamente a consecuencia de un homicidio, o bien una prueba irrefutable de que vive.
4. En que dos reos hayan sido condenados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad de que la comisión haya sido realizada por ambos.
5. En que el sentenciado hubiese sido condenado dos veces por los mismos hechos.

¿Por qué solamente en esas hipótesis? Porque el sentenciado ya fue juzgado en un procedimiento en el que quedó demostrada su culpabilidad sin lugar a dudas y estas hipótesis se refieren a circunstancias desconocidas, supervenientes, extraordinarias, que son analizadas para determinar si son suficientes para destruir las que fundaron la sentencia condenatoria.

¹¹⁶ Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo IV, Segunda Parte-I, página 282, número de registro 227,018, aislada, materia penal. Reclamación 14/89. Raúl Pérez Verduzco. 27 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Irma Rivero Ortíz.

Estas circunstancias podrían clasificarse en:

- 1) Circunstancias que anulan la efectividad de las pruebas utilizadas para sentenciar (fracciones I y II del artículo 560)
- 2) Circunstancias que tienen que ver con el principio *non bis in idem* (nunca dos veces por la misma razón) (fracciones IV y V del artículo 560)
- 3) El caso excepcional de que se pruebe la existencia de una persona a quien se declaró muerta (fracción III del artículo 560).

Por lo que hace a las inicialmente apuntadas, se trata de circunstancias que hacen que las pruebas utilizadas para condenar pierdan su eficacia legítima adquirida por virtud de la sentencia irrevocable, debido a que éstas resulten falsas o que aparezcan documentos que los invaliden.

En el primero de los casos, la procedencia del reconocimiento de inocencia deriva de la falsedad de las pruebas. Falsedad cuya demostración se constriñe a pruebas documentales, por disposición expresa del artículo 561 del Código Federal de procedimientos penales, sin posibilidad de demostrar la falsedad de una probanza por otro medio.

En la segunda hipótesis la ineficacia de las pruebas se determina también por documentos que aparezcan con posterioridad y que invaliden la prueba.

De tal forma que los supuestos que prevén ambas fracciones hacen depender el reconocimiento de inocencia de documentos que, por una parte, hagan evidenciar la falsedad de una prueba y por la otra generen su invalidez.

En ambos casos el efecto es el mismo, pues declarar la prueba falsa o nulificar su validez tienen como consecuencia declarar la inocencia de un individuo; pero con la limitante de que ambas se deben llevar a cabo por conducto de una prueba documental.

De hecho, la fracción II es la más invocada como causal para solicitar el reconocimiento de inocencia, tal vez porque probar la falsedad de cualquier otra prueba a través de un documento, conlleva cierta dificultad poco probable de superar.

La segunda clase de circunstancias agrupadas, es decir, las que desde nuestro punto de vista se relacionan con el principio de *non bis in idem*, apuntan hacia la circunstancia de un doble enjuiciamiento, por lo que el reconocimiento de inocencia se convierte en garante de este principio general del derecho.

En la primera de las hipótesis que prevén este planteamiento, la establecida en la fracción IV, el reconocimiento de inocencia tendrá como consecuencia que el reo obtenga generalmente su libertad, mientras que en el segundo supuesto, el previsto por la fracción V, tendrá como consecuencia para el procesado que se le aplique la sanción establecida en la sentencia

más benigna, prevaleciendo sobre la que se declare el reconocimiento de la inocencia.

Finalmente, está la hipótesis excepcional que se prevé en la fracción III del artículo 560, que tiene que ver con la circunstancia lógica de que, al desaparecer la materia del enjuiciamiento, que en el particular necesariamente sería una condena por homicidio, no existiría la responsabilidad y, por tanto, el condenado necesariamente tendría que ser declarado inocente.

2.9. TRÁMITE

El primer requisito para tramitar un reconocimiento de inocencia es el que los medios de convicción que se utilicen para solicitarlo deben ser idóneos y posteriores a la sentencia que se pretende destruir.¹¹⁷

El procedimiento se inicia con la presentación de un escrito en el que se exponen las causas fundadas de la petición, acompañado por documentales o protestando que éstas se exhibirán oportunamente, salvo en el caso en que se trate de un homicidio en el cual el pretendido occiso aparece vivo, ya que en esta hipótesis se practican diligencias tendientes a dicha acreditación.

Recibidas las pruebas se pasará el asunto al Ministerio Público por el término de cinco días para que pida lo que a su representación convenga.

Devuelto el expediente por el Ministerio Público se pondrá a la vista del reo y su defensor, para que, por el término de tres días, se impongan de él y formulen sus alegatos por escrito. Transcurrido ese término; se fallará el asunto declarado fundada o no la solicitud, dentro de los diez días siguientes.

Si es declarada fundada, el original del expediente, deberá remitirse al Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Gobernación, para que, sin más trámite se reconozca la inocencia del sentenciado. Sólo a petición del interesado podrá publicarse la sentencia en el *Diario Oficial de la Federación*.

2.10. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

El tratamiento jurisprudencial de esta figura ha generado un buen número de interpretaciones por el Poder Judicial de la Federación y su tratamiento ha sido sumamente casuístico. En consecuencia, procederemos a la realización de un breve análisis sobre el particular.

Una de las tesis jurisprudenciales más recientes es la que al rubro señala “Reconocimiento de inocencia, Interpretación de la fracción V

¹¹⁷ Novena época Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV, agosto de 1996. Tesis 1ª/J.19/96. Página 158. Número de registro 200,403, jurisprudencia, materia penal. Tesis de Jurisprudencia. 19/96 aprobada 14 de agosto de 1996. Unanimidad de votos.

del artículo 560 del Código Federal de Procedimientos Penales”,¹¹⁸ y en ella tienen relevancia los aspectos siguientes:

1. El reconocimiento de inocencia tiene como finalidad analizar aquellos elementos que son suficientes para destruir los que fundaron la sentencia condenatoria.
2. No abre otra instancia para que se valore nuevamente el material probatorio.
3. La fracción V tiene Como finalidad evitar una doble sanción.
4. La fracción V implica diversos elementos idénticos; esto es: identidad de partes (sujeto pasivo y sujeto activo), identidad de acciones (mismo delito y misma pretensión constituida por la aplicación de la pena), y por último identidad de causa o sea la coincidencia del hecho producido por el particular afectado con el supuesto jurídico previsto en la legislación vigente y que juntos forman la idéntica controversia en la causa penal.

Durante el año de 1998 se configuraron ocho tesis aisladas muy importantes relativas al reconocimiento de inocencia, en las cuales, de manera general, se resalta que:

1. El pronunciamiento respecto de un diverso coprocesado no es causa eficiente para apoyar la inocencia de otro.¹¹⁹
2. La recomendación de la Comisión de Derechos Humanos no es suficiente para desvirtuar la validez de las pruebas que se aportaron en la causa penal federal.¹²⁰
3. El reconocimiento de inocencia es improcedente contra la sentencia de primera instancia, ya que sólo procede contra la sentencia condenatoria definitiva, entendiendo por tal, aquella contra la que no procede recurso o medio de defensa ordinario que pueda modificarla o revocarla.¹²¹

¹¹⁸ Novena Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. tomo IX, febrero de 1999, tesis 1ª./J.2/99, página 108. Número de registro |94,577, jurisprudencia, materia penal.

¹¹⁹ Novena época. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, diciembre de 1998, tesis 1ª. XLVI/98. Página 343. Número de registro 194,981, aislada, materia penal. Reconocimiento de inocencia 25/97. Lucio Sánchez Bañuelos y otro. 13 de mayo de 1998. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro. Ponente: Humberto Román Palacios Secretario: Guillermo Campos Osorio.

¹²⁰ Novena época. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, diciembre de 1998, tesis 1ª. XLVII/98. Página 344. Número de registro 194,983, aislada, materia penal. Reconocimiento de inocencia 25/97. Lucio Sánchez Bañuelos y otro. 13 de mayo de 1998. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

¹²¹ Novena época. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, septiembre de 1998, tesis 1ª. XL/98. Página 237. Número de registro 195,569, aislada, materia penal. Reconocimiento de inocencia 17/96. Armando de la Rosa Romero. 12 de agos-

4. Si la petición de reconocimiento de inocencia se funda en Prueba superveniente ésta debe haber sido del conocimiento del solicitante después de la segunda instancia.¹²²
5. Para obtener el reconocimiento de inocencia contra una condena por un delito continuado es necesario destruir las pruebas que sustenten todas las acciones delictuosas.¹²³
6. Para la hipótesis de que se solicite reconocimiento de inocencia basado en que se condenó dos veces por el mismo delito a una misma persona, se debe estar a la sentencia más benigna. Si ambas sentencias son de un mismo fuero y en ese fuero se contempla la figura del reconocimiento de inocencia, este se debe promover ante la autoridad judicial que dictó las sentencias. Si la sentencia más benigna es de carácter federal, se debe acudir a la Suprema Corte; si la más benigna corresponde al fuero local, se debe acudir al Tribunal Superior de Justicia correspondiente.¹²⁴
7. El reconocimiento de inocencia no es una instancia adicional para adjuntar a la causa pruebas de las que se tenía conocimiento pero que no estaban en la esfera jurídica del promovente, debido a que la fracción segunda del artículo 560 del Código Federal de Procedimientos Penales se refiere a pruebas supervenientes de las que el promovente no tenía manera de conocer ni de recabar. Si dichas pruebas no fueron exhibidas por descuido o porque no se advirtió a la autoridad que existían pero fuera de las posibilidades de que el promovente las recabara, se tendrán por no admitidas como supervenientes.¹²⁵

to de 1998. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios Secretario: Guillermo Campos Osorio.

¹²² Novena época. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, septiembre de 1998, tesis 1ª. XLI/98. Página 238. Número de registro 195,570, aislada, materia penal. Reconocimiento de inocencia 17/96. Armando de la Rosa Romero. 12 de agosto de 1998. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios Secretario: Guillermo Campos Osorio.

¹²³ Novena época. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, septiembre de 1998, tesis 1ª. XLII/98. Página 238. Número de registro 195,513, aislada, materia penal. Reconocimiento de inocencia 17/96. Armando de la Rosa Romero. 12 de agosto de 1998. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

¹²⁴ Novena época. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, junio de 1998, tesis 1ª. XIII/98. Página 60. Número de registro 196,117, aislada, materia penal. Reconocimiento de inocencia 21/96. Francisco Javier Capetillo Aguilar. 7 de enero de 1998. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

¹²⁵ Novena época. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, mayo de 1998, tesis 1ª. XIII/98. Página 347. Número de registro 196,356, aislada, materia penal. Reconocimiento de inocencia 28/97. Santiago Tapia Aceves. 25 de febrero de 1998.

8. Es fundado el reconocimiento de inocencia cuando una de las causas que se alegan no está concluida por sentencia firme.¹²⁶

2.11. ALGUNAS RAZONES POR LAS CUALES POCAS PETICIONES DE RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA RESULTAN FUNDADAS

Una de las principales razones por las que pocas solicitudes de reconocimiento o de inocencia resultan fundadas es que su propia naturaleza está encaminada a “remediar” situaciones que de ninguna otra manera podían haberse previsto. Esa naturaleza imprevisible y de remedio acota en extremo el ámbito de procedencia de esta figura a hipótesis que incluso pudieran extremo el ámbito de procedencia de esta figura a hipótesis que incluso pudieran calificarse como “imposibles”

La acotación de las hipótesis en la ley para la procedencia de la petición y el acotamiento ya mencionado de la capacidad probatoria del promovente (sólo se admite la prueba documental) hacen también que la dificultad de adecuamiento del hecho a la norma sea pocas veces superada.

Los promoventes de reconocimientos de inocencia generalmente soslayan lo citado en el párrafo anterior y pretenden que la Suprema Corte de Justicia de la Nación o el Tribunal Superior de Justicia correspondiente revisen la sentencia definitiva, valoren nuevamente las pruebas, valoren la posible comisión de violaciones procesales y modifiquen la resolución. Y definitivamente ese no es su papel en el caso, sino que deben concretarse a apreciar las pruebas presentadas en relación con los supuestos previstos por la ley para el reconocimiento de inocencia.

La obligación del reo en este caso radica, tal como lo señalan varias tesis, en “demostrar que es inocente, no sólo que no es culpable en la forma en que fue condenado[...] ya que no se corrigen imprecisiones ni deficiencias técnicas”.¹²⁷

En consecuencia, muchos de los reconocimientos son finalmente declarados infundados.

Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Jorge Carreón Hurtado.

¹²⁶ Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, mayo de 1998, tesis V 2°. 32 P. Página 1033. Número de registro 196,221, aislada, materia penal. Amparo en revisión 391/97 Tercer Tribunal Unitario del Quinto Circuito. 19 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Raúl Oropez García. Secretario: Cleotilde J. Meza Navarro.

¹²⁷ Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, febrero de 1997, tesis I. 1°. P.22P. Página 785. Número de registro 199,366, aislada, materia penal. Amparo en revisión 881/96. Lorenzo Salazar Salazar. 29 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Germán Tena Campero. Secretario: Juan José Olvera López.

De hecho, sólo se tiene noticia de un caso concreto procedente y fundado, un reconocimiento de inocencia formulado en mil novecientos noventa por Alberto Saba Musalli.¹²⁸

2.12. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Podrían apuntarse como elementos esenciales del reconocimiento de inocencia los siguientes:

1. Una sentencia definitiva e irrevocable, dictada a un acusado que fue considerado inocente en un juicio criminal hasta que se determinó lo contrario.
2. Un hecho superveniente que destruye ese juicio de culpabilidad.
3. Una declaración judicial que restablece al sentenciado a su estado original de inocencia.

La presunción de inocencia actúa en tanto no se prueba el hecho delictivo y la participación de una o varias personas en él. Es decir, cuando existe un vacío probatorio, una laguna, desde el punto de vista jurídico procesal, de actividad probatoria. Por ello, cuando esto acontece, no hay otro camino que absolver. Pero si existe actividad probatoria de cargo y paralelamente de descargo y entre las primeras se producen evoluciones cronológicas de actitudes acusatorias y no acusatorias, decidir es tarea del juzgador de instancia, conforme a la ley, y es en esa fase cuando, si en el ánimo del juzgador en la instancia se introduce la duda al comparar lo que hay de positividad y de negatividad en las pruebas de cargo y de descargo, es decir, de ponderar todo el material probatorio resolverá conforme al principio *in dubio pro reo*.

Así debe distinguirse el *in dubio pro reo* de la presunción de inocencia; ésta supone el derecho constitucional subjetivo de carácter público, que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra, y aquél es un criterio interpretativo, tanto de la norma como de la resultancia procesal, a aplicar en la función valorativa, o lo que es lo mismo, si a pesar de toda actividad probatoria, no le es dable al tribunal subsumir los hechos acaecidos en el precepto, se impone la absolución al ser menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente.

El sistema penal propio de un Estado democrático de derecho, basado en principios que reconocen derechos individuales, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, no puede asumir la condena de los inocentes, aun cuando ello sea a costa de confirmar en ocasiones la absolución de

¹²⁸ Reconocimiento de inocencia 8/89 Ministro Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria Lic. Edith Ramírez de Vidal.

algunos que pudieran ser culpables. Si bien la falta de identificación de los autores de un delito, con más razón cuando se trata de un delito grave, puede considerarse un fracaso del sistema, la absolución de los acusados, una vez descartada la arbitrariedad y el error, no puede valorarse como tal fracaso, sino como una consecuencia de la reafirmación de los principios, aunque en el caso concreto pueda resultar difícil de aceptar, especialmente por quienes se han visto directamente afectados por el hecho delictivo.

Por lo tanto, la significación del principio *in dubio pro reo* en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal, por lo que será vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por la Ley, llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones incriminatorias llevadas a la resolución. Principio *in dubio pro reo*, no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y celebrada incondiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

En definitiva, a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico *favor rei*, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas... Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas —como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole— a la que nazca en el ánimo del juez, cuando oídas por él directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que sólo exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio *pro reo*, inoperante cuando el juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuentes en el proceso penal, el juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar

la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados.

Existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de jugar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria en la medida en que la presunción de inocencia ha sido configurada por el artículo 20 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso.

Es cierto que la distinción entre medio probatorio y resultado probatorio no puede ser tan radical en cuanto que la presunción de inocencia es también una “regla de juicio” a favor de ella que obliga a decidir a favor de la presunción de inocencia cuando no existan pruebas de las que puedan deducirse la culpabilidad, esto es, pruebas de carácter inculpatorio. El que ahora el principio *pro reo* pueda tener un más sólido fundamento constitucional no permite que pueda confundirse el principio *in dubio pro reo* con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, ni tampoco convertir el proceso de amparo en una nueva instancia en que pueda discutirse el resultado valorativo de una actividad probatoria de cargo realizada en el juicio oral y con todas las garantías. Aunque sí corresponde a este Tribunal, y para la protección del Derecho Constitucional a la presunción de inocencia, comprobar si se ha realizado, y con las debidas garantías, una actividad probatoria “inculpatoria”, es decir, si ha habido pruebas de las que se pueda razonablemente deducir la culpabilidad del acusado, o más exactamente, si las inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo por el órgano judicial no han sido arbitrarias, irracionales o absurdas, de forma que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado.

De lo anterior se dice que la presunción de inocencia se conculca cuando la prueba considerada para enervarla carece objetivamente de contenido incriminatorio, pero no cuando, existiendo algún contenido incriminatorio sobre las circunstancias objetivas y/o subjetivas del hecho punible, el Tribunal no adquiere una convicción más allá de toda duda razonable sobre la culpabilidad del acusado. Este último extremo no es revisable por este Tribunal, pues afecta al *in dubio* o, si se quiere, concierne a la valoración de la

prueba. En otras palabras: Un Tribunal puede y debe absolver en virtud de sus dudas sobre la culpabilidad de uno o varios acusados, aun cuando exista un mínimo probatorio de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Ahora bien, si condena en tales circunstancias —existiendo prueba de cargo, pero con dudas sobre la culpabilidad— no se puede decir, en sentido estricto, que tal condena sea contraria a la presunción de inocencia, sino que ha generado una violación del principio *in dubio pro reo*. Cuestión distinta —a la par que insólita— sería que el Tribunal, mediando prueba de cargo, exteriorizase sus dudas sobre la existencia del hecho o sobre su autoría y, no obstante, condenase. Entonces lo que habría sería una vulneración flagrante del derecho a la tutela judicial efectiva, no del derecho a la presunción de inocencia.

De este modo, desde la perspectiva constitucional, mientras el derecho a la presunción de inocencia se halla protegido en la vía de amparo, el principio *in dubio pro reo*, en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la misma protección, ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas.

3. ESTOS PRINCIPIOS EN LA INSTANCIA

Enlazamos así esta cuestión con la de la necesidad de que el juzgador exteriorice el razonamiento, o *iter* lógico seguido para llegar al convencimiento de la culpabilidad del acusado en cualquier caso, pero con más razón si la prueba de ella no fuere directa, sino indiciaria o circunstancial; aunque también el supuesto de prueba testifical.

En relación con la necesidad de motivación de la sentencia, ligada inicialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ha resaltado su trascendencia, habida cuenta de la importancia fundamental que los hechos probados tienen en las sentencias condenatorias, de modo que si no se razona sobre las pruebas tenidas en cuenta para la fijación de los mismos, es evidente que queda sin motivar aquello que es lo básico en tal clase de resolución judicial, razonamiento que debe constar en forma expresa en el propio texto de la sentencia, pues la apreciación en conciencia de que la ley de la materia no equivale a secreto, siendo obligada tal expresión a fin de que pueda aparecer ante cualquier ciudadano como una resolución fundada en verdaderas y auténticas pruebas, pudiendo conocer las partes el criterio del Tribunal en este punto para poder argumentar el recurso correspondiente con la necesaria base, lo que, además, permite al órgano judicial *ad quem* enjuiciar la resolución recurrida con la debida fundamentación.

Hoy día está asentado con evidente reiteración la necesidad de que en toda sentencia penal condenatoria exista un análisis de los medios de prueba que se han utilizado como fundamento de la condena o condenas impuestas. Afortunadamente ya ha pasado la época en que la motivación de la sentencia sólo tenía que cubrir el aspecto jurídico, esto es, la calificación o subsunción del hecho en la normativa jurídica correspondiente. El relato de hechos probados es el elemento esencial de una sentencia penal, particularmente si es condenatoria, y con el sistema preconstitucional, que prescindía del examen de la prueba en el texto de la sentencia, ese elemento esencial quedaba huérfano de argumentación. Ahora se exige, como un aspecto más del derecho a la presunción de inocencia, no sólo que haya prueba de cargo suficiente y obtenida ilícitamente, sino también que se razone en el propio texto de la resolución condenatoria sobre la realidad de esa prueba.

El deber de motivación, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, no se cumple con el razonamiento sobre la subsunción (motivación jurídica), sino que necesita de la llamada motivación fáctica, o expresión razonablemente argumentada de la prueba de cargo utilizada como justificación de lo que se afirma como realmente ocurrido el relato de los hechos probados, al menos en sus dos grandes rasgos, para que quede de manifiesto que no ha sido caprichosa la fijación de esos hechos y que, además, no responde sólo a una mera convicción subjetiva.

La necesidad de hacer un análisis de la prueba utilizada sirve para que en la instancia el propio órgano judicial decisor pueda comprobar si, aparte de sus impresiones personales, en verdad existe una prueba de la que pueda dar razón. Sirve también para que las partes y la sociedad puedan conocer si la condena está o no justificada, y asimismo para que el órgano que haya de absolver, en su caso, el correspondiente recurso devolutivo (con facultades más o menos amplias según se trate de apelación ordinaria, apelación restringida o casación), lo mismo que cuando se recurra en amparo por las pruebas utilizadas para condenar.

En este sentido, la necesidad de la motivación cumple un doble objetivo: por una parte, disuadir al juzgador de las tentaciones de mutilar la libertad que el ordenamiento le confiere en la valoración de la prueba, en arbitrariedad, y, por otra, en ofrecer al órgano que haya de pronunciarse sobre la resolución cuestionada por vía de recurso, los elementos necesarios para discernir sobre el acierto de la decisión o el respeto a las exigencias legales impuestas por la norma.

La exigencia de motivar la prueba es mayor porque se conecta, no sólo con el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también con la presunción de inocencia. El déficit de motivación en una sentencia penal condenatoria, en relación con la valoración de las pruebas y la determinación de los hechos probados, supondría, de ser apreciado, la vulneración del derecho

fundamental a la presunción de inocencia, la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al respecto, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control, sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo; es decir, un control de virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado.

De manera que el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo —presunción de inocencia— y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad, avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación en los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica.

Dicho de otro modo, los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia.

Aunque la exigencia constitucional no es incompatible con una economía de razonamientos ni con una motivación concisa, escueta o sucinta, porque la suficiencia del argumento no conlleva necesariamente una determinada extensión, un determinado rigor lógico o una determinada elegancia retórica. Así, el Tribunal no tiene por qué hacer expresa referencia en la sentencia a todas y cada una de las pruebas practicadas, con expresión del valor probatorio que las reconoce en particular, sino que únicamente debe explicar cuáles han sido las que ha tenido en cuenta como fundamento de sus hechos probados, razonando suficientemente al respecto; es decir, basta con que se recojan razonamientos jurídicos pertinentes para la resolución del caso. Como se expresa, basta que la motivación cumpla el doble objetivo de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos.

Así pues, si bien en la apreciación de la prueba el Tribunal obra con la libertad de criterio que le reconoce la ley de la materia, la sentencia no puede omitir la consideración crítica de las pruebas practicadas, así como el razonamiento lógico que le lleva a la admisión y configuración de las conclusiones incorporadas al *factum* y, en definitiva, la admisión de culpabilidad y subsiguiente responsabilidad del procesado.

Ello es así porque, como se reconoció la observancia de las reglas de lógica y de los principios generales de la experiencia en el marco del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al funcionamiento explícito o implícito de la sentencia y no depende, en consecuencia, de la percepción visual o auditiva directa de la prueba testifical que es sólo posible al Tribunal de instancia en virtud de la intermediación y la oralidad.

La posibilidad de revisión casacional de la estructura lógica del razonamiento mediante el que el tribunal de instancia deduce de la prueba practicada la autoría del acusado, no encuentra obstáculo alguno en la ley. No sólo porque de acuerdo a las premisas en la jurisprudencia, se debe entender que esta es la interpretación conforme a la Constitución, sino también porque sólo de esa manera es posible mantener la adecuada diferenciación entre libre convicción y arbitrariedad, impuesta por el principio del Estado de derecho; o como se dice, la infracción de las reglas de la lógica, así como el apartamiento de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos son fundamento suficiente para apreciar una vulneración a la norma procesal penal.

Se abre paso así en la actualidad, una corriente jurisprudencial que extiende la necesidad de motivación a la prueba directa. Exponente de ello es la referida a la valoración del testimonio de la víctima, en la que se declara que el Tribunal debe valorar la coherencia y firmeza del testimonio, contemplar sus posibles fisuras y contrastarlas con la realidad que ha percibido directa y personalmente en el acto solemne del juicio oral, en el que la presencia del testigo proporciona datos intransferibles al momento de la casación... por ello es exigible que el órgano juzgador de la instancia desarrolle un amplio y razonado discurso valorativo explicando todas las líneas argumentales que ha seguido para llegar a una determinada conclusión; por lo que se ha advertido, con razón, del peligro de vaciado de la ley al permitirse incondicionalmente una reconsideración casacional de la apreciación de la prueba, lo que está en franca oposición con la tradicional doctrina jurisprudencial expresiva de la imposibilidad de proceder en los recursos de casación y amparo a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, función que, como ya se ha dicho incumbe al tribunal sentenciador o de instancia en virtud de lo dispuesto en la Constitución y norma secundaria.

De forma explícita se dice que se extienden la necesidad de motivación a la prueba directa, pues también está para ser conectada con los hechos probados, requiere, en muchas ocasiones, una interpretación o indiferencia, que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación.

No obstante, parece limitar la necesidad de motivación de la prueba directa al caso de que existan pruebas contradictorias que contrastar, pues

cuando los hechos probados se fundan de forma directa e inmediata en las declaraciones básicamente iguales que los testigos presenciales han prestado en el juicio oral, siendo además los hechos asumidos en lo sustancial por el acusado, la convicción del Tribunal se asienta directamente en la inmediación y no es exigible de modo imprescindible motivación expresa, pues no existe ningún razonamiento deductivo que explicitar... la sentencia es absolutamente razonable en lo fáctico, al limitarse a relatar lo que de modo coincidente han expuesto los testigos presenciales del hecho en presencia del Tribunal, sin que sea necesario explicitar lo que es obvio. Se señala que tratándose de pruebas directas basta con su indicación, sin que sea preciso, en principio, ningún especial razonamiento; ya que el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas pruebas directas, y que la prueba directa habla por sí misma *res ipsa loquitur*.

Y también las exigencias de razonamiento relativo a la prueba de los hechos son menores cuando el relato fáctico revele la prueba palpable de los mismos como ocurre en los supuestos de delitos flagrantes.

Aún así, también hay sentencias que reducen el deber de motivación exclusivamente al caso de la prueba indiciaria cuando se refieren a que la normativa de lo mandatado en el Código Civil no es aplicable a la prueba directa, en la que no se está en presencia de una inferencia, sino de una evidencia.

Podemos así concluir diciendo, que las funciones del Tribunal de Casación cuando se alega infracción del fundamental derecho del acusado a ser presumido inocente se extienden, no sólo a verificar que el juzgado de instancia contó con prueba de signo acusatorio suficiente para dictar fallo condenatorio, a que esa prueba se obtuvo en correctas condiciones procesales de publicidad, inmediación y posibilidad de contradicción, así como sin violentar derechos o libertades fundamentales, lo que determinaría su nulidad e ineficacia, sino también a comprobar que la prueba fue valorada de acuerdo con principios de lógica y decantada experiencia que han de reflejarse incorrectos razonamientos en la preceptiva motivación que las sentencias han de contener.

En el Tribunal de casación, en su función de control, queda limitado a dos aspectos:

- a) Verificar el juicio sobre la prueba.
 - b) Verificar la racionalidad de los juicios de inferencia, o estructura racional de los argumentos que justifiquen las conclusiones apreciativas o valorativas que el *factum* refleja, habida cuenta del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad".
4. La presunción de inocencia y la carga de la prueba

Entre las múltiples facetas del concepto poliédrico de presunción de inocencia hay una procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi*, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la acusación penal, sin

que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos. Ahora bien, tal prueba debe ser de cargo como primera y casi obvia o redundante característica exigida por el Tribunal, y como tal podemos convencionalmente calificar toda aquella encaminada a fijar el hecho incriminatorio que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas de imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo del sumario: investigar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes.

Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa. Por su parte, la prueba de descargo tiene una finalidad opuesta a la antedicha y su manifestación más conocida de lugar (*negativa loci*), cuya raíz está en la imposibilidad de la bilocación, correspondiendo su carga a quien la opondrá.

Con independencia del tipo de delito de que se trate, en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que algunos de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*. La primera modalidad de presunción *iuris tantum* no es admisible constitucionalmente ya que, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con la Ley Penal y la segunda modalidad, la presunción *iuris et de iure*, tampoco es ilícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia, como regla probatoria, se constitucionaliza en el apartado A, del artículo 20, de la siguiente manera: “V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”.¹²⁹

La perspectiva de regla probatoria del principio indica una visión orientada hacia el resultado. Esto quiere decir que tanto la autoridad que acusa como los jueces deben estar abiertos siempre a la evidencia que se presenta durante el juicio, la cual puede cambiar su opinión personal sobre la culpabilidad de la persona acusada; incluso si la evidencia en su contra es avasalladora de inicio.¹³⁰ Al respecto, tienen prohibido hacer cualquier

¹²⁹ AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce, *op. cit.*, pp. 16 y 55.

¹³⁰ TRECHSEL, S., *op. cit.*, p. 163

declaración antes de que se dicte sentencia que pueda afectar la presunción de inocencia del defendido. Aquí, el derecho a un tribunal imparcial cobra la mayor importancia; con base en estos supuestos, entonces, se evitarán condenas injustas y se protegerá la equidad del procedimiento.¹³¹

La carga de la prueba en el proceso penal acarrea ciertos problemas prácticos. Por ejemplo, ¿es factible revertir la carga de la prueba en algunos casos? La respuesta a esta pregunta varía según las jurisdicciones.

La Corte Constitucional de Colombia, en un caso sobre extinción de dominio, define en la sentencia T-590/09 lo que se conoce como la “carga dinámica de la prueba”. De acuerdo con esta resolución:

[...] el Estado debe llegar a una inferencia razonable sobre el origen ilegal de los bienes y que el eventual afectado debe proceder a ejercer su derecho de defensa mediante la oposición acompañada de los documentos que desee hacer valer para demostrar el origen lícito de sus bienes. La Corporación ha expresado, además, que las garantías del proceso penal no son extensivas al trámite de extinción de dominio, por lo que resulta aplicable el principio de carga dinámica de la prueba, según el cual corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo.¹³²

Pero este Tribunal también ha establecido, sin ambigüedad alguna, que no puede declararse la extinción de dominio en ausencia de prueba, y que la no aplicación de la presunción de inocencia no implica la existencia de una presunción de origen ilícito de los bienes ni una justificación a la inactividad estatal, o la derogación o anulación de los principios de la sana crítica.¹³³

Dos cosas son importantes cuando se aplica el principio de carga dinámica de la prueba. Uno no da lugar a la presunción de culpabilidad *per se*, y dos, como consecuencia de lo anterior, no anula la obligación estatal de llevar a cabo todas las diligencias necesarias para probar la culpabilidad de la persona imputada.

Otro ejemplo se presenta respecto de disposiciones legislativas que revierten de manera directa la carga de la prueba al acusado en ciertos actos procesales. Por ejemplo, en Sudáfrica, igual que en la mayoría de los países, no existe un catálogo de delitos graves que imponga la prisión preventiva automática. Sin embargo, hay disposiciones legales que obligan, en casos de homicidio, violación, robo calificado, delitos contra la salud y otras conductas de alto impacto social, al imputado a probar que no será un riesgo de fuga o para la sociedad si solicita estar en libertad durante el juicio. La

¹³¹ Respecto del derecho a un juez independiente e imparcial y la presunción de inocencia, la resolución del caso Polay Campos por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los “jueces sin rostro” señaló que, en dicho sistema, ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, y tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia. Cf. Comunicación núm. 577/1994: Perú 20/10/1997. CCPR/C/61/D/577/1994.

¹³² Cursivas de la autora.

¹³³ Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-590-09>.

constitucionalidad de estas normas fue cuestionada en relación con la presunción de inocencia, pero la Corte Sudafricana las avaló.¹³⁴

En cuanto a las disposiciones que implican presunciones de culpa —de hecho o de derecho—, la Corte Europea de Derechos Humanos considera que debe haber límites consistentes con los derechos de defensa en el proceso penal. En su opinión, no es correcto dar un cheque en blanco al legislador para tenerlas en cuenta.¹³⁵

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) estudió la constitucionalidad de la fracción II del artículo 14 de la Ley de la Policía Federal Preventiva, disposición que preveía los requisitos de ingreso y permanencia —indistintamente— para elementos de dicha corporación. La fracción aludida señalaba como requisito “no estar sujeto a proceso penal”. En su resolución, la Corte expresó:

[...] el hecho de que se intente depurar y profesionalizar las instituciones policiales no puede entenderse como una libertad absoluta e ilimitada de configuración legislativa, pues las leyes respectivas deben respetar las garantías individuales de los miembros de las instituciones policiales.¹³⁶

A lo anterior añadió:

[...] un parámetros de constitucionalidad en la configuración legislativa respecto al principio de presunción de inocencia extraprocésal, es que las leyes no otorguen consecuencias privativas de derechos propias de un condenado a alguien que todavía no tiene ese carácter en sentencia firme.¹³⁷

En el caso concreto, la Corte interpretó el requisito como de ingreso y, por tanto, confirmó la constitucionalidad del precepto, pues en su opinión la aplicación de éste sólo constituye un acto de molestia, de acuerdo con el artículo 14 constitucional. Si dicho requisito fuera de permanencia, entonces sí violaría la presunción de inocencia y constituiría un acto de privación de derechos. El razonamiento fue el siguiente:

[...] lo que prohíbe definitivamente la presunción de inocencia es la pérdida definitiva de un derecho por una presunción de culpabilidad, pues lo anterior haría inoperante el principio en comento que, como ya se dijo, se entiende implícito en el artículo 14 constitucional que prohíbe absolutamente la privación de derechos si no es mediante juicio en el que se demuestre la culpa del acusado. En otras palabras, la presunción de inocencia puede permitir la realización de actos de molestia sobre el procesado, pero no de privación.¹³⁸

¹³⁴ Cfr. CRAIG M., Bradley (ed.), *Criminal Procedure*. A World Wide Study, p. 501.

¹³⁵ Salabiaku a Francia. 7 de octubre de 1988. Serie a. Núm. 141-A (1991), 13 EHRR 379, párrs 19 y 28.

¹³⁶ Amparo en revisión 89/2007. Ministro ponente: Genaro Góngora Pimentel. Secretario: Marat Paredes Montiel. 21 de marzo de 2007, p. 10.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 17.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 15.

En el mismo caso, la SCJN declaró inconstitucional la baja administrativa de la persona que promovió el amparo, ya que el acto reclamado consistía en la baja administrativa de la corporación por resolución de la Comisión del Servicio Civil de Carrera de la Policía Federal Preventiva. Al respecto, la Corte consideró que la decisión de dicho órgano sí violaba la presunción de inocencia, porque la Comisión interpretó la facción II del artículo 14 de la ley estudiada como requisito de permanencia y, por tanto, privó de un derecho al elemento en cuestión.

Al respecto y siguiendo el esquema de propuestas doctrinales, pero bajo la óptica constitucional, Miguel Ángel Aguilar López indica lo siguiente respecto de este principio en la valoración de la prueba:

La reforma constitucional establece el principio de valoración de la prueba para la toma de decisiones, con ello se busca garantizar el carácter racional de la actividad jurisdiccional en la cual estará implícito que los jueces, están obligados a fundar y motivar sus decisiones, conforme al artículo 16 constitucional.¹³⁹

La crítica al sistema mixto superado con la reforma en este tema es directo y objetivo: El sistema de prueba tasada conduce a resultados insatisfactorios. Al prevalecer la valoración legislativa preconstituída a la prueba por encima de la determinación judicial. El juez, al recibir y desahogar la prueba, tiene, por disposición legal, que valorarla en sentido diverso a los principios de la lógica racional. Luego, si el conocimiento empírico en el Derecho es primordialmente inferencia; por ende, los sistemas basados en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más confiable el conocimiento obtenidos por medio del proceso penal.

Es en el ámbito probatorio donde ha denotado mayor relevancia la presunción de inocencia, en atención a que la certeza de la culpabilidad del sujeto debe basarse en pruebas que lleven a tal convicción; de ahí la exigencia de prueba plena para sustentar una sentencia condenatoria; de lo contrario, tendrá que absolver al acusado; características que son propias de un sistema judicial acusatorio.

Cuando del material probatorio desahogado y valorado al tenor de las formalidades esenciales del procedimiento y con respeto a las garantías constitucionales, se afirme plenamente su culpabilidad, la presunción de inocencia queda destruida. Lo cual implica que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria por parte del acusador, en donde se excluya toda hipótesis normativa que obliguen al inculcado a probar su no participación en los hechos delictivos.

La presunción de inocencia, como regla probatoria referida al juicio de un hecho probablemente delictivo, opera como derecho del acusado a no sufrir las consecuencias jurídicas de una sentencia condenatoria, cuando su

¹³⁹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 261-292.

culpabilidad no ha quedado plenamente demostrada, más allá de toda duda razonable; en base a pruebas de cargo, sustentadas en el respeto a las garantías del inculpado, lo que implica su obtención a través de un procedimiento legal.¹⁴⁰ La amenaza estatal representa para el imputado una posición de desigualdad, de ahí que deba ser protegido mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equitativo y capaz de preservar la presunción, como instrumento básico para su defensa.

Por ende, los hechos en que se sustenta toda acusación, deben ser probados mediante actividades procesales revestidas de todas las formalidades del debido proceso, por el órgano jurisdiccional, a quien corresponde apreciar si existen datos aptos y suficientes de incriminación; así, actualmente en la etapa de preinstrucción, el juez considerará si los hechos que el Ministerio Público consignó acreditan el cuerpo del delito y hacen probable la responsabilidad del inculpado, para justificar la apertura del periodo de instrucción; en dicho procedimiento la intervención del inculpado parte del derecho de defensa, por la vinculación que se realiza con una conducta que la ley señala como delito, cuya carga de prueba siempre corresponde al órgano de la acusación.

Los sistemas procesales de corte acusatorio colocan al juicio oral como eje central del proceso y lo configuran como el escenario natural de la actividad probatoria. El juicio oral ya no es, como sucedía en los modelos inquisitivos o mixtos, una mera reproducción burocratizada de lo realizado durante la fase de investigación preliminar.

Como ha quedado precisado a lo largo de la obra, la nueva redacción del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Apartado A, señala que el proceso penal será acusatorio, regido por principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. En específico, la oralidad es sólo una característica que permite el ejercicio de procesos donde las partes (acusación y defensa) en igualdad de armas bajo el principio de contradicción procesal, sostengan sus posiciones ante un juez que valorará de manera directa, libre y lógica las pruebas en una audiencia pública.

El principio de oralidad, señala José Miguel de la Rosa Cortina, implica que la fase nuclear del procedimiento en el que se desarrolla la prueba tiene lugar verbalmente, pero no se opone a que otras fases o diligencias se lleven de forma escrita, pues lo decisivo para calificar la oralidad de un proceso es la fase probatoria en el que ha de fundarse la sentencia, Vid. "Oralidad, justicia alternativa y el Ministerio Fiscal español" en *Oralidad en el proceso y justicia penal alternativo*, INACIPE, México, 2003, p. 293.

¹⁴⁰ Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *La presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, 1993, *passim*.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.

A. De los principios generales:

- I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;
- II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;
- III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;
- IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;
- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;
- VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;
- VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;
- VIII. *El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;*
- IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y
- X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio...

La presunción de inocencia opera como la regla básica del sistema acusatorio, por ende, la regulación de la materia probatoria:

El juicio oral es la fase principal del proceso, así lo señaló la exposición española de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “el juicio verdadero no

comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los contenidos que tenga razón y la justicia de su parte [...] el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud de prueba, donde las partes deben hacer valer con igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo, y donde los magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la aparte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio”.¹⁴¹

Reclama una especial dedicación por parte del legislador secundario para adecuarlo a la reforma constitucional, así como una mayor precisión conceptual en la identificación de los medios de prueba, también los supuestos de nulidad probatoria de ciertas evidencias obtenidas para ser utilizadas en el juicio oral; a partir de la idea troncal que los derechos fundamentales actúan como límites materiales que la dignidad humana impone al poder público, no puede haber espacio de verdad al margen del respeto a los derechos fundamentales y, en lógica consecuencia, no puede declararse u ordenarse la privación de la libertad de ninguna persona sobre la convicción de culpabilidad alcanzada mediante la utilización de instrumentos probatorios producidos con la infracción de dichos límites materiales.

Uno de los cambios más importantes de la reforma penal mexicana se centra en establecer que las diligencias del sumario no tendrán el carácter de pruebas, sino de documentos tendientes a fundar la acusación (si hubiere mérito para ello), las cuales pueden ser debatidas en igualdad de armas por el imputado en juicio oral y serán valoradas siempre que no hayan sido obtenidas con violación a derechos fundamentales del acusado; por ello se denomina procedimiento preliminar.

En práctica judicial, tal parece que las diligencias aportadas por la representación social son incuestionables, de ahí que el proceso se torne en un prejuzgamiento de los hechos en sentido positivo respecto de la culpabilidad del procesado, a quien se revierte la carga de la prueba para demostrar su inocencia. Así lo refiere el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que señala: [...] El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.

El precepto legal anterior que violenta flagrantemente el concepto de presunción de inocencia que se pretende.

Problemática que denotó la necesidad de reformar el sistema penal mexicano, a efecto de garantizar la observancia jurídica del principio de presunción de inocencia, en las diversas etapas del proceso penal, pero con mayor énfasis en la averiguación previa, para evitar la formulación de

¹⁴¹ *Vid.*, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. 21.

acusaciones injustas. Lo esencial del proceso penal de un Estado democrático de derecho, no consiste exclusivamente en que sea resuelto por un juez imparcial a través de un diálogo igualitario y racional entre las partes, sino que ese juzgador al tomar la decisión, parta de la presunción de inocencia del acusado como regla del juicio, ello asegura que el imputado no llegará con una conducta indefinida. Al respecto de su culpabilidad que habrá de concretarse en base al material probatorio, pues el acusado llega como inocente y sólo saldrá como culpable si aquella condición resulta plenamente desvirtuada.¹⁴²

3.1. LA PRUEBA ANTICIPADA

La posibilidad de que concurra una causa que impida la práctica de la prueba en el juicio oral o de diligencias irrepetibles en fase de investigación preliminar (por ejemplo cuando el testigo está gravemente enfermo o ha muerto), o cuando se trata de menores de edad, es dable apartarse del principio de que la prueba se produzca en la audiencia oral y mediante publicidad, para evitar violación a derechos de grupos vulnerables, sin que se violente el derecho del acusado de que las pruebas, deben ser practicadas en presencia de éste en una audiencia pública, pues nada impide que el acusado pueda optar por objetar la prueba ofrecida.

El proceso penal, basado en un sistema de garantías constitucionales a favor del acusado, no desconoce el proceso justo y equitativo, al preocuparse por la efectiva salud física y emocional de aquéllos que intervienen como víctimas del delito. La obligación del órgano jurisdiccional de procurar un incidente de práctica anticipada de sesiones del juicio oral de los testimonios de víctimas especialmente vulnerables debe aplicarse cuando dicho procedimiento se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar consecuencias perjudiciales derivados de prestar declaración en audiencia pública, como se estableció en la Decisión Marco de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

Así, la premisa del sistema acusatorio en materia probatoria establece que sólo los medios de prueba practicados en juicio oral, con respeto a las garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción son aptos para fomentar el juicio fáctico. No obstante, el principio presenta excepciones: la prueba anticipada, la cual se actualiza cuando concurre una causa que impida la práctica de la prueba en el acto del juicio oral o se trate de diligencias irreproducibles que permitan en la fase de investigación preli-

¹⁴² Al respecto, consúltese CORDÓN MORENO, Faustino, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2a. ed., Aranzandi, Navarra, 2002, pp. 173 y 174.

minar el anticipo de la prueba; por lo tanto, son las únicas pruebas que actúa el Fiscal para lo cual se solicita autorización al juez de control (no es una facultad del Ministerio Público).

Aquí es importante establecer una distinción entre prueba anticipada y prueba preconstituída, al respecto Teresa Armenta Deu señala que la primera es aquella que practicada en fase de instrucción, esto es, en un momento previo al que le corresponde legalmente, debido a razones ajenas de las partes, se prevé que no podrá realizarse en la audiencia oral, ejemplos de ello lo son la enfermedad del testigo, o residencia en el extranjero.

Por su parte, la prueba preconstituída nace por razones de evitar la impunidad y de la búsqueda de la verdad material, ante la utilización de pruebas de imposible reproducción que se han desarrollado en la etapa preliminar y sin observar muchas de las garantías encaminadas a enervar el principio de presunción de inocencia, por ejemplo de aprehensión de drogas que deben destruirse, el resultado de un video de vigilancia, la entrada y registro de un domicilio, el momento de la detención.¹⁴³

El elemento común a dichas excepciones probatorias es la irrepetibilidad de las actuaciones como la fe del narcótico; sin embargo, la diferencia consustancial es que las pruebas anticipadas pueden desahogarse ante el juez de control y por ende gozar de las garantías de la etapa del juicio oral en presencia del imputado y su defensor, con independencia de que sean objetadas en audiencia oral, aunado a que se puede documentar la diligencia en soporte apto para la grabación y reproducción de sonido o imagen; en tanto que las pruebas preconstituídas en atención a la urgencia de las diligencias hace más complejo que los principios de oralidad, inmediación y contradicción se pueden verificar en su práctica, de ahí la importancia de que el Ministerio Público y los elementos policíacos realicen su función con respeto a los derechos fundamentales.

Juan Joseph Queralt señala que hablar de la función policial en un Estado de derecho supone que los derechos reconocidos de los ciudadanos deben estar presentes en todo momento y gozar de materialización efectiva, por lo que este cúmulo de derechos subjetivos no debe verse como un obstáculo para la actividad estatal, pues ésta tiene como función precisamente la custodia y fomento de derechos fundamentales, aun cuando no se hiciera referencia alguna a los derechos fundamentales en la ley, ello no implicaría que la policía no debería llevar a cabo su protección y garantía como en el caso de una detención en donde se le informará sus derechos y las razones de su detención para evitar que ésta se torne ilegal.¹⁴⁴

La naturaleza de ambos tipo de prueba son diferentes, la prueba anticipada tiene una connotación más garantista, en razón de que el Ministerio

¹⁴³ ARMENTA DEU, Teresa, *op. cit.*, pp. 171 y 172.

¹⁴⁴ *Vid. Introducción a la policía judicial*, 3a. ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 46.

Público como amo y señor de la instrucción ha previsto que ciertas pruebas no podrán reproducirse en el juicio oral y puedan lograr su suspensión, por lo que solicita al juez de control o garantías la práctica de las mismas bajo aspectos de contradicción, los dos supuestos que provocan la anticipación de una prueba son que las pruebas de las que se disponen en fase preliminar o intermedia, no serán disponibles por alguna razón al momento de las sesiones del juicio oral, y que la anticipación puede originarse para evitar la suspensión del juicio oral.

En tanto, la prueba preconstituida tiene como objeto dejar constancia a efectos de su utilización futura, de la existencia de un hecho, acto, negocio o relación jurídica, es el medio para conocer algo que aconteció en el pasado mediante su consignación por escrito para asentarlo de manera fidedigna. Esto sucede por la urgencia de asegurar que el objeto, huella, vestigio que ha de ser llevado al juicio oral permanezca disponible e inalterado respecto del estado original en que fue encontrado, aunque a veces la ley ordena que ciertos objetos como drogas se destruyan.¹⁴⁵

Las excepciones necesarias al principio de inmediación del juez de la audiencia del juicio oral han sido recogidas en las reformas constitucionales. Para establecer un equilibrio de los derechos del acusado y la persecución de un delito, se implementó esa excepción en la fracción III, apartado A, del artículo 20, de la Constitución Federal, cuando se corra riesgo de perderse si no se recaba, por lo que es dable que dicha prueba se desahogue ante el juez de control antes de que tenga verificativo el juicio y sólo se incorpora por lectura al juicio oral, sobre todo en casos de delincuencia organizada en las que la víctima corra peligro o haya sido privada de la vida.

3.2. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El tema neurálgico de la actividad probatoria es la carga de la prueba, a través de esta figura se han querido resolver las dificultades probatorias. Uno de los extremos que deben cumplirse para no violar la garantía en estudio consiste en que la verdad *iuris tantum* sólo puede desvirtuarse por una prueba de cargo suficiente, aportada por la parte acusadora, que sea bastante para excluir la presunción de que goza el inculpado durante todo el proceso penal; de manera que, concatenada con otros indicios, determine la culpabilidad del sujeto.

La carga de la prueba alude a la obligación demostrativa de los hechos afirmados por las partes, propio del principio dispositivo, en virtud del cual

¹⁴⁵ Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 266 y 294.

el órgano jurisdiccional es únicamente receptor de las pruebas aportadas por las partes; sin embargo, el *onus probandi* sufre una transformación tratándose del proceso penal, toda vez que dicha distribución es inexistente al recaer la prueba de acusación exclusivamente en el Ministerio Público; no obstante, creemos que dicha posición es correcta en el momento del ejercicio de la acción penal que, sólo apertura la intervención del órgano jurisdiccional, quien durante la instrucción de la causa apreciará las posturas divergentes de las partes procesales; en este momento el órgano de la acusación deja de ser autoridad y asume la obligación de probar las afirmaciones en las que sustentó el ejercicio de la acción penal, relativas al acreditamiento del delito y la culpabilidad del imputado.¹⁴⁶ Lo anterior implica que debe prevalecer la carga de la prueba para la parte acusadora, pues es quien debe desvirtuar la presunción de inocencia de que es titular el acusado, el cual no tiene por qué acreditar su inculpabilidad ni realizar actos de autoincriminación, como lo establece el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Federal; al ser evidente que el silencio del acusado es un derecho de defensa, que no podrá interpretarse como reconocimiento o la negativa del hecho criminal atribuido, como se ha establecido en diversos instrumentos internacionales.

El principio de un Estado de derecho es que toda acusación debe ser probada y le incumbe a la parte acusadora incorporar al juicio la prueba de sus imputaciones, resulta lógico sostener que la carga probatoria que conduce a la determinación de la responsabilidad penal del inculpado, corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal.¹⁴⁷

En contraposición a lo anterior, diversas legislaciones secundarias permiten revertir la carga de la prueba hacia el inculpado; por ejemplo, como quedó precisado el citado artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, regula la obligación de probar a quien afirma el hecho. Postura que se refleja en algunos criterios jurisprudenciales, de los que se desprende que la carga de la prueba cuando se niega el hecho imputado pertenece al inculpado, lo cual es erróneo, porque no es viable trasladar al proceso penal instituciones propias del derecho civil; en efecto, la finalidad de la acción civil es eminentemente particular, en tanto, en materia criminal se persiguen fines públicos; en esta tesitura, se establece para el juzgador la obligación de buscar la verdad material o histórica, con la potestad de introducir al proceso pruebas para mejor proveer, con la consecuente violación a la imparcialidad que debe observar el juzgador en un sistema acusatorio.

¹⁴⁶ Cfr. BINDER, Alberto, *Justicia penal y Estado de derecho*, 2a. ed., Tirant lo Blanch, Buenos Aires, 2004, p. 39.

¹⁴⁷ Cfr. Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El acusado no debe probar su inculpabilidad ante una presunción de ilicitud; en todo caso, el órgano jurisdiccional debe valorar la declaración de éste o su silencio y carga de la prueba que obra en su contra, prescindiendo de que si se abstiene de hablar es en razón de ser culpable del delito imputado; debe partirse de la idea de que no todo lo aseverado por el inculpado es verídico, y apoyarse en la prueba indiciaria para corroborar el resultado probatorio de otros medios que obren en el sumario.

Asumir que toda persona es inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad significará que la libre valoración de la prueba deberá sustentarse en la apreciación de auténticas pruebas de cargo; uno de los aspectos de la presunción de inocencia es que la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora y no a la defensa, asimismo, que la prueba de cargo en el sistema acusatorio, deberá practicarse en el juicio oral bajo la inmediación del juzgador.

Respecto de la extensión fáctica que contiene la prueba de cargo, se ha cuestionado si la presunción de inocencia abarca la comprobación de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad; en este sentido, la jurisprudencia española ha señalado que las circunstancias agravantes del tipo deben estar acreditadas como los hechos que se tratan de subsumir en un tipo penal, pero que el derecho fundamental de la presunción de inocencia no abarca la comprobación de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad, de manera que corresponde al acusado hacerlas valer, pues se impondría a la acusación la carga imposible de tener que probar los hechos positivos integrantes del tipo penal y la no participación del acusado en los mismo; al ser diferente la negación de los hechos que debe probar la acusación, que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquellos, impida sus efectos punitivos, a virtud de que ello debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el onus probandi de aquello que pretende aportar el proceso.¹⁴⁸

Criterio que se comparte con la observación que si del relato de hechos consignados en autos, el juzgador aprecia que el acusado actuó bajo una causa excluyente del delito o de responsabilidad, aun sin proposición por parte de la defensa, debe analizarla de oficio en cualquier etapa del procedimiento penal.

Actualmente en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que es a cargo del imputado acreditar la causa de exclusión del delito cuando está la alega en el proceso.

CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE A QUIEN LA HACE VALER. Se entiende por causa de exclusión del delito aquella que,

¹⁴⁸ RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba en el proceso penal*, 2a. ed., Aranzadi, Madrid, 1996, p. 39.

concurriendo en el comportamiento de una persona, la releva de su responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión que haya realizado esté previsto en la ley como delito. Ahora bien, la carga de la prueba corresponde a quien hace valer dicho causa, atento al principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega, cuando su negación sea contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho. Lo anterior no vulnera los principios de debido proceso legal y acusatorio, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia —implícitamente reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—, pues de ello de ninguna manera releva al Ministerio Público de la Federación de la carga de la prueba de todos los elementos del delito, sino que únicamente impone al procesado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que haga valer, una vez que éste ha sido plenamente probado por la referida representación social, por implicar una afirmación contraria a lo probado, que corresponde probar a quien la sostiene. Tesis aislada visible en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, marzo de 2006, Número de registro: 175,665. Página: 203.

3.3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRUEBA ILÍCITA

El tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática y la teoría del proceso penal.

La terminología empleada por la doctrina es muy variada: prueba ilegal, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada y prueba irregular.¹⁴⁹ Aun cuando no existe un concepto unánime la mayoría concuerda en que es aquella obtenida con infracción de derechos fundamentales.

Tradicionalmente la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se pronunciaba a favor de la admisión, validez y eficacia de las pruebas obtenidas ilícitamente; el criterio decisivo lo prodigaba la búsqueda de la verdad material como fin mediato del proceso penal, por ende, todo era usado bajo el principio maquiavélico de que el fin justificaba los medios, la búsqueda de la verdad, permitía emplear cualquier método inquisitivo a ultranza.

Con posterioridad, la política liberal del Estado garantista, obligó a ponderar los intereses del poder público y el de respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos, de tal manera que respecto a éstos, cedió la finalidad de conocer la verdad histórica por los principios constitucionales referidos no sólo a la actividad probatoria, sino a la obtención de determinadas fuentes de prueba, en la medida en que pueden entrar en colisión con derechos fundamentales, tales como el respeto a la dignidad humana e intimidad de las personas.

¹⁴⁹ *Vid.* MIRANDA ESTREMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2a. ed., Bosch, Barcelona, 2004, p. 18.

Cuando estos derechos públicos subjetivos se incorporan a la vida política de un Estado, se constituyen elementos esenciales del ordenamiento jurídico, por lo que se estima nula la prueba que se obtenga con violación a ellos y los jueces deben estimarla inexistente al construir su base crítica en el momento de que el material probatorio les arroje convicción. En el devenir histórico se pensó que la verdad material era absoluta, pero su respeto no sólo es interés del inculpado sino de la sociedad, no se puede obtener la verdad real a cualquier precio, pues si la condena se basara fundamentalmente en una prueba que se obtuvo con violación a las garantías individuales del inculpado, ello vulneraría el principio de presunción de inocencia.

La noción de un proceso equitativo y de igualdad procesal de las partes, se ve mermado y deja en estado de indefensión al imputado; cierto es que, la confrontación dialéctica entre interés público y privado, busca nuevos y permanentes equilibrios que no quiebren ninguno de los polos opuestos, por un lado el garantismo penal y por otro el combate a la impunidad.

El lugar donde se ha construido una doctrina jurisprudencial abundante sobre la prueba ilícita ha sido los Estados Unidos de América.

En un principio operaba de manera absoluta la inadmisibilidad de dicha prueba a través de la figura de la “*exclusionary rule*”, que tiene como función primordial prevenir la actuación ilícita de la policía (que en derecho norteamericano de tipo adversarial, es quien integra la investigación preliminar) mediante el empleo de medidas ilegales en la obtención de la prueba ilícita, entendida como proclama la inutilización de las mismas, que ha servido principalmente para evitar la obtención de pruebas, cuya consecuencia es la exclusión de la prueba del proceso y la prohibición de su admisión y valoración, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes, pero en especial atentaría contra la presunción de inocencia al conformarse como prueba inculpativa de cargo, que pueda ser usado para desvirtuar la presunción interina de que goza el inculpado, máxime que en México las pruebas de la investigación preliminar, tienen valor probatorio pleno.

La teoría de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas se ve atenuada por otra tendencia que busca corregir posibles distorsiones a que la rigidez de la exclusión podría conducir, mediante un criterio de proporcionalidad, por lo cual los tribunales admiten pruebas ilícitas, con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, para mantener un equilibrio entre valores fundamentales contrastantes, sobre todo utilizarse a favor del inculpado aun en contra del derecho de un tercero.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Véase al respecto, Pellegrini Grinover, Ada, “La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas”, en *La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007, pp. 60 y 61.

No obstante, en la actualidad hay una relativización de la prueba ilícita, en el que se abre espacio de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia, en especial la anglosajona.

El tema de la impunidad conlleva a eliminar una posición garantista-formal exagerada ante cualquier violación de normas procesales. No todos los casos de infracción a un derecho, implican la presencia de la prueba ilícita ni la violación a la presunción de inocencia, sino que se debe valorar en el caso concreto la trascendencia de la infracción. No existe coincidencia, respecto de que la prueba ilícita se constituye por violación exclusivamente a un derecho fundamental o bien se trata de violaciones a aspectos de formalidades.

En los años sesenta, en los Estados Unidos, la regla de exclusión alcanzaba todo tipo de violaciones, el caso *Miranda vs. Arizona*, que impuso la obligación de la policía de advertir a las personas detenidas sus derechos constitucionales, pero treinta años después la Corte norteamericana cambió de opinión y aceptó numerosos precedentes que habían violado los derechos “*Miranda*”, con lo cual se aplican excepciones a la prueba ilícita en caso de violaciones procesales en la obtención de la prueba pero que no violentan derechos fundamentales, como el caso de emitir una confesión sin que se adviertan dichos derechos constitucionales.¹⁵¹

La doctrina distingue entre:

1. *Prueba ilícita*: aquella que viola derechos fundamentales;
2. *Prueba prohibida*: la que es consecuencia de una prueba ilícita; y,
3. *Prueba irregular*: aquella generada con vulneración de las normas de rango inferior que regulan su obtención y práctica.

La flexibilidad en la inadmisión de la prueba ilícita deviene del reclamo social de lucha contra la criminalidad, el factor negativo más destacado es la pérdida de la prueba relevante y el favorecimiento de los sujetos acusados, lo cual incidió en el cambio de esquema de los criterios jurisprudenciales de los tribunales constitucionales, para emplear excepciones a la regla de exclusión, al implementar figuras como la fuente independiente, la cual funciona a través del nexo de causalidad,¹⁵² planteado en la jurisprudencia norteamericana (prueba refleja) y sustentada por el tribunal supremo español, partiendo de la base de que no obstante las pruebas de cargo se hallen

¹⁵¹ Véase al respecto Hairabedfán, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 26 y 27.

¹⁵² Para determinar cuándo se da esta conexión de antijuricidad hay que tener en cuenta dos criterios, primero analizar la índole de gravedad de la vulneración del derecho fundamental en la prueba originaria y las necesidades de tutela del derecho fundamental lesionado. Al respecto, véase Cedeño Hernán, María, “El alcance anulatorio de la prueba ilícita”, en *La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007, p. 76.

enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración fundamental, son jurídicamente independientes de él y se les debe de tener por válidas y aptas para enervar la presunción de inocencia. Para determinar si las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra prueba realizada con violación a un derecho fundamental, hay que precisar su vinculación, esto es, establecer un nexo causal entre una y otras, para saber si la conexión de antijuridicidad se extiende a las segundas, con lo cual admite las pruebas indirectas en ciertos casos, aunque provengan de una prueba ilícita directa.¹⁵³

La doctrina de la fuente independiente, atiende a las pruebas que se hayan obtenido casualmente o en virtud de datos o informaciones que no deriven de la prueba ilícita, no pierden eficacia probatoria. Asimismo, se introdujeron dos figuras más, la llamada *good faith*, según la cual podría reconocerse eficacia probatoria a las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, cuando los responsables de esa vulneración hayan actuado de buena fe, y la *independant source*, que admite como pruebas las que se hubieran descubierto por otros medios durante el curso de la investigación.

Sin embargo, aun cuando dichas excepciones pudieran tener como trasfondo un principio de justicia, estimamos que la categoría de prueba ilícita debe emplearse, en atención al respeto de la garantía de presunción de inocencia y a fin de evitar abusos por parte de las autoridades, sino la que inobserve las garantías procesales o las formalidades que debe observarse de acuerdo al debido proceso legal. Las reglas de exclusión de la prueba ilícita garantiza los mecanismos de respeto a los derechos constitucionales de los acusados, por lo que deben de contar con un medio que impida la utilización de dichos medios probatorios en su contra.

La teoría del árbol envenenado, acuñada por la Suprema Corte Norteamericana, vicia igualmente a sus frutos, conforme a las figuras de *independent source* y de inevitable Discovery, que disponen: la prueba ilícita no fue absolutamente determinante para el descubrimiento de las derivadas, o si éstas derivan de una fuente propia y por ende no están contaminadas, puede ser peligroso atentar contra los derechos del inculpado, sin soslayar el derecho de las víctimas a que se haga justicia.

La finalidad del proceso es reconstruir y esclarecer los hechos y la búsqueda de una verdad pero no a cualquier precio; la presunción de inocencia, como piedra angular del sistema acusatorio, impone control a los cauces a través de los cuales el juzgador se forma convicción respecto de los hechos.

A la policía se le ha adjudicado desde su nacimiento y con independencia de su forma de organización, la función de prevenir los delitos y cualquier contravención al orden público, así como investigar los ilícitos penales

¹⁵³ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, "El proceso penal español y la prueba ilícita", en *La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*, Instituto Nacional en Derecho Penal, México, 2007, pp. 26 y 27.

ya cometidos, y auxiliar a los funcionarios encargados de la persecución penal.

Por disposición constitucional, tratándose de casos de flagrancia, la policía procede de oficio, por iniciativa propia a investigar los delitos que haya observado de manera directa o que mediante denuncia se le haya hecho saber, lo que conduce a afirmar que es un deber del funcionario conforme al principio de legalidad realizar actos de auxilio inmediato en dichas situaciones.

Sin embargo, aunque toda esta actividad inicial de la policía está precedida por el deber de comunicarlo al fiscal, permea uno de los principales problemas políticos a resolver por el legislador penal, consistente en el uso autoritario que la policía como fuerza de choque inmediato en contra del acusado comete en lugares públicos por medios violentos durante la persecución penal. Los funcionarios de la policía son los más inclinados a violaciones jurídicas contra el imputado durante su tarea de investigación por lo que deben quedar bajo su supervisión y cumplir sus órdenes, razón por la cual el Ministerio Público, estructurado de manera objetiva e imparcial dentro de la investigación, es esencial para controlar que los procedimientos de la policía, se ajusten a la ley. No son pocos los casos en que la intervención de la policía ha traído la tortura y violación sistemática de derechos humanos en su intervención, el último caso es el de la discoteca News Divine, suscitado en la Ciudad de México, donde el operativo instaurado por elementos policíacos ocasionó la muerte de doce menores de edad.

De hecho, una de las propuestas de la Cámara de Senadores en la reforma al sistema de justicia penal fue permitir que la policía ingresara sin orden judicial a un domicilio cuando existiera una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado; sin embargo, la Cámara de Diputados rechazó tal adición, acotando que en caso de allanamiento de un domicilio se requiere una orden judicial, en atención a los abusos que se suscitaría por parte de los elementos policíacos, más aún, cuando en la actualidad se bonifican monetariamente el número de detenciones que hagan los policías, lo cual en vez de crear un alto concepto de responsabilidad en ello ha creado una violación significativa a los derechos de los detenidos injustificadamente. La intervención de la policía amenaza en desbordar poder frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que asegure un tratamiento equilibrado y preserve la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa, de ahí que se repunte como regla de tratamiento del imputado durante todo el procedimiento penal.

No obstante, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia emitió la jurisprudencia 1ª./J. 21/2007, al resolver la contradicción de tesis entre el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuyo rubro y texto es el siguiente:

INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA. Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado —como garante de los bienes de la sociedad— debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVI, agosto de 2007, página 224.

Con independencia de que la reforma constitucional no admitiera la intromisión de la policía sin orden de cateo, esto es, cuando no estableciera de manera expresa en el artículo 20, apartado A, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, contrariamente a lo

dispuesto en el artículo 61 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal respecto de que si falta alguno de los requisitos previstos en la Constitución, el cateo carecerá de valor probatorio; el Máximo Tribunal del País, en un discurso de no impunidad, abrió una puerta al posible abuso policíaco, al permitir que en caso de flagrancia se allane un domicilio y las pruebas obtenidas, tendrán valor probatorio pleno.

Debe cuidarse la actuación de los policías para evitar abusos, es constante el reclamo social que en aras de combatir a la delincuencia cometen excesos, incluso, fabrican delitos y cometen atropellos.

Mientras el Ministerio Público y la policía no preserve y respete las garantías formuladas por el Estado de derecho, adopte su función de guardián de la legalidad, resulta difícil creer que las figuras que excluyen a la prueba ilícita, sea pertinente emplearlas en el sistema de justicia penal mexicano, si antes no cambiamos la cultura de transgredir los derechos fundamentales del imputado y lo seguimos estigmatizando, sería más sencillo entender que deben preservarse las garantías individuales dentro de todo el procedimiento y de acusar cuando sea menester hacerlo por un principio de legalidad y de justicia. La categoría de prueba ilícita debe emplearse en atención al respeto de la garantía de presunción de inocencia a fin de evitar abusos por parte de las autoridades persecutorias de los delitos.

El fundamento de excluir pruebas ilícitas tiene una función preventiva cuyo origen es el largo historial de abuso en la investigación penal por parte de la policía, entre los que se destacan ataques a la privacidad y confesiones forzadas, lo cual proliferó ante la ausencia de medios de control constitucional y legal expresos.

Prohibir el uso directo de medios probatorio y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una incitación a procedimientos inconstitucionales, como ocurre con la prueba refleja (derivada de otra ilícitamente practicada), no puede considerarse como prueba jurídicamente independiente. Lo que significa que la regla de exclusión alcanza no sólo a la prueba obtenida de manera directa con vulneración de derechos fundamentales, sino a las posteriores cuya obtención deriven de la inicial prueba ilegal.

Desde el punto de vista de la presunción de inocencia resulta difícilmente admisible la excepción del “descubrimiento inevitable” que admite la utilización de elementos probatorios obtenidos ilícitamente cuando los mismos se señalan habrían sido obtenidos inevitablemente por otros medios legales, si ésta se basa en conjeturas o hipótesis. Reafirma esta idea el hecho de que la fuente probatoria se obtuvo con vulneración de las garantías del inculgado.

Es importante destacar el efecto de “contaminación psicológica” que puede producir sobre el tribunal, la práctica de medios probatorios o la recepción de fuentes probatorias afectadas de nulidad. Debe disponerse de mecanismos de asepsia valorativa que permitan aislar o reducir significati-

vamente en el proceso decisional el riesgo de contaminación. Aun así, es patente el riesgo de que la recepción cognitiva de los resultados probatorios precedentes de medios declarados posteriormente nulos en sentencia, afecte a la percepción del Tribunal sobre la inocencia del acusado.

No olvidemos sobre este tema que la Primera Sala o la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que en los cateos el derecho de nombrar testigos le corresponde a la persona que se encuentra en el domicilio, que era ilegal que el ministerio público designara con tal carácter a elementos policíacos que lo auxiliaran en la diligencia. No obstante, como quedó precisado en esta obra, el Pleno del máximo Tribunal en votación mayoritaria, revirtió el criterio.

3.4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA A TRAVÉS DE LA PRUEBA INDICIARIA

En la formación de la convicción judicial intervienen las pruebas y presunciones; la prueba indiciaria conjuga ambos elementos, a partir de un hecho cierto o acreditado, que es el indicio, asociado a una presunción, que es el hecho desconocido para verificar otro hecho distinto y que es consecuencia de un enlace lógico-jurídico.¹⁵⁴ La prueba indiciaria tardó en admitirse en el procedimiento penal, porque con el sistema inquisitivo se procesaba a cualquier individuo por mínima que fuera la sospecha de delito. Dicha prueba supone un elemento fáctico que autoriza una deducción, como consecuencia de él, y permite afirmar un hecho oculto, a través de una inducción, siendo el indicio un dato objetivo que permite a través de un razonamiento lógico despejar la incógnita.

La importancia de esta prueba radica en que es imprescindible para que el juzgador efectúe sus razonamientos en la sentencia y para la valoración probatoria en conjunto, lo que permite obtener convicción sobre los hechos que se pretenden subsumir en un tipo penal y desprender la participación del inculpado. La mayoría de las sentencias dictadas por nuestros órganos jurisdiccionales se sustentan en la prueba circunstancial, a pesar de omitirse la expresión de su utilización o desarrollarse sus contenidos; amén de que el empleo de la misma es de utilidad ante la ausencia de prueba directas que deduzcan la culpabilidad del acusado y donde se exige mayor esfuerzo intelectual del juzgador.

La relación de la prueba presuncional tiene relevancia, ya que la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional debe contener el razonamiento deductivo que lo llevó a afirmar la demostración de la culpabilidad del pro-

¹⁵⁴ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "La prueba indiciaria", en *El proceso penal*, Vol. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 59.

cesado, de lo contrario, la falta de motivación implicaría una violación al derecho de presunción de inocencia; de tal suerte que ésta puede desvirtuarse sobre la base de una prueba indiciaria, siempre que se sustente en elementos de convicción debidamente demostrados; con exclusión de toda consideración basada en conjeturas o sospechas; lo que requiere del juzgador el empleo de reglas lógicas y de experiencia que justifiquen la determinación judicial y que expliquen cómo obtuvo la certeza de la participación del acusado.

La tutela judicial efectiva supone el derecho a impetrar de los tribunales la adecuada contestación, para evitar la denegación de justicia, pero también obtener una decisión fundada en derecho, sea o no favorable. La motivación suficiente es una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución es consecuencia de una exigencia racional y no fruto de arbitrariedad.

Una resolución que no exponga las razones que la justifiquen no solo violenta el principio de presunción de inocencia, sino que vulnera también el derecho a la tutela efectiva, como señala Ricardo Rodríguez Fernández, el deber de motivar las sentencias tiene como razón fundamental la de posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, tanto por otros tribunales superiores mediante los recursos, como por las partes y el resto de la sociedad, la motivación tiene que dirigirse a lograr el convencimiento del acusado y demás partes del proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial.¹⁵⁵

Sin embargo, la realidad de la práctica judicial mexicana, se advierte una falta de motivación para desarrollar la prueba indiciaria, al grado de que se expone en las resoluciones que como el imputado no ofreció prueba de su inocencia y sólo negó los hechos imputados, se le traslada la carga de la prueba para considerarlo culpable, tal como se advierte del siguiente criterio jurisprudencial:

INCUPLADO. LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE EN PRINCIPIO OPERA EN SU FAVOR, APARECE DESVIRTUADA EN LA CAUSA PENAL. Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 15.

de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Cuarto Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, tomo XXII, julio de 2005, página 1105.

El hecho de que el inculpado niegue los hechos no implica que por ello sea libre de la acusación, sino que a través del proceso intelectual y de las máximas de la experiencia, el juzgador desvirtúa la posición primigenia de inocencia de que goza el inculpado, pero de ningún modo se le debe exigir que pruebe los hechos positivos en los que descansa su versión, pues aun en el caso de que el acusado mantuviera una posición inactiva, le corresponde al Estado probar la imputación.

La carga de los hechos constitutivos recae íntegramente en el acusador y a él perjudica la falta de prueba, sin que por ello obste que el imputado pueda válidamente introducir afirmaciones sobre hechos extintivos o impeditivos para negar los mismos, esta actividad se denomina prueba de descargo, ya que el acusado tiene derecho a intentar demostrar su inocencia.¹⁵⁶

Al respecto, es importante señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterios en los que se explica este proceso de formulación de la prueba indiciaria, tales como:

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, VALORACIÓN DE LA. La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de los indicios y tiene, como punto de partida, hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es, ya un dato por complementar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 2000, Sexta Época, Primera Sala, tomo II, Materia Penal, tesis jurisprudencial 275 número de registro 904256, página 200.

PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL. En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la Contradicción de Tesis 48/96, entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito Jurisprudencia 1ª./J.23/97, tomo V, materia Penal, junio de 1997, número de registro 198452, p. 223.

¹⁵⁶ Vid. Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez Castro, Valentín, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 371 y 372.

PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD CONSAGRADA POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que faculta al juez a emplear los medios de prueba que estime convenientes para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no contraviene el principio de imparcialidad contenido en el artículo 17 constitucional, pues, precisamente esta posibilidad de que el juzgador emplee las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad material y formal, tiene como finalidad que pueda emitir un fallo encaminado a alcanzar el ideal de equidad y justicia, sin que ello signifique que se sustituya o invada la órbita del Ministerio Público, institución a la que por mandato constitucional le corresponde la persecución de los delitos, en tanto que acorde a los principios de división de la carga procesal, la autoridad judicial se encuentra imposibilitada para mejorar en forma oficiosa la acusación, pues de lo contrario el sistema procesal pasaría de acusatorio a inquisitorio, convirtiéndose en juez y parte al mismo tiempo. En efecto, dicho precepto no tiene como propósito que el juzgador se valga de todos los medios de prueba que tenga a su alcance para justificar el dictado de un auto de sujeción a proceso o formal prisión o bien, una sentencia de condena, sino allegarse y emplear los elementos de prueba que estime conducentes para resolver lo que en derecho proceda, lo que incluso puede repercutir en beneficio del propio acusado quien se podría ver favorecido por un auto de libertad por falta de elementos o bien por una sentencia absolutoria.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis, P.L./99, tomo IX, junio de 1999, Materia Constitucional, Penal, página 11.

Así también, respecto a tan importante tópico, Jordi Nieva Fenoli afirma lo siguiente:¹⁵⁷

Como se ha dicho, habitualmente se formula la presunción de inocencia como una regla de carga de la prueba.¹⁵⁸ En caso de duda, hay que absolver. *In dubio pro reo*. Es decir, en caso de insuficiencia de prueba, el juez optará por la inocencia.

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

¹⁵⁷ NIEVA FENOLI, Jordi, "La razón de ser de la presunción de inocencia", *Revista para el análisis del Derecho Indrot*, pp. 10-17.

¹⁵⁸ Por todos, Stumer (2010, pp. 152 y ss.). Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2012, p. 214)

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

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

Pero es que, además, la carga de la prueba es una institución que sólo se utiliza en una situación realmente extrema; la ausencia de prueba.¹⁵⁹ Y es así porque la carga de la prueba es una última ratio del sistema probatorio, que solamente aparece al final del proceso, si resulta completamente imposible llevar a cabo la valoración de la prueba. Solamente en esa situación. La carga de la prueba es una solución muy antigua, y en todo caso una mala solución, para evitar el non liquet. Pero hasta el momento no ha surgido en la ciencia jurídica una alternativa mejor.

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

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

¹⁵⁹ ROSENBERG *et al.* (2010, pp. 644-645).

Presunción de inocencia y estándar de prueba

Siendo ello así, se abre la opción de considerar a la presunción de inocencia como algo distinto a la carga de la prueba, y que de hecho cuadra mucho mejor con la libre valoración de la prueba que rige invariablemente en el proceso penal. ¿Es la presunción de inocencia un estándar de prueba?¹⁶⁰

En primer lugar, habría que definir lo que es un estándar de prueba, y ese es el primer aspecto de discusión. Un estándar puede indicarle al juez hasta qué punto debe estar convencido de un hecho para poder declararlo probado, e incluso cómo llegar a esa convicción. Ese sería el estándar relacionado directamente con la presunción de inocencia: la convicción más allá de toda duda razonable. Asunto distinto es cómo se alcanza esa convicción, materia en la que rige la libre valoración de la prueba,¹⁶¹ pero aún es más difícil indicar cuándo se llega al carácter “razonable” de la duda,¹⁶² a ese umbral que intenta buscar el estándar de prueba, es decir, un grado de corroboración de la hipótesis. Ahí impera inevitablemente el subjetivismo y normalmente el juez tiende a decidir aquello que se ve capaz de motivar.¹⁶³ Esa realidad hace tan impreciso el estándar que hasta es muy dudoso que exista. Puede incluso intentarse su formulación indicando que la hipótesis condenatoria debe tener:¹⁶⁴

a) Un alto de contrastación, de manera que explique los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que hayan sido corroborados.

b) Deben ser refutados todas las demás hipótesis plausibles que quepa construir con los mismos datos que sean compatibles con la inocencia.

Pero incluso con esta meritoria formulación, basada en la probabilidad inductiva, es decir, en la elaboración de hipótesis alternativas que deben ser descartadas,¹⁶⁵ se vuelve a caer en el subjetivismo, puesto que el número de esas hipótesis alternativas que surjan depende de las habilidades cognitivas de cada juez, de manera que el mayor o menor grado de confirmación será variable en función del observador que sea capaz de exponer nuevas alternativas. En consecuencia, se establece un muy buen método de enjuiciamiento, pero no se construye realmente un estándar seguro y absolutamente objetivo, o al menos suficientemente intersubjetivo, que es lo que se pretende. La sentencia estará mucho mejor motivada en el caso concreto, ciertamente, habiendo servido el método como guía para la buena actuación judicial. Pero el método, a la postre, es simplemente un buen ejemplo de buen hacer judicial, pero quizás no un auténtico estándar de prueba que le señale con precisión al juez el deseado umbral de lo que esté más allá de toda duda razonable, porque siempre pueden surgir nuevas hipótesis y, por ello, nuevas dudas.

¹⁶⁰ Sobre este tema ver ampliamente González Lagier, 2014.

¹⁶¹ *Vid.* TARUFFO (2002, pp. 292 y ss).

¹⁶² En este sentido, Igartua Salaverria (1995, p. 57).

¹⁶³ TARUFFO (2002, pp. 435 y ss.).

¹⁶⁴ Sigo la formulación de Ferrer Beltrán, Jordi, “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, <http://www.uv.es/cefd/15/Ferrer.pdf>. También en, del mismo autor, *La valoración racional de la prueba*, Madrid 2007, pp. 144 y ss. *Vid.* otros métodos similares en González Lagier (2014, pp. 113-114).

¹⁶⁵ COHEN (1977, pp. 121 y ss.). GASCÓN ABELLÁN (2004, pp. 174 y ss.).

Otros estándares le demuestran al juez aún más abiertamente como alcanzar esa convicción, o al menos con qué tiene que contar para dar por probado un hecho, sin señalar realmente un umbral o grado de convicción. Ese es el caso del estándar en el que está basada la “duda razonable”: la certeza moral del Derecho canónico. Según el mismo, un hecho se tendrá por probado si fue averiguado por un juez debidamente formado y siguiendo las reglas de procedimiento establecidas centrándose únicamente el juez en lo alegado y probado en el proceso¹⁶⁶ *secundum allegata et provata*.¹⁶⁷ Como se ve, ese estándar le intenta dar la espalda, en parte, a la convicción en favor de la consideración de datos mucho más objetivos.

Las juristas alemanes han hablado de las “medidas de prueba” (Beweismaff),¹⁶⁸ pretendiéndose alcanzar la “completa convicción del juez”, que se define como un grado tan alto de verosimilitud que no dejaría duda a ningún hombre razonable,¹⁶⁹ de manera que debe alcanzarse una “verosimilitud objetiva”, y no una “credibilidad aproximada”,¹⁷⁰ que se identifica con una (muy) alta probabilidad¹⁷¹ o “certeza personal” del juez,¹⁷² lo cual aproxima estas categorizaciones, por cierto, a la certeza moral canónica.

Los tribunales construyen a veces otros estándares. También lo hace la doctrina.¹⁷³ El Tribunal Supremo español ha establecido varios en relación con el testigo de referencia o con el único testigo-víctima,¹⁷⁴ aunque en realidad lo que ha hecho es exponer las circunstancias mínimas que debieran concurrir para considerar a ese testigo como creíble, intentando orientar de ese modo, de nuevo, la convicción judicial. Así se dice que el testigo-víctima debe ser coherente, o que no debe tener motivos espurios para declarar. O que el testigo de

¹⁶⁶ LLOBELL Tuset (1998, p. 771). *Vid.* también Aliste Santos, *Relevancia del concepto canónico de “certeza moral”*, *op. cit.*, pp. 667-668, y del mismo autor, *La motivación de las resoluciones judiciales*, *op. cit.*, pp. 309 y ss.

¹⁶⁷ Durandus, *Speculum iuris*, *op. cit.*, Parte II, De Sententia, S 5, l. pp. 784-785. Azzone (o Azo o Azón), *Brocardica (aurea), sive generalia iuris*, Basilea 1567, rúbrica XX, p. 237: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & e contra*. *Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue; utrum notum sit el tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegation. ut ff. De ser. l.2.&ff. Si fer. vend. l. surreptionem. & de minor. 25 anno. l. minor. Quid miri? None sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero notir ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata & ita intelligitur contraria Rubrica. ACCURSIUS, e.a., *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus seu Pandectarum*. Vol. 6, Lyon 1604, p. 17: “Iudex debet ferre sententiam, secundum allegata et probata, non secundum conscientiam”*

¹⁶⁸ Scherer (1996), Leipold (1996, pp. 307 y ss.), Prütting (1994, pp. 1784 y ss.), Evers (1979), Meurer (1989, pp. 533 y ss.), Weber (1997, pp. 28 y ss.).

¹⁶⁹ ROSENBERG (1929, p. 356).

¹⁷⁰ *Cf.* ROSENBERG *et al.* (2010, p. 768).

¹⁷¹ EINE (sehr) hohe Wahrscheinlichkeit. Rosenberg *et al.* (2010, p. 768).

¹⁷² “Persönliche Geurifheit”. *Vid.* Bender/ Nack (1980, p. 121).

¹⁷³ MIRANDA ESTAMPES (2014, p. 143).

¹⁷⁴ STS 213/2015, 22-1-2015.

referencia¹⁷⁵ debe ser absolutamente subsidiario del testigo directo y que debe procederé con cautela en la valoración de su testimonio.

Son muy valorables los intentos de racionalizar la labor del juez, aunque también debe tenerse en cuenta que con estos estándares se puede estar orientado en una excesiva medida la valoración probatoria,¹⁷⁶ que recordemos que es y debe ser libre. Mientras la orientación se queda en el señalamiento del buen hacer judicial, no presenta ninguna objeción, pero cuando empieza a establecer datos muy directos de qué es lo que debe concurrir para dar por probado un hecho, se corre el riesgo de condicionar en exceso la labor del juez, pudiéndose llegar a crear verdades ficticias si se cumplen los requisitos exigidos por el estándar.

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

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

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

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

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

¹⁷⁵ STS 2432/2014, 10-6-2014.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ LAGIER (2014, p. 115).

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

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

La razón es que siempre se busca lo razonable en el proceso, tanto en la valoración probatoria como en la argumentación jurídica, de modo que lo que exponga el juez como razonable no va a tener otro condicionamiento que el que resulte del método propuesto por el propio estándar de prueba considerado. Ni siquiera diciéndose “más allá de toda duda razonable” se obtiene algo de mayor valor, porque cualquier duda razonable que haya sido excluida precisamente por no serlo, se situará más allá de lo razonable. Se crea así una obvía tautología que hace que los términos “más allá” sean solamente una expresión enfática, una simple forma de subrayar la correcta labor judicial y que, como ya se dijo, adquiere todo su sentido cuando se trata de impresionar a jurados.

Sin embargo, cuando la idea de la presunción de inocencia sí gana un protagonismo no es exactamente en materia de valoración de la prueba, o a la hora de dictar la sentencia. En ambos momentos se utiliza su orientación, pero no con carácter específico. La presunción de inocencia más bien orienta al juez durante todo el proceso penal, evitando que desde principio a fin le influya el perjuicio social de culpabilidad. Así lo defendí en mi libro *La duda en el proceso penal*, Barcelona 2013, pp. 89.

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

También juega un papel relevante la presunción de inocencia durante toda la práctica de la prueba. En esta fase, el juez va a ir perdiendo poco a poco la neutralidad de su juicio en favor de la hipótesis que le parezca más plausible, siguiendo el estándar de la duda razonable y la probabilidad inductiva, ciertamente, por ser el que tiene mayores posibilidades de acercarle a la realidad. Pero nuevamente hay que cuidar que el juez no se escore prematuramente hacia la opción de la culpabilidad. En el momento de la práctica de la prueba, teniendo en cuenta que la actividad del ministerio fiscal en este sentido acos-

tumbra a ser acusatoria y, además, el ministerio fiscal es un sujeto con la misma o al menos similar formación que el juez, existe el peligro cierto de que se vea más inclinado al seguimiento de sus tesis, nuevamente en favor de la culpabilidad, pese a que el juez deba ser necesariamente imparcial.

La manera de conjurar ese riesgo es que el juez siga recordando la presunción de inocencia, y antes que dejarse llevar por el ímpetu probatorio de cargo del fiscal, o incluso por una declaración pobre del reo, piense que las cosas pueden haber sucedido de modo distinto. Es decir, contemple la hipótesis de la inocencia. Esto es, que no solamente tenga en cuenta posibles explicaciones alternativas a la hipótesis de culpabilidad, sino que también tome en consideración que la hipótesis concreta que defiende el reo puede ser cierto. Como ello es muy difícil, teniendo presente la evidente desigualdad entre reo y ministerio fiscal en el proceso —aunque solamente sea en términos de credibilidad—, la presunción de inocencia vuelve nuevamente a compensar los platos de la balanza. Por mucho que el reo no pueda parecer culpable, partimos de la base de que es inocente durante la práctica de cualquier prueba, incluida la declaración del reo.

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

Incluso en este último momento tiene la presunción de inocencia un valor. El juez se va a inclinar por la opción que le parezca más razonable, que en consecuencia será la que pueda motivar mejor en su sentencia. No tiene por qué estar objetivamente más seguro de la culpabilidad que de la inocencia si desea condenar, porque determinar ese grado de convicción es prácticamente imposible. Simplemente optará por la probabilidad que le parezca preponderante, y en ese sentido motivará su sentencia.¹⁷⁷ Solamente en el caso de que le parezca exactamente tan plausible la opción de la culpabilidad como la de la inocencia tendrá la presunción un importante papel que jugar, porque sí las opciones de culpabilidad e inocencia están en pie de igualdad, el juez tiene forzosamente que absolver.

Con ello, en este momento, cumple la presunción de inocencia su última misión en el proceso. El juez deberá motivar la sentencia, y aunque esté convencido de que la opción de la culpabilidad y de la inocencia eran igualmente plausibles, no tiene que expresar estas dudas en la sentencia, porque ello provocaría que la sociedad viera al reo como culpable pese a la absolución, teniendo en cuenta el prejuicio social de culpabilidad. El juez, por tanto, no puede dictar una absolución “por falta de pruebas”, que parece una especie de absolución a la fuerza. El juez, al contrario, tiene que razonar que el reo es perfectamente inocente porque no existen pruebas que le acusen,¹⁷⁸ dado que la insuficiencia de la prueba de cargo equivale a la inocencia. Como dijo ULPiano

¹⁷⁷ *Vid.* NIEVA FENOLI (2013, pp. 164 y ss.).

¹⁷⁸ Como argumenta TARUFFO (2009, p. 244). “Se non si riscontra alcun criterio attendibile ed epistémicamente fondato, la sola conseguenza possibile é che nessuna può essere formulata”.

y otros muchos después de él, no se puede condenar por sospechas, por lo que tendrá que declarar infundadas todas esas sospechas y, como digo, simplemente absolver libremente al reo, de modo total y sin reserva alguna.

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

El juez, como se ha dicho, igual que cualquier otro ser humano, está influido por el prejuicio social de culpabilidad. Es tan fuerte y atávico que es difícil librarse de él, incluso contando el juez con una formación en materia de presunción de inocencia. En la consciencia de que ese prejuicio le hace parcial, la ley le obliga a creer en la inocencia, o al menos a tomarla en consideración. No restringe de este modo la libertad de su juicio, ni mucho menos, sino que le libera de la esclavitud del prepucio, con lo que se consigue que la imparcialidad, derecho esencial del proceso, guíe la actuación del juez, como debe ser.

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

3.5. HECHOS IMPEDITIVOS Y EXTINTIVOS

Un importante sector de la doctrina penalista y procesalista mantiene la tesis de que la presunción de inocencia debe alcanzar no sólo a los hechos constitutivos del delito sino a los impeditivos; sin embargo, la jurisprudencia no lo ha entendido así con rotundidad, pues si bien con carácter general se ha declarado que en virtud de esa presunción la carga de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras y no a la defensa, verificándose un desplazamiento de tal carga hacia las acusaciones, que han de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, sin que por tanto pueda constitucionalmente exigirse a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.

Se dice que se excluye de su ámbito de cobertura no sólo a los hechos impeditivos y extintivos, sino también a las circunstancias eximentes y atenuantes, por cuanto que la prueba de su existencia recae sobre el acusado de acuerdo con los principios procedentes del Derecho Procesal *onus pro-*

bandi incumbit qui dicit non ei qui negat y afirmanti non neganti incumbi probatio, negativa non sun probanda, y así se afirma que la presunción de inocencia en forma alguna despliega su eficacia sobre algo en principio anormal, cual una circunstancia de inimputabilidad.

Tras decir que la presunción de inocencia es un derecho de naturaleza reaccional que desplaza la carga de la prueba a la acusación, afirma que cuando se trata de un hecho impeditivo o de naturaleza contraria es a la parte acusada a quien corresponde la carga de la prueba, sin que ello contrarie en nada el espacio operativo de tal derecho fundamental; y expresa que la presunción de inocencia favorece a todo acusado de un delito y se extiende a los presupuestos o elementos descriptivos y normativos del mismo, a la participación y a las circunstancias de agravación, pero no sirve de cobertura a las circunstancias de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal; por lo que parece obvio reconocer que corresponde a la parte acusada, que la alegue, probar la concurrencia de todos los requisitos precisos para la estimación de la circunstancia eximente de que se trate.

Supondría un dislate imponer a las partes acusadoras la obligación de acreditar que todas y cada una de las circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad criminal no han concurrido en el caso, ya que la prueba de su existencia recae sobre el acusado, de acuerdo con los principios del derecho procesal, en virtud del cual incumbe la carga de la prueba a quien afirma algo.

Lo que dispensa o libera de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho; pero acreditada la misma, se produce una nivelación procesal de las partes, y así, la acusada, si introduce en la causa un hecho extintivo, tiene la carga de justificar probatoriamente la existencia del mismo, pues se ha limitado la carga de la prueba de la acusación a la de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Y entender lo contrario —que bastaría la alegación de un hecho impeditivo— privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los Tratados Internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar indefensión.

Así, en el delito de privación ilegal de la libertad (secuestro) corresponde a la defensa la prueba de que el autor de la detención liberó a la víctima antes de los tres días y sin haber logrado su propósito, señalando y probando éste.

En el delito de tráfico de drogas, corresponde al acusado la prueba de su adicción, en cuanto hecho que puede desvirtuar el indicio del destino al tráfico de la sustancia aprehendida.

En el delito de malversación, no puede obligarse a la administración a demostrar que los fondos no ingresados por el reo hayan sido aplicados a usos propios, porque sería casi siempre una prueba imposible, siendo por

ello suficiente que el recaudador no aporte el dinero recibido o los recibos de pago ni haya dado parte oportuno de sustracción, pérdida o destrucción.

En los delitos de apoderamiento patrimonial se presume el *animus lucrandi*, correspondiendo a los infractores acreditar que fue otro el propósito que les inspiró.

Recapitulando, se recuerda que la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a probar a cada parte aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el *onus* de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, este viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impeditivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que lo alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de exención de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas.

Se distingue entre hechos negativos e impeditivos, declarando que una cosa es el hecho negativo y otra distinta los hechos impeditivos, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el *onus probandi* de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos, por lo que no es admisible su pretensión de que se aplique la presunción de inocencia para admitir un error de prohibición, cuya existencia le correspondía probar a él.

3.6. ERROR DE PROHIBICIÓN Y ERROR DE TIPO

El error de prohibición, esto es referente a la creencia errónea del recurrente sobre la licitud de su actuación salen del ámbito de la imputación objetiva en que se mueve la presunción de inocencia. También ponen la carga de su prueba del lado de quien alega su existencia, declarando esta última que el error de prohibición no será acogible cuando en un orden de pensar normal, conforme a cánones habituales consagrados por la experiencia y el sentir social, no existan motivos para concluir que el agente se

hallase desprovisto de la normal conciencia de antijuridicidad o, al menos, de la fundada sospecha de que su proceder es contrario a Derecho.

La apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, las condiciones psicológicas y de una cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprendan para ser conocido el mismo sujeto activo.

No es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente. No cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente. En expresión, en aquellas infracciones que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud; una causa especial en las infracciones de carácter elocuentemente opuestas al Derecho, cuya ilicitud resulta evidente para cualquier persona aun sin conocimientos jurídicos; añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada.

Tan evidente es que su invocación no puede prosperar en la violación de una prostituta, pues nadie puede considerar ajustado a derecho el abuso de una mujer como si fuera un objeto o una pertenencia; ni tampoco en la violación de la propia esposa cuando, como ocurrió en el caso enjuiciado, el yacimiento va acompañado de amenazas y se desarrolla con la mayor brutalidad. Reiterando, aunque sea fácil de comprender que el encausado pudiera tener la idea de que las prestaciones sexuales dentro del matrimonio son derechos y obligaciones recíprocas, lo que ninguna persona normal (y el imputado lo es) se puede pensar que esas prestaciones han de ser impuestas por la fuerza y a punta de navaja ante la negativa de la mujer, máxime cuando la vida en común ya no existía.

Como se declara, nadie ignora por elemental que sea su información cultural la ilicitud del mandamiento de relaciones sexuales con una persona sin contar con el libre consentimiento de ésta. No es preciso conocer los detalles de la tipicidad penal que sanciona este proceder como un primario valor incorporado al acervo cultural mínimo de nuestra sociedad, que las relaciones sexuales constituyen una íntima manifestación de la libertad de

cualquier persona, y que absolutamente nadie —cualquiera que sea la relación que le une con ella (la víctima era la esposa)— queda fuera del ámbito de protección de este derecho a la autodeterminación sexual inherente a su propia libertad personal. Esto es algo tan obvio en la actualidad que no hay posibilidad de ignorar o desconocer la intrínseca ilicitud del mantenimiento de una relación sexual con quien no presta su libre consentimiento. La conciencia sobre la antijuridicidad de tan respetable comportamiento está en el común patrimonio moral de quienes conviven en una sociedad civilizada, salvo padecimientos de alteraciones relevantes que determinen una merma de su imputabilidad y por tanto de su capacidad para percibir la necesidad de observar tan elemental norma de comportamiento en el respeto a la libertad personal ajena.

Tampoco puede admitirse el error en el delito de malversación, pues “es obvio que a todo el mundo le consta que está prohibido apropiarse el dinero ajeno, por lo que no puede concebirse que alguien crea erróneamente que obra lícitamente cuando dispone en su propio beneficio de un dinero que no le pertenece, no pudiendo calificarse como error el desconocimiento exacto de la tipificación delictiva en que se incurre, cuando se conoce sobradamente que el propio comportamiento es delictivo”.

Se excluyó también porque es evidente para cualquier ciudadano —cuanto más para un funcionario encargado de la prevención e investigación del delito— que obtener con engaño un lucro no justificado está tipificado, como estafa, en el Código Penal. Aun en el supuesto de que fuese cierto que algunos compañeros del recurrente actuaron de la misma forma en ocasiones análogas, ello no lo habría podido engañar sobre la naturaleza jurídica de los actos que perpetró. En tal caso, sencillamente habría tenido conciencia de que aquéllos también habían realizado actos penalmente típicos.

Tampoco se aceptó al condenado por delito de utilización de artefactos técnicos de escucha y grabación del sonido, en el supuesto porque para cualquier funcionario público con un conocimiento mínimo de los valores constitucionales y de los derechos individuales reconocidos en la Constitución es evidente que la naturaleza secreta de las actividades, orientadas a asegurar la defensa y seguridad del Estado, no podían permitir con carácter general la ejecución de escuchas telefónicas de conversaciones privadas que, por vías de hecho, y sólo amparadas en la decisión oculta de unos pocos, vinieran a suponer el establecimiento de la misma situación que conllevaría, respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la adopción y efectividad de las previsiones contempladas en la Ley secundaria.

Tampoco se aceptó la alegación de desconocimiento de la ilicitud, hecha por el condenado por delito de descubrimiento de secretos, al haber instalado un programa en el ordenador que le permitía acceder a las comunicaciones de su esposa, ya que parece evidente que cualquier persona sabe

que el acceso a las comunicaciones íntimas y personales de otra afecta a su intimidad, e igualmente, que la esfera más íntima del sujeto está protegida por la ley de la invasión de terceros no autorizados. Asimismo es notorio que las cuestiones relativas a la vida sexual de la persona constituyen parte del núcleo del concepto de intimidad. Es evidente también que la relación conyugal, o las equiparables a ella, incluso aunque no se encuentre en trámites previos a la separación, no autoriza el acceso a los secretos del otro integrante de la pareja.

Se excluyó también en un delito contra la intimidad, en el caso de una grabación subrepticia (se trataba de una relación sexual mantenida entre el director de un conocido periódico y una mujer), que forma parte de un plan para llevar a cabo un negocio ilícito. La aceptación del mismo es incompatible con la concurrencia en la acusada de un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, es decir, que no esté prohibido por la norma vulnerar la intimidad de la persona como se hizo.

Se revoca la absolución en un delito contra la ordenación del territorio, ya que el error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Una persona que vive en los lindes de una zona de dominio público marítimo-terrestre desde hace años y que conoce la existencia de criterios diferentes sobre la calificación del paraje que ocupa su vivienda, sabe perfectamente que tiene que solicitar las preceptivas licencias para hacer una construcción... tenía plena conciencia de la ilicitud de lo que estaba llevando a cabo, por lo que no cabe la absolución basada en la inexistencia de dolo.

Con vocación de generalidad, excluye la aplicación del error de prohibición al delito de tenencia ilícita de armas, pues cualquier persona en nuestro país —la información sociológica y el cotidiano reflejo en los medios de comunicación lo abonan de consumo—, máxime si es portador de una cultura media, se halla lejos de la creencia en la inocuidad legal de la posesión de un arma de fuego sin los requisitos documentales legitimadores de aquella. Cualquier sondeo estadístico corroboraría la generalizada persuasión de que un arma de fuego no puede poseerse y portarse impunemente sin las autorizaciones legales y reglamentarias.

Por el contrario, estimó en el recurso legal el condenado, la apreciación del error de prohibición evitable, fundado en la creencia de la validez de la autorización para portar el arma que a aquél le fue otorgada en otro País, en donde residía, porque la cuestión jurídica que está en la base del error alegado es de tal complejidad que no puede ser resuelta por cualquier persona de cultura media.

En cuanto al delito de tráfico de drogas, ha excluido el error de prohibición, considerando suficiente que el sujeto conozca que lo que hace u omite es un comportamiento ilícito, sin que sea necesario que el reo conozca que la sustancia que posee (se trataba de 50 pastillas de Eva —Midea metilendioxietilamfetamina—) se halla incluida en alguna de las listas del Convenio de Viena correspondiente si así fuera, sólo podría delinquir quien tuviera estos particulares conocimientos, sólo concurrentes ordinariamente en personas que, por su profesión jurídica o técnica, tiene relación con esta clase de materias.

Tampoco es admisible la invocación del error sobre el carácter gravemente nocivo para la salud de los consumidores de los productos anfetamínicos con los que traficaba el acusado, pues en el mundo de la droga es de notorio conocimiento que sólo las drogas blandas, causan a la salud de las personas unos daños limitados, pero que todo lo que no sea el hachís y los derivados del cáñamo índico (heroína, cocaína, anfetaminas, psicotrópos, drogas de diseño...) ocasionan nocivos efectos, y no puede admitirse que el acusado, activo narcotraficante, desconociera esta realidad, a no ser que lo hubiera demostrado.

De igual modo, recordando que la prueba del error incumbe a quien lo alega, y que la doctrina del dolo eventual es aplicable en el campo del delito sanitario, rechaza la alegación de los condenados de que no sabían que la droga que les fue aprehendida causara grave daño a la salud.

La doctrina expuesta es igualmente extensiva al error de tipo, pues, en cuanto hecho impeditivo, supone en quien lo alega, en y respecto de la carga de su existencia. Por ello se rechaza la alegación del error de tipo sobre la edad del comprador de la droga, porque el error no ha quedado probado por el acusado, que era a quien correspondía, por tratarse de una causa de excepción de la acción, su desconocimiento de ser menor de dieciocho años de edad, la persona que le adquiriría los cuatro trozos de resina de hachís en que consistió la operación concertada entre ambos; se rechaza el error sobre la notoria importancia de la cocaína transportada porque no basta razonar, que no consta acreditado que la acusado conociera el peso exacto de la droga que transportaba, pues lo que exige el hecho impeditivo precisamente es acreditar un hecho positivo, es decir, que si hubiese conocido el peso superior al límite establecido no habría ejecutado el transporte o habría limitado la cantidad.

En definitiva, el problema del error en sus vertientes de tipo o prohibición ha sido resuelto por la jurisprudencia en el sentido de la necesidad de la probanza por parte de quien pretende la exculpación alegando dicho error en cualquiera de sus modalidades..., siendo así que la audiencia no apreció ningún dato fáctico en que pudiera basarse el error invocado por el recurrente de obrar en la creencia de que el frasco con *speed* que le entregó (X), era en realidad un producto de farmacia.

3.7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y AGRAVANTES

Se ha establecido una excepción a este régimen general de la carga de la prueba cuando se trata de causas de justificación; y así, declara que ninguna duda puede haber en orden a que la fijación de los datos fácticos relativos a una causa de justificación o a lo que por la doctrina científica se llama elementos negativos del tipo pueden y deben estar amparados por la presunción de inocencia. Cierto es que en doctrina civilística no se trataría de simples hechos negativos, sino impeditivos; y por ello, en principio, su aportación a la causa correspondería en carga probatoria, con arreglo a la norma contenida en la ley civil, a la parte que los alega, mas la doctrina general no supone, por el efecto irradiante de los derechos fundamentales que establece la Constitución, que deba estimarse ajeno a este espacio impugnativo la alegación de carácter positivo sobre elementos básicos para la apreciación de una causa, completa o incompleta, de justificación...; consiguientemente, estima el recurso y aprecia la eximente incompleta de legítima defensa.

De igual modo se confirmó la absolución decretada por la audiencia al considerar que la duda esencial sobre la concurrencia de la legítima defensa justifica la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

3.7.1. PRESCRIPCIÓN

Tampoco la prescripción se somete a la regla general de la carga de la prueba, pues conforme a la doctrina y la jurisprudencia, la consecuencia de la falta de la prueba no puede imputarse a la parte que la invoca en su favor, de suerte que si no se desprende de los hechos probados, con certidumbre, la fecha del delito y sí la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para fundar la prescripción; esta situación de duda o incertidumbre no debe quedar sometida al principio general de la carga de la prueba irreconciliable con las estructuras del proceso penal, sino resolverse con sujeción al principio *in dubio pro reo*, dado que el acusado no asume nunca la carga material de la prueba. Ante la omisión en la sentencia de los elementos fácticos que resultan imprescindibles para poder hacer un pronunciamiento sobre la prescripción..., no puede mantenerse una lectura contraria a los intereses del acusado y procede absolverle.

3.7.2. MENOR DE EDAD

El Tribunal Supremo ha resuelto reiteradamente que el cómputo de la edad en materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento; habiendo declarado que si no consta la hora del nacimiento, tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado (*in*

dubio pro reo), de modo que se haya de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo.

3.7.3. AGRAVANTES Y CIRCUNSTANCIAS CUALIFICADAS

La presunción de inocencia se proyecta, no sólo al hacerlo principal en sí, sino también a los hechos periféricos determinantes de figuras agravadas constitutivas de una distinta modalidad delictiva; ejemplo, un subtipo penal como sucede en el Código Penal.

3.7.4. ROBO

La destrucción de la presunción de inocencia, que es una presunción *iuris tantum*, ha de venir referida a un determinado hecho configurador de un tipo penal en el que deben incluirse las circunstancias que por mandato legal tienen que concurrir en el mismo. Probada, por ejemplo, una sustracción simple, la presunción de inocencia cede frente al delito de robo, pero si no se ha probado la fuerza capaz de transformar ese ilícito en fraude o abuso de confianza, la presunción debe actuar respecto de este último delito.

Y es que, como ya se señaló cuando se trata de condenar a una persona por un delito de robo, la presunción constitucional de inocencia no se satisface si la actividad probatoria versa únicamente sobre la sustracción. Requiere que esa actividad verse sobre los elementos que configuran el delito de robo, propiciando una mayor severidad en la reacción penal, de tal modo que si la actividad probatoria no versa sobre la existencia de un apoderamiento lucrativo empleando la fuerza en las cosas, la condena por robo constituiría una violación del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 20 constitucional. En consecuencia, otorga el amparo con el efecto de admitir sólo una condena por robo, al no haber prueba del forzamiento del maletero del vehículo.

3.7.5. REINCIDENCIA

(HABITUALIDAD-NUEVA DOCTRINA PENAL)

En orden a la agravante de reincidencia, declaró que la cancelación o cancelabilidad de los antecedentes penales, en cuanto hecho impeditivo, corresponde acreditarlo a quien alegue su existencia, apartándose así de anteriores precedentes en los que, en caso de duda sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para la cancelación prescindía de aplicar la agravante de reincidencia, absteniéndose de ordenar la cancelación, como establecía la ley.

Se estima que la duda sobre la existencia de los requisitos necesarios para que opere la rehabilitación debe jugar a favor del acusado, prescindiendo de aplicar la referida agravante de reincidencia.

El tema llegó a la jurisdicción constitucional, resolviendo que la duda razonable que acerca de la vigencia de los antecedentes penales del condenado se infería de los datos concretos y específicos aportados por el recurrente, debió determinar al Tribunal sentenciador a rechazar la aplicación de la citada agravante con base en lo dispuesto en el Código Penal (ordenando o no la cancelación de los antecedentes), en línea con una constante y precisa doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Supremo al respecto; otorgando en consecuencia el amparo solicitado.

En España, el Tribunal de casación ha ido más allá, llegando a prescindir de la agravante cuando la sentencia de instancia, pese a apreciar la existencia de antecedentes penales, no los mencione en el *factum* con la precisión exigida de fecha de la firmeza de la sentencia precedente —cuando se utiliza la expresión “ejecutoriamente condenado”— debe entenderse equivalente a sentencia firme conforme a la ley de la materia fecha de cumplimiento de penas; fecha del acatamiento de los hechos implicados en la cuestión; abonos de prisión preventiva o de redención de penas por el trabajo en su caso; remisión condicional y periodo de suspensión, también en su caso, al objeto de poder apreciar su vigencia o caducidad “... ya que no sería viable construir una circunstancia agravante en perjuicio del reo sobre hipótesis que no han sido debidamente acreditadas”. Una vez interpuesto el recurso de casación por la vía legal, acudir al examen de las actuaciones al amparo del artículo procesal, pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo.

Para despejar toda duda, es preciso que los antecedentes de hecho de la sentencia consten todas las circunstancias que sean necesarias para precisar la existencia de antecedentes penales nocancelados. Con tal finalidad de ordenar al Ministerio Público que adopten las siguientes cautelas:

- En la conclusión primera de su calificación provisional, especificarán detalladamente los antecedentes penales de los acusados (delito, pena, fecha de sentencia y si los mismos están o no cancelados).
- Cuando de la hoja histórico penal no se pueda deducir si dichos antecedentes están o no cancelados, pedirán en el momento procesal oportuno que se aporten a la causa los correspondientes testimonios de las ejecutorias, a los que se refieren dichos antecedentes, para acreditar dicho dato.
- Si algún Tribunal sigue al redactar sus sentencias la práctica que se pretende corregir en esta instrucción, los Fiscales pedirán la aclaración de esas sentencias, citando la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y si no se diese lugar a dicha aclaración, prepararán el correspondiente recurso de casación por quebrantamiento de forma por la ley, y en casos excepcionales, por las dos vías procesales.

3.7.6. CALIFICACIÓN, GRADO DE EJECUCIÓN, PARTICIPACIÓN, CULPABILIDAD Y JUICIOS DE VALOR SOBRE INTENCIONES

La presunción de inocencia no abarca a la calificación del comportamiento en cuanto a la tipicidad del hecho y substitución en uno u otro precepto, ni al grado de perfeccionamiento, ni tampoco, en su caso, de orden a la modalidad de participación. La subsunción legal pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria.

En definitiva, la presunción de inocencia, como verdad interina constitucionalmente garantizada, afecta al aspecto fáctico de la existencia del hecho ilícito imputado y la participación en el mismo del acusado, esto es, al respecto de la culpabilidad en su sentido anglosajón de responsabilidad por tal ejecución; precisión que se hace obligada de la doctrina inglesa; por lo que a *contrario sensu*, cae fuera de su ámbito de aplicación y pertenece al de legalidad ordinaria el juicio jurídico. La culpabilidad como reproche jurídico por el acto contrario a Derecho realizado, forma parte ya del juicio a emitir por el juzgador de la instancia.

En materia de delitos culposos, la presunción de inocencia es de excepcional aplicación, rara vez se invoca en casación. Así, se dice que es no solamente insólita, sino hasta cierto punto desconcertante, puesto que su invocación puede conducir a una distorsión o subversión de la esencia y función de la mentada presunción, generando una patente confusión entre el acreditamiento y comprobación de los hechos de autos y su calificación jurídica. La razón estriba en que, en los delitos de imprudencia y, por supuesto, en las faltas de esta naturaleza, la prueba ha de recaer sobre los hechos previstos en la Ley penal y sus autores, siendo ya un problema de legalidad ordinaria valorar el comportamiento y decidir si hay infracción penal; ilícito civil, caso fortuito o fuerza mayor. En el mismo sentido, como se precisa, si bien no existe norma alguna que impida su aplicación a las actuaciones no dolosas, claro está que lo será tan sólo en la materia que le es peculiar, esto es, en lo referente a la determinación de los hechos probados y no a la precisión y concreción de si existe o no imprudencia y de qué entidad, lo que supone un juicio de valor ajeno totalmente al ámbito de dicha presunción de inocencia, ya que como ha señalado, esta presunción versa tan sólo sobre hechos y no sobre su calificación jurídica.

Los juicios de valor sobre intenciones no pueden someterse a las exigencias de la presunción de inocencia por ser circunstancias inaprensibles por los sentidos, razón por la cual sólo los hechos en sí, sobre los que se base la inducción, pueden ser objeto de la prueba... por lo que la presunción no cubre los elementos subjetivos de la culpabilidad o la intencionalidad del agente, o dicho en palabras, la presunción de inocencia no ampara o cubre el elemento subjetivo del injusto en cuanto que éste procede de una

deducción realizada por la Sala sentenciadora que plasma de alguna manera en el hecho probado después de haber sentado y afirmado la existencia de unos hechos que le sirvieron de antecedente.

Tales juicios de valor sobre intenciones o juicios de inferencia sobre pensamientos, quererres o deseos escondidos en el intelecto humano, no son hechos en sentido estricto porque no constituyen datos aprehensibles, por ello no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha y quedan fuera de la garantía constitucional, si bien no son revisables por la vía casacional. Como se matiza, alcanzando la presunción de inocencia a la existencia del hecho y a la participación del acusado, una vez que esto se acredita, la apreciación de los elementos subjetivos y las deducciones que el juzgador realice son de su competencia con la sola limitación de los puntos referentes a la verificación de la existencia de prueba, respecto a los extremos en que las inferencias se fundan y la corrección lógica del proceso deductivo seguido al efecto.

En conclusión, la presunción de inocencia afecta a los hechos, no a su valoración judicial.

3.8. LA SANCIÓN PECUNIARIA, LA MULTA Y REPARACIÓN DEL DAÑO

3.8.1. RESPONSABILIDAD CIVIL Y MULTA

Tampoco es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor derivada de un ilícito civil, ni, obviamente, puede encajar en la presunción de inocencia la responsabilidad civil subsidiaria que no proviene de hechos penales del responsable, sino de los realizados por el procesado y en virtud de la vinculación o dependencia entre ambos.

No obstante, se ha declarado que la presunción de inocencia es invocable si se impugna por falta de toda prueba los hechos objetivos en que se basa la responsabilidad civil, sea directa o subsidiaria, tanto más cuanto que en esta última, tales hechos alcanzan particular relieve en la medida que tiende a objetivarse cada vez más la medida de responsabilidad. Por otra parte, nada empece a la índole civil de la responsabilidad de que se trata. Ciertamente que el principio constitucional parece estar pensado, *prima facie*, en la redacción de la ley, para la persona que es objeto de acusación en un proceso penal. En todo caso y cualquiera que sea la posibilidad de entrada de la presunción de inocencia en las demás jurisdicciones que no sean la criminal a virtud del principio de vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos y de todos los Tribunales en cuanto integrados en el Poder Judicial, en especial si se trata de los derechos fundamentales y libertades públicas, es lo cierto que el responsable civil subsidiario está también

legitimado como acusado en el proceso penal y por ello amparado por los principios constitucionales que de modo primordial y directo se refieren a tal proceso; tanto más que se responde por hecho ilícito de otro, de tal modo que la participación material del autor del hecho punible queda suplantada o equivale para él, a una responsabilidad objetiva, basada en la pura facticidad de unos condicionamientos exigidos en el precepto penal que le es aplicable.

3.8.2. MULTA

3.8.2.1. *La prueba de la situación económica del reo*

La presunción de inocencia supone el derecho a que nadie sea considerado culpable sin prueba, sin que pueda englobarse en tal garantía constitucional el derecho a ser considerado solvente económicamente sin prueba. Así se declara, saliendo al paso de la queja de que la condena del acusado en lo referente al importe de la multa se realizase sin prueba de cargo.

Como se señala, ello no implica que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La motivación debe entenderse dentro de un margen de racionalidad con el fin de atemperar el hecho a las circunstancias personales económicas del culpable. Una multa cuya cuota diaria puede estar entre (X) y (X) pesos diarios, y que se fija a razón de (X) pesos/días se ha impuesto en el primer escalón de los cincuenta que la multiplicación de ese importe podría recorrer. Tan próximo está al límite mínimo, y tan alejado se encuentra del límite máximo, que el importe fijado, una 50 parte del total autorizado, no supone infracción alguna en la individualización punitiva cuando se desconoce la solvencia del acusado.

Por tanto, el hecho de que se desconozca la situación económica del reo no implica que necesariamente tenga que imponerse el límite mínimo de la cuota multa, si así fuera se vaciaría de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días/multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales. Aunque no faltan excepciones en la doctrina; que, teniendo en cuenta el incumplimiento en la sentencia recurrida del mandato de motivación y al no constar dato alguno que permita conocer las posi-

bilidades económicas del acusado, resuelve imponer la cuota mínima, considerando que una cuota de 1000 pesos puede ser en ciertos casos excesivamente gravosa.

El reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo... Aplicando el criterio establecido, si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a (X) pesos de cuota diaria), se dividiese hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (X), el primer escalón iría de (X) a (X) pesos, por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil pesos, ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en un grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos si consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de (X) pesos diarios, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

En definitiva, para cuotas elevadas es absolutamente necesario que se contrasten datos más completos sobre la situación económica del acusado. Pero para la imposición de cifras levemente superiores al mínimo, como por ejemplo la cuota de 1000 pesos diarios, es suficiente con que, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por sus circunstancias personales, se constate que no se encuentra en la situación de indigencia que es la que debe determinar la imposición del nivel mínimo absoluto.

En consecuencia, puede o no considerarse correcta dicha cuota, que está comprendida en el primer escalón de los cincuenta que la multiplicación de ese importe podría recorrer; y estima adecuada esta misma cifra de (X) pesos, aun cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, lo que supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado, estimando correcto que ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, se haya acudido a una individualización prudencial propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal, tomando en consideración, aun cuando no se especifique en la sentencia, la actividad a la que se dedicaba el acusado y sus circunstancias personales. También se estima acertado el razonamiento para elegir una

cuota de (X) pesos al tratarse de una media estándar que se presupone adecuada al nivel de ingresos de un ciudadano medio en este momento histórico dentro de nuestro país; considera que la cuota de (X) pesos/día por aproximarse al mínimo del mínimo no necesita especial justificación y procede establecerla en ausencia total de datos económicos.

La imposición de la cifra mínima de (X) pesos diarios de multa, muy alejada del máximo de (X) pesos diarios previsto por el legislador, resulta proporcionada, a no ser que pretendamos privar de contenido efectivo a este tipo de sanciones, que constituyen una legítima opción adoptada con interpretaciones maximalistas que supriman su contenido efectivo e impongan el retorno al derecho administrativo sancionador, donde las penas pecuniarias, incluso por meras infracciones de tráfico, se imponen por cuantías fijas. Cuantías muy superiores a las que resultarían para los delitos y las faltas si se generalizase este recurso efectista al mínimo legal absoluto ante la dificultad, bastante frecuente, de efectuar una indagación exhaustiva de la situación económica del acusado. Indagación, por otra parte, que puede resultar desproporcionada e innecesaria —así como dilatoria— en caso de infracciones menores en las que se aplican cuotas moderadas muy próximas al mínimo legal.

También se ha considerado que no puede clasificarse de arbitraria, abusiva o desproporcionada una cuota diaria de (X) pesos —que está situada en la mitad inferior del primer décimo de la cifra legalmente prevenida—.

Y por fin, en un recurso de casación en el que la audiencia había fijado en cierta cantidad de pesos la cuota diaria al no estar acreditada en autos la solvencia del acusado, hace una observación adicional: la pena resultante por la falta de amenazas a la que fue condenado es absolutamente irrisoria para una infracción penal, inferior a la que se impondría con carácter absoluto por cualquier infracción administrativa, incluso de aparcamiento, con lo que la tutela penal del bien jurídico protegido queda vacía de contenido efectivo... La pena no alcanza a cumplir la función de prevención general positiva atribuida por el ordenamiento a la sanción penal, y más que un refuerzo de la norma se convierte en un incentivo para reincidir en comportamientos similares, vista la escasa entidad de la respuesta otorgada por el sistema penal.

En cualquier caso, la ausencia total de motivación sobre los criterios de determinación de las cuotas diarias de multa redundante emana de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, cuyo restablecimiento impone la anulación de la sentencia en lo tocante a la cuantificación de la cuota a fin de que el órgano sentenciador resuelva de nuevo sobre tal extremo en forma debidamente motivada.

3.8.2.2. *Multa proporcional*

Se ha establecido que al no existir en el vigente Código Penal un precepto que fijaba un límite mínimo a la multa como sanción pecuniaria por el delito, cuando con arreglo al Código actual no consta acreditado el valor económico de la droga objeto del tráfico ilícito, no resulta legalmente posible cuantificar la multa que, según la ley de la materia debe determinarse a partir de tal dato y, en consecuencia, debe prescindirse de dicha pena.

3.9. EL IMPULSO PROBATORIO

Como ha destacado la doctrina es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la ley concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la ley vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de justicia. Para la doctrina actual es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación.

Desde esta perspectiva, se ha apuntado la necesidad de distinguir entre carga de la prueba e impulso probatorio; se dice que la carga supone una precisión de actuar si se quiere evitar la producción de un perjuicio para el propio interés; en tanto que el impulso es, simplemente, algo a priori desconectado de las pretensiones en forma abstracta. Se produce prueba de varias maneras: para justificar la pretensión procesal (prueba de cargo), para desvirtuar su eficacia (prueba de descargo) o, simplemente, para contrastar, verificar otras pruebas aportadas por las partes. En este caso se halla la posibilidad conferida al órgano jurisdiccional por la ley procesal. En este supuesto, la aportación probatoria (el impulso) tiene sólo como designio la comprobación. Es decir, no se dirige a probar su existencia, sino a comprobar (contraste, verificación) si la prueba sobre ellos es o no fiable desde el ángulo de la ley procesal penal en que tal precepto se inserta. Así, la prueba acordada se presenta como neutral y no supone vulneración alguna del principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación. Se trata de la que podría denominarse prueba sobre la prueba y por ello mismo su finalidad resulta descomprometida y no afectante a la imparcialidad objetiva, ya que lo relevante es la posibilidad de contradicción, y ésta se produce sea quien sea el productor de la prueba.

Sin embargo, se dice que ésta conduce a considerar dicha prueba como obtenida con violación de derechos fundamentales con la sanción de privación de efectos que impone la ley, ya que al ser aportada de oficio pone en

entredicho los principios acusatorios de imparcialidad y de proscripción de toda indefensión, cuestionando así la constitucionalidad de la norma penal.

Esta última orientación, referida a un supuesto en que el Tribunal de instancia había adoptado el acuerdo de recibir declaración a un testigo propuesto por el Ministerio Público de modo extemporáneo, por cuanto no se hizo en el escrito de conclusiones ni en el trámite prevenido para el procedimiento abreviado en la ley, considerando a la sentencia que la aportación de prueba supliendo al Ministerio Público y que sea inequívocamente de cargo, es en principio inconstitucional y vulnera los principios de imparcialidad objetiva del Tribunal y observancia del acusatorio.

Así también en la que, tras el informe del letrado defensor en el acto del juicio, se decidió y practicó una diligencia, acordada por el juez de amparo de la ley de la materia, consistente en la reproducción de la declaración autoinculpatoria del acusado mediante su lectura por el actuario y siguiente interrogatorio del mismo acusado por el juez. Se aprecia en el caso presente que la decisión de hacer leer la declaración en sede policial de un acusado, cuya petición con fines probatorios había sido omitida por la acusación al formular sus conclusiones, y aunque viniera determinada por el deseo de dar publicidad en el juicio a su contenido, descubre una posición del juzgador aparentemente tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora ayudándola para suplir la omisión de una prueba cuya carga le correspondía frente al acusado, que fue luego interrogado sobre el contenido de la declaración leída sin que gozara de la posibilidad de instrumentar una mediata y bien preparada defensa ante la inesperada prueba que se realizó tras pronunciar su defensa el informe correspondiente. No sólo ha de ser el efecto de tal forma de proceder la nulidad a efectos probatorios de la prueba así realizada, sino que al haberse privado al acusado de su derecho a ser juzgado por un Tribunal que no reunía en el caso la necesaria imparcialidad objetiva... es preciso que se vuelva a repetir el juicio ante un Tribunal compuesto por otros jueces.

Por el contrario, en la línea de la primera solución estimo correcto el uso por el Tribunal, de oficio, del mecanismo previsto en la ley para depurar las contradicciones entre la declaración sumarial y la prestada por el testigo en el juicio oral, declarando que no existe obstáculo para que, ante la pasividad o inadvertencia de las partes, pueda el Tribunal asumir la iniciativa al respecto... nos hallamos ante un acuerdo de impulso, siendo su designio la mejor comprobación de los hechos, la facilitación de la labor valorada encomendada al Tribunal, y la contribución al asentamiento de la verdad real o material hacia cuya meta se encamina en indeclinable esfuerzo. Nada más lejos del quebrantamiento del principio acusatorio de que se trata de tachar al órgano judicial. Es más, y pese a que se parta de una lectura de actuaciones, la solicitud del juez no anda lejos de la potestatividad reconocida, para dirigir a los testigos las preguntas que se estimen

conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. El derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume por la circunstancia de que el juez pueda efectuar preguntas al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, no suponiendo ello atentado al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momento en que tiene ante sí a cualificados —por conocedores directos— relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta calificativa y dilucidante.

También consideró correcta la decisión del Tribunal de admitir como prueba el análisis de la droga efectuando por organismo oficial, pese a que el Fiscal no había incluido los folios en los que se recogía en la documental de su escrito de calificación, pero en el juicio oral sí solicitó la lectura de tales folios, siendo así que la defensa, que sí la había propuesto en su escrito de calificación, renunció en su totalidad a la prueba documental.

Si el Ministerio Público no la había propuesto y la defensa la había renunciado —se lee en la sentencia—, no estaba propuesta por ninguna de las partes en ese momento, que es cuando el Tribunal ordena que por la vía procesal de la materia hace propia la prueba del Ministerio Público y acuerda su lectura, decisión que a pesar de la desafortunada expresión de “hacer propia” fue legal y constitucionalmente inobjetable.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha declarado que en la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal del impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar sentencia, en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia. Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria *ex officio judicis* prevista en la ley, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio.

De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares

de cada caso concreto. Y en el caso enjuiciado fue correcta la decisión de la juez de lo penal de llamar a declarar a un testigo que no había sido propuesto ni por el Fiscal ni por la Acusación Particular, por ser persona repetidamente citada en un informe de la Policía Investigadora y en la declaración del querellante, lo que incluso motivó la suspensión del juicio para su citación, a lo que las acusaciones mostraron su conformidad.

Cuando en el caso se adopta una iniciativa probatoria *ex officio judicis*, no de forma inopinada o sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar el grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida.

En el mismo sentido, referida al caso de preguntas formuladas por parte del órgano judicial al acusado o testigos en la vista oral, ha declarado que no cabe apreciar vulneración del derecho a juicio con todas las garantías, cuando las preguntas versan sobre los hechos objeto de acusación, pues puede entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que se sustituya la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta y de ellas no se derive ninguna indefensión permitiéndose alegar respecto de las mismas.

En definitiva, cabe afirmar que la ley de la materia no es *per se* lesiva del derecho al juez imparcial y al principio acusatorio, si bien haya casos excepcionales de uso indebido, por lo que, como afirma la doctrina, habrán de examinarse las concretas circunstancias de cada supuesto.

3.10. DE LA APRECIACIÓN DE OFICIO RESPECTO DE CIRCUNSTANCIAS FAVORABLES

Si con arreglo a las normas sobre la carga de la prueba, corresponde a la defensa la prueba de los hechos impositivos, extintivos y de las circunstancias atenuantes, cosa distinta es que el Tribunal pueda apreciar de oficio tales circunstancias, que estime probadas, sin alegación de parte.

Tal posibilidad ha sido admitida, referida a un supuesto en que la Audiencia apreció el error de prohibición sin que hubiera sido alegado por la Defensa. El Tribunal de Casación comienza reconociendo que, en principio, ello supone una irregularidad, toda vez que si la acusación particular no conoció alegato alguno en relación con el error, no participó en prueba dirigida a acreditar la presencia de tal elemento apreciativo de la situación

fáctica y, en consecuencia, se vio privada de contra argumentar en fase oportuna, así como de proponer prueba en defensa de su tesis excluyente del error (dado que tal consecuencia subjetiva se sostiene sobre un soporte fáctico que exige acreditación), deberían tenerse por violentados los principios constitucionales e igualdad ante la Ley, contradicción procesal y defensa, porque, a la postre, razones de titularidad y de contenido constitucional cancelarían la posibilidad de apreciación de oficio del error.

Sin embargo, pese a esa declaración de principios declara que la obligada introducción en el debate judicial a través de una propuesta concreta discutida por las partes bajo los principios de bilateralidad, contradicción, lealtad y buena fe, es riesgo de indefensión que comportaría su planteamiento *ex novo*... Sin embargo, en los casos en que el relato de los hechos presta puntual y suficiente base para la apreciación de una circunstancia de atenuación o favorable al reo (como esa del error) ha de hacerse una excepción a dicha regla general, dado que, aun sin proposición de parte, si la narración fáctica de la sentencia contiene todos los datos que sirven de base para la apreciación de una circunstancia determinada, el Tribunal, aun de oficio, viene obligado a aplicarla.

Con nuevos argumentos se ha entendido que no se vulnera el derecho de la acusación a la tutela judicial efectiva, por la aplicación por el Tribunal de instancia de la semieximente de legítima defensa sin alegación de la Defensa.

El principio de investigación de la verdad material obliga al Tribunal a enterarse de los supuestos de hecho con fidelidad histórica, al paso que la verdad formal se encierra y reduce a la verdad específica del proceso y ello conduce al principio de inmutabilidad o de no disponibilidad de las partes, no pudiendo quedar a la voluntad de las mismas la solución del proceso.

La función punitiva del Estado sólo puede hacerse valer contra el que realmente ha cometido el delito y la verdad material a la que debe tender el proceso penal debe servir para fundamento de la sentencia. La verdad material es la identidad con lo realmente ocurrido, no lo que las partes afirmen como verdad. Ello conduce, asimismo, al principio de libre convencimiento judicial.

Ello presenta trascendencia. No puede condenarse a aquel acusado, con independencia de que se defienda adecuadamente o no, al que las pruebas practicadas *in facie iudicis* patentizan su inocencia e igualmente en los casos de condena atenuada, cuando se demuestra una menor responsabilidad, con independencia de que se haya o no alegado por la defensa.

El principio acusatorio está limitado por la protección del acusado, pero no se vulnera cuando se aprecia atenuación legal en su conducta, derivada de los hechos probados, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y el respeto a la persona en el ámbito procesal. Porque obligaría al juez a condenar al inocente que no alegó tal dato a condenar más gravemente a una persona, como en este caso, colocada en una real situación de legítima defensa, aunque sea incompleta, tan sólo porque no fue aducida por su abogado defensor.

Se faltaría precisamente a la lealtad y buena fe procesales si se condenara a un inocente como culpable, no siéndolo, tan sólo porque no lo alegó o se conformó con la calificación adversa y en el mismo sentido, al que la prueba patentiza su minoración de culpabilidad por concurrencia de atenuantes, hayan sido o no alegadas por su defensa.

Los mismos argumentos se utilizan para dejar de apreciar la modalidad o agravante de reincidencia que había sido tenida en cuenta en la sentencia recurrida, pese a que sólo se cuestionó por la Defensa su concurrencia en el recurso de casación y no en la instancia.

3.11. CORRELACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA CON EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Nadie nos negaría que cuando se trata de valorar por ejemplo la prueba testimonial, el fiscal o juez explica y exhibe los motivos que tuvo para valorar en uno u otro sentido la mencionada prueba. Cuando se trata de la prueba indiciaria el funcionario (en términos genéricos) cree que es suficiente que diga por ejemplo: “existen indicios” y olvida que el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal muestra como elemento del indicio la regla de la experiencia (todo indicio ha de basarse en la experiencia). El artículo 389 del Código de Procedimiento Civil también se debe aplicar a la prueba indiciaria cuando refiriéndose a los requisitos formales de la medida de aseguramiento establece: “Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe”.

El artículo 442, cuando se refiere a los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, en el numeral 2, establece que se deben indicar y evaluar las pruebas allegadas a la investigación. El olvido de indicar el hecho probado y la regla de la experiencia viola la presunción de inocencia como explicaremos a continuación.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (de España) se han ocupado abundantemente de la llamada prueba de indicios. La STC 229 de 1988, de 1 de diciembre, resume la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prueba indiciaria de la siguiente manera:

Desde su STC 31 de 1981, este Tribunal ha señalado reiteradamente que, si bien el juzgador dicta Sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo

manifestado por los mismos procesados” (artículo 741 L.E. Cr) esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de tal actividad puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona. No basta, por lo tanto, con que se haya practicado alguna prueba o incluso que se haya practicado con gran amplitud; es preciso que el resultado de la misma sea tal que pueda racionalmente considerarse “de cargo”, es decir, que los hechos cuya certeza resulten de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado.

El Tribunal ha precisado también (SSTC 174 de 1985 y 175 de 1985) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y el órgano judicial debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del artículo 120.3 de la Constitución, según el cual las sentencias deberán ser siempre motivadas, y del artículo 24.1 de la misma, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. Finalmente, ha señalado que la versión de los hechos ofrecida por el inculpado constituye un dato que el juzgador debe tener en cuenta, pero ni aquél tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable.

En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues frente a lo que sostiene la Audiencia en el considerando segundo de su Sentencia, que el órgano judicial explicita no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a tales conclusiones y el iter mental que le ha llevado a tenderse probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constante que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales.¹⁷⁹

¹⁷⁹ VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, Editorial La Ley, 1933, pp. 137-138-

3.11.1. EXPLICACIÓN DE LA REGLA DE LA EXPERIENCIA

Como lo hechos dicho en otra oportunidad,¹⁸⁰ la regla de la experiencia debe ser aplicada al hecho que tenemos demostrado, para que nos pueda mostrar el que nos interesa para la investigación.

Esa regla debe indicarse, por ejemplo: en una investigación por el hurto de un florero, podemos decir que parece normal que una persona compre un florero y lo entierre en el jardín de su casa, que esa conducta muestra por lo menos que la persona sabía o intuía su proceder ilícito.

Encontrarle a una persona por ejemplo 1000 gramos de cocaína excede la provisión de un consumidor (es decir, para el autoconsumo).

Siendo entonces la regla de la experiencia elemento del indicio debe explicarse para que se entienda por qué se dicta sentencia o medida de aseguramiento según sea el caso, en uno u otro sentido.

3.11.2. RELACIÓN ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

El indicio como lo hechos dicho en otras oportunidades,¹⁸¹ es un hecho que para que nos pueda servir de prueba, debe estar plenamente probado. Como la regla de la experiencia lo compone (como elemento que es de él) debe estar plasmada. Si no se explica la regla de la experiencia, la decisión se está tomando sin base probatoria y se está violando la presunción de inocencia. Obsérvese: El artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, regla: “Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”. La prueba indiciaria es el hecho más la regla de la experiencia. Si no se explica la regla, como ya dijimos, la decisión no se está tomando con base en pruebas legal y regularmente aportadas.

3.11.3. FUNCIÓN DE LA REGLA DE LA EXPERIENCIA FRENTE A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Dentro de la sociedad en general, se encuentra anidado el criterio que indicio es lo mismo que “sospecha”, “intuición”, “pálpito” o “llama”, pero esa hermandad o identidad sólo fue válida cuando la “racionalidad era mágica”, pero cuando aparece nítida la racionalidad sólo se habla de indicio. Cuando tenemos un hecho demostrado en el proceso (no en la mente del intérprete) que junto con una regla de la experiencia (no de la imaginación) nos muestra otro (el que interesa).

¹⁸⁰ Ver PARRA QUIJANO, Jairo, *Tratado de la prueba judicial, Indicios y presunciones*, 2a. ed., Tomo IV. 1982, pp. 25 y 26.

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 28.

Para demostrarle a los sujetos procesales y a la sociedad en general que la decisión se está tomando con base en pruebas objetivas, se debe explicar el hecho, y de qué manera la regla de la experiencia muestra (indica el otro hecho).

3.11.4. MOSTRAR EL HECHO INDICIO Y LA REGLA
DE LA EXPERIENCIA PERMITE EJERCITAR EL DERECHO
DE CONTRADICCIÓN Y COMO CONSECUENCIA SE DA APLICACIÓN
A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Estrechamente relacionado y hermandado con la presunción de inocencia, encontramos el derecho de contradicción. Este se puede ejercitar en el caso específico de la prueba indiciaria, cuando se ha dicho en la decisión qué indicio se tiene y cuál es la regla de la experiencia que también hace parte de él, para que el interesado pueda enjuiciar y mostrar el error cometido por tener un hecho como probado sin estarlo y por la equivocación al escoger la regla de la experiencia que se debe aplicar.

3.11.5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CONTROL
DEMOCRÁTICO DE LA PRUEBA DE INDICIOS

En las democracias que hemos vivido por suerte, todo o por lo menos el poder ejecutivo y el legislativo se legitiman a través de la mayoría. El órgano jurisdiccional logra su legitimidad¹⁸² utilizando la racionalidad. La mayoría no legitima la condena de un inocente. Se puede condenar (legítimamente) como virtualmente lo dice el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal), cuando obre prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

Lo anterior significa que no siendo suficiente para la legitimidad democrática el control que ejercen los sujetos procesales sobre las pruebas y sus valoraciones el juez o el fiscal deben abundar en el razonamiento que hacen sobre los hechos y en el caso de la prueba indiciaria, como ya se dijo, sobre las reglas de la experiencia.

Obsérvese: Casi todas las providencias son ricas en citas de autores del derecho material, mientras son generalmente raquílicas en el análisis de los hechos y en la explicación de las reglas de la experiencia.

El pueblo de las democracias no puede ejercer control sobre la cita de los autores del derecho material, porque ello requiere formación jurídica, pero sí la puede ejercer sobre los hechos, la manera de enjuiciarlos y sobre las reglas de la experiencia que aplicó el juez. Cualquier persona de mediano

¹⁸² IGUARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Alternativa, 1985, Valencia, pp. 176 y 177.

juicio entiende que si a una persona le encuentran 80 toneladas de cocaína, no puede entender que es para su autoconsumo, sino para expenderla.

Cuando, como sucede la mayor parte de las veces, la sentencia o la resolución es raquítica en el análisis de los hechos y de las reglas de la experiencia, se está evitando el control social de la providencia, y como consecuencia, la publicidad es pura especulación, porque no puede haber publicidad sin entender.

3.11.6. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y OPINIÓN PÚBLICA

No se puede decir que en los países de la estirpe de los nuestros haya opinión pública, pues ésta significa tener capacidad de crítica, de la cual carecemos, porque siendo culturalmente infantes, nuestros medios masivos de comunicación aparecieron y llegamos a la adultez formados por lo que los medios masivos nos han estampado. Nuestra opinión pública es lo que los medios masivos de comunicación quieren que sea.

Cuando las investigaciones se entregan al conocimiento de los medios de comunicación, la opinión que es inerte manifestará lo que los medios quieren.

La valoración de los medios probatorios y la aplicación de las reglas de la experiencia no surgirán de los pliegos sacrosantos de los expedientes ni de la racionalidad del juez, sino de su sustituto, que son los medios masivos de comunicación.

Cada vez que los medios masivos de comunicación “contaminan” los procesos, se viola la presunción de inocencia y el hombre aun absuelto fue condenado. La verdadera condena para un hombre de bien se cumple fuera de la cárcel, cuando ya no puede exhibir su talante o autoestima, o cuando a pesar de hacerlo sabe que no es creído por la “opinión pública”. La inocencia tiene autoridad, que se pierde cuando a pesar de no existir prueba que la desvirtúe, fue hollada por los medios masivos de comunicación. La justicia es humildad y no espectáculo.

3.12. SU OBJETIVIDAD O PROBLEMÁTICA EN EL PROCESO PENAL

En todo proceso que se inicia con motivo de la comisión de un delito contra determinada persona, la actividad jurisdiccional se dirige a establecer la veracidad o no de la imputación sobre la base de la existencia de una persona a quien se supone autora. Nuestro C. de P.P. en el artículo 77 es terminante al señalar que para iniciar la instrucción es preciso que se haya individualizado al presunto autor. Si esto es así, el inculpado tiene esa condición porque sencillamente se le presume culpable, aun cuando después éste sea declarado inocente. Si la inocencia tuviera que presumir, sería imposible desarrollar la instrucción, y mucho menos con un mandato de

detención. Todos los que se han ocupado del tema reconocen que en el proceso penal nada hay que presumir. Por lo tanto, se dice que la presunción de inocencia no opera o no debe operar en el proceso, sino fuera de él, esto es, para los que tienen que comentar, informar o conocer los hechos que son objeto de una causa penal. Mejor dicho, para los ciudadanos, periodistas, etc. La presunción de inocencia en el proceso penal, entendida en forma irrestricta, tendría graves consecuencias si se dictará un mandato de detención, toda vez que resultaría absurdo, por ejemplo, presumir la inocencia de quien ha sido sorprendido en flagrante delito.

Con mucha razón Claría Olmedo ha escrito lo siguiente:

Se ha hablado también de otra presunción legal en el orden penal en salvaguarda de los intereses individuales: la inocencia del imputado, pero esto no es exacto. La persona sometida a proceso no puede ser considerada inocente porque entonces su procesamiento sería injusto, como tampoco se le puede considerar culpable porque en tal caso nada habría que investigar a no ser los extremos necesarios para graduar la penal. El principio de sospecha que da vida al proceso penal, se transmite a la persona imputada en el mismo, la cual viene por lo tanto, a convertirse en un verdadero sospechado; no hay, como se ve, ninguna presunción a este respeto.¹⁸³

Por su parte Bettiol, sobre el mismo tema, expresa lo siguiente:

Si en el proceso penal encontrase aplicación una verdadera y propia presunción de inocencia del imputado, es evidente que al órgano de la acusación correspondería una carga formal de la prueba; de forma que el juez, cuando el ministerio fiscal perteneciese inactivo, debería absolver al imputado porque a favor de éste jugaría una presunción de inocencia. Pero en el proceso penal no sucede así, debiendo el juez investigar a toda costa la verdad de los hechos sin estar limitado por presunciones a cargo o a favor del imputado, aquél puede siempre sustituirse a la inactividad de m.f, para probar que el hecho por el contrario no subsistente.¹⁸⁴

Con mayor contundencia Vincenzo Manzini (citado por Manzaneda) ha escrito lo siguiente:

Si es erróneo, por tanto, el criterio de que las normas procesales penales están esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún milite, como se dice en jerga forense) a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena. Nada más burdamente paradójico e irracional.

¹⁸³ CLARÍA OLMEDO, Jorge, "La prueba de la verdad en los procedimientos penales", *Revista de Derecho Procesal*, 1945.

¹⁸⁴ BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Bosch, Barcelona, 1977.

Por lo tanto, habrá que considerar, como lo han hecho varios autores y el mismo Bettiol, que la presunción de inocencia es una ficción aceptable en tiempos remotos para acabar con la arbitrariedad, pero que en el proceso contemporáneo la situación es otra y por lo tanto deberá ser considerada de diferente manera, esto es, utilizando otras palabras que no provoquen mal entendido. La expresión más correcta resulta "principio de inocencia".

La Constitución de 1979 (art. 2º. 2) f, sin recurrir al vocablo "presunción", expresa: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Eso quiere decir, ateniéndonos al significado de la palabra "considerar", tratar a la persona con urbanidad o respeto, como lo dice la Real Academia Española en su Diccionario. Y eso es precisamente de lo que se trata. Quiere decir, pues, que al inculpa-do se le debe tratar como si fuera inocente, reconociendo que su situación procesal no debe efectuar su estado de ciudadanía ni sus derechos fundamentales. Deben quedar proscritas las expresiones, gestos o hechos denigrantes y cualquier actitud que afecte su integridad física, psíquica y moral. El procesado ya no debe ser la persona que tiene como enemigos a todos los demás sujetos procesales (juez, fiscal, etc.) sino un sujeto que está sometido a investigación en la que se le guardan las consideraciones que se usan para cualquier ciudadano. No hay, pues, presunción ni de culpa ni de inocencia, porque cualquiera de ellas predispone a adoptar posición parcializada en la obtención y selección de la prueba. La convicción sobre el delito y la culpabilidad deben estar libres de prejuicios y presunciones y lograrse en un marco de imparcialidad, serenidad e independencia. Aun cuando el hecho mismo de ser procesado estigmatiza a la persona ante la opinión pública y le causa una serie de prejuicios de orden familiar, social o económico, lamentablemente no se puede evitar, a menos que se invente un nuevo sistema procesal que la imaginación humana no ha podido concebir todavía.

En el Código de Procedimientos Penales de 1940, no se reconoció dicha presunción y lo que funcionó fue la presunción de culpa, ya que el artículo 79º permitía la detención provisional cuando el juez presumía la culpabilidad del denunciado. Para acabar con el abuso que al amparo de dicho dispositivo se perpetraba por muchos jueces, la facultad de esa detención se fue restringiendo hasta eliminarse dicho instituto para quedar solamente la detención definitiva para contados casos, a pesar que en el fondo sigue siendo una detención preventiva por ser anterior a la sentencia.

Finalmente, el Código Procesal de 1991 que entrará en vigencia a partir del próximo año, consecuente con la Constitución del año 1979, en el artículo III, sugiere que a todo procesado se le guarden las consideraciones de un inocente y que sólo mediante proceso legalmente realizado y en cumplimiento de sentencia firme, pronunciada por juez competente, se le aplicará la pena o medida de seguridad. Por lo tanto, no cabe hablar de presunción de inocencia, sino de principio de inocencia, puesto que tanto

en la Constitución como en el Código Procesal no se le ha tomado en cuenta, a menos que se pretenda continuar rindiendo culto o ficciones a las que nos estamos acostumbrando los profesionales del Derecho. Creemos que no se equivoca Maier cuando escribe:

Desde este punto de vista la ley procesal penal reglamenta la necesidad del Estado de llevar a cabo un procedimiento, antes de aplicar su poder penal material (*nulla poena sine iudicio*) ante la autoridad judicial competente (juez natural), durante el cual quien es perseguido penalmente no es considerado culpable o debe ser tratado como un inocente (principio de inocencia) y goza de oportunidades suficientes para una defensa eficaz [...]¹⁸⁵

El tratamiento como inocente que debe recibir el imputado mientras está sometido a proceso impide la imposición de una pena, entonces tiene que funcionar como principio y o como presunción. Sólo así podrá darse legitimidad a las medidas coercitivas que dictan los jueces en el proceso como la detención del encausado ante la necesidad absoluta de la medida y para evitar el entorpecimiento de la actividad probatoria, como sería la fuga o la desaparición de la prueba.¹⁸⁶

4. HECHOS SIN PRUEBA Y EL DERECHO A LA PRUEBA

En alguna ocasión la jurisprudencia ha reconocido la existencia de ciertos hechos y datos que al ser admitidos tácitamente por las partes quedan excluidos de la necesidad de ser sometidos a prueba en el acto del juicio oral, de modo semejante a lo que ocurre en el proceso civil en el que sólo deben ser objeto de prueba los hechos en que las partes sean divergentes y no aquellos que, alegados por una, son admitidos por la contraria.

Así, se señaló que están excluidos de la necesidad de prueba en el acto del juicio oral ciertos elementos de hecho antes acreditados en la fase de instrucción cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que se trate de *hechos cuya importancia* para la fijación de las responsabilidades penales *sea de primer orden*, excluyéndose, por tanto, los datos secundarios o accidentales que pudieran haber pasado desapercibidos por las partes.
- 2) *Que las diligencias de instrucción sean de carácter pericial o cuasi pericial*, consistentes en informes emitidos con garantías de autenticidad y solvencia, como son los que proceden de organismos oficiales dedicados precisamente al estudio o investigación sobre el tema de que se trate (informes de los médicos forenses, de los atestes policiales

¹⁸⁵ MANIE, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Hammurabi. Buenos Aires 1989.

¹⁸⁶ *Vox-Juris, Revista de la Facultad de Derecho Ensayos y Artículos*, pp. 125-128.

especializados, de los órganos dependientes del Ministerio de Justicia, etcétera).

- 3) *Que ninguna de las partes proponga prueba para el juicio oral* respecto de tal hecho importante, o qué propuesta, ante la imposibilidad de su práctica en la correspondiente sesión, no se pida la suspensión del juicio para su realización en otra sesión posterior.

Así ocurre cuando, por ejemplo, existe en el sumario el correspondiente informe, emitido por el laboratorio oficial competente para el caso, que acredita un resultado positivo en un análisis de sustancia estupefaciente o psicotrópica, y el Ministerio Público acusa por un delito contra la salud pública descrito en el Código Penal. Si entonces nadie propone prueba para el juicio oral sobre la composición del juicio de tal delito, ha de entenderse que las partes admiten la realidad de tal hecho y el Tribunal puede condenar por tal delito pese a que en el juicio oral no se hubiera practicado prueba alguna sobre ese punto concreto.

Tampoco necesitan demostración alguna las referencias a normas escritas incluidas en la ley penal en virtud del principio *iura novit curia*, puesto que éstas ya son conocidas o cognoscibles a través de la publicación en un diario oficial. No obstante, esta sentencia otorgó el amparo, porque la valoración de las tortugas objeto del delito de contrabando, establecida en el baremo aprobado por la Resolución del *Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca*, con base en la cual la Audiencia había considerado innecesaria la prueba pericial propuesta por la defensa del condenado con tal finalidad, actualizaba el valor de tales animales en el año 1985, siendo así que el Tribunal de instancia afirmó como hecho probado que la antigüedad de los mismos era difícil en determinar, aunque se les podía atribuir un tiempo de alrededor de diez años. En estas circunstancias la atribución de aquel valor como un dato fáctico cierto vulneró la presunción de inocencia, dado el desconocimiento de la fecha de adquisición de los reptiles.

4.1. EL DERECHO A LA PRUEBA

El punto de partida en el examen del derecho a la prueba, conforme a la doctrina constitucional, es el reconocimiento de que se establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, lo que implica que opera en todo tipo de proceso con el fin de garantizar a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses. Ahora bien, el alcance de esta garantía se encuentra delimitado por tres órdenes de consideraciones: en primer lugar, el propio tenor literal de la ley; en segundo lugar, su carácter de derecho constitucional de configuración legal; y, por último, su carácter de derecho procedimental.

En cuanto al primer aspecto, la propia formulación de la ley, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi*, ya que la opinión contraria no sólo iría contra el tenor literal de lo establecido en la ley, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad, vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en la ley.

En segundo término, tratándose de un derecho de configuración legal la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio. En tal sentido, es preciso, por un lado, desde la perspectiva de las partes procesales, que hayan solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento; y, por otro, desde la perspectiva de los órganos judiciales, que se pronuncien sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad y que, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les sea imputable.

Por último, se trata de un derecho constitucional de carácter procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión, que para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, lo que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

4.1.1. PRUEBA PERTINENTE Y PRUEBA NECESARIA

El derecho a la prueba tiene una estrecha relación con el derecho al proceso; al decir que se proclama el derecho fundamental a la defensa en juicio y, consecuentemente, el de valerse de los medios de prueba pertinentes.

Pero, conforme a lo establecido en la ley, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la prueba no es un derecho incondicional y absoluto, sino modulado por la pertinencia y la necesidad.

La pertinencia de las pruebas, en la terminología de la jurisprudencia constitucional, es la relación que las mismas guardan con la rario decisiones y, por lo tanto, con el objeto del proceso, definido por el delito que se

enjuicia; de tal forma que aquellos medios que sirvan al esclarecimiento y constancia de las conclusiones fácticas alegadas por las partes, ya se refieran a los hechos que constituyen el núcleo del tipo o a las circunstancias alegadas, deberán ser admitidos al objeto de preservar los derechos fundamentales, esencialmente la proscripción de la indefensión y la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. Lo anterior significa que para dilucidar tal cuestión es obligado partir de los relatos respectivos incorporados a sus conclusiones provisionales por la acusación y la defensa.

La realización del juicio de pertinencia corresponde al Tribunal penal, conforme a la ley en juicio de legalidad, según ha destacado el Tribunal, así se dice que en la Constitución no supone un desapoderamiento de la potestad que corresponde a los jueces y Tribunales ordinarios para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por el Tribunal Constitucional en los supuestos de falta de fundamento o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio que haya sido propuesto o cuando tal motivación haya sido arbitraria o irrazonable.

Ello es así porque en la Constitución se reconoce el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, así como el de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, no impide que un órgano judicial, en uso de su libertad razonable, pueda negarse a admitir un medio de prueba propuesto por el encausado, sin que por ello y sin más se lesione su derecho constitucional, que no obliga a que todo juez deba admitir todas las pruebas que cada parte entienda pertinentes a su defensa, sino las que el juzgador valore libremente de manera razonada.

Por lo tanto, no toda denegación de una diligencia de prueba puede determinar la casación de la sentencia dictada en la causa en que la denegación de la prueba solicitada se haya producido. En definitiva, de haberse determinado al acusado una verdadera indefensión para que se pueda afirmar la pertinencia de su práctica, que es el carácter que exigen expresamente al unísono, la Ley. Para comprobar la causación de indefensión y la refleja pertinencia de la práctica de la prueba tienen papel primordial las razones que se aleguen por el acusado para protestar frente a la denegación y la motivación que ofrezca el Tribunal para el rechazo del medio probatorio propuesto.

Así pues, el derecho a la prueba no es ilimitado. En la búsqueda del necesario equilibrio entre el derecho de defensa y la necesidad de evitar entorpecimientos que bloqueen el juicio oral, la jurisprudencia ha elaborado la distinción entre pertinencia y necesidad de la prueba.

La pertinencia de las pruebas y la necesidad de las mismas en el juicio son conceptos diferenciados que afectan a momentos procesales distintos (la pertinencia está referida al primer momento de su admisión, mientras

que el concepto de necesidad se anuda al momento de su práctica) y en los que es de advertir una gradual exigencia lógica, pues es pertinente, es lo oportuno y adecuado, necesario es tanto como indispensable y forzoso, de suerte que no existe contradicción en que el Tribunal admita determinada prueba por juzgarla oportuna y luego, ante los obstáculos que presente su práctica, prescindir de ella como innecesaria y lleve adelante el juicio sin acordar la suspensión que pudiera solicitarse por alguna de las partes, sin que ello pueda calificarse de indefensión ni de impedimento para utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa.

Como se recuerda, la ley contiene frecuentes alusiones a la condición de pertinentes en función de la solicitud de práctica de las pruebas propuestas, reservándose la exigencia de necesidad en relación con la adopción de acuerdos que pudieran incidir gravemente en el desarrollo del proceso.

La valoración inicial sobre la utilidad y pertinencia se realiza en abstracto y en función de los elementos con los que cuenta el juez o Tribunal que tiene que decidir sobre su admisión. Sin embargo, la valoración sobre su necesidad o imprescindibilidad puede nacer o surgir con posterioridad, en virtud de las vicisitudes que se produzcan en la fase del debate contradictorio del juicio oral. Es en este momento, cuando se dispone de todas las claves necesarias para considerar que la prueba es básica e insustituible.

Tratando de aclarar esta idea, se puntualiza que necesario es lo que resulta obligado o forzoso para conseguir algo, por lo que no se admitirán las pruebas que no se consideran útiles para ayudar a esclarecer los hechos controvertidos. La necesidad es un concepto jurídico indeterminado, pero es preciso huir tanto de concepciones absolutas —en el sentido de que “nada” es o puede ser considerado necesario—, como de planteamientos relativistas, que llevan a admitir cualquier probanza que se relacione de modo muy débil o lejano, con los hechos objeto del proceso. Por eso no puede confundirse “necesidad” con “utilidad”, concepto más restrictivo que alude al interés de la parte, pero que no alcanza el grado de relevancia necesario para su práctica, pues útil es con “pertinencia” más que con necesidad.

En todo caso, como se advierte, es preferible incurrir en un posible exceso en la admisión de la prueba que en su denegación. Tal afirmación se justifica porque la decisión sobre la pertinencia de las pruebas debe hacerse con un criterio de mayor laxitud, mientras que en el juicio sobre su necesidad, en el que el órgano judicial, condicionado por preceptos incitantes y estimuladores de juicios valorativos y por un principio, de consagración legal, de economía procesal, ha de proceder con exquisita atención, bajo cánones sin duda más restringidos y rigurosos que los utilizados al tiempo de dictaminar sobre la procedencia de los medios probatorios propuestos; siendo así que el juicio sobre su necesidad deberá realizarse atendiendo a las restantes pruebas que se practiquen.

Así, tratándose de la prueba testifical, si bien la Ley deja a la facultad discrecional de los Tribunal el acuerdo sobre la suspensión del juicio en caso de incomparecencia de testigos legalmente propuestos, ha de subordinarse tal arbitrio a la calidad y al número de los comparecidos, según sea la importancia de sus declaraciones y su influjo decisivo en la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados y en la calificación de los hechos. No es suficiente la pertinencia, es precisa la necesidad de la prueba y la decisión sobre este último extremo viene determinada por el alcance de las demás pruebas practicadas y por el contenido de las preguntas que se iban a formular a los incomparecidos. Por eso han de hacerse contar las preguntas que quien lo propone pretendía dirigir al testigo con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento y después la Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta.

En consecuencia, sólo si la prueba testifical no practicada por la incomparecencia de los testigos y por la negativa del Tribunal a suspender el juicio hubiera de considerarse básica, es decir, necesaria para la correcta valoración de los hechos y sus circunstancias, habría de entender que el órgano judicial actuó contraviniendo lo dispuesto en la ley.

En orden a la relevancia de la prueba se ha distinguido entre indefensión formal y material, admitiéndose la existencia de esta segunda cuando la no realización de la prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia a favor del proponente, y no, en cambio, cuando esa omisión no ha influido en el contenido de ésta... si la prueba que se propone puede conducir a una defensa eficaz del acusado, este derecho habrá de prevalecer sobre cualquier otro, pero si la actividad probatoria, por razón de las circunstancias concurrentes, a nada puede llevar o cuando es absolutamente desproporcionada, la denegación correcta.

Finalmente, en el recurso de amparo recae sobre el demandante la carga de probar la indefensión material sufrida, lo cual tiene varias consecuencias concretas. El demandante debe acreditar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o admitidas y no practicadas, así como que la resolución final del pleito podría haberle sido favorable, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión (o la no práctica de la prueba) pudo tener en la decisión final del pleito, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiese admitido (o practicado), podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca el amparo.

En definitiva, la prueba denegada tiene que tener los caracteres de pertinente, necesaria, posible, útil y relevante, además de ocasionar indefensión al recurrente.

4.1.2. REQUISITOS DE FORMA Y PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA Y LA PROTESTA A SU DENEGACIÓN

Como ya se ha anticipado, se ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso que garantiza a quién está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento. Por tratarse de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido coadyuva activamente el propio legislador, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad. Por ello, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condiciones impuestos por la normativa procesal, de tal modo que para apreciar su pretendida lesión es necesario que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. Por eso se ha afirmado que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda.

Por lo tanto, aún en el caso de que la prueba sea realmente requisito de carácter formal para el éxito de la casación que habrá de fundarse en la ley procesal (dentro de este motivo se comprenden tanto los supuestos de inadmisión de un medio probatorio como los de denegación de la suspensión del juicio ante la falta de práctica de la prueba anteriormente admitida), es preciso que la prueba se haya propuesto en el momento procesal oportuno y con las formalidades legales [...], y cuando sea denegada, que se formule la oportuna protesta como previene la ley, equivalente a la reclamación a que se refieren otros dispositivos de ley, por la que se expresa la disconformidad con la resolución denegatoria; pues como se advierte, si no hubo protesta, antes la aquiescencia del solicitante quedó definitivamente resuelta la cuestión procesal y privada la parte de la posibilidad de plantearla en casación.

Respecto a la proposición de la prueba, se ha declarado que en el procedimiento ordinario no pueden practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes al tiempo de formular los escritos de calificación provisional, sin que puedan pedirse posteriormente ningunas otras, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento abreviado.

Pese a esta clara prohibición, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual la regla de ley puede servir para determinar la legitimidad constitucional de los requisitos de tiempo y de forma de la proposición de las pruebas o el ámbito objetivo de éstas, y que el régimen legal que articula un determinado periodo de prueba dentro del

proceso debe entenderse acomodado a las exigencias constitucionales, viene a declarar que desde una perspectiva constitucional, ha de admitirse, en atención al derecho de defensa y a la proscripción de la indefensión, que la posibilidad de proponer prueba en el proceso penal ha de entenderse ampliada hasta el mismo acto del juicio oral, como expresamente permite, para el procedimiento abreviado, siempre que ello esté razonablemente justificado, no suponga un fraude procesal, y no constituya un obstáculo al principio de contradicción.

En ese mismo sentido, en un caso en que la defensa había puesto prueba testifical en un escrito independiente y posterior al de calificación, contra lo dispuesto en la ley declara expresamente que dicho precepto no excluye que pueda ser presentada en otro momento posterior si ello no perjudica a los derechos de las partes derivados del principio de contradicción en la práctica de la prueba y las garantías del derecho de defensa.

Pero en todo caso, en el procedimiento abreviado sólo autoriza propuesta de prueba que pueda practicarse en el acto del juicio oral, con la finalidad de evitar dilaciones indebidas, por lo que obró correctamente la audiencia al no admitir la prueba propuesta en escrito presentado un día antes del comienzo de las sesiones del juicio, para que se citara al médico psiquiatra forense a fin de determinar el estado mental del acusado, porque la admisión de tal medio probatorio implicaba la suspensión del juicio, no sólo en cuanto al lapso de citación a comparecencia, sino porque inexcusablemente tenía tal profesional que reconocer al acusado... y por tanto no era factible su realización en el acto plenario.

Comentando, de este mismo se advierte que todas las facilidades que se dan para la proposición de nuevas pruebas están subordinadas a las posibilidades efectivas de la celebración del juicio en la fecha señalada evitando sorpresas o maniobras dilatorias; por lo que fue correcta la denegación de la prueba propuesta al inicio del juicio oral solicitando que se suspendiese la vista, por la necesidad de evitar dilaciones y suspensiones innecesarias.

El inicio de las sesiones del juicio es el momento preclusivo para la proposición de prueba. En el caso tratado la audiencia había admitido, por el cauce de la ley, una fotocopia que la defensa presentó una vez practicadas todas las pruebas testificales y periciales propuestas e inmediatamente antes del trámite de conclusiones, y acto seguido acordó la suspensión del juicio para la incorporación de testimonio de ciertos particulares obrantes en un juicio de faltas.

El Tribunal Supremo señala que el momento preclusivo de aportación de pruebas es el inicio del juicio oral, tras la lectura por el secretario de los escritos de acusación y defensa, siempre que, al margen de su pertinencia, se propongan para practicarse en el acto. Ello tiene sin duda trascendencia constitucional que se sostiene toda vez que, al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a

las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos, etcétera, e incluso todavía y acto seguido de su proposición pueden proponer otras que las desvirtúen; no ocurre así cuando si se proponen inmediatamente antes del trámite de conclusiones, ya no se puede someter a la prueba tan extemporáneamente incorporada más que a contradicción dialéctica, pero no a la efectiva y real contradicción que vendría de la mano del interrogatorio de acusados, testigos, peritos al respecto o de otra prueba también *in extremis* de signo contrario, o que causa así a la parte que no la propuso, una verdadera y material indefensión...

La prueba documental cuestionada tenía que haberse propuesto o aportado, bien en el momento de la calificación provisional, llamada escrito de defensa en el procedimiento abreviado, bien en el turno preliminar de intervenciones que para esta clase de procedimiento aparece regulado en la ley. Su admisión, cuando ya ha terminado el periodo probatorio, ha impedido a la parte contraria la posibilidad de utilizar prueba tendente a desvirtuar lo que tales documentos pudieran haber tenido de contenido favorable a la tesis de quien los quería presentar por lo que, en definitiva, se produjo una indefensión real para una determinada parte con clara violación del principio de igualdad de armas. En consecuencia estima el recurso, anula la sentencia y retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior al trámite de conclusiones definitivas y una vez rechazada la incorporación del testimonio cuestionado, han de seguir su curso procesal ordinario.

Abordando otra cuestión ha declarado que la ley se refiere a las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias, por lo que indudablemente no constituye el cauce procesal adecuado para que las partes propongan nuevas pruebas.

En todo caso, tampoco está de más apuntar que no sólo no prevé el recurso de casación contra los autos de admisión de pruebas, sino que expresamente excluye que pueda interponerse contra ellos recurso alguno. Cualquier discrepancia que pudiera mantenerse contra esta resolución debe canalizarse a través de las vías casacionales previstas contra la sentencia definitiva que en el proceso se dicte.

4.1.3. LA PROTESTA COMO REACCIÓN FRENTE A LA DENEGACIÓN DE PRUEBA

Los distintos procedimientos previstos en la ley procesal dan lugar a distintas soluciones legales a la denegación de la prueba, pues, mientras en el procedimiento ordinario, exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, en el abreviado, por el contrario, y en otro sentido, exigen la reproducción en el juicio oral y, ante la nueva denegación, la formulación de la protesta.

La finalidad de la protesta es plantear ante el Tribunal que acordó la denegación de la prueba o, en su caso, quien denegó la suspensión, la pro-

porcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada al tiempo que proporciona criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

La jurisprudencia más reciente ha determinado, huyendo de formalismos innecesarios, que toda manifestación de la parte en la que revele el mantenimiento de su pretensión es suficiente para dar por cumplido este requisito procesal; y que, si bien la protesta ante la inadmisión aparece como requisito procesal, privar al recurrente del derecho a impugnar casacionalmente la decisión de la audiencia con base en un argumento puramente formal, intranscendente en cuanto a la marcha del proceso, constituiría una rígida aplicación de la norma contraria al principio constitucional de proporcionalidad.

Sin embargo, la protesta excede la naturaleza propia de un puro requisito en cuanto exterioriza la falta de aceptación de la decisión judicial; de modo que si no se realiza se entenderá que el proponente se conforma con la decisión en la instancia, y por ello no podrá plantear luego en casación una cuestión resuelta antes con su aquiescencia. Por otra parte, ante el silencio de la ley procesal sobre el plazo para formalizar la protesta y la imposibilidad de quedar indefinidamente sin plazo el ejercicio de los derechos, la Sala ha dicho que la protesta debe hacerse en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de notificación del auto denegatorio, cuyo término coincide con el señalado en la ley para la preparación del recurso de casación.

El requisito de la falta de protesta no es un requisito de mera formalidad ritual, sino que patentiza un desacuerdo con la decisión judicial tomada y por tanto una falta de quietamiento con aquel pronunciamiento; su ausencia debe ser interpretada inequívocamente como conformidad que no puede ser mudada ni cuestionada a su libre albedrío en esta sede casacional. La doctrina de los actos propios es suficiente para el rechazo de tal cambio, por lo demás, el recordatorio de la ley que exige la oportuna protesta como requisito para la admisibilidad del motivo por quebrantamiento de forma que aquí se denuncia de manera reiterada, exime de mayores comentarios.¹⁸⁷

5. LA NORMA DE LA PRUEBA Y SU NATURALEZA

“Las normas de la prueba no tienen carácter sustantivo, sino procesal, se encuentren en el Código Civil o en las leyes procesales y ello se ha repetido hasta la saciedad”. La mera infracción de una disposición procesal no

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 65-109.

encaja en la ley, pues dicha disposición no tiene carácter sustantivo sino procesal. Cuando se viola una norma de procedimiento, para que quepa recurso de casación, ha de tratarse de alguno de los supuestos recogidos como medios de impugnación por quebrantamiento de forma en la ley, bajo el concepto de *numerus clausus*. En la misma línea se ha manifestado también, recogiendo la anterior doctrina jurisprudencial, que es preciso que la denuncia de la violación de un precepto por la vía de la ley ha de ser de carácter penal sustantivo y en otro caso se infringe tal cauce casacional, pues por esta vía no puede admitirse error *in procedendo* alguno y debiendo tratarse siempre de norma penal sustantiva u otra no penal, pero también sustantiva que deba ser observada en la práctica de aquélla.

5.1. EL ATESTO POLICIAL, SU NATURALEZA Y EFECTOS

5.1.1. NATURALEZA LEGAL

El atestado no ratificado en el juicio oral es un acto preprocesal inidóneo para desvirtuar la presunción de inocencia.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión se inició, conforme a la cual el atestado tiene en principio únicamente valor de denuncia como señala la ley de la materia, y no basta para que la declaración del acusado se convierta en prueba de confesión, con que se dé por reproducida en el juicio oral, razón por la cual la mera aportación de un atestado no constituye la actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia elevada por lo establecido en la Constitución a la categoría de derecho fundamental. De igual modo, declara que el atestado policial tiene un valor de denuncia y no de prueba, y para que se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del mismo.

La falta de carácter probatorio del atestado por ratificado deriva, no sólo de la ley, no desvirtuado por otros preceptos legales, que sólo admiten el valor de ciertas diligencias preparatorias o sumariales como pruebas anticipadas a las que se practiquen en el juicio oral, sino que se explica también porque los actos de investigación policiales que constan en los atestados no son diligencias sumariales. Se determinó que los Tribunales ordinarios no están autorizados en principio a formar su convicción respecto de la prueba sobre la base de los atestados policiales realizados con anterioridad a la fase sumarial, sin la necesaria inmediación y contradicción; atestados a los que sólo puede atribuirse el valor de una denuncia. Y, en fin, se entendió que el atestado policial no constituye un medio de prueba de los legalmente establecidos, ni puede calificarse de prueba al carecer de los requisitos de

inmediación y contradicción que diferencian un medio de prueba de un mero acto de investigación.

En consonancia con tal doctrina, se ha precisado que las posibles irregularidades que se cometan en el atestado en manera alguna pueden viciar por defecto irradiante las pruebas practicadas en la fase de instrucción judicial y mucho menos las que se practiquen en el plenario.

5.1.2. SUS DEFECTOS PROCESALES

Ahora bien, todo ello implica que el atestado carezca de efectos procesales. Siguiendo la sistemática, podemos distinguir los siguientes supuestos:

a) *Cuando se trata de opiniones o informes no cualificados de la policía investigadora o ministerial*; de las declaraciones de los imputados, aunque se les haya instruido de sus derechos constitucionales y hayan gozado de la asistencia de letrado;

b) *De declaraciones de testigos; de diligencias de identificación o de reconocimiento*; en rueda o fuera de ella, o de otras diligencias semejantes, efectivamente, no se les puede por sí solas atribuir otro valor que el de meras denuncias.

Concretando el valor de la declaración policial de los testigos y acusados, resulta de interés la exposición:

c) *Declaración policial del testigo*: respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas, siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. En supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a las normas que rigen el juicio oral.

En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron, quedando sometidas entonces a las reglas de valoración de la testifical de referencia. Pero esta posibilidad no puede ser entendida de manera que resulte contradictoria con la doctrina constitucional, que exige la presencia del juez para preconstituir válidamente la prueba.

Ni tampoco con la doctrina consolidada respecto del valor probatorio de las declaraciones de los testigos de referencia, por lo que solamente podrá acudirse a dicha posibilidad en aquellos casos excepcionales en los que existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando éste comparece ante el tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatario

de éstas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron.

En primer lugar, porque se trata de una *declaración referencial*, cuando se dispone del testigo directo; y en segundo lugar porque no se presentó ante el juez, sino ante lo mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias.

d) *Declaración policial del acusado*: Lo mismo ocurre cuando se trata de la declaración del imputado ante la Policía. Los agentes policiales comparecerían como testigos de referencia, pero su presencia para relatar lo que ya consta en el atestado, es decir, en definitiva para ratificarse en el atestado, no puede suplir la presencia del juez en la declaración, que es un requisito indispensable para dotar de valor probatorio a las diligencias propiamente sumariales. En este sentido, una declaración sumarial prestada ante el oficial del Juzgado o incluso ante el Secretario Judicial no tendría valor probatorio aun cuando quienes la presenciaron comparecieran ante el Tribunal, por faltar la presencia del juez, que es la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba.

Además, esta declaración de los agentes policiales solamente tendría sentido en los casos que el testigo no reconociera haber declarado de una forma determinada, aunque posteriormente rectificara su declaración. Y su utilidad se referiría solamente al hecho de haber declarado tal como se hace constar en el atestado, pero no en relación a la veracidad del contenido.

En este sentido, es preciso distinguir dos supuestos. En primer lugar los casos en los que *la declaración policial es nula* por infracción de derechos fundamentales, en cuyo caso nada se podrá obtener de ella, ni directa ni indirectamente. De esta forma, los resultados de las diligencias de investigación derivadas de la diligencia policial nula no podrán ser utilizadas como prueba de cargo, ni tampoco como base para otras diligencias o pruebas.

En segundo lugar, los casos en los que *la declaración policial es válida*, por haberse prestado con respeto a las normas constitucionales y legales de aplicación, siendo entonces posible valorar los resultados de las diligencias de investigación realizadas con base en aquélla, que además hayan sido incorporados debidamente al juicio oral, es decir, en condiciones de permitir la contradicción de las partes. En estos casos, serán estos resultados debidamente incorporados al juicio oral como pruebas, los que constituirán el material incriminatorio, y no el contenido de la declaración policial en sí misma considerada. Es decir que el juicio de suficiencia sobre la prueba gravitará sobre esos datos y no sobre el contenido en sí mismo de la declaración policial.

Ello no obstante, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional sobre el alcance de la ley, en relación con las declaraciones prestadas ante la Policía, establece que las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia.

Cuando se trata de dictámenes o de informes emitidos por Gabinete de los que actualmente dispone la Policía, tales como los de dactiloscopia, identificación, análisis químicos, balísticos y otros análogos, tendrán al menos, el valor de dictámenes periciales, especialmente si se ratifican en presencia judicial, durante las sesiones del juicio oral y con la posibilidad de que las partes puedan dirigir observaciones u objeciones o pedir aclaraciones a los miembros de los referidos Gabinetes.

En este sentido, si bien afirma que el atestado no ratificado carece de valor probatorio, agrega que tal conclusión tiene que ser matizada en aquellos casos en que el atestado y en las diligencias policiales no se producen simples declaraciones de los inculpados o de los testigos, sino que se practica —preconstituyéndola— una prueba a la que puede asignarse *latu sensu* un carácter pericial, cuando concurre además la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior. En este caso, aun dejando en claro que el atestado debe ser el correspondiente juicio ratificado por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo, siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las necesarias garantías.

Así, las traducciones realizadas por la Policía, necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio oral e incluso con antelación al inicio del proceso *latu sensu* entendido, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas, en momento procesal oportuno, por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de las diligencias.

Finalmente, tratándose de diligencias objetivas y de resultado incontestable, como la aprehensión *in situ* de los delincuentes, los supuestos en que éstos son sorprendidos en situación de flagrancia o *cuasi* flagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos o instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes, efectos estancados o prohibidos, entrada y registro en lugar cerrado y lo que se hallara durante el transcurso de los mismos, siempre que mediara mandamiento judicial o asentimiento del morador o del que tiene derecho a excluir, o de otros supuestos semejantes, el valor que debe atribuírseles es el de verdaderas pruebas, sometidas como las demás a la libre valoración de las mismas.

e) *Datos objetivos* como son: los fotogramas de la película filmada mientras se realizó la acción delictiva de ambos procesados y el encuentro de las armas escondidas en el lugar indicado por el recurrente a la Policía; la recuperación del dinero sustraído al perjudicado y la navaja empleada en la amenaza intervenida por los agentes de la autoridad, como efecto o consecuencia de un delito testimonial o cuasiflagrante, que constituyen un indicio de suma importancia a la hora de formar la íntima convicción; la aprehensión de la droga, cantidad y clase ocupada y su ocultación por el recurrente; aunque por el contrario, la intervención o aprehensión del tabaco en un

delito de contrabando no es un elemento objetivo del atestado, sino el hecho mismo objeto de denuncia del atestado, por lo que para tener la consideración de prueba válida a fin de acreditar el hecho punible era necesario e imprescindible su incorporación al proceso a través de un auténtico medio de prueba, como lo es la declaración testifical de los funcionarios de policía que en él intervinieron, posibilitando así su efectiva contradicción por las partes.

Así, el Tribunal ha otorgado valor de prueba preconstituida en determinados actos que denomina de “constancia”, es decir, a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholométricas, etcétera, se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa, de cuya naturaleza participan también las huellas de frenado y localización de los desperfectos en los vehículos implicados, y los reconocimientos médicos inmediatos a la agresión denunciada... pues tal diligencia no es practicable directamente en el juicio por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias.

Por tanto, cuando al dato de la objetividad se añade su irrepetibilidad, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de ser introducida en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción de las partes.

En todos estos casos, como se indica las diligencias que se contienen en el atestado y reflejen datos objetivos y objetables que se hayan practicado con las formalidades legales pueden ser material probatorio valorable a efectos de constatar la existencia en la causa de una actividad probatoria de cargo apta para enervar la presunción de inocencia. Así, esta sentencia concedió valor a sendas actas de inspección ocular practicada donde se dejaba constancia de la altura de dos metros y medio de la valla que saltaron los acusados, para destruir la presunción de inocencia en lo relativo al elemento del esclarecimiento, pues la defensa conocía la existencia de las actas que constan esos datos objetivos.

Si hubiera querido contradecirlos podría haber solicitado una nueva inspección ocular o una fácil y sencilla prueba de medición o podía haber citado a los agentes que levantaron esas actas. Si no lo hizo así renunció a su derecho a contradecir. Ello no significa una inversión de las cargas que incumben a las partes litigantes, sino la determinación de una actividad procesal posible y oportuna, destinada a rebatir —contradicción viva, eficaz y diligente— la constatación de un elemento objetivo en las actuaciones (que puede ser la altura de la valla, como en este caso, o la identidad del detenido, la hora de la detención, la ocupación de efectos o cualquier otro de los muchos datos que se contienen en el atestado y que habitualmente no se cuestionan), pues si la defensa discrepaba del mismo o de las circunstancias de su obtención, pudo discutirlo y solicitar la comparecencia de los agentes u otra prueba complementaria porque lo mismo que hay posibilidad

de contradicción y, por tanto, prueba cuando la asistencia letrada renuncia a interrogar a un testigo en el acto del juicio oral, también la hay en supuesto en que consta el dato objetivo, es conocido por la defensa y ésta renuncia a todo intento de cuestionar la realidad de llegar al extremo, la certeza relativa a la legalidad de su constatación o de su incorporación a la causa.

Por último, interesa matizar que el hecho de que la policía investigadora pueda, o mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen en cualquier caso, de la naturaleza se hace preciso que la policía haya de intervenir en ellos por estrictas *razones de urgencia o de necesidad*, pues no en vano la policía actúa en tales diligencias “a prevención” de la autoridad, por lo que, desaparecidas dichas razones de urgencia ha de ser el juez quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena.

5.2. DILIGENCIAS SUMARIALES (SU NATURALEZA, REQUISITOS, VALORACIÓN Y SOBREALORACIÓN)

5.2.1. NATURALEZA JURÍDICA

Ciertamente, los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral (celebrado en condiciones de igualdad entre acusador y acusado, y con respeto a los principios de inmediación, oralidad y publicidad), de tal forma que la convicción del juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes.

En consecuencia, las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación encaminados a la indagación del delito e identificación del delincuente, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la discreción del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Esta misma naturaleza ha de atribuirse a las diligencias preliminares o preparatorias del juicio de faltas. No existiendo prescripción alguna en la ley que consagre en el juicio de faltas la existencia de una fase instructora, limitándose a sugerir al juez que evacue, con la mayor urgencia las actuaciones preliminares o preparatorias, las cuales, como su nombre indica, tienen como finalidad preparar el juicio oral... pero sin que tales actos constituyan, en sí mismos considerados, actos de prueba, salvo que en ellos concurren los requisitos de la prueba sumarial anticipada o preconstituida, cuya

relevancia ha de ser menor en este tipo de procedimiento en el que el legislador pretendió incrementar el principio de oralidad y el de inmediatez temporal en la celebración del juicio.

Sin embargo, esa norma general no puede ser entendida tan radicalmente que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales (y preprocesales) practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, y así, deben señalarse como excepciones o complemento al principio general:

1.º *Los supuestos en que las diligencias sumariales*, practicadas con las formalidades legales, tengan entrada en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, bien integradas como prueba documental, bien en el caso de que un presente en el juicio haya declarado con anterioridad en sentido opuesto mediante la puesta de manifiesto de las contradicciones, o bien, incluso a través del contenido de las preguntas formuladas en el plenario (no apareciendo de modo sorpresivo en la sentencia); supuestos en que el Tribunal se halla en condiciones de optar por una u otra versión.

En efecto, de acuerdo con el contenido en la ley, en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado (pues a este último se han extendido jurisprudencialmente las previsiones legales que analizamos), modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Este interrogatorio, subsiguiente, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, se ha considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, que, en tales casos, el órgano judicial podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad. Dicho de otro modo, si se cumplen las exigencias reseñadas, el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas, y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas.

Otro caso es la vía que ofrece la Ley Procesal al que se refiere, a cuyo amparo el Tribunal puede tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testimoniales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando resulte imposible o no sea factible lograr la comparecencia del testigo, siempre que sus declaraciones en el sumario hayan sido prestadas de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento de las normas que las regulan y sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente del derecho de defensa.

Ello es así porque, como se expone, no admitir la prueba practicada con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del *ius puniendi* del Estado del azar o de las inconformidades de las partes, pudiendo

dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado haya sido con pleno respeto a aquellas garantías.

Ahora bien, de lo expuesto se desprende claramente que las declaraciones testificales hechas con anterioridad al juicio oral han de haberse conseguido con escrupuloso respeto a las normas procesales y garantías constitucionales consiguientes.

En puridad estos casos son distintos al de la prueba sumarial anticipada, ya que, como se advierte, la consideración de prueba anticipada presenta una doble inteligencia. De una parte, la contenida en la ley de la materia como supuesto excepcional de práctica de la prueba con anterioridad a la fecha señalada en el juicio oral. De otra, los supuestos de prueba del sumario, que participa de una naturaleza preconstituida... abarcando los supuestos de prueba preconstituida, prueba del sumario o las excepciones que en puridad no son una prueba anticipada, pero han sido introducidas en su comprensión por la Jurisprudencia y así consideradas por los operadores jurídicos.

Importa resaltar que los cauces establecidos por la ley, se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Por tanto, las declaraciones prestadas ante la policía no se convierten sin más en prueba de cargo por el hecho de someterlas a contradicción en el acto del juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial.

Esta misma hace la importante aclaración de que en tales supuestos la doctrina nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial.

En este contexto se ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en la ley de la materia, siempre que exista

una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado: esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad. Como el Tribunal Europeo ha declarado que los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías de la ley cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario.

2.º *Las diligencias policiales y sumariales*, practicadas con todas las garantías, que constaten datos objetivos de cargo, mientras nada revele su irrealidad.

3.º *Los informes y análisis periciales* practicados por funcionarios adscritos a organismos oficiales, especialmente cualificados para los exámenes y trabajos que comporta la pericia que se les encomienda, si no son sometidos a juicio contradictorio por las partes, mediante la expresa impugnación del dictamen en los escritos de conclusiones, en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en el juicio oral como requisito de eficacia probatoria.

4.º *Las tasaciones periciales sobre el valor de los objetos sustraídos*, puesto que, como declaró, tales pruebas pueden ingresar como documental por la vía de la Ley Procesal, ya que, hacer comparecer al perito se limitaría, en definitiva, a un nuevo formalismo de ratificación... cuando además la defensa no puso en duda en el proceso tales valoraciones, ni propuso prueba alguna encaminada a desvirtuarlas.

5.2.2. REQUISITOS Y EL VALOR PROBATORIO EN LAS DILIGENCIAS SUMARIALES

El Tribunal ha señalado los requisitos que han de reunir los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, para concederles valor probatorio; así:

a) *Material*: que verse sobre los hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral.

b) *Subjetivo*: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el juez de instrucción. Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito.

c) *Objetivo*: cuál es la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible, y

d) *Formal*: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es,

el de la *cross-examinación* (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del juez de Instrucción), así como de otro que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la “lectura de documentos”, la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

A estos mismos requisitos se han referido, de las cuales se decidió la absolución porque la única prueba de signo inequívocamente inculpatario o de cargo obrante en la causa era declaración del acusado ante la policía prestada ante el defensor público (letrado en turno) (de oficio), pero en la que constaban objetivadas en la causa lesiones en el momento de prestar declaración en el juzgado; y en estas condiciones no existe prueba de cargo suficiente para entender enervada la presunción de inculpabilidad.

5.3. SOBREALORACIÓN

Las diligencias sumariales quedan sobrevaloradas en los llamados procesos de ruptura, caracterizados por la negativa rotunda de los acusados a toda forma de participación, es decir, porque los acusados no reconocen la autoridad del Tribunal sentenciador, se niegan a declarar en el acto del juicio oral e incluso han de ser desalojados de la Sala... por lo que es evidente que en esas condiciones la prueba testifical no puede verificarse, debiendo por tanto reconocer valor probatorio a lo actuado en la fase instructora.

Clarificadora es, a este respecto, la sentencia que muy expresamente declara:

Atendiendo a la actitud que el acusado o acusados observan respecto al enjuiciamiento de las infracciones cuya perpetración de les atribuye, la doctrina moderna distingue entre procesos de connivencia y procesos de ruptura. En los primeros, el imputado o imputados reconocen la legitimidad del *ius puniendi*, que el Estado ejercita a través de los órganos integrantes de la Administración de Justicia, acatan la autoridad de dichos órganos, e incluso confían, o, al menos, aparentan confiar en la probidad, imparcialidad, honestidad y ecuanimidad de sus miembros, aceptando las reglas procesales, sin perjuicio de valerse de ellas y de todos los recursos defensivos a su alcance, para lograr una sentencia absolutoria o, por lo menos, una resolución definitiva lo más favorable posible, observando, durante las sesiones del juicio oral, una actitud diferente hacia el Tribunal y cooperante, dentro de su indeclinable derecho de defensa, con la actuación del mismo.

En los segundos, el acusado o acusados, no reconocen la autoridad del Estado al que reputan un mero instrumento de opresión, desconocen la legitimidad de los órganos de la Administración de Justicia, los que, según ellos, son meros sicarios de la represión estatal, consideran al proceso penal como un simulacro de Justicia... Y se trate a colación esta distinción porque, si bien el juicio oral o fase plenaria del proceso penal constituye la fase estelar y fundamental del mismo, la que no puede reducirse a mero formalismo, hipertrofiando, con ello,

la importancia de las diligencias policiales y sumariales, es lo cierto que, en los procesos de ruptura, los propios encausados imposibilitan el desenvolvimiento normal de la mencionada fase plenaria, la cual, de ese modo, o no existe en absoluto o queda reducida a un esquema inservible a los fines del proceso, por lo cual, de seguirse inexorablemente el axioma conforme al cual sólo las pruebas practicadas durante las sesiones del juicio oral son valorables, los procesos por terrorismo, esto es, por la perpetración de actos terroristas, gracias a la táctica de éstos, obstativa y entorpecedora, terminarían indefectiblemente con la absolución de los acusados, los cuales, merced a esa táctica, eludirían siempre la acción de la Justicia, logrando la impunidad de sus graves y antijurídicos actos.

En este caso, como en los que se enjuicia a grupos o bandas armadas, tras la declaración de uno de los acusados, la Sala de instancia tuvo que expulsar de estrados a los demás, renunciando la defensa a la prueba testifical, por lo que, durante la única sesión del juicio oral, nada se practicó ni resulta que pueda tomarse como elemento probatorio debidamente valorable. Sin embargo, en el sumario constan las siguientes actuaciones: declaraciones de los múltiples perjudicados o las de sus representantes legales, tasación de los daños causados por la explosión de los artefactos colocados por los presuntos inculpadados, declaración en la que, la recurrente, en presencia judicial, del Defensor Público y en la de la representante del Ministerio Público, ratificó las declaraciones prestadas ante la Policía, sin que se trate de una ratificación rutinaria y automática, sino de una corroboración selectiva y minuciosa, en la que se le fueron poniendo de manifiesto cada uno de los hechos declarados, confirmando o no, en cada caso, su versión de lo sucedido y empleando, lo que siempre es revelador, el lenguaje característico de la organización Grapo, esto es, diciendo que dicha organización no es terrorista y calificando a los atracos o robos como meros actos de expropiación, habiendo sido ratificado por la recurrente, cuanto se dice, durante la práctica de la declaración indagatoria, en presencia judicial y en la del Letrado. Por otra parte, los presuntos correos de la impugnante, también declararon positivamente, ante la Brigada Central de Información o ante la Comisaría de Barcelona, ratificando, en presencia judicial sus declaraciones e incriminando a la recurrente como jefe o responsable del grupo armado que perpetró las acciones delictivas de autos, si bien, algunos de ellos, no todos, se desdijeron de los dicho durante la práctica de la declaración indagatoria.

Así pues, en autos obraban los suficientes acreditamientos para que el Tribunal de instancia pudiera ejercer, válidamente, el soberano criterio apreciativo de la prueba, según la conciencia de los Juzgadores, que le concede la Ley Procesal Penal.

5.3.1. EL SECRETO DEL SUMARIO (RESPECTO DE TERCEROS)

5.3.1.1. *El secreto respecto de terceros*

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el significado actual del secreto del sumario.

La ley nada ha dicho y ello va en si procede de su redacción originaria, cuando la fase de investigación judicial tenía un carácter netamente inquisi-

sitivo y no contradictorio, dispone que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral con las excepciones determinadas en la presente ley.

Con carácter previo a esta disposición nuestro texto constitucional establece que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento, por lo que se debe llegar a la conclusión que la regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales, es ante todo una excepción a la garantía constitucional. La admisión que hace la disposición constitucional a la excepción a la publicidad, no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales, como son el derecho a un proceso público y el derecho a recibir libremente información.

Si bien nadie discute que la fase sumarial o de investigación por medio de las diligencias previas, puede tener aspectos concretos salvaguardados por el secreto, conviene señalar que es necesario una interpretación estricta, no pudiendo, su mera alegación, suponer una limitación de más derechos que los específicamente afectados por la norma entronizadora del secreto. El secreto del sumario no quiere decir ni significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales.

Queda con ello relativizado el carácter secreto de las actuaciones de investigación judicial que no puede expandirse mecánicamente a cualquier información o transmisión de información sobre aspectos genéricos de su contenido o sobre valoraciones sociológicas derivadas de la naturaleza de los hechos investigados.

En realidad la integración del proceso penal tradicional en el marco tutelar de la Constitución exige una adecuación del alcance y trascendencia del secreto sumarial no sólo en torno al derecho a la información, sino en relación con el ejercicio del derecho de defensa, en aquellos casos en que el órgano instructor acuerda de manera expresa la declaración del secreto de las actuaciones por un periodo de tiempo determinado cuya extensión se establece en la ley especial de la materia. Este secreto específico tiene por objeto impedir que el conocimiento o intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación y frustrar sus objetivos. En este caso como no se infiere el derecho de defensa, sino que se le suspende durante un periodo taxativamente limitado de tiempo y se le restituye íntegramente cuando se decide alzar el secreto.

Se permite al imputado tomar conocimiento de las actuaciones desde el momento mismo de la detención, existe una mayor permeabilidad de las diligencias sumariales que son conocidas por las partes en su integridad, sin que ello quiera decir que estén destinadas a ser publicadas en los medios de comunicación de manera completa y textual.

La apertura de las actuaciones al conocimiento de las partes intervinientes consagra de manera expresa en la ley que obliga al secretario y personal judicial a dar a los interesados —que pueden no ser parte—, la información que soliciten sobre las actuaciones salvo que se hubieran declarado secretas conforme a la ley. La constatación de que las partes intervinientes en actuaciones sumariales que alcanzan un interés público relevante, hacen manifestaciones a la salida de las dependencias judiciales relatando con mayor o menor minuciosidad, el contenido de las diligencias practicadas, aconseja replantear cuál es el alcance y verdadero significado actual del secreto sumarial. En síntesis lo que debe ser resguardado es todo aquello que pueda perjudicar el éxito de la investigación o afectar a la intimidad o seguridad de las personas inmersas en su proceso penal. Por el contrario existen noticias que difícilmente pueden ser sustraídas a la información pública como las relativas a la detención y puesta a disposición judicial de una determinada persona. No es lo mismo publicar el dato relativo a la implicación de una persona en los hechos que están siendo investigados de dar detalles precisos de sus declaraciones o de las pruebas existentes en su contra.

La aplicación concreta del secreto sumarial requiere una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos que los estrictamente afectados. Solamente aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán ser difundidos, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir, en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido en sí mismo una revelación indebida.

El contenido del sumario se integra por datos o investigaciones determinadas que constituyen la esencia de lo que debe ser resguardado pero ello no impide que las referencias genéricas a la materia y naturaleza del hecho investigado puedan ser conocidas sin develar las informaciones concretas que constituyen el núcleo central de la investigación judicial. No se puede limitar la noticia e información sobre el objeto de unas diligencias o sumario si no afectan al concreto contenido de las diversas diligencias practicadas.

El secreto sumarial se circunscribe por tanto, al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa, pero no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal

de los imputados o aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles. También carecen de esta consideración sumarial los autos de inhibición o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos. Fuera de este marco delimitador el secreto del sumario considerado como regla general o de primer grado, no puede extenderse, salvo que el propio órgano juzgador haya declarado expresamente secretas determinadas partes de las actuaciones.

5.3.2. EL SECRETO EN CUANTO A LAS PARTES

Como se declaró, el derecho al proceso reconocido en la Constitución sólo es aplicable al proceso en su sentido estricto, esto es, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y de descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad.

Consecuencia de ello es que cuando el juez declara el secreto del sumario, no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el periodo en el que el sumario permanece secreto.

La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal, ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla; de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión, sin embargo, si ésta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada.

De otra parte, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituidas, pues la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida exige no sólo que se haya practicado ante el juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

Los procedentes fundamentos se recogen, para la que la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos.

De otra parte, adoptado el secreto del sumario por el juez de instrucción o etapa intermedia y dirigida la investigación sumarial por el propio juez, carece de sentido sostener que el secreto se adoptó sin garantía de control judicial.

A partir de esta consideración, la duración del secreto del sumario no constituye un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva, pues la infracción de las normas o reglas procesales produce la lesión del derecho fundamental únicamente cuando suponga una merma significativa de las posibilidades de defensa.

En el mismo sentido se pronuncia, insistiendo en que la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales únicamente puede incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las pruebas obtenidas en esta fase o se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado, pues, en tal caso, no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada.

El secreto del sumario, acordado en este supuesto al inicio de la instrucción de la causa, supone un impedimento en el conocimiento y de la posibilidad de intervenir por el acusado respecto a unos hechos que se investigan con el objeto de posibilitarla sin interferencias o posibles manipulaciones dirigidas a obstaculizar la averiguación de los hechos. Resulta patente que una medida como la acordaba supone una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión en la medida que el imputado puede ejercer plenamente ese derecho cuando la restricción se levanta una vez satisfecha la finalidad pretendida.

6. DE LOS DIVERSOS MEDIOS PREDISPUESTOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS (AUTOR O PARTÍCIPE) TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

El hecho de haber dado valor a pruebas provenientes de elementos predispuestos para permitir el descubrimiento del autor del delito no vulnera el artículo 20 de la Constitución, ni otras normas penales. Tales medios pueden ser personales y materiales. Entre los primeros van a examinarse

los casos del agente provocador, el infiltrado, el confidente y el delincuente arrepentido. Entre los segundos se puede mencionar la utilización de elementos de escucha y grabación del sonido y de la imagen, aunque el estudio de su problemática se reserva, por razones de sistemática, para cuando se aborde el estudio de la identificación del delincuente y la intervención de las comunicaciones.

6.1. AUTOR Y PARTÍCIPE (MODALIDADES) TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

6.1.1. EL AGENTE PROVOCADOR

La teoría del delito provocado como enervador de efectos condenatorios está suficiente y reiteradamente consolidada en la doctrina que es la única que, al margen de la presunción de inocencia, puede y debe en legalidad ordinaria señalar los presupuestos, los requisitos, el ámbito y los efectos de tan controvertida figura jurídica.

La expresión delito provocado aparece por primera vez en nuestra jurisprudencia, que trató el caso de un empresario que, dudando de la honorabilidad de uno de sus empleados, se puso de acuerdo con un tercero para que le incitase a cometer un delito contra la propiedad con la finalidad de desvanecer o confirmar sus sospechas, y una vez ejecutado el delito formuló la correspondiente denuncia.

Delito provocado es, en definición, el que surge por obra y estímulos de un agente provocador, quien toma la iniciativa a consecuencia de la que el provocado se decide a delinquir.

Con más precisión lo define, en puridad, como aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal convence el presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *inter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo, con lo cual se consigue que el provocador, no sólo la casi asegura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.

La doctrina científica establece que la impunidad de la conducta de quien realiza el delito se da precisamente como consecuencia de la inducción de un agente policial. Tal impunidad nace de la falta de legitimidad para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades, cuya misión es la investigación y el descubrimiento de los delitos; pues tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado democrático y de derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; lo que produce una radical

invalidez probatoria de la prueba así obtenida. En los casos de delito provocado se debe apreciar una condición de procedibilidad, deducible del principio del Estado de derecho, conforme a la cual se invalida todo procedimiento en el que los agentes del Estado han actuado no para prevenir el delito, sino como instigadores de su comisión.

Además, la acción del provocado carece de los requisitos de tipicidad delictiva, al tratarse de un delio imposible por estar controlados sus resultados, y en consecuencia, no se llega a poner en peligro el bien jurídico que protege el tipo penal. También falta la culpabilidad del agente, en tanto en cuanto el ilícito no surge como consecuencia de su libre y espontánea determinación de voluntad, sino que el mismo se comete por medio de la eficaz inducción del agente provocador. Con tal proceder no se llega a descubrir un verdadero delito. El delito provocado es sólo el esbozo de un delito imposible que debe quedar impune por falta de dolo autónomo y en definitiva, de tipicidad. Por tanto, como se afirma el delito ha de ser rechazado, porque no existiendo culpabilidad ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo sino hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador.

La causa exoneradora del delito provocado tiene su raíz en la voluntad viciada de quien lo comete y por ello, aunque desde otro punto de vista, hay que distinguir entre confidente o infiltrado y agente provocador, ya que mientras éste incide directa y principalmente en la comisión delictiva con anterioridad a su realización, viciando así la voluntad de quien lo lleva a cabo de modo material y directo; los dos primeros actúan con una misión simplemente investigadora para conseguir el descubrimiento de la acción criminal ya realizada.

La jurisprudencia distingue los supuestos impunes del delito provocado de la provocación policial para descubrir delitos ya cometidos. Tal distinción aparece por vez primera cuando se excluye la doctrina del delito provocado al caso bien distinto, en el que el señuelo puesto en juego por los investigadores vaya dirigido no a la promoción del supuesto delito, sino a patentizar y descubrir, y, en consecuencia, punibles, sin que la nota, positiva o negativa, de espontaneidad respecto al acto último, meramente revelador del delito, afecte a la calidad, cierta, del mismo.

La distinción aparece con claridad cuando se dice que marca la diferencia entre el agente provocador de un delito hasta entonces inexistente y el agente descubridor del delito ya consumado. La primera situación es la del agente que con su intervención provoca intencionadamente que otros comieran la infracción. Es decir, les incita a la consumación con la intención de lograr así la conducta de unos sospechosos. Método rechazable porque el provocador actúa de un modo engañoso, fingiendo un comportamiento que incita al delito, que por eso se llama delito provocado; infracción impune

porque carece de realidad, es pura ficción si se tiene en cuenta que fue un tercero el que quiso que la norma penal se conculcara impetrando la defensa de la legalidad y la persecución de los delincuentes.

Distinto es el caso en que la actuación policial, aun utilizando medios engañosos, no origina el delito hasta ese momento inexistente, sino que sólo sirve para descubrir la infracción cometida con anterioridad. Porque ésta es una conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubriendo de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito, sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas.

La decisión criminal es libre y nace espontáneamente. La proposición parte del autor sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma. Por eso, se señala delito provocado, sino ante un delito comprobado.

Para la que la distinción entre el delito provocado y una intervención policial dirigida a descubrir un delito se manifiesta en que la actuación policial se realice sobre personas que, en principio, no tenían intención de delinquir o, por el contrario, el descubrimiento de una situación o actividad preexistente y hasta entonces oculta. Así cuando la intervención policial sólo vino a poner de manifiesto un hecho, cortando su continuidad, de manera que, al producirse tal intervención, el delito ya existía o cuando la interferencia de los funcionarios de policía no fue una inicial tentación criminógena, aunque sí de descubrimiento, nos encontramos ante una actividad de investigación.

La línea divisora entre el agente provocador y la investigación de un hecho delictivo radica en la existencia, o no, de una actuación inductora que juegue al margen de la ley procesal penal, o de las actuaciones de persecución que vulneran los límites legales y constitucionales. Mientras en el delito provocado se induce a un tercero a la realización de un delito que de otro modo no realizaría, en la actividad policial dirigida al descubrimiento de un hecho delictivo, el agente policial levanta una situación delictiva preexistente y se investiga un delito ya cometido.

También respecto de “la responsabilidad del agente provocador”, se resolvió, conforme a lo expuesto, que “instar la venta de estupefacientes (delito provocado) aparentando miembros de la Policía Ministerial su compra a quien está en posesión de ellos, es acción impune para el agente provocador por razón de conducta justificada, y acción punible para el provocado, porque el delito se hallaba ya consumado antes de la provocación en otra modalidad delictiva”.

Ello es así, porque los agentes de la policía no están obligados a revelar su carácter de tales a quienes ya hayan decidido la comisión del delito, sin perjuicio naturalmente de los límites que a este respecto cabe deducir del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, recogido en la ley.

Hasta ahora esta postura doctrinal y jurisprudencial no ha sido cuestionada desde la perspectiva de la ley procesal penal. No obstante que existen opiniones favorables a una prohibición total, en forma claramente mayoritaria, la actuación encubierta de la policía ha sido admitida, sin objeciones provenientes del principio del Estado de derecho, en relación con los hechos en los que tal actuación se lleva a cabo frente a personas sospechosas, sin distinguir si el hecho que fundamenta la sospecha se encuentra en etapa de preparación o si ya ha superado el comienzo de ejecución. Consecuentemente sólo cabe hablar de un agente provocador cuando la intervención tiene lugar antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible. Por el contrario, cuando la preparación para la comisión del hecho del delito ya ha comenzado, y la policía tiene sospechas fundadas de que esto es así, no existe ya una provocación en el sentido de la inducción descrito en el Código Penal, dado que los autores ya tienen decidida la comisión del delito y por lo tanto, ya no es posible crear el dolo en los autores, pues éstos ya están obrando dolosamente.

Aplicando esta doctrina, por ejemplo en una sentencia donde se comenta se condenó por tentativa de robo —excluyendo la tesis del delito provocado, que había sido asumida por la sentencia absolutoria de la Audiencia— a los acusados, que aguardaban ocultos que una persona utilizara el cajero automático para asaltarla, siendo observados por policías, que para desbaratar sus planes se dirigieron al cajero simulando utilizarlo, siendo atacados por aquéllos. La actitud sospechosa de los acusados justificaba la actuación policial para descubrir el plan delictivo. En tales condiciones no se puede afirmar que haya habido una actividad instigadora, toda vez que los acusados ya tenían decidido obrar en la forma que lo hicieron.

Conforme a lo expuesto, se puede decir que en los casos de provocación policial, se castiga al sujeto provocado por las actividades preexistentes que sean constitutivas de delito y no, exclusivamente, por el acto provocado. El matiz aparece con claridad meridiana en los delitos de tráfico de drogas; procedió a la absolución porque el caso de autos no quedó comprobada una anterior dedicación al tráfico o actividades preexistente sino meros indicios o sospechas, ya que lo único probado y que fue objeto de enjuiciamiento fue la concreta operación de venta que motivó la condena, por lo que no puede ponerse en duda que está surgió como consecuencia de la instigación policial, tratándose del supuesto del delito del provocado, que siempre fue declarado impune.

Se dice que absolvió al acusado porque no hay constancia de que los inculpados poseyeran ya la droga con anterioridad y de que, mediante la

intervención del agente encubierto, aflorara y se descubriera esa previa posesión, antes bien lo que se desprende de los hechos es que los acusados, tras los contactos mantenidos con el agente, que se presentaba como dispuesto a la adquisición de una importante cantidad de hachís, se procuraron la droga con el propósito de obtener la droga si no se hubiera producido previamente a la inducción policial mediante la oferta de comprar una importante cantidad de hachís.

6.1.2. EL AGENTE ENCUBIERTO O INFILTRADO

El agente encubierto ha sido definido por la doctrina como aquella persona que integrada, de ordinario, dentro de la estructura orgánica de los servicios policiales o de acuerdo con éstos, se introduce, ocultando su verdadera identidad, dentro de una organización criminal, con la finalidad de recabar información de la misma y proceder, en consecuencia, a su desarticulación.

Se ha admitido la validez de esta técnica de investigación, dándole el tratamiento de la prueba testifical. Así, expresa que el infiltrado es, en calidad de testigo, otro factor importante a la hora de constituir la prueba. Si el arrepentido está en conexión con la figura del coimputado, el infiltrado, que a diferencia del anterior no es parte la figura del agente provocador... La credibilidad de sus manifestaciones, con menos complicaciones que el arrepentido, corresponde también a la íntima convicción de los jueces.

El infiltrado no está dentro del proceso porque es un testigo cualificado que a su vez puede ser, o no, provocador de la infracción, que a su vez puede ser, o no, miembro de las fuerzas de seguridad.

La actuación del infiltrado en la mecánica delictiva se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de investigación del delito y de su autor, distintos de los habituales históricamente.

La Ley Orgánica de las Procuradurías de Justicia en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves introduce una nueva norma regulando ahora exhaustivamente la figura del agente encubierto.

A los fines propios de la policía y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el juez competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez, podrán autorizar a funcionarios de la policía, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio Público por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para

actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

Los funcionarios de la policía que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en la ley de la materia, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada.

6.1.2.1. *Ningún funcionario de la policía podrá ser obligado actuar como agente encubierto*

Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales. El agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las actuaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

Se considerará como delincuencia organizada, la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delito de secuestro de personas.
- b) Delitos relativos a la prostitución
- c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.
- d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.
- e) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- f) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna.
- g) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo.
- h) Delitos contra la salud pública.
- i) Delito de falsificación de moneda.
- j) Delito de tráfico y depósito de armas.
- k) Delitos de terrorismo.
- l) Delitos contra el patrimonio histórico.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de investigación, el juez competente para conocer de

la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

La inobservancia del precepto citado origina la prohibición de valoración de la prueba obtenida. En el caso respecto del enjuiciado, la policía solicitó mandamiento de entrada y registro, afirmando desconocer la identidad del individuo que había informado de que el acusado tenía la droga en su domicilio, pero la realidad era que los agentes policiales y otras autoridades conocían al confidente del que se valieron en la investigación, que, de acuerdo con lo establecido en la Ley de la Materia, debió ser autorizada por el juez de Instrucción o etapa intermedia en los términos de dicha disposición, cumpliéndose además con la obligación de aportar al proceso toda la información en su integridad. Es evidente que la prueba obtenida por este presunto agente encubierto no se ajustó a tales requisitos y que, por esa razón, ha sido ilegalmente obtenida. En efecto, si bien no se ha podido establecer más que por la declaración del policía o militar, que en la investigación ellos se valieron de un agente encubierto o confidente, ni se ha podido precisar hasta qué punto esto es así; no cabe duda que, ante la falta de aclaración de estos extremos por el Tribunal a *quo*, el principio *in dubio pro reo* exige la decisión más favorable al acusado.

Consecuentemente, la prueba obtenida mediante la entrada y registro, que es la que se dispuso por el conocimiento de hechos proporcionados por el confidente, está afectada por una prohibición de valoración en los términos descritos por la ley de la materia.

6.1.3. EL CONFIDENTE

La figura del infiltrado, que actúa también durante el delito aun cuando no forma parte de él, se confunde con el delator, cuando éste no es más que el denunciador o acusador, que por supuesto no tiene que ser anónimo. El infiltrado es más bien un confidente introducido en el ambiente delictivo que se está investigando. Es como el colaborador judicial que ahora se trata de imponer legalmente aun cuando no exista una concreta regulación legal de tal figura, lo que no deja de ser lógico en tanto que el infiltrado no es ni siquiera presunto delincuente, sólo un medio de prueba, posible provocador, que como tal ha de ser considerado.

La desconfianza hacia el confidente es evidente. Se admite su legitimidad como prueba, aunque después, con mayor matización, las sentencias únicamente validaron las informaciones confidenciales con el carácter de indicios para proceder como medios de investigación. Se manifiesta directamente esa desconfianza por el uso de los confidentes de que antes se ha hecho mención.

En cualquier caso, la prueba testifical habrá de culminar con objeto de que los jueces valoren en su exacta medida las manifestaciones del confidente infiltrado, como testigo especialmente cualificado. El Tribunal valorará todas las circunstancias concurrentes antes de otorgar su credibilidad. Las condiciones o razones que promovieron esa especial intervención como infiltrado formarán parte pues del juicio de valor asumido finalmente por los jueces.

En todo caso, como evidencia la aceptación y valoración como prueba de cargo de las declaraciones de confidentes policiales anónimos, traídos al proceso a través del testimonio referencial de la policía... aparece proscrita en la ley procesal penal.

En *primer lugar*, en el plano de los derechos fundamentales reconocidos supranacionalmente, por vulnerar el artículo 6.3d) del Convenio de Roma, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, que garantiza expresamente el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. En *segundo lugar*, en el plano constitucional, por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión (artículo 20 constitucional). En *tercer lugar*, en el plano de la legalidad ordinaria, por desconocer lo prevenido en la ley, conforme al cual los testigos de referencia precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado.

La referida sentenciada recuerda que la doctrina jurisprudencial ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que no utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo.

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la confidencia como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etcétera, así como el antiguo bocardo en lo que acusa. Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones confidenciales no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etcétera) y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad, peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

6.1.4. EL DELINCUENTE ARREPENTIDO

La problemática del delincuente arrepentido se plantea en los procesos por delitos de terrorismo y tráfico de drogas, toda vez, que la Ley y sus normas relativas respectivamente a tales figuras penales, dispensan un trato penal más favorable, consistente en la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados, al delincuente que haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se haya presentado a las autoridades confesado los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas... para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables...

Se ha señalado que la figura del arrepentido, en el contexto de lo que ha sido denominado prueba cómplice, pues supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia. Desde el momento en que actúa como tal se convierte en un informador que genera una serie de problemas ajenos muchas veces al puro proceso o a la prueba en sí. Ese informador debe ser tratado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba, y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento.

En la valoración de esta prueba habrá de ponderarse, por tanto, la circunstancia de gozar de un trato penal, y a veces procesal, más beneficioso, que puede restar credibilidad a su testimonio, lo cual no es obstáculo para admitir su validez si se acredita como verás mediante otras pruebas que lo corroboren, por lo que, como ha señalado la doctrina, la exigencia de atender su demostrada credibilidad es, en estos casos, inexcusable. En este sentido se pronuncia que apunta que el mero hecho de pretender que se reconocida de alguna forma de colaboración de la justicia no es un dato que elimine por sí mismo la veracidad de la declaración del coimputado, pues además de que puede no ser la única razón, no implica la imposibilidad de que subsista un deseo de colaborar.

La circunstancia de que el arrepentido puede ser beneficiario de las atenuantes previstas en la ley de la materia, obligó al Tribunal *a quo* a exponer las razones por las que entendía que su declaración no estaba influida por la expectativa de obtener una reducción de la pena, especialmente en este caso donde la Audiencia sólo ha podido considerar declaraciones, no corroboradas —no existía ningún elemento corroborante de sus afirmaciones—, como simplemente verosímiles. Es evidente que casi todo lo que se afirme de una persona que no responda a un desconocimiento de las máximas de la experiencia es verosímil. Cualquier acción humanamente posible atribuida a una persona con capacidad de acción es verosímil y ello significa que, en verdad, la verosimilitud no es un criterio de credibilidad que pueda operar como única corroboración de la inculpación.

Por otra parte, evidente y no requiere demostración alguna, que tales imputaciones no permiten al que las deba soportar contradicción alguna, fuera de su negativa. Ello determina que los jueces hayan decidido sobre una u otra versión sin ningún apoyo exteriormente controlable. Las consideraciones de la sentencia referentes a los datos para la identificación del recurrente proporcionados por el coencausado, convertido en testigo por un procedimiento poco ortodoxo, no pueden tener el dignificado de una verdadera corroboración. En efecto, la identificación forma parte de la inculpación carente de todo elemento que la respalde y, como tal, no es una corroboración, sino el elemento que revela la dirección de la inculpación.

En suma: tratándose de una única declaración testifical, proveniente de un coprocesado que puede obtener beneficios personales y que carece de todo elemento objetivo que lo pueda corroborar, el tribunal debió fundamental de una manera convincente qué razones tuvo para acordar credibilidad a un testimonio en principio poco fiable. La simple remisión a la verosimilitud de las declaraciones de este testigo no puede constituir ningún fundamento admisible, pues la negativa del inculpado no deja de ser —abstractamente considerada— tal verosímil como la acusación.

La exigencia de motivación especial en estos casos, se deduce de la noción de un proceso con todas las garantías, en la que el *principio de contradicción* y el derecho de defensa, constituyen un aspecto nuclear de las garantías del imputado. El carácter implícito de esta materia en el concepto de debido proceso o de proceso con todas las garantías se pone en nuestros días de manifiesto en la reciente reforma del artículo 111 de la Constitución Italiana. En efecto, el nuevo artículo 111, sancionado el 10 de noviembre de 1999 se introdujo como garantía procesal del *giusto processo*, de forma análoga al artículo 6.º CEDH, y al artículo 24 CE. En cumplimiento de esta nueva norma constitucional el Senado de la República aprobó el 11 de noviembre de 1999 una modificación del artículo 192 del Código de Procedimientos Penales, que establece los criterios de valoración de la prueba, expresando en el número 3 del mismo que las declaraciones del coimputado del mismo delito... se deben valorar conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su atendibilidad.

Esta doctrina es recogida, pues analiza el valor de la declaración de la persona que dijo haber comprado la droga acusada. Este testigo había manifestado que hizo esa declaración porque la policía le prometió, hallándose detenido, que le llevaría a la Cruz Roja a por metadona y que no hubiera hecho la imputación si no necesitara la metadona, pues teme a la denunciada y a su familia. También aquí se trata de un testigo que declaró, detenido en otra causa y que recibió un beneficio concreto a cambio de una declaración inculpatoria que no puede ser corroborada con ningún elemento objetivo. Por tal razón la audiencia estaba obligada a motivar específicamente su convicción, pues ello surge de la noción misma de un proceso con todas las

garantías... Falta toda fundamentación del A quo de las razones por las que estimó que la contrapartida ofrecida al testigo protegido no tenía incidencia en la veracidad de una inculpación carente de corroboración objetiva, y ello determina que no sea posible establecer si la única prueba en la que se fundamenta que el fallo condenatorio ha sido valorada sin contradicción de las reglas de la lógica o de los principios de la experiencia.

De todos modos, como se ha señalado, aún en el caso de que las manifestaciones del coimputado, o correo, fueran debidas a motivos deleznable o espurios, no podría hablarse de prueba nula sino en todo caso de prueba ineficaz, con lo que tampoco serían nunca deleznable aquellas otras pruebas directa o indirectamente derivadas de tales declaraciones.

6.1.5. EMPLEO DE MEDIOS MATERIALES

Se declara que no vulnera la ley el haber dado valor a pruebas provenientes de elementos predispuestos para permitir el descubrimiento del autor. En el caso los responsables de un robo, utilizaron una sustancia reveladora fluorescente que sirvió luego para demostrar que el procesado había sido el autor de la sustracción de los billetes marcados de esta forma. En efecto, tal medida no pudo haber servido para inducir al procesado a cometer el delito, pues éste no tuvo conocimiento de la marca de los billetes antes de la realización del hecho y, además, es indispensable que, si lo hubiera sabido, ello hubiera creado en él la disposición de cometer el delito. Se trata, como es claro, de una medida oculta de vigilancia que, si bien no sirve para prevenir el hecho, permite el descubrimiento *ex post facto* del autor y, de esta manera, constituye una medida indirecta de protección de bienes patrimoniales que, a pesar de no impedir la comisión del delito, sirve para apartar en el futuro el autor descubierto y prevenir de esa manera la repetición del hecho. De esta forma no se vulnera el derecho a la igualdad, dado que el autor no es discriminado ni antes ni durante el proceso, así como tampoco se contraviene ninguna de las garantías establecidas para la obtención de las pruebas.

Distinto es el caso contemplado en el que la defensa del acusado de un delito de agresión sexual, trató de aportar al procesado una grabación hecha a la denunciante los días previos a juicio, de una entrevista de un trabajo simulada, captada con engaño y desconocimiento de ésta, así como el documento informe realizado por el detective privado autor de la grabación, para tratar de desacreditar el testimonio de la víctima y negar la existencia de ciertas anomalías psíquicas de la misma.

Se considera que la prueba adolece de ilicitud en su génesis. Con engaño y desconocimiento de la afectada se simula una entrevista para conseguir un puesto de trabajo. También se visitaban secuencias de su vida privada. Éstas, aunque se hayan producido en público, están amparadas por el derecho

a la intimidad y a la propia imagen, que no deben utilizar terceros en su propio beneficio.

Tampoco el origen de la prueba y su desarrollo ofrecen garantías, ya que se realiza por una de las partes con un enfoque parcial y preparado y con finalidades de preconstitución probatoria programadas con antelación. Consecuentemente el sentido, contenido, desarrollo y circunstancias de la entrevista se han materializado desde una óptica interesada.

En cualquier caso el tribunal sentenciador que es quien debe apreciar la credibilidad de un testigo o perito, en este caso no la estimó pertinente, porque a través de los médicos y psicólogos las enfermedades o secuela del síndrome de estrés postraumático que padece, la ofendida había sido técnicamente determinada.

La audiencia pudo valorar con plena inmediación si la ofendida mentía en el juicio o mentía en la entrevista a la que fue sometida ficticia y fraudulentamente. Cuando una persona tiene dificultades en obtener un trabajo por sus padecimientos, si se le ofrece uno que imperiosamente necesita, es natural que oculte o disimule las limitaciones o inconvenientes que le impidan o dificulten la obtención de dicho trabajo.

Por lo que demás el aspecto externo o comportamiento de una persona no es determinante para diagnosticar que un padecimiento psíquico no existe o se ha remitido. Los de tal naturaleza no suelen manifestarse externamente o pueden hacerlo de modo engañoso. Por eso resulta extraño que el recurrente no haya acudido a la prueba pericial médico-psiquiatra o psicológica para desvirtuar un dictamen que tiene un apoyo científico y está respaldado por varios expertos, que en su condición de peritos han depuesto en juicio con posibilidades de contradicción de todas las partes procesales.

6.1.6. LA PUBLICIDAD DEL PROCESO Y SUS EXCEPCIONES

El alcance contenido del derecho a un proceso público, garantizado por la Constitución, debe fijarse partiendo del artículo 20 de la Carta Magna. Este derecho fundamental, en materia penal (ya que ésta ofrece específicas singularidades), está reconocido en el artículo 11 de la Declaración Universal, en materia penal; está reconocido en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 14 del Pacto Internacional de Nueva York y el 6 del Convenio de Roma. Su finalidad consiste en evitar una justicia secreta, que, por serlo, escapa al control social que, sin duda, en un Estado democrático como el nuestro, es muy importante. Es un contrasentido que se oculte a quienes son titulares de la soberanía el ejercicio de uno de los poderes, el Judicial. La publicidad es una garantía importante. La justicia en la fase de plenario ha de administrarse de tal manera que los ciudadanos y los medios de comunicación, que son vehículos de unión indispensables y especialmente cualificados entre los centros de poder y la

ciudadanía, puedan presenciarlos. Todo acto, por el hecho de ser público, alcanza una dimensión de control, de vigilancia y de supervisión de la que están carentes los que se realizan privadamente o sin publicidad.

El Derecho al proceso público se caracteriza, conforme a la jurisprudencia, a través de un elemento positivo: el consistente en ser uno de los medios de promover la confianza del pueblo en los órganos judiciales, y de otro de carácter negativo, que radica en evitar el secretismo en la dispensa de justicia y que por ello escapa al control de público. El derecho a que los debates sean públicos constituye una premisa básica para que pueda hablarse de un juicio equitativo, dado que es una forma eficaz de evitar la arbitrariedad o al menos de controlarla. Conforme se ha señalado doctrinalmente. La doctrina acoge implícitamente el brocardo sajón expresivo de que la justicia se debe hacer viendo cómo el que hace justicia (*justice must done and must be seen to be done*). En similar sentido, señala que el artículo 6.1 del Convenio, protege a las partes contra una justicia secreta y tiene dos finalidades: el control público de la justicia y la confianza en los Tribunales; señala que su finalidad o razón de ser no es otra que la de posibilitar que el funcionamiento de los tribunales sea de conocimiento público y pueda ser sometido al control de los justiciables.

Y este derecho fundamental ostenta, entre otras, las notas siguientes:

a) Se trata de una norma jurídica perteneciente al derecho general y por ello las excepciones que se dirán, en cuanto correspondientes al *ius singulare*, deben ser objeto de interpretación restrictiva como todas las de tal naturaleza (Paulus, Dig. I, XIII, 14 *quoud vero contra rationem iures receptum est, nom est producendumad consequentias*); supone una excepción al derecho a un juicio público).

b) Pero al tiempo, en cuanto configura un derecho fundamental de prestación y no reaccional, tal derecho no tiene carácter absoluto, sino que es limitable no sólo por ley que respete su contenido esencial, sino por las excepciones previstas para cada caso normativa y superconstitucionalmente por los Pactos Internacionales, que son así lo que doctrinalmente ha sido estimado como derecho superior o, como se ha dicho en el mundo anglosajón, un *higher law*.

c) Obviamente, tal aplicación de la normativa singular requiere inexcusablemente tres modulaciones: 1.º) *Inclusión* en uno de los supuestos previstos por las normas procesales o en los ya expresados normativos: razones de moralidad, orden público, intereses de los menores o protección de la vida privada de las partes. 2.º) *Motivación del acuerdo* mediante el que se adopta la restricción o limitación del derecho fundamental. 3.º) *Atinencia estricta* a los términos de la autorización judicial habilitante de la limitación: que con arreglo a los expresados artículos de los pactos internacionales puede afectar a la totalidad o a parte de los juicios.

d) Finalmente, la vulneración del derecho requiere que el recurrente alegue (cuando menos) en qué sentido le produjo indefensión la vulneración alegada, pues ello es lo que reiteradamente señala el Tribunal y da sentido último al derecho unitario, al proceso justo o legalmente debido que establece la ley. Como muy recientemente se señala.

En definitiva la indefensión que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela efectiva y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el artículo 20 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto.

Los precedentes fundamentos vienen a ratificar la doctrina contenida, de forma explícita en la ley de la materia donde los derechos de la víctima, el respeto debido a su honor u honra, a su dignidad, a la privacidad de la vida, cuando se trata de ciertos delitos, como el de violación, puede aconsejar que el proceso en su fase de plenario se celebre a puerta cerrada..., sin que por ello resulte vulnerado el derecho de defensa, ya que es la sociedad la que se ve privada de un derecho, aunque incida en quienes son parte, porque pueden esperar del Tribunal una mayor justicia si el pueblo presencia el juicio; decisión que adoptó con cierto acierto el Tribunal de instancia, de forma motivada, recogiéndose la resolución en el acta correspondiente sin necesidad de auto independiente, sin que contra la misma cupiera recurso alguno.

Todo lo contrario sucedió en el caso referido, en que el juicio por agresión sexual se celebró a puerta cerrada sin haberse seguido el trámite del artículo descrito por la ley procesal.

Es cierto que el derecho del acusado a un juicio público puede ceder ante exigencias de moralidad, orden público, seguridad nacional en una sociedad democrática, en perjuicio de los fines de la justicia, protección de la vida privada de las partes o personas menores y respeto a la persona ofendida o a su familia, excepciones que resumen las, en parte coincidentes, que describen la Ley procesal penal, pues constituyen los dos últimos textos citados parte integrante de la legislación interna española tras su adecuada ratificación y publicación. Pero cuando tales circunstancias concurran han de expresarse en la resolución del tribunal, que previamente deliberará al respecto y que resolverá acordando la supresión de la publicidad del juicio mediante auto motivado, como dice expresamente la ley de la materia, subrayando así la necesidad de explicar en la resolución las razones que motiven la excepción legitimadora de suprimir en el caso concreto la garantía constitucional de que el juicio sea público. En este sentido se han orientado varias sentencias incluso respecto a procedimientos disciplinarios que han subrayado la garantía que constituye el principio de publicidad para los justiciables contra una justicia secreta que escapa de la fiscalización del público y redundante también en la preservación de la confianza en los tribunales.

En este caso el Tribunal acordó realizar el juicio a puerta cerrada al inicio de la celebración del acto, sin que conste existiera previa deliberación al respecto de sus miembros ni hacer constar la decisión en forma de auto que contuviera una motivación pertinente y adecuada con las circunstancias que pudiera justificar la derogación para el caso concreto de la garantía constitucional protectora del encausado, quien se vio así privado de ella de forma arbitraria por la ausencia de expresión de motivos de la privación ni pueda adivinarse cuál fuere la causa para la celebración no pública. Ello constituye una denegación injustificada de una garantía constitucional del acusado que ha de dar lugar a anular toda parte del proceso que se inició en el momento de comienzo del juicio que habrá de repetirse con la adecuada publicidad a que el acusado tiene derecho.

6.1.7. VIDEOCONFERENCIA COMO PRÁCTICA PROBATORIA

En materia al uso de la videoconferencia en determinados casos procesales, disponiendo que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, podrán realizarse a través de videoconferencias u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o Tribunal.

Entre los preceptos que disciplinen el juicio oral, disponiendo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido.

El convenio de asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, en su artículo 10 ya se refería a la audición por videoconferencia, en el caso en que una persona que se halle en el territorio de un Estado miembro deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, de modo que en este último, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá solicitar que la audición se realice por videoconferencia, tal y como se establece en los apartados 2 a 8.

Hay dos valiosos instrumentos jurídicos, que si bien son anteriores a la modificación de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, no la contrarían.

El primero es la Instrucción, 1/2002, de 7 de febrero, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, que niega tal posibilidad, aun cuando el acusado haya prestado su conformidad en ser juzgado sin la presencia física del Tribunal; al tiempo que ordena a los fiscales que, en el caso de que sean citados para la celebración de uno de esos juicios orales virtuales, se opongan motivadamente a su celebración, excusando su asistencia por carácter de las garantías necesarias para el debido respecto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, de cuya defensa es garante.

El segundo es la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, que en lo que aquí interesa, respecto a los actos de prueba en los que podrá ser utilizada.

6.1.7.1. *Declaración de testigos y peritos*

Podrá resultar especialmente idónea la videoconferencia cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial.

De esta manera, se puede evitar el desplazamiento de los peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia (Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etcétera), quienes podrán aprovechar su jornada laboral de forma más eficiente centrándose en la elaboración material de los dictámenes, especialmente los que presten sus servicios en organismos públicos de ámbito territorial amplio.

7.1.7.2. *Protección de la libre y espontánea declaración de personas*

La videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos con plena libertad en un proceso en el que concurren circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares. Resulta especialmente relevante en relación con la víctima de un delito, evitándose situaciones de victimización secundaria, sobre todo en las infracciones penales contra la libertad e indemnidad sexual o en supuestos de violencia doméstica grave.

Mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad. Por otra parte, recordemos que en el proceso penal, dispone que "... cuando el testigo sea menor de edad, el juez, atendiendo a la naturaleza del delito y las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el incul-

pado, utilizando para aquello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba...”.

Asimismo, la videoconferencia se convierte en un instrumento técnico idóneo para complementar o posibilitar la aplicación de las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales contempladas por la Ley Procesal, en aquellos supuestos en los que concurra un peligro grave para la persona, en su libertad o bienes de quien pretenda ampararse en la media de protección, o de su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

En cuanto a la declaración del acusado en el juicio oral, da cobertura legal al uso de videoconferencia. No obstante, no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan solo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos antes la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente de su propio derecho de defensa.

Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan solo ofrecen un posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no solo puede ser “objeto” de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de “sujeto” activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio juicio.

Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su defensor que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia.

El contenido de la declaración de un testigo, por citar sólo un ejemplo de las múltiples vicisitudes imprevistas que pueden surgir en el desarrollo de la vista oral, es capaz de provocar una necesidad de instantáneo intercambio de información entre el Letrado y su defendido, por lo que no resulta, en modo alguno, insólito, en la práctica judicial, que, en tales ocasiones, se solicite autorización a la presidencia de ese acto, para que acceda a esa comunicación. Autorización que, de denegarse, puede plantear indudables problemas en orden al respecto debido al derecho de defensa.

En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que situé al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más afectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad procesal, pues “...el acusado o acusados se encontrarán situados de

forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores...”, lo que por otra parte es norma usual en el Derecho comparado”.

Obviamente, con los modernos métodos de comunicación electrónica que aquí se analizan sufren esos planteamientos, tendentes a facilitar plenamente el derecho de defensa, salvo que adopten las medidas oportunas, técnicamente posibles, de comunicación, al menos auditiva, independiente, directa y constante, entre el defensor y su defendido. Solución que, no obstante, también podría dar lugar, en la práctica, a eventuales complicaciones merecedoras de estudio.

Por ello, al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida.

Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, pues obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su *ius puniendi*, facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible.

De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate.

Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que se siga su juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, donde se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, de manera inevitable, esa situación.

Y, en este sentido, las razones de seguridad que esgrimen, de manera fundamental, en el caso que nos ocupa, atendiendo a la elevada peligrosidad apreciable en alguno de los acusados, aunque pudiera encontrar inicialmente un soporte normativo en los preceptos antes indicados, no se ha justificado adecuadamente, visto el aporte de su escasa, por no decir nula, fundamentación, más allá de la mera afirmación de su concurrencia, al extenderla por añadidura y sin discriminación alguna de todos los acusado, máxime si tenemos en cuenta, por otro lado la existencia de medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los juzgados.

Piénsese, si no, en los numerosos juicios que se celebran en órganos especializados en el enjuiciamiento de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, para los que, a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe de su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la Sala, para la celebración del acto con su asistencia al mismo.

De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del juicio mediante videoconferencia que, antes al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos.

En consecuencia, estima el recurso, anulando el juicio y ordenando la celebración de un nuevo enjuiciamiento, por Tribunal con distinta composición del que participó en el juicio que se anula.

6.1.8. LA CONCENTRACIÓN DE LOS ACTOS DE PRUEBA

Está fundada la necesidad de señalar un límite razonable que permita conservar la validez de lo actuado en caso de suspensión del juicio, de suerte que, cuando la reanudación de éste tenga lugar después de los treinta días de la suspensión, la prueba ya practicada debe repetirse, pues —como sostiene la doctrina científica— la valoración jurisdiccional debe realizarse sobre el resultado conjunto de la actividad probatoria en términos tales que no vacíen de contenido el principio de concentración procesal, que correría un grave riesgo de ser quebrantado si el Tribunal valora una prueba practicada meses atrás, prescindiendo de las ventajas de una intermediación diluida y olvidada por el transcurso del tiempo.

Pero como ha precisado esa norma, que tiene relación con el principio procesal de concentración, carece por sí misma del rango de un derecho fundamental, y en cuanto supone quebrantamiento de las normas esenciales del juicio su efecto de originar la nulidad de actuaciones se supedita de efectiva indefensión, lo que no sucedió en el caso de autos, dado que la decisión de la Sala de continuar el Juicio en fecha excedía del plazo legal contó con la propia aquiescencia del Letrado que no se opuso a la fecha elegida por el Tribunal.

En el caso por la incomparecencia de un testigo, y la continuación fue señalada para una fecha que excedía del plazo de treinta días legalmente establecido, fundado la Audiencia tal decisión en la Ley de la materia, atendiendo a la complejidad del caso y a la existencia de otros señalamientos preferentes.

Es indudable que no se cumplió con la exigencia normativa procesal, de no superar el plazo de treinta días cuando se acuerda la suspensión o

aplazamiento autorizado por la ley. Exigencia que no puede excepcionarse al amparo de la norma penal si quiere mantener la validez de los actos realizados. La gravedad de las consecuencias que resultan de su inobservancia —pérdida de la validez de lo actuado y por consiguiente de repetir las pruebas hasta entonces practicadas— exige de los Tribunales de instancia un especial cuidado y celo a la hora de hacer el nuevo señalamiento para la reanudación de un juicio que haya de suspenderse, de modo que sólo en el caso de una total y absoluta indisponibilidad de días y horas hábiles para la continuación del juicio dentro de los treinta días siguientes al de la suspensión se justifica hacer un señalamiento fuera del plazo máximo autorizado.

Ahora bien, la gravedad de las consecuencias de su infracción aconseja interpretar la exigencia y su alcance con acomodo a su fundamento verdadero, que se encuentra, dentro del ámbito procesal ordinario del principio de concentración, en la necesidad de evitar se desnaturalice la posibilidad de juzgar sobre la prueba ya producida.

La posibilidad de errores valorativos en la ponderación de pruebas practicadas ante el Tribunal, aumenta cuanto mayor sea el lapso de tiempo transcurrido entre la percepción sensorial de la prueba por el Tribunal que la presencia y el momento de su valoración, terminado y el juicio oral. Riesgo especialmente evidente en pruebas —como la testifical por ejemplo—, en las que las actitudes, los gestos, y en general el modo de decir del deponente tiene una singular importancia a la hora de formar el juicio de valoración, lo que no sucede con las auténticas pruebas documentales de contenido indeleble y permanente.

Por ello la ineficacia sobrevenida de las pruebas practicadas en el juicio suspendido por la reanudación de la vista fuera del plazo máximo de treinta días debe entenderse condicionada a la posibilidad de un error en la valoración probatoria; lo que no sucede si, como en este caso ocurre, las pruebas relevantes son la diligencia documentada de aprehensión de 122 pastillas de éxtasis en el domicilio del recurrente, y los propios documentos de identidad y de conducir en que aparece materialmente adherida su fotografía con nombres distintos al suyo. Excepcionalmente por tanto, y sin perjuicio de entender que la regla general es la contraria, en este caso la infracción de la exigencia legal no supuso la nulidad del juicio oral celebrado.

Por su parte también consideró justificado el rebasamiento del plazo de treinta días, porque fue de poca duración —de siete días— y la razón era atendible, como era la imposibilidad de uno de los Magistrado integrantes del Tribunal de poder formar parte de éste, a causa de una comisión de servicio... Puede estimarse tal situación de imposibilidad equiparable a la de la enfermedad de algún magistrado, que prevé la Ley de la materia, y calificable de causa justa legitimadora de la suspensión del plazo de los treinta días que marca la Ley Procesal Penal.

6.1.8.1. *Presunción de inocencia en el recurso (causa procesal, valoración y efectos de resoluciones judiciales vía recurso)*

La doctrina destacó en un principio que la vía procesal adecuada para hacer valer en casación la conculcación de la presunción de inocencia, aun cuando en alguna sentencia se puso de relieve la contradicción que suponía denunciar un error en la apreciación de la prueba cuando lo que se estaba indicando, como presunción de inocencia, era precisamente su inexistencia.

No obstante, la jurisprudencia siguió un criterio permisivo para acoger y potenciar la tramitación de los recursos, declarando “que mientras se asimila la nueva normativa y se familiarizan los justiciables con la presunción, dado el carácter preeminente de la Constitución, toda pretensión casacional basada en la misma, será admisible siempre y cuando, claro está, dichos preceptos sean los artículos descritos en la Ley de la materia.

Así, se entendió que debía admitirse, no debiendo obstaculizarse el acceso a la casación.

Tras la promulgación de la Ley especial en vía casacional que viene ofrecida, que no es identificable en sus efectos, ni con el recurso de casación por infracción de ley en ninguna de sus modalidades, ni con el de quebrantamiento de forma, sino de una manera análoga al recurso de amparo constitucional aun cuando la no utilización de esta vía no es obstáculo para la admisión del recurso, al menos en una fase prudencial, hasta la asimilación de la nueva normativa.

La invocación directa de la vulneración de la presunción de inocencia aconseja el acceso a la casación aunque no esté apoyada en precepto legal orgánico o procesal, ya que la fuerza expansiva de las libertades públicas permite hacerlas valer de manera directa e inmediata.

Incluso se ha declarado que como el principio alegado es de rigurosa e imperativa aplicación por parte de todos los órganos del Estado, dado el carácter constitucional del mismo, es susceptible de apreciarse incluso de oficio, cuando la violación de la presunción de inocencia es notoria y patente; y que el derecho constitucional de referencia debe prevalecer sobre cualquier defecto en su formalización procesal.

Finalmente, recordando esos antecedentes, se considera que la vía que ofrecía la ley se amplió hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia, sino también para la doctrina que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de esa norma, a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

6.1.8.2. *Legitimación*

La legitimación para invocarla sólo la ostenta el acusado. El acusador no puede alegar su vulneración entendiendo que si la falta de prueba ha de conducir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo practicada legalmente, pueda conducir a la condena. Como se lee, se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a la persona que es objeto de imputación, excluido del área que corresponde a las acusaciones. La situación procesalmente inversa, es decir, la exigencia de condena cuando se ha acreditado el hecho y la culpabilidad, ha de pretenderse por los cauces de la legalidad ordinaria y no es correcto hacerlo bajo el amparo constitucional de esta presunción, sino por el cauce del error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que demuestren del juzgador, o bien por error de Derecho cuando con el supuesto del hecho recogido como probado por la sentencia de instancia la aplicación de los correspondientes preceptos aparezca equivocada... o en una no dispensación de la efectiva tutela judicial.

En consecuencia, la acusación particular carece de legitimación, porque la pretensión casacional como toda pretensión procesal sólo protege para tutelar derechos propios... y es llano que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que únicamente corresponde al sujeto pasivo de la pretensión. Desde tal planteamiento resulta inadmisibles que se diga que se ha vulnerado un derecho ajeno al haberse aplicado que no existe una especie de presunción de inocencia invertida en beneficio de quien acusa; que en ningún caso tiene la acusación particular un derecho a una persecución de culpabilidad del acusado, cuando ello pueda traer causa de valorar el acervo probatorio de la causa desde su particular e interesado punto de vista.

En el mismo sentido se pronuncia, diciendo que no existe una especie de derecho a la presunción de inocencia invertido, de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas.

Tampoco está legitimado el Ministerio Público, el cual puede legítimamente discrepar de la sentencia ejercitando los recursos que nacen de la legalidad procesal pero no invocando derechos constitucionales que no le son propios.

Existe otra razón de peso, que niega legitimación para invocarla al abogado del Estado cuando actúa como acusador, y es que los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución, tienen carácter individual y pertenecen a la persona física en su dimensión de ciudadano sin que las personas jurídicas puedan gozar de ese derecho en el proceso penal y mucho menos la representación jurídica y procesal de uno de los poderes públicos, que son precisamente los encargados de hacer efectivos y reales los derechos fundamentales.

Las sentencias absolutorias sólo pueden ser recurridas por las acusaciones, acudiendo a los causes establecidos en las diferentes vías de recursos que abren las leyes procesales. Darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá del ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

Pero tampoco puede invocarla con éxito la procesada que ha admitido los hechos probados en sus declaraciones ante el Tribunal de la causa, que carece de toda legitimación para alegar en casación la infracción de garantías constitucionales por haber sido condenada sin pruebas que demuestren su culpabilidad; ni el condenado que se conformó con la calificación acusadora, cuando él mismo, mediante un acto propio, libremente aceptado, impidió la celebración del juicio oral y, por ende, la posibilidad de ser practicadas unas pruebas de resultado, bien inculpatorio, bien exculpatorio... esa conformidad constituye una verdadera confesión con suficiente entidad para destruir, por sí sola, ese principio presuntivo; lo que genera una preclusión para el acusado de la facultad de alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de prueba —que no ha podido producirse por imperativo legal en base a su conformidad— que conforma la esencia de la invocación del derecho a la presunción de inocencia. En suma, la conformidad, que incorpora una confesión del hecho objeto de la acusación, es incompatible con la alegación de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El responsable civil carece igualmente de legitimación activa para invocar la presunción de inocencia del responsable penal interponiendo el recurso en nombre de un tercero y en lo que se refiere al ámbito de su actuación delictiva propiamente dicha. La presunción de inocencia es un derecho personalísimo de cada acusado, por lo que no existe legitimación para invocar la vulneración afectante a un tercero (salvo casos reservados).

6.1.8.3. *Efectos de la resolución judicial que en vía de recurso aprecie vulneración de la presunción de inocencia*

Cuando en vía de recurso interpuesto contra sentencia condenatoria, el Tribunal *Ad quem* estima que la presunción de inocencia no se ha desvirtuado, bien por total falta de prueba de cargo o por invalidez de las practicadas, la consecuencia es la anulación de la sentencia condenatoria y la absolución. Esta solución es válida tanto en los recursos de amparo constitucional, como en los de casación, y aun en los de apelación.

Pero se presentan otros supuestos más problemáticos, en los que la vulneración del derecho constitucional se produce por la indefensión causada

por la denegación de una prueba, siendo el caso más frecuente, el de haberse dictado sentencia condenatoria pese a la incomparecencia en el juicio oral de los testigos de cargo.

A este supuesto, refiero por lo que hace un detenido análisis sobre la base de la analogía con el recurso de amparo constitucional; Así, apreciada la vulneración de un Derecho Constitucional cabe preguntarse por las consecuencias jurídico-procesales de tal vulneración. La respuesta a esta cuestión requiere tener presente que, salvo excepciones, el Tribunal Constitucional ha mantenido desde que, apreciada una vulneración de la presunción de inocencia corresponde a retrotraer el procedimiento al momento en el que debió ser observada, esto es, a aquel en que, a la vista de las actuaciones sumariales pueda la acusación solicitar nuevas diligencias, el sobreseimiento, o proponer nueva prueba.

La decisión, adoptada por el Tribunal, sin embargo, no está prevista en la Ley Penal para los recursos de casación por infracción de la ley regulada, por cuya vía se ha articulado, por lo general, la queja por la vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, sería erróneo pensar que el Tribunal Supremo debería entonces dictar segunda sentencia en los términos de la ley, pronunciándose sobre el fondo de la cuestión que ha motivado el recurso de casación. Tal punto de vista introduciría un factor de inseguridad muy difícil de justificar, toda vez que si la anulación se decide en la casación se debería dictar segunda sentencia absolutoria, mientras que si es apreciada en el marco de un recurso de amparo daría lugar a otras consecuencias legales.

La solución de este problema se encuentra en la interpretación de la regulación que ha hecho la propia norma. Indudablemente el Legislador, al atribuir al Tribunal Supremo la competencia para decidir estos recursos, ha querido crear una instancia para garantizar la supremacía de la Constitución previa a la del recurso de amparo constitucional. Consecuentemente, el recurso de casación por vulneración de derechos constitucionales en materia penal no se debe tratar exclusivamente según las reglas del recurso de casación por infracción de ley, sino, en lo referente a sus consecuencias, de una manera análoga al recurso de amparo constitucional, pues de esta forma no se produciría discrepancia alguna entre lo resuelto por el Tribunal de Casación y lo que, en su caso, estime corresponder el Tribunal. Esta interpretación es consecuencia del carácter especial que tiene el recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales frente al de infracción de ley.

Esta solución jurisprudencial se ha hecho extensiva también a los supuestos de falta de motivación de la sentencia. Que cuando el déficit argumental actúa sobre un proceso cálidamente concluso y probatoriamente completo, la ausencia de fundamentación puede equipararse a una insatisfactoria respuesta a las cuestiones planteadas por la acusación o la defensa,

afectando a la validez de lo actuado de manera análoga al quebrantamiento de forma que sanciona la incongruencia omisiva, permitiendo devolver la causa al Tribunal del que procede para que la subsane y termine conforme a derecho.

Ese efecto anulatorio han establecido también, entre otras, que resuelven la retroacción de actuaciones al momento anterior a producirse la infracción, por similitud a los efectos del recurso de amparo, en el que el Tribunal, al estimar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, mantiene soluciones anulatorias de las sentencias infractoras al de dictar sentencia y otras, yendo más lejos, a diversos momentos del proceso en los que se conculcó el derecho fundamental, a fin de que, con la práctica de nuevas diligencias, se subsane la vulneración padecida.

El supuesto enjuiciado era el siguiente: en primero juicio se practicó como prueba la declaración de dos de los coimputados y de un testigo, pero en el segundo, que tenía por objeto el enjuiciamiento de otro imputado, tales pruebas, que habían sido propuestas por el enjuiciamiento de otro imputado, tales pruebas, que habían sido propuestas por el Ministerio Fiscal, no se practicaron, porque, por un lado, aquellos no fueron citados y, por otro, los testigos no comparecieron, limitándose la prueba de este segundo juicio a la declaración del procesado que negó su participación en los hechos, pese a lo cual, fue condenado por la audiencia.

El tribunal Supremo entendió que se habían vulnerado los principios de contradicción y defensa y declaró que las pruebas del primer juicio no podían servir para condenar a quien luego fue enjuiciado en otro posterior. Se dio un grave defecto procesal al no haber sido citado para el segundo juicio oral los dos conculpados que ya habían sido juzgados y que habían declarado en el primero; y tal defecto ha producido una manifiesta situación de indefensión al Ministerio Público, que de ese modo se vio privado de practicar en el segundo juicio la prueba que había propuesto y había sido admitida; en consecuencia, estima el recurso y, pese a haber sido articulado, resuelve que en el caso presente la estimación del recurso por violación de la presunción de inocencia ha de producir como efecto concreto, no una sentencia absolutoria como es lo normal en estos supuestos, sino la retroacción del procedimiento al momento en que se produjo el vicio de procedimiento. Y ello aunque el Ministerio Público, única parte acusadora, no planteará ninguna cuestión en este punto, porque el Tribunal de instancia, de oficio, tenía la obligación de asegurar el debido respeto del artículo 6.º del Convenio de Roma.

Esa solución es improcedente, toda vez que el ministerio público no había solicitado la suspensión de ese segundo juicio ante la incomparecencia de los coimputados y testigo, por lo que, el darle una especie de segunda oportunidad, es incompatible con el principio acusatorio y contrario a los derechos del acusado; y piensa que el caso de autos no ofrece complicación

alguna, a diferencia de algún raro y particular supuesto, como el del Fiscal o Acusador que, tras haber procesado por la falta de práctica de determinada prueba, va aceptada sus conclusiones, lo que, si bien, le priva de legitimación para recurrir, puede servir para que el Tribunal lo tome en consideración si prospera la denuncia por una lesión de la presunción de inocencia.

Y aun así, conviene advertir sobre la necesidad de evitar que quien fundadamente se ampara en la presunción de inocencia frente a una condena por falta de pruebas, pueda acabar sufriendo una pena mayor si la acusación aprovecha la nueva oportunidad para modificar al alza sus conclusiones provisionales.

Esto significa que incluso en esos casos especialísimos convendría establecer limitaciones encaminadas a prevenir un nuevo desequilibrio en contra del recurrente. Lo que no resulta correcto, en modo alguno, es decantarse por una retroacción generalizada para “subsana” de oficio dejaciones o deficiencias —reales o supuestas— de la parte acusadora. Por lo que atañe a la jurisprudencia del Tribunal, ésta oscila —una vez apreciada la vulneración de la presunción de inocencia— entre la mera anulación de la sentencia condenatoria y esa retroacción aquí censurada de modo que poco contribuye a la solución del problema, sobre todo porque su doctrina parece mantenerse al margen de aquella diferenciación entre regla general y excepción.

Lo cierto es que no faltan en la jurisprudencia excepciones a esa regla generalizada de retroacción de los efectos anulatorios de la sentencia; así, aun reconociendo la necesidad de la práctica de la prueba testifical omitida en la instancia, para evitar las dilaciones que supondría la devolución de la causa al *a quo*, dado que los hechos enjuiciados se habían producido seis años antes, condena por un delito de robo con intimidación, estimando la presunción de inocencia respecto del subtipo agravado de uso de armas que había aplicado la audiencia; y la que absolvió al recurrente, después de declarar que la inactividad probatoria originada por la propia Sala al rechazar la petición del Ministerio Público para que se suspendiesen las sesiones del juicio oral nos lleva a estimar el motivo por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia.

6.1.8.4. *Presunción de inocencia y principio acusatorio en el recurso*

Se ha tratado el supuesto del condenado que recurre la sentencia alegando vulneración de la presunción de inocencia, a cuyo reproche se adhiere en casación el Ministerio Público, única parte acusadora, pese a lo cual la condena es confirmada por el Tribunal Supremo.

En ambos casos el Ministerio Fiscal interesó la denegación del amparo, señalando que la adhesión del Fiscal a un motivo de casación del condenado ni supone retirada de la acusación, ni necesidad de estimar dicho motivo,

privando a la Sala del Tribunal Supremo de la función jurisdiccional que por ley le corresponde en la casación.

Una de las manifestaciones del principio acusatorio constitucionalmente garantizada viene constituida por el deber de congruencia entre la acusación y el fallo de la sentencia de instancia, en virtud del cual el juzgador se encuentra sometido sustancialmente a los términos de acusación con un doble condicionamiento: fáctico y jurídico.

Pero no hay infracción alguna del principio acusatorio cuando se desestima el recurso del condenado —con la adhesión de la acusación pública— y se confirma plenamente la sentencia de instancia, ya que el juzgador no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la sentencia, pese a lo alegado en recurso, se ajusta a derecho, porque ni excede de los términos del debate, ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del juez, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación, porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la Sentencia, cuya revisión constituye el objeto de la única pretensión de impugnación.

Recientemente esta doctrina ha sido desarrollada con relación al recurso de casación penal en el que se impugna la calificación jurídica del hecho enjuiciado, señalado que en ese caso lo que se ventilar en el recurso “no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial”, por lo que en el recurso “el deber de congruencia debe ser predicado entre las concretas pretensiones revisoras de las partes deducidas en el recurso y el fallo”, y en consecuencia, “en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida”.

En definitiva, se concluye que la confirmación por el Tribunal de casación de la calificación jurídica realizada en la sentencia de instancia recurrida, incluso contra la petición de las distintas partes recurrentes, ni priva a la condenada ni recurre respecto de la posibilidad efectiva de conocer dicha calificación jurídica y de rebatirla en la casación, ni significa que el tribunal de casación asuma funciones acusatorias comprometiendo su imparcialidad judicial.

Se han extendido igualmente las anteriores consideraciones respecto del recurso de casación fundado en la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia que es el supuesto que suscita en el presente amparo. Partiendo de que mediante la invocación de este derecho fundamental “es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la

prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y razonabilidad de las inferencias realizadas”. Hemos estimado que, cuando el motivo del recurso de casación del condenado y la adhesión del Ministerio Público al mismo se fundan en la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la Sentencia recurrida, aun en contra de la petición de las partes recurrentes, no comportan infracción del principio acusatorio, pues “el objeto del recurso era, en lo que aquí interesa, la revisión de la legalidad de la condena de instancia desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia”, sin que ello signifique que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias, sino ejercicio de la función jurisdiccional que tiene constitucionalmente encomendada y a satisfacción del derecho del condenado al recurso penal, que ese Tribunal ha interpretado como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la debida aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto.¹⁸⁸

Con el análisis y conclusión del presente rubro, no dudo que ya puedo llegar a una conclusión amigo lector; la presunción de inocencia es un Derecho porque así lo considera nuestra Ley Suprema, la Constitución; pero además es una garantía, porque tal y como lo constatamos, reitero, dicha presunción de inocencia tiene sus variables y bifurcaciones en el contexto de un garantismo puramente procesal, es decir, se aplica desde la primer etapa del proceso, en la fase de investigación y debe ser reconocida por el Ministerio Público o en su caso en la etapa intermedia, bajo el manejo incuestionable del contexto y conjunto de los medios de convicción o probatorios que destruyan la secuencia inobjetable de una acusación, una imputación, o del contexto de la culpabilidad e incluso de incriminación, o ya bien, en la propia audiencia de oralidad, donde debe imperar no sólo como una garantía, sino como un derecho procesal en favor y beneficio del acusado, pero siempre y cuando no se agoten los cinco estamentos que manejamos al principio de éste capítulo, y si se quiere, aún más, en el contexto de algún recurso o medio de impugnación, ya sea éste el de apelación o de casación, con sus variables en y respecto de su sujeción reglamentaria, se insiste de carácter procesal y si me lo permiten, la presunción de inocencia, es un principio porque tiene el reconocimiento universal en los Tratados y Convenios Internacionales, mismos que dan un matiz de prelación macroglobal tanto en la doctrina, como en la Ley, la jurisprudencia, el derecho comparado, o el *ius consuetude*, o procesalmente hablando; todo ello, por razones eminentemente epistemológicas y deontosociológicas, dada las

¹⁸⁸ RIVES SERVA, Antonio Pablo *et al.*, *La prueba penal. El proceso paulino, doctrina de la Segunda Sala Penal del Tribunal Supremo*, Arazadi, Madrid, 2008, pp. 109-156.

razones, sustancia y esencia del ser humano desde antes de su propio nacimiento ya que el Estado, ahí, en el propio claustro materno, no sólo le reconoce sus derechos, sino incluso sus deberes, y porque no, en muchas ocasiones, su presunción de inocencia para nacer, después vivir y posteriormente a una libertad de conducirse y auto determinar su existencia conductual así como y respecto a un derecho a morir,

Esa es la esencia de una presunción de inocencia, es un derecho, una garantía, un principio universal como génesis y herencia del ser humano, se insiste, por el simple hecho de nacer, crecer, desarrollarse y morir. Espero con ello, sino concluir en un tema de esta envergadura, por lo menos ampliar mi aportación, respecto y conforme a lo ambicioso de mi planteamiento original en este ensayo, agradeciendo a nuestros estudiosos y bondadosos lectores y amantes de la ciencia penal y procesal penal, de este nuevo Derecho Procesal Penal Acusatorio, mismo que establece un parteaguas en nuestro país a partir de junio del 2008, cuando se inserta por vez primera este principio constitucional en el artículo 20 constitucional, pero ya reconocido como un derecho eminentemente legalista, garantista, y como principio de corte constitucional y universal.

CAPÍTULO IV
LA FIGURA JURÍDICA PENAL DE LA ACUSACIÓN
EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

1. LA ACUSACIÓN

1.1. SU NATURALEZA PÚBLICA

La acusación en el proceso penal presenta notables diferencias con los actos mediante los cuales se deduce la pretensión en el proceso civil (demanda y reconvención), diferencias que cabe residenciar en la distinta naturaleza de los bienes jurídicos en juego, el interés estatal en cada uno de ellos y los principios que inspiran cada tipo de procedimiento merced precisamente a aquellos valores.

De este modo, y si la demanda, por lo común, constituye el primer acto del proceso civil de modo que el objeto procesal se define por las partes sin una actividad previa de investigación oficial, en el proceso penal, la acusación, como acto mediante el cual se interpone la pretensión punitiva, tiene lugar una vez finalizada una fase como la de instrucción en la que se han llevado a cabo diligencias de investigación no sólo solicitadas por las partes, sino igualmente acordadas de oficio, de modo y manera que cabe afirmar la existencia de una intervención del Estado en la conformación misma de la pretensión penal dada su labor investigativa merced a la cual se aportan hechos que las partes han de poder utilizar.

Que ello es así, y que la acusación como acto de deducción de la pretensión no sea ajena al Estado no debe extrañar por más que esté en boga una tendencia que pretende privatizar en cierto modo el proceso penal y que confunde el sentido mismo del principio acusatorio, que no es otro que garantizar la imparcialidad del juzgador. En efecto, no se opone al mencionado principio la labor estatal de investigación siempre que quien investigue no forme parte del órgano decisor (separación de funciones judiciales de investigación y enjuiciamiento). Lo contrario no sólo redundaría en la impunidad delictiva, sino en la propia desvirtuación del proceso y del delito que por naturaleza son públicos. Pero es más, ese interés público, esa intervención estatal por mucho que se quiera, no podrá nunca ser eludida al menos en la coyuntura y en la sociedad en la que vivimos, como lo pone

de manifiesto la intervención del Ministerio Fiscal —órgano estatal y público—, en tareas de acusación e investigación y la propia Policía Ministerial, igualmente pública y pieza clave en el proceso penal.

1.1.1. LA PRETENSIÓN PENAL

Mediante la acusación penal se introduce la pretensión en el proceso y se determina el objeto del mismo, vinculándose, pues, el órgano sentenciador a dicha pretensión en los límites ya estudiados en su momento oportuno.

De la misma manera, se garantiza la defensa en la medida en que la acusación ha de ser conocida por las partes acusadas al efecto de poder contrarrestarla y sin que en modo alguno pueda ser modificada a lo largo del proceso cualesquiera que sean los datos que aparezcan y que pudieran alterarla esencialmente.

La acusación, pues, permite a la defensa:

- Conocer su fundamento fáctico, jurídico y probatorio otorgando la base para su contrarrestación.
- Establecer unos límites claros e insuperables, como son los de la propia pretensión penal.
- Garantizar que cualquier alteración de la acusación no esencial, y referida siempre al ámbito de la misma pretensión podrá ser conocida con anterioridad y con el tiempo suficiente para oponer la oportuna defensa.
- Delimitar el tema de la prueba, toda vez que éstas se han de concretar exclusivamente a los hechos contenidos en los escritos de calificación provisional. Por ello, y además de la seguridad que ofrece esta concreción se permite a la defensa ofrecer pruebas de descargo si así se estima oportuno toda vez que el acusado se presume inocente.

El legislador no parece haber entendido correctamente la importancia de la imposibilidad de modificar esencialmente la acusación una vez formalizada, como ya se comentó en su momento, ha introducido la posibilidad de que ésta se altere esencialmente por las partes a propuesta del tribunal decisor. Esta norma, de aplicarse conforme a literalidad, puede resultar inconstitucional por las razones que se han apuntado como justificativas de la inalterabilidad. Por ello entiendo que la misma ha de ser interpretada como mera modificación no sustancial de la pretensión, nunca como variación esencial de la misma.

1.1.2. LA DINAMICIDAD DEL PROCESO PENAL

Uno de los principios básicos del proceso penal es el que viene constituido por la primacía del juicio oral, lugar en el que, se afirma, se han de practicar las pruebas sobre las cuales el órgano decisor base su convicción de culpabilidad.

Siendo así, y no siendo los actos de la instrucción practicados bajo los principios de oralidad, intermediación y contradicción, parece evidente que la acusación debe poder experimentar modificaciones a la conclusión del juicio oral, ya que, en caso contrario, no tendría excesivo sentido una fase de práctica de pruebas que no tuviera reflejo en las posiciones de la acusación y de la defensa.

Es por ello por lo que se conocen dos actos de deducción de la pretensión: por un lado, llamados escritos de calificación provisional o de acusación que tienen lugar al inicio de la fase de juicio oral y, por otro lado, los de calificaciones definitivas que se emiten una vez concluida la prueba en el juicio oral.

Ahora bien, y como se verá, estos últimos no pueden modificar sustancialmente los anteriores, ni aun cuando aparezca evidente la comisión de otro hecho o la autoría de un no acusado, y ello por razones evidentes no tanto de defensa —ya que podrían existir mecanismos suficientes para garantizarla—, sino la independencia e imparcialidad del órgano decisor que, en tanto interviene activamente en la prueba, podría verse afectado por una nueva pretensión penal a la que en cierto modo hubiera colaborado a formar.

En todo caso, y en la medida en que la calificación definitiva conforme plenamente la pretensión es a ella a la que queda vinculado el órgano decisor a los efectos previstos en la ley.

Esta conclusión ha de mantenerse a pesar de la nueva redacción en la ley, que debe interpretarse, como reiteradamente se ha sostenido, en el sentido de permitir al órgano decisor a proponer una modificación no sustancial de la pretensión, es decir, de la calificación o acusación provisional.

1.2. CLASES DE ACUSACIÓN

Como ya se ha apuntado, existen dos tipos de escritos deductivos de la pretensión. Pero, igualmente, y en tanto en nuestro proceso penal, es imposible acumular la pretensión penal a la civil y no siempre los responsables civiles se identifican con los autores del delito, también cabe efectuar alguna diferenciación al respecto.

1.2.1. LOS ESCRITOS DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL O DE ACUSACIÓN

En el procedimiento ordinario por delitos, conforme con lo establecido en la ley de la materia, abierto el juicio oral, habrá por las partes acusadoras de producirse el llamado escrito de calificación provisional.

En el procedimiento abreviado, el escrito, que se llama de acusación, se hará inmediatamente ordenada la tramitación de la causa por el procedi-

miento abreviado y ante el juez de instrucción, esto es con anterioridad a la apertura del juicio oral.

En el procedimiento ante el jurado, este escrito, también llamado de acusación, se efectuará ante el juez de instrucción en la fase de instrucción, con anterioridad a la celebración de la audiencia preliminar y a la apertura del juicio oral.

En los juicios rápidos, la pretensión se deduce mediante los llamados escritos de acusación, una vez abierto el juicio oral, con la especialidad de que la misma puede ser deducida oralmente por el Ministerio Fiscal si no se halla personada ninguna acusación particular. Los plazos para la deducción de la acusación se reducen notablemente, pudiendo, en ciertos casos, hacerse en un acto oral y concentrado de manera inmediata a la apertura del juicio oral. El incumplimiento por el Ministerio Público de los plazos legales de los plazos legales para deducir su escrito se equipara a la petición de sobreseimiento libre con el correspondiente archivo definitivo del asunto.

1.2.2. LA CALIFICACIÓN DEFINITIVA

Tiene lugar en el propio acto del juicio oral y una vez terminada la práctica de la prueba.

1.2.3. LA CALIFICACIÓN CIVIL

Como quiera en el proceso penal es posible acumular la pretensión civil dirigida al responsable por este concepto a la penal; dicha petición se ha de concretar en estos escritos, los cuales habrán de contener los datos relativos a los responsables civiles y a lo concretamente solicitado por este concepto.

1.3. CONTENIDO DE LOS ESCRITOS DE CALIFICACIÓN-ACUSACIÓN

El contenido de los escritos de calificación o de acusación, en cualquiera de los procedimientos penales, viene determinado en la Ley de la materia, que, además de ser norma aplicable directamente en el procedimiento ordinario por delitos, lo es en el procedimiento abreviado por remitirse a ella. Nada se dice al respecto en los juicios rápidos, pero debe entenderse que es de aplicación la normativa que regula el procedimiento abreviado.

Deben contener estos escritos los siguientes extremos:

a) Los hechos punibles que resulten del sumario.

Es esencial la narración de hechos que se efectúe en el escrito de acusación, ya que, como es sabido, el hecho natural o histórico en relación con el bien jurídico protegido van a servir para identificar una pretensión determinada, de manera que nunca en modo alguno podrán modificarse en la sentencia aquellos hechos que pudieran considerarse como esenciales.

En todo caso, no podrán incorporarse a la acusación hechos que no consten en el sumario tal y como se indica en este precepto. En el procedimiento ante el jurado, y aunque la técnica legislativa es muy deficiente, no podrán incorporarse hechos distintos a aquellos que constituyen la imputación.

b) La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan.

Como se ha dicho, el bien jurídico protegido por la norma es elemento esencial para la identificación de la pretensión, por lo que la calificación jurídica del hecho es elemento esencial aunque no lo sea vinculante a salvo que la nueva calificación ofrecida por el órgano sentenciador altere dicho bien jurídico sustancialmente.

La calificación jurídica incluirá, pues, no sólo la referencia al tipo penal aplicable y al precepto concreto, sino igualmente todos aquellos factores que inciden en dicha calificación, sean las posibles situaciones de concurso, delito continuado, complejo, etc. Sean las relativas al grado de consumación del delito.

En el procedimiento abreviado la acusación se extenderá a las faltas relacionadas con el delito, las cuales habrá que calificar de este modo indicando su relación.

c) La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios.

Este requisito viene a significar:

- La individualización del acusado, el cual no habrá de estar identificado, sino que con anterioridad habrá de haber adquirido la condición de imputado, bien a través del auto de procesamiento en el procedimiento ordinario por delitos, bien mediante la comunicación de la imputación y posibilidad de ejercicio al respecto de su derecho de defensa, bien mediante la comparecencia prevista en la Ley del Jurado.
- Su participación en el delito, esto es, el grado de intervención en el mismo en calidad de autor, cómplice o encubridor.

A pesar de las diferentes tendencias mostradas por el Tribunal Supremo, el órgano sentenciador no quedará vinculado al grado de participación señalado por las partes pudiendo alterarlo con la exclusiva condición de que, caso de que sea más grave, se ofrezca la oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

d) Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal

Es claro que las partes deberán reflejar las diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal previstas en la Ley de la materia.

e) Las penas en que haya incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito

La pena, que puede ser formulada de forma alternativa tal como establece la ley, no es requisito esencial de la pretensión penal y ello al margen de que una elevación de la solicitada por las partes acusadoras exija en todo caso dar al acusado la posibilidad adicional de defenderse conforme a lo previsto por la ley de la materia, para el procedimiento ordinarios por delitos (si bien solo previsto para alteraciones provenientes del Tribunal), para el procedimiento abreviado, y para el procedimiento ante el Jurado.

f) En relación con la pretensión civil se debe mencionar

✓ La cantidad en que aprecien (los actores civiles) los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida.

Se ha de concretar tanto el *quantum* de la indemnización, como el objeto de restitución o reparación.

En el procedimiento abreviado, por el contrario, bastará con establecer las bases de la indemnización a los efectos de su liquidación en fase de ejecución de sentencia.

No obstante, y a tenor de lo establecido en la Ley Penal, también en el procedimiento ordinario por delitos puede hoy la acusación limitarse a señalar tales bases sin necesidad, pues, de cuantificación concreta.

✓ La persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

Obviamente, y si el responsable civil es un tercero, distinto del acusado, habrá que acreditar el hecho en virtud del cual ha asumido esta responsabilidad civil o cualquier otro.

g) Las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia

Las partes habrán de realizar su proposición de prueba en este acto toda vez que únicamente se podrán practicar las debidamente así propuestas.

Como excepciones a esta norma se pueden citar:

✓ En el procedimiento ordinario por delitos puede el Tribunal practicar de oficio las pruebas a que se contrae la ley de la materia.

✓ En el procedimiento abreviado se pueden proponer pruebas en el acto mismo del juicio siempre que las mismas puedan ser practicadas sin exigencia de trámites adicionales.

Igualmente, en este acto se propondrá por las partes la práctica de la prueba anticipada si no se hubiere solicitado con anterioridad.

En relación con la prueba documental, las partes podrán solicitar el correspondiente auxilio judicial si estiman que deben ser reclamados por el juzgado, al igual que puede suceder con la citación de testigos y peritos.

1.4. LAS CONCLUSIONES DEFINITIVAS

1.4.1. CONCEPTO

Tras la realización de la prueba en el acto del juicio oral y como consecuencia lógica del valor que ha de asignarse a aquélla en tanto puede variar sustancialmente el juicio provisional constituido por la acusación, las partes deben formular sus conclusiones definitivas, las cuales pueden ser orales si se limitan a mantener las provisionales o por escrito si modifican estas últimas.

Son las conclusiones definitivas, aunque en la práctica parezca lo contrario por no ser normal su modificación, el momento en que se formula la pretensión penal de modo decisivo, siendo precisamente este acto el que vincula al órgano judicial que quedará sujeto a él a salvo las modificaciones que ahora se verán.

1.4.2. CONTENIDO

Las partes pueden modificar su acusación inicial pero en modo alguno alterar esencialmente la misma, y ello no en tanto por el principio acusatorio el cual en modo alguno se vería afectado al ser las partes acusadoras las que introducirían un nuevo objeto, sino esencialmente porque la Ley Procesal Penal no contiene mecanismo alguno que lo autorice.

Ello es lo que sucede en el procedimiento abreviado en el que dispone la suspensión de las sesiones del juicio oral hasta un plazo máximo de diez días a los efectos de que la defensa pueda defenderse, aportando si es preciso pruebas de descargo, ante variaciones de la acusación inicial consistentes que representen una agravación de la acusación provisional.

Así las cosas, las conductas de las partes en las conclusiones definitivas pueden consistir en:

1.4.3. PARTES ACUSADORAS

- ✓ Ratificar el contenido de los escritos de calificación provisional o de acusación. Lo que se hace mediante la fórmula de elevar estas últimas a definitivas.
- ✓ Modificar las calificaciones con los límites siguientes:
 - Los hechos esenciales no podrán ser alterados, de manera que se modifique la *causa petendi* de la pretensión.
 - El título de condena sólo podrá ser modificado con los mismos límites, esto es, siempre que no se cambie la pretensión penal.
 - La pena como tal no vincula a las partes de modo que incluso, en el procedimiento abreviado, podría la misma ser elevada por encima de la competencia del Juez de lo Penal originando en tal caso una elevación de las actuaciones a la Audiencia Provincial.

- ✓ Pedir la absolución o retirar la acusación, en cuyo caso no cabe duda de que sin pretensión penal alguna el órgano judicial habría de dictar una sentencia absolutoria.

Está hoy superada afortunadamente una tendencia doctrinal según la cual, y a pesar de que las partes solicitaran la absolución o retiraran la acusación, el Tribunal podía perfectamente condenar. Ello era consecuencia de estimar la inexistencia en el proceso penal de pretensiones en sentido estricto, de modo que se pensaba que las partes se limitaban a introducir en él sólo hechos que podían, pues, ser enjuiciados libremente al margen de que no hubiera petición alguna al respecto de imposición de pena.

Pueden igualmente:

- ✓ Mantener su calificación provisional que normalmente será negativa, esto es, aquella que entiende la inexistencia de hecho delictivo alguno y por tanto de culpabilidad del acusado.
- ✓ Modificar la misma y formular una conclusión que admita la culpabilidad, lo cual a su vez puede revestir tantas formas como alternativas concede el derecho. Así, reconocer la comisión del delito del delito pero solicitando una pena inferior; aceptar la comisión del hecho pero con otra calificación más leve; estimar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Debe insistirse de nuevo en la posibilidad de una modificación sustancial de la pretensión en el momento de la formulación de las conclusiones definitivas por más que la ley parezca permitirlo. Si la norma hubiera autorizado tales modificaciones a instancia exclusiva de las partes, aún criticable, esta solución sería al menos discutible; pero, teniendo en cuenta que la alteración sustancial parece bastarse en una proposición del tribunal sentenciador, no cabe otra solución que considerar la disposición un grave atentado al principio acusatorio.

1.5. EL ACUSADO ANTE LA ACUSACIÓN

1.5.1. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

La verdad, ya se ha dicho en diversas ocasiones, sólo puede surgir en el proceso del choque entre pretensiones y resistencias, de la confrontación entre las distintas versiones de ambas posiciones contrapuestas que acuden al proceso, lógicamente, con intereses igualmente diversos.

Si se desea la obtención de la verdad y no únicamente la condena del acusado para satisfacer intereses sociales no admisibles en sede procesal, hay que fortalecer el carácter dialéctico del proceso otorgando al acusado facultades para oponerse eficazmente a la pretensión penal.

De este modo, de los diferentes escritos de calificación provisional o de acusación, se debe dar traslado a la parte o partes acusadas a los efectos de que por éstas se conteste a la pretensión penal.

En todo caso debe el acusado en este momento estar asistido por un abogado que garantice la plena igualdad entre las partes que podría padecer en caso contrario dado no sólo el carácter técnico, ya conocido, de los escritos de acusación, sino igualmente la preparación jurídica del Ministerio Público a la se debe oponer cuanto menos una formación similar de la que carece el acusado, salvo cuando éste sea licenciado en Derecho.

1.5.2. POSTURAS DEL ACUSADO ANTE LA ACUSACIÓN

El acusado, ante la acusación, puede sostener las siguientes posturas:

a) No contestar a la misma

En el procedimiento abreviado, el acusado puede optar por no presentar su escrito de defensa, en cuyo caso, y transcurrido el plazo conferido para ello se entenderá que el imputado se opone a la acusación. Igual disposición es aplicable a los juicios rápidos en virtud de la remisión general a su normativa.

b) Proponer excepciones procesales

Lo cual, al igual que las partes acusadoras, se podrá realizar en la forma y momentos a que se refieren los artículos ya estudiados.

c) Calificar la causa

El acusado podrá contestar a la acusación en los mismos términos y con similar contenido que ésta, en el bien entendido de que, naturalmente, lo hará en forma correlativa y en aquellos aspectos que le interesan. Tendrá la calificación de la defensa de la misma estructura, pues, que los escritos de calificación provisional o de acusación.

- ✓ Mostrar su conformidad con la pretensión acusatoria, lo que dará lugar a la no celebración del juicio oral y a que se dicte de forma inmediata la sentencia.
- ✓ Negar simplemente los hechos oponiéndose, por tanto, a la existencia de responsabilidad penal.

Esta conducta es la más frecuente en la práctica y consiste en aportar una calificación meramente negativa de todas las afirmaciones de la acusación.

Se dice por parte de un buen número de abogados que presenta la ventaja de no desvelar aspectos de la defensa al Ministerio Público con anterioridad al juicio oral. No obstante, se trata más bien de una técnica que cabe calificar de poco rigurosa, pero que redundará en ahorro de trabajo para los letrados. Por el contrario, una calificación concreta se ha demostrado en muchas ocasiones, aun siendo negativa, pero argumentando dicha oposición, ocasiona ventajas de todo tipo, entre ellas la no desdeñable de proporcionar al juez decisor o al magistrado ponente, desde un principio,

una duda acerca de la culpabilidad del acusado que la contraria, toda vez que los impulsos o sentimientos internos no pueden en caso alguno negarse.

- ✓ Cualesquiera otras posturas del todo punto variadas e imposible casi de resumir, tales como: admitir los hechos pero negar la autoría; admitir los hechos alegando la concurrencia de una causa de extinción o exención de la responsabilidad; ofrecer una versión diferente de los hechos; oponer una coartada bien estructurada.

1.5.3. LAS CONCLUSIONES DEFINITIVAS

Como se ha dicho, en todo caso la defensa podrá articular sus conclusiones definitivas en los mismos momentos y en la forma que la ya estudiada para las partes acusadoras.

1.6. LA CONFORMIDAD Y SUS CLASES

1.6.1. INTRODUCCIÓN

La conformidad es una institución típica de nuestro proceso penal y una de las más importantes desde un punto de vista práctico si se juzga por la aplicación que la misma posee.

Muy por encima de las previsiones legales que parecen reconducir la conformidad a un simple acto unilateral de disposición de la pretensión —aunque algún rescoldo cabe hallar en otro sentido—, en la vida real la conformidad suele ser fruto de un pacto o acuerdo, de una negociación en muchas ocasiones celebrada en presencia del órgano sentenciador que proporciona resultados útiles.

Incluso, como es sabido, en aquellos casos en que la pena, por su cuantía superior a los seis años de privación de libertad, no autoriza la conformidad, se ha llegado a aceptar un reconocimiento de los hechos por el acusado, dando por supuesto la aplicación de una pena anteriormente pactada entre las partes y el órgano sentenciador.

La vida práctica ha superado igualmente posiciones doctrinales que, apegadas al principio de legalidad, siempre interpretan la conformidad de forma restrictiva y poco favorable, pues, a soluciones que en no pocos países tienen una aceptación y acogida ciertamente favorable.

1.6.2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Puede ser definida la conformidad como una manifestación del principio de oportunidad por la que el acusado y su defensor muestran su aceptación a la pena más grave de las solicitudes, bien sean asumiendo la pena sin más, bien lo sea admitiendo la autoría de los hechos imputados, que

tiene como efecto inmediato la emisión de una sentencia sin necesidad de celebrar el juicio oral y, por tanto, sin que se practique prueba alguna.

De este concepto, se pueden extraer las siguientes notas:

- ✓ La conformidad requiere en todo caso de la coincidencia de voluntades del acusado y su Abogado, de modo y manera que la manifestada por el acusado no tendrá efecto alguno si se opone su Abogado, debiendo continuar el juicio oral.
- ✓ No constituye legalmente una negociación, sino un simple acto unilateral de la defensa, un allanamiento a la pretensión penal ejercitando por la parte pasiva del proceso, bien sea el mismo por propia iniciativa del órgano jurisdiccional al interrogar al acusado al inicio de las sesiones del juicio oral o de las ambas partes acusadoras de forma conjunta.

No obstante, y al margen de lo que sucede en la práctica, la propia Ley parece autorizarlo, al menos, favorecer en el procedimiento abreviado una cierta negociación, como se pone de manifiesto que permite mostrar la conformidad en un mismo escrito de acusación formulado nuevamente —se entiende que tras cierta negociación—, por el Ministerio Público u otra parte acusadora, que permite presentar en el acto de la vista un escrito de acusación diferente al que en su momento se formuló como provisional, hecho éste que revela que este segundo escrito no puede ser fruto de otra cosa que no sea un acuerdo.

Más claro es el nuevo artículo que autoriza, en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos, al imputado a mostrar su conformidad ante el Juzgado de guardia (o de instrucción en el caso del abreviado) siempre que la pena pedida no sea superior a tres años de privación de libertad. La pena es rebajada automáticamente en un tercio. En estos casos y siempre que el imputado se comprometa a satisfacer las responsabilidades civiles derivadas del delito o demuestre su deshabituación a la droga o su voluntad de sostenerse a tratamiento será procedente la suspensión de la ejecución.

No obstante, es conveniente insistir en la realidad práctica y en el carácter siempre de acuerdo de la conformidad, limitada, es cierto, por el principio de legalidad que no autoriza a condenar por delito distinto al que corresponda a los hechos enjuiciados ni a imponer pena diferente a la asignada por el Código Penal a tal delito. No obstante, dada la realidad de derivar la conformidad de un acuerdo que, como tal, no es recurrido por ninguna de las partes, en ocasiones el propio principio de legalidad se ve modificado por calificaciones menos severas y por penas, por tanto, inferiores a las que corresponderían al delito realmente cometido.

- ✓ La Ley Procesal Penal en caso alguno exige para que se preste la conformidad que el acusado se confiese autor del hecho, bastando, cuando se pide una conducta de este tipo, con un simple reconoci-

miento de la autoría, reconocimiento que en modo alguno puede ser asimilado a la confesión ni por sus efectos, ni porque en sí mismo signifique que el acusado es su autor, toda vez que la aceptación de la responsabilidad criminal, como sucede en muchas ocasiones con el principio de oportunidad, puede tener su origen en un simple interés del acusado, tanto de evitar publicidad, cuanto de favorecerse con una pena inferior u otro cualquiera.

- ✓ La Ley Procesal Penal en modo alguno se refieren a otra exigencia que la de aceptar la pena más grave de las solicitadas, sin que por ello sea necesario reconocer los hechos imputados.
- ✓ Si bien se refiere al hecho de que el acusado ha de confesar el delito, es lo cierto que no permite hablar de que exista como tal una confesión y ello porque la confesión es un medio de prueba que como tal no impedirá la celebración del juicio oral, siendo así que en este caso se dicta sentencia sin practica de prueba alguna, de modo que se trata de un simple acto de disposición de la pretensión al que la Ley una consecuencias superiores a la confesión. Igual cabe decir cuando se refiere a la aceptación de los hechos que se narran en la acusación.

Por el contrario, el órgano judicial, aceptada la responsabilidad criminal, tan sólo puede negar efecto a la conformidad a la conformidad en los siguientes casos:

- ✓ Cuando en el procedimiento ordinario por delitos estime que la calificación es errónea y procede una por delito más grave, hecho éste que, no obstante, en la actualidad no es de aplicación merced; y la jurisprudencia que impide que se pene un delito más grave si las acusaciones no cambian por sí solas dicha calificación.
- ✓ Cuando no haya aparecido el cuerpo del delito y por ello quepan dudas acerca de su existencia.
- ✓ Cuando estime el órgano judicial que el hecho no es típico o concurre una causa de exención de la responsabilidad criminal.
- ✓ El reconocimiento de hechos tampoco significa como tal una confesión de los mismos.

Quiere decir esto que no se trata de confesión alguna, entendida como medio de prueba, sino de una admisión de los hechos que deja los mismos no necesitados de acreditación en tanto manifestación de voluntad propia del principio de oportunidad, sin que, por ello, el órgano judicial haya de entrar en consideración acerca de la veracidad de la voluntad manifestada. Esto es, y como en el caso anterior, puede ocurrir que no lo sea y los admita por intereses muy variados como los más arriba mencionados.

- ✓ El efecto más importante que produce la conformidad es el de dictarse una sentencia sin necesidad de practicar prueba alguna. El órgano judicial, pues, queda vinculado a lo querido por las partes de modo que:

- No puede en caso alguno imponer pena superior a la más grave de las solicitadas, bien entendido de que se trate de la pena asignada al delito, y no de la concretamente pedida.
- En todo caso puede imponer una pena inferior e, incluso, absolver al acusado si estima que el hecho no ha existido, que el mismo es atípico, que no es autor el acusado o que concurre cualquier causa de exención o atenuación de la responsabilidad, o que el grado de participación o de ejecución del delito es distinto.
- A pesar de lo que expresamente se manifiesta la Ley con la cual se precisa que el órgano judicial queda vinculado a la petición dicha de las partes acusadoras cuando el delito esté sancionado con pena inferior a seis años de privación de libertad, es lo cierto que la jurisprudencia ha estimado que en modo alguno existe dicha estricta conformidad, pudiendo en todo caso el juez o tribunal actuar en la forma antes dicha y condenar a pena inferior o, incluso, absolver.
- ✓ La sentencia que se dicte con motivo de una conformidad alcanza la totalidad de los efectos propios de la cosa juzgada, sin que quepa aceptar la posibilidad de ser recurrida por el acusado, toda vez que nadie puede ir contra sus propios actos. Si por el contrario, podría ser recurrida por las partes acusadoras si la sentencia condenara a penas inferiores a las pedidas o absolviera a los acusados.

1.6.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONFORMIDAD

La Ley que instauró el procedimiento abreviado vino en realidad, y al asumir en aquel momento competencia para enjuiciar todos delitos castigados con pena de hasta doce años de privación de libertad, a dejar sin sentido e inaplicación la conformidad en el procedimiento ordinario por delitos, toda vez que, como ya se sabe, la conformidad sólo es posible hasta penas de seis años de privación de libertad. Por su parte, el nuevo Código Penal que modifica el sistema de penas ha supuesto, si cabe, otro escoyo en contra de la conformidad en aquel procedimiento ordinario.

Se nos plantean así dos cuestiones: una, si el Código Penal, efectivamente, y al modificar el sistema de penas ha significado paralelamente una modificación de los límites cuantitativos de la conformidad; otra, cuál es, en realidad, el límite punitivo hasta donde es posible la conformidad.

Es lo cierto y verdad que la Disposición Transitoria del Código Penal, entre otras cosas, establece que en la antigua pena de prisión menor (de seis meses a seis años) corresponde hoy a la pena de seis meses a tres años de privación de libertad.

Se estima que la conformidad procede ante penas de prisión correccional (la antigua prisión menor) que hoy equivaldría a pena no superior a tres años.

Por otra parte se habla expresamente de conformidad válida hasta penas de seis años, sin referencia alguna a modalidades de prisión menor u otra calificación.

Pues bien, es lo cierto que el Código Penal, en un ejercicio de mala técnica legislativa no modificó la Ley correspondiente en este punto dejándola inalterada, de modo que no hay otra solución que interpretar todos estos preceptos conjuntamente para ofrecer una solución razonable.

De este modo, se debe partir de lo establecido en el último de los preceptos citados, el cual autoriza la conformidad hasta penas de seis años de privación de libertad, esto es, computa la duración de las penas en atención a su límite cuantitativo, de manera que en el procedimiento abreviado, no cabe duda, la conformidad es posible hasta penas de seis años.

Siendo ello así, sería cuanto menos absurdo pensar que en el procedimiento ordinario por delitos, que conoce acciones de mayor gravedad, la conformidad sólo sería válida hasta penas de tres años al reinterpretar prisión correccional y hacerla equivaler con lo dispuesto por la ley de la materia.

Por ello, y para no incurrir en contradicción, y dado que la conformidad no merece un juicio restrictivo y que la ley es clara y rotunda, no cabe otra solución que afirmar que la conformidad es precedente hasta delitos castigados con penas de seis años de privación de libertad en cualquier procedimiento.

Otra cuestión es la relativa a la real aplicación de la conformidad en el procedimiento ordinario por delitos si se tiene en cuenta que la misma sólo procede hasta penas de seis años y el procedimiento abreviado es el apropiado para enjuiciar conductas castigadas con penas hasta de nueve años.

Siendo ello así, parece claro que, y salvo los casos en que por concurrir determinadas circunstancias la pena se reduzca por debajo de los seis años y el procedimiento ordinario por delitos no pasa de ser derecho supletorio a tener en cuenta a la hora de interpretar las normas del procedimiento abreviado.

La segunda cuestión propuesta, esto es, cuál sea el límite real de la conformidad ya ha obtenido respuesta con antelación.

La anterior polémica derivada de la redacción de la ley específica de la materia, que parecía admitir la conformidad por encima del límite punitivo de seis años, parece haber sido superada con la redacción dada en la ley de la materia, que deja meridianamente claro que dicho límite está en los seis años de privación de libertad, por encima de los cuales no es precedente, ni tiene efecto alguno la declaración de voluntad del acusado.

1.6.4. CLASES DE CONFORMIDAD

Son las siguientes:

a) *El reconocimiento de hechos*

Consiste en una conducta del imputado, el cual, asistido en todo caso por su abogado, puede ante el juez de instrucción, en la fase de diligencias previas, reconocer los hechos.

Esta modalidad de conformidad sólo procede ante delitos castigados con un máximo de tres años de privación de libertad. Es aplicable en tales situaciones todo lo referido por el mencionado artículo y relativo a condiciones y reducción automática de pena.

b) Conformidad mostrada en los escritos de defensa

Tanto en el procedimiento ordinario por delitos, cuanto en el abreviado, podrá el acusado y su defensor mostrar su conformidad con la pena más grave de las solicitadas.

En el procedimiento abreviado puede también el acusado y su defensor mostrar su conformidad en el mismo escrito de acusación del Ministerio Público.

c) Conformidad prestada en el acto del juicio oral

Conforme a lo dispuesto por la Ley, el presidente del Tribunal ha de preguntar al inicio de las sesiones al acusado si se confiesa autor de los hechos. Dada una respuesta positiva, y con la aquiescencia de su defensor, se dictará la sentencia de conformidad procedente.

En el procedimiento abreviado, dicha conformidad es tomada a iniciativa de ambas partes y se muestra respecto del escrito de acusación bien inicial o bien el que se presente en el acto que, desde luego, no puede variar la pretensión.

d) La Ley Procesal Penal

Autoriza en el marco de los juicios rápidos (también en el abreviado con las especialidades ahí dispuestas) a los acusados a que presten su conformidad ante el juzgado de guardia. La ventaja que proporciona este precepto, que responde plenamente a criterios de oportunidad, es el beneficio automático de la reducción de la pena impuesta en un tercio; dicho beneficio no se sujeta a condición alguna, ni se supedita al cumplimiento de futuras conductas.

Requisitos al efecto son:

- ✓ Que no existiere acusación particular y que se hubiere acordado, a instancia del Ministerio Público, la apertura del juicio oral, presentándose en el acto el escrito de acusación. Obviamente, se pretende con ello que la conformidad verse sobre una acusación única y formalmente deducida, si se hubiera presentado acusación particular, la conformidad habrá de prestarse respecto de la más grave de las acusaciones para que sea procedente la aplicación de este precepto.
- ✓ Que la pena solicitada o la suma de ellas no supere los tres años de privación de libertad. Igualmente es posible la aplicación del precepto cuando la pena solicitada sea la de multa, cualquiera que sea su cuantía o de distinta naturaleza cuya duración ni exceda de diez años.
- ✓ Que, cuando se trate de pena privativa de libertad, una vez reducida ésta en un tercio, no supere los dos años de prisión.

El juez puede controlar la conformidad del modo previsto en la Ley de la Materia, es decir, está facultado para analizar la corrección de la calificación del delito efectuada por el Ministerio Público y de la pena solicitada; en este sentido, podrá no acceder a la conformidad si, requerido el Ministerio Público para la modificación de su acusación, éste se niega a alterar su pretensión. Precisamente es esta actuación, en modo alguno pasiva, lo que pone en entredicho la imparcialidad del Juez de Guardia para dictar sentencias de conformidad, ya que valora la pretensión penal y puede instar su modificación. Otra cosa sucedería si sus facultades se limitarían, exclusivamente, a dictar sentencia conforme a lo solicitado y aceptado por las partes.

La sentencia puede ser pronunciada oralmente y ser declarada firme la condena si las partes expresan en el acto su decisión de no recurrir.

A los efectos de otorgar la suspensión de la ejecución de la pena bastará, a diferencia de lo que establece la ley de la materia, con un compromiso del acusado de asumir las responsabilidades civiles derivadas del delito o de someterse a un tratamiento de deshabitación si es toxicómano. Con ello se concede una ventaja adicional que, no cabe duda, favorece conformidades que, en otro caso, encontrarían obstáculos que las harían más complejas.¹

2. DE LA DETENCIÓN

2.1. CONCEPTO, CLASES, PRESUPUESTOS, PLAZOS DE DETENCIÓN

Haciendo una interpretación integradora de los diversos preceptos que en la constitución (art. 17) y en la LECrim. (arts. 489-501 y 520 a 527 compartidos con otras medidas), se puede definir la detención como aquella privación de libertad, de carácter provisionalísimo, adoptada por los particulares, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial con fines múltiples y variados, tales como la puesta del detenido a disposición judicial y la realización de las investigaciones más urgentes.

Del concepto emitido se pueden extraer diversas notas que caracterizan la detención:

- ✓ Que se trata de una medida cautelar penal que ha de decretarse en el marco de un proceso en marcha o como medida preordenada a uno que ha de comenzar precisamente sobre su base.
- ✓ Ello significa que no existan otras medidas de privación de libertad que se acuerdan fuera del proceso penal y que éstas lo fueran legítimas. Por el contrario, hay privaciones de libertad no penales que son constitucionalmente admisibles, tales como la de extranjeros a

¹ ASECIO MELLADO, José M^a., *op. cit.*, pp. 225-241.

efectos de su expulsión, la de incapaces con el fin de su internamiento, etc.

- ✓ Que es una medida no estrictamente jurisdiccional dada su provisionalidad y la amplitud de funciones que puede desempeñar que, incluso pueden ser las de evitación de la comisión del delito.
- ✓ Que en todo caso, no obstante, la detención ha de ser respetuosa con los derechos que la Constitución proclama y que tutelan intensamente al detenido merced a su condición o situación de desventaja.

2.1.1. CLASES DE DETENCIÓN

Cabe distinguir dos subdivisiones al referirse a las clases de detención:

2.1.1.1. *En razón del sujeto que la realiza*

Puede ser adoptada por particulares, Policía Judicial en España; en México Policía Ministerial o Investigadora y Ministerio Público, así como por el Juez de Control. (España= Juez de Instrucción).

2.1.1.2. *En razón a su forma de cumplimiento*

Puede ser ordinaria y comunicada; o incomunicada y regida.

La regulación a la que se va a hacer mención a continuación se refiere toda ella a la detención cumplida en régimen ordinario o comunicado, dedicando a la incomunicación una concreta referencia.

2.1.2. LOS PRESUPUESTOS DE LA DETENCIÓN

2.1.2.1. *El periculum in mora*

a) *Detención por particulares*

Puede ser adoptada la detención por los particulares cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias previstas en el Código Procesal Penal.

- Que se trate de personas fugadas de establecimientos penitenciarios o estando en camino hacia los mismos.
- A los que se hallaren en situación de rebeldía.
- A los delincuentes sorprendidos en delito flagrante.

b) *Detención por la Policía Ministerial Investigadora o el Ministerio Público*

Es posible adoptar la detención en los casos que enumera la Ley Procesal, en el bien entendido de que la expresión contenida en el apartado primero de este precepto que establece una suerte de obligación de la Policía de detener ha de ser reinterpretada conforme a la Constitución en el sentido de considerar que la misma es solo una facultad excepcional.

- Los mismos casos en que pueden detener los particulares.
- A cualquier sospechoso de la comisión de un delito cualquiera que sea su gravedad, siempre que exista un concreto peligro de fuga y solamente cuando exista dicho peligro de forma concreta y determinada, lo

que quiere decir que la detención no se justifica ante la presencia de otro tipo de fines que pudiera eventualmente cumplir una medida cautelar.

c) *Detención por parte del Juez de Control*

Puede acordar la detención tanto el Juez competente, cuanto el incompetente, ante la concurrencia de los motivos arriba expresados para la Policía Investigadora Ministerial.

Si se trata de juez incompetente, el mismo, operada la detención habrá de remitir al imputado ante el competente a los efectos de que éste acuerde su libertad o la elevación de la detención a prisión. Ahora bien, si la remisión del detenido al juez competente no pudiera hacerse efectiva en el plazo de setenta y dos horas, deberá el incompetente proceder conforme a lo establecido en la Constitución o Ley Procesal, acordando su libertad o cualquier otra medida cautelar aseguratoria.

2.1.2.2. *Fumus boni iuris*

Varios son los supuestos que la Ley de Procesamiento Penal establece en orden a la exigencia de concurrencia de un concreto y determinado *fumus boni iuris*, variando el mismo en atención al sujeto que decreta la detención.

En general, para la detención por la Policía o el Ministerio Público, así como por parte del Juez de Control basta la existencia, se afirma, de procesamiento, exigiéndose, por el contrario, si no hay procesamiento la concurrencia de “motivos bastantes para creer racionalmente que un sujeto es autor de un delito”.

Si se tiene en cuenta que el procesamiento es hoy una reliquia solo aplicable en los procedimientos ordinarios por delito, es claro que debe establecerse un solo requisitos en orden a la imputación exigible para todos los casos.

- Así, si existe previa imputación, bien por tratarse de un rebelde, o bien por ser una persona fugada, bastará este dato para que se pueda detener.
- Si se está en presencia de un delito flagrante, igualmente será suficiente la flagrancia para justificar la detención.
- En el resto de casos, ha de ser bastante la concurrencia de sospechas concretas y determinadas de que una persona ha cometido un delito, siempre y cuando, unido al necesario *periculum in mora*, exista un riesgo, también concreto y determinado, de fuga o elusión de los efectos de la justicia.

2.1.2.3. *Plazo de la detención*

La detención es una medida cautelar de carácter provisionalísimo en atención a que sus fines igualmente responden a esta naturaleza.

El Código Procesal Penal Nacional establece plazos concretos y determinados que en todo caso son máximos, de modo y manera que jamás la privación de libertad puede sobrepasarlos, si bien el que existan tales plazos no implica que la detención se pueda extender hasta su límite. En definitiva, y como sucede siempre en materia de medidas cautelares personales, los plazos máximos sólo podrán ser agotados si se mantienen las circunstancias que originalmente justificaron la restricción de la libertad, siendo así que si las mismas sufren alguna alteración, de igual modo habrá de modificarse la medida decretada.

Como norma la detención está sujeta al plazo máximo legal de setenta y dos horas, siendo éste el que establecen con el carácter de máximo en la Constitución (art. 19). El mantenimiento, pues, de un plazo máximo de cuarenta y ocho horas para la detención urgente y crimen organizado debe considerarse irrelevante y fruto de una política de reforma poco cuidadosa en tanto el mismo debió ser reformado en su momento.

El plazo de 72 horas es plenamente adecuado a los fines que constitucionalmente se asignan a la detención (investigación policial), fines que no coinciden exactamente con los que originalmente establecía la Ley Procesal —mucho más limitados—, y que por ello permitan su reducción hasta las 48 horas.

En materia de terrorismo o crimen organizado, la detención podrá durar hasta cinco días, siempre que en las primeras cuarenta y ocho horas se solicite la prórroga a la autoridad judicial, la cual habrá de concederla o denegarla en las veinticuatro horas siguientes.

2.2. EL DERECHO DE DEFENSA

2.2.1. ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL DETENIDO

La Ley Procesal establece con seguridad uno de los más importantes de la citada Ley no sólo en atención a la materia que desarrolla, sino igualmente por su acierto y el ingente número de supuestos a los que es aplicable.

Todo detenido tiene derecho a:

1. Los derechos propios e inherentes a toda declaración producida por un imputado ya estudiados en su momento.
2. A designar abogado de su confianza o a que sea designado de oficio en su defecto, siendo este nombramiento irrenunciable salvo que la detención tuviera su origen en una imputación derivada de la posible comisión de un delito contra la seguridad del tráfico.
3. A que se ponga en conocimiento de un familiar u otra persona que designe el detenido el hecho de la detención y el lugar de custodia.
4. A ser reconocido por un médico forense cuando ello sea necesario o lo solicite el detenido a su Abogado.

2.2.2. FUNCIONES DEL ABOGADO EN LA DETENCIÓN

2.2.2.1. *Naturaleza de la intervención*

Difícilmente se puede calificar el derecho contenido en la Ley Suprema tras ser desarrollado por la norma Procesal, como ejercicio del derecho de defensa al que se refiere la Constitución y concretamente como dirigido a oponerse a la pretensión penal.

Muy al contrario, su configuración legal y las facultades de que goza el Abogado ponen de manifiesto que se trata de un derecho diferente, más limitado y con fines distintos.

Se está en presencia, pues, de un derecho, denominado de asistencia letrada al detenido, cuya finalidad esencial es hacer valer los derechos del detenido y velar porque los mismos sean respetados.

Solo así se entiende que en caso alguno el detenido pueda entrevistarse con su Abogado con anterioridad a su toma de declaración, ya que, si se tratara de ejercitar el derecho de defensa, dicha posibilidad sería desde luego irrenunciable.

2.2.2.2. *Contenido de la asistencia letrada (defensa pública)*

Las funciones del abogado que asiste al detenido se limitan a las siguientes:

- a) Velar por el cumplimiento de sus derechos constitucionales, a cuyo efecto no sólo podrá hacer constar en la correspondiente acta lo relativo a posibles vulneraciones, sino que igualmente deberá instar a la Policía a su verificación y, en defecto de ello, informar él mismo a su detenido del significado de aquellos derechos fundamentales.
- b) Intervenir en toda diligencia de reconocimiento de identidad al efecto de que la misma se ajuste a las exigencias legales.
- c) Del mismo modo, solicitar que se efectúe el reconocimiento médico a que se refiere el Código Procesal.
- d) Solicitar la ampliación del interrogatorio una vez que el mismo haya acabado incluyendo todos los aspectos que considere útiles para la defensa de su patrocinado.

De la misma forma, tendrá derecho a entrevistarse con el detenido, de forma reservada, pero sólo una vez terminada la diligencia o interrogatorio en el cual hubiere participado.

La reforma constitucional introduce una norma que modificaba radicalmente el sistema expuesto permitiendo que los detenidos se entrevistaran previamente a su interrogatorio con su Abogado. De haber concluido satisfactoriamente la medida propuesta se hubiera avanzado considerablemente en el respeto al derecho de defensa. No prosperó y, en su lugar, se modificó referente a que autoriza dicha entrevista previa solo en los casos de interrogatorio judicial, no policial. Entiendo que esta regla carece de sentido.

Si se trata de imputados no detenidos porque la norma en la que se incluye el derecho a dicha entrevista reservada, no es aplicable. Si lo es de detenidos y salvo que se trate del caso infrecuente de detención judicial, ya el sujeto habrá depuesto ante la Policía, con lo que habrá tenido la posibilidad de dicho encuentro con su Letrado.

Conviene dejar bien sentado, dados los problemas que en la práctica se plantean, que todo imputado tiene derecho a guardar silencio, de modo que si lo ejercita, una vez terminado el interrogatorio será posible que se entreviste reservadamente con su abogado. Sostener, a pesar de la jurisprudencia que ha manifestado lo contrario, que el derecho a la relación reservada solo es procedente cuando el detenido responde positivamente al interrogatorio, puede constituir una conducta policial que torne la detención en ilegal con las consecuencias que de ello pueden derivarse.

2.2.3. EL PROCESO DE *HABEAS CORPUS*

2.2.3.1. *Concepto*

Aunque el proceso de *habeas corpus* excede en su finalidad a la detención, en tanto se amplía a tutelar a cualquier sujeto frente a privaciones de libertad gubernativas ilegítimas, es lo cierto que en general su aplicación —por otro lado muy limitada habida cuenta los derechos de que goza el detenido—, se suele circunscribir al control de la detención gubernativa.

En este sentido, y conforme a lo establecido para la regulación del procedimiento de *habeas corpus*, procede este procedimiento especial para obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad Judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente.

A tal efecto, se consideran ilegalmente detenidas aquellas personas a que se refiere este mismo precepto y que se pueden resumir en:

- Los privados de libertad por cualquier sujeto, funcionario o particular al margen de los supuestos legales en que procede la detención o con incumplimiento de los requisitos que la Ley exige al respecto. Se incluyen aquí los detenidos por un plazo superior al legalmente establecido e, igualmente, aquellos a quienes, y a pesar de la legalidad de la detención, no les sean respetados sus derechos.
- Aquellos que se encuentren ilícitamente internados en cualquier establecimiento o lugar (por ejemplo en un hospital psiquiátrico, sin orden judicial de internamiento).

2.2.3.2. *Procedimiento*

El procedimiento se inicia mediante escrito o comparecencia ante la autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público, pudiéndose instar por aquellos que considera legitimados al efecto.

Dicha solicitud será elevada ante el juez competente que, previo examen de su contenido, lo trasladará al Ministerio Público. El juez puede bien

denegar la solicitud, o bien ordenar la incoación del procedimiento, en cuyo caso ordenará que le sea presentado el detenido. Oído éste, su abogado y el Ministerio Fiscal se pronunciará conforme a las posibilidades que establece la ley de la materia.

2.2.4. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Con el fin de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en el ámbito de la Unión Europea, la ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la base de la decisión marco adoptada por el Consejo de Ministerio de la UE de fecha 13 de junio de 2002, ha procedido a regular la orden europea de detención y entrega, cuyo fin es posibilitar la puesta a disposición de otro Estado de personas imputadas o condenadas a los efectos de permitir su enjuiciamiento o el cumplimiento de la pena ya impuesta.

La orden europea, dictada por cualquier Estado, constituye el mecanismo por medio del cual se solicita la entrega de los sujetos que se hallen en tales situaciones y sean imputados por la comisión de alguno de los delitos previstos en el Código Penal o Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La orden europea en España puede ser emitida, con validez en el Estado receptor y en todo el espacio Schengen, por el Tribunal que conozca de la causa (art. 2). La ejecución de una orden europea recibida en España corresponde a los Juzgados Centrales de instrucción o a la Sala de los Penal de la Audiencia Nacional, conforme a los artículos 10 y 18 de la Ley.

2.3. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

2.3.1. LA PRISIÓN PROVISIONAL

2.3.1.1. *Concepto, naturaleza, finalidad, presupuesto, duración, clases, reglas y procedimientos*

Consiste la prisión provisional en una medida cautelar, de carácter personal, que se resuelve en la privación de la libertad de un sujeto imputado, y que se adopta en el seno de un proceso penal por la autoridad judicial a los efectos de garantizar fines adecuados a la Constitución y previstos expresamente por la Ley.

De este concepto derivan las siguientes notas configuradoras de la medida:

- a) Se resuelve en una privación de libertad que se cumple en un establecimiento penitenciario, pero sujeta a un régimen distinto al aplicable a los penados.
- b) Es siempre jurisdiccional, no pudiendo en caso alguno ser decretada ni por los particulares ni por la Autoridad gubernativa.
- c) Tiene carácter provisional, pero se sujeta a unos plazos máximos, de modo que jamás puede extenderse más allá de ellos, al margen de la situación real del proceso y de que el mismo no haya concluido.

- d) Tiende a cumplir unos concretos fines, no siempre estrictamente cautelares, pero que han sido estimados adecuados a la Constitución en tanto se consideran asegurativos del proceso o de cualquier finalidad legítimamente protegible.

2.3.1.1.1. *Naturaleza y finalidad de la prisión provisional*

No es posible deslindar con claridad los conceptos de naturaleza y finalidad cuando se trata de desarrollarlos en el ámbito de las medidas cautelares; cuando tal medida viene constituida por la prisión provisional, por la sensibilidad especial que debe ponerse en su regulación, el estudio de aquéllos elementos ha de ser, necesariamente, conjunto. La razón es evidente. Si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden de los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el Estado de Derecho.

Cuando se trata de la prisión provisional, por consistir la misma en una privación de libertad a un sujeto inocente, amparado por la presunción, la asignación de un fin no cautelar ha de generar dudas de inconstitucionalidad derivadas de la conversión de la medida en un instrumento inadecuado a las restricciones de libertad constitucionalmente autorizadas.

Actualmente se atribuyen a la prisión provisional, de modo expreso, el cumplimiento de tres fines, expresamente previstos, que se erigen en el fundamento y finalidad de toda privación de libertad llevada a efecto con anterioridad a la condena de un sujeto, excepción hecha de la detención.

Estos fines son:

- a) El aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso.
- b) La evitación de su frustración cuando exista el riesgo de ocultación, alteración o destrucción de pruebas.
- c) La prevención de la reiteración delictiva.

La norma, al contemplar expresamente los fines asignados a la prisión provisional, restringe el ámbito de aplicación de la prisión provisional al cumplimiento estricto de los mismos, de manera que la medida sólo podrá decretarse cuando exista un peligro concreto y fundado y siempre motivadamente. Se excluye, pues, al menos a nivel teórico, la posibilidad de acordar la prisión provisional automáticamente, ante la presencia de hechos o presunciones legalmente establecidas. Siempre será exigible la necesidad de verificación de estos fines en cada situación digna de tutela y nunca podrá adoptarse para alcanzar otras funciones no amparadas legalmente.

Ahora bien, que se excluya la automaticidad y que la medida se subordine al cumplimiento de fines legalmente previstos, no son datos suficientes para concluir su adecuación a la Constitución; para ello será requisito imprescindible que tales fines sean conformes con la naturaleza de la prisión pro-

visional, que no puede ser otra que la de una medida cautelar. Si las funciones legalmente expresas exceden de las específicas de este tipo de resoluciones, resultará evidente que la prisión provisional tampoco será una medida cautelar.

Pues bien, de los tres fines contemplados en la Ley Procesal, sólo los dos primeros pueden ser calificados como cautelares, mientras que el tercero, el relativo a la evitación de la comisión de nuevos delitos, en modo alguno puede ser entendido de este modo.

En efecto, el aseguramiento de la eficacia misma del proceso y sus consecuencias, pretendido por la necesidad de evitar la huida de imputado y la pérdida o manipulación de los elementos probatorios, constituye una función netamente cautelar. Es instrumental del proceso al cual se preordenan.

Por el contrario, eliminar un abstracto peligro de reiteración delictiva no constituye una función cautelar, cualesquiera que sean las razones que se aduzcan en su defensa y promoción, así como la existencia o no de un interés estatal en la consecución de la paz social. Que exista un interés general en este sentido puede justificar actuaciones del Estado tendentes a su consecución, dado que no se trata de una pretensión ilegítima. Otra cosa es que el mecanismo utilizado sea el adecuado. Y esto es lo que sucede cuando se instrumenta una medida cautelar para la obtención de fines no cautelares. Se convierte aquella en una resolución más próxima a las medidas de seguridad, en este caso predelictuales y, como es el caso de la regulación actual, en un instrumento de satisfacción inmediata de las demandas sociales de seguridad o, lo que es lo mismo, de prevención de la "alarma social" que, por tanto, se mantiene de forma encubierta e, incluso, con menos condiciones que las previstas en la norma precedente.

La prisión provisional, cuando se adopta con base en este motivo, no es otra cosa, pues, que una medida de seguridad predelictual, cuya pretensión no reside en el aseguramiento de un proceso en marcha, sino en la prevención de un abstracto peligro de futuros delitos. Ese peligro nunca puede ser concreto salvo situaciones bien determinadas y se asienta, comúnmente, en una presunción de culpabilidad de difícil justificación constitucional.

En realidad, la aceptación e instauración legal del motivo justificativo de la prisión provisional, ha de enmarcarse en un proyecto que confunde las funciones de la pena, con las del proceso, asignado a éste último fines propios de la primera, como lo es el de la seguridad ciudadana. Se atribuye, pues, a la prisión provisional una finalidad de prevención, general, propia de la pena y dirigida, de eso no cabe duda, a combatir la pequeña delincuencia, la derivada de la marginalidad Instrumento, pues, de desigualdad social.

De lo dicho, muchas dudas de inconstitucionalidad derivan de una norma que, en su actual redacción, tienen muy escasos referentes en el derecho comparado.

2.3.1.1.2. *Presupuesto de la prisión provisional*

Los presupuestos de la prisión provisional coinciden con los de toda medida cautelar. Como se recordará, son dos: el “*periculum in mora*” y el “*fumus boni iuris*”.

Ambos vienen establecidos de forma expresa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en España, y deben estar contenidos en la Ley Procesal Penal en México.

a) El “*fumus boni iuris*”

Este requisito se establece y consiste en la exigencia de que frente al sujeto pasivo de la privación de libertad existan motivos bastantes para creerlo responsable del delito imputado.

El “*fumus boni iuris*”, o apariencia de buen derecho, se concreta, pues, en la existencia de una imputación delictiva, de modo que la prisión provisional solo podrá acordarse frente a sujetos que hayan adquirido esta condición conforme a lo establecido en la Ley de la materia.

b) El “*periculum in mora*”

El requisito del “*periculum in mora*” viene determinado de manera radicalmente diferente a como se hacía con anterioridad a las reformas operadas en la norma. Así, frente a la regulación anterior, en la que estaba ausente toda referencia normativa a las funciones asignadas a la medida, de manera que la prisión provisional se supeditaba a la aparición de hechos o presunciones que la ley desarrollaba, la norma vigente, en línea con los sistemas procesales europeos y con la jurisprudencia emanada del TC y del TS, delimita y circunscribe el “*periculum in mora*” en atención a los concretos fines expresados legalmente.

No hay otros presupuestos que los expresados en la norma, no es posible, pues, adoptar la prisión provisional, para la consecución de objetivos distintos.

Del mismo modo, y como consecuencia de la excepcionalidad, que constituye una característica sustancial de las medidas cautelares consistentes en privación de libertad, ninguno de los elementos valorativos de los distintos “*peligros*” que la norma quiere prevenir, pueden ser apreciados de modo automático o imperativo, siendo siempre necesaria su evaluación de manera motivada y conforme a la situación que se quiere tutelar.

Cualquier referencia legal, pues, dirigida a fundamentar la existencia de un determinado peligro, deberá ser interpretada en sentido meramente indicativo, ilustrador o admonitivo; jamás como una regla de obligado cumplimiento o como una suerte de presunción legal.

De igual modo, conforme a lo establecido en la Ley Procesal, solo se acordará la prisión provisional cuando sea objetivamente necesaria para la consecución de los fines que la justifican y siempre que los mismos no puedan alcanzarse mediante otro tipo de medida menos gravosa para el derecho a la libertad.

Este principio, que dada la inexistencia de medidas alternativas a la prisión provisional puede aparecer como meramente retórico, ha de tenerse en consideración a la hora de valorar la entidad de los fines perseguidos y el riesgo real de su vulneración, de manera que obliga a una valoración siempre cuidadosa y, en todo caso, favorable a la vigencia de la libertad sobre su restricción.

2.3.1.2. *Existencia de un delito*

La prisión provisional sólo puede ser acordada ante la comisión de un delito, nunca una falta, siempre que, además, el mismo tenga asignada una pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión y no concurra en el imputado una causa justificación.

El establecimiento de una determina gravedad de la conducta imputada deriva de la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad, ya que, acordar la prisión de un sujeto por causa de un delito de escasa gravedad infringe aquella regla que exige una compensación o equilibrio de los sacrificios impuestos a los ciudadanos en el goce de sus derechos.

Además, si se tiene en cuenta la posibilidad, conforme al Código Penal, de la suspensión condicional de la pena, se puede comprender lo escasamente justificado que sería decretar la prisión provisional de un sujeto que, una vez condenado, no ingresaría en prisión. La medida cautelar sería, en sí misma, más grave que la propia pena.

En este mismo sentido ha de valorarse la necesidad de que no concurra causa de justificación alguna, ya que en estos casos la sentencia que se pronuncie en su momento habrá de ser absolutoria. Habida cuenta el riesgo y el principio de proporcionalidad, así como el derecho a la presunción de inocencia, entiendo que para dejar de decretar la prisión provisional en estos casos no será necesario que conste acreditada la causa de justificación, bastando la existencia de indicios al respecto, la mera posibilidad de su concurrencia.

Esta regla general, sin embargo, no es aplicable cuando el imputado tenga antecedentes penales no cancelados, ni susceptibles de cancelación derivados de una condena por delito doloso. En estos casos, la prisión provisional podrá ser acordada cuando exista la sospecha de comisión de un delito, nunca falta, cualquiera que sea su penalidad.

La excepción, aunque coherente con el sistema ideado y su finalidad de combatir la delincuencia, ha de ser analizada con sumo cuidado, dado que, la privación de libertad provisional ante conductas no graves afecta necesariamente a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad. En realidad, si se considera la legislación española en la materia, esta disposición es consecuencia inmediata de una norma que no contempla medidas alternativas a la prisión provisional. De haberse hecho esto último, es evidente que la actuación del Estado ante conductas leves no podría ser otra que la imposición de este tipo de medidas y nunca la privación de libertad como tal.

Acordar la prisión provisional estas situaciones puede suponer un obstáculo al cumplimiento efectivo de las disposiciones establecidas en la Ley. Este precepto permite la conformidad ante el Juzgado de Guardia o ante el Juez de lo Penal en aquellos casos en que el delito imputado esté sancionado con una pena privativa de libertad no superior a tres años. Prestada la conformidad, se produce el efecto automático de reducir la pena en un tercio. Una lectura del apartado segundo de este precepto parece permitir la conclusión de que dicha suspensión no se sujetará a la exigencia establecida en la Ley, es decir, la ausencia de antecedentes penales. De ser así, no cabe duda de que la prisión provisional acordada en casos de penas privativas de libertad inferiores a dos años, cuando el imputado prestara su conformidad conforme a la Ley, constituiría una medida más grave que la propia pena.

En definitiva, se trata de una excepción cuyo origen radica en la vulneración al principio de excepcionalidad, consustancial a una norma que no ha contemplado medidas alternativas a la prisión provisional y que, por ello, conduce el cumplimiento de los fines cautelares siempre a la privación de libertad, produciendo con ello excesos de difícil amparo constitucional.

2.3.1.3. *La evitación de un riesgo de fuga*

Constituye la principal de las causas que justifican el acuerdo de la prisión provisional, ya que, la ausencia del imputado, salvo los supuestos previstos en la Ley, impide la celebración del juicio oral y consecuentemente la resolución del conflicto.

2.3.1.3.1. *Criterios para su determinación*

Se regula la prevención del riesgo de fuga sin establecer criterios automáticos que deban ser considerados o valorados judicialmente al margen de su concurrencia efectiva en el caso. Muy al contrario, la norma se limita a consagrar la finalidad de prevención del riesgo como justificativa de la privación de libertad y para ello relaciona criterios que pueden ser apreciados al efecto de su determinación, pero, en todo caso, tales criterios no pasan de ser meramente indicativos, nunca vinculados y, desde luego, no constituyen un listado cerrado.

En definitiva, el auto en el que se disponga la prisión provisional habrá de motivarse de forma individualizada refiriendo los elementos de los cuales el Tribunal infiere la existencia del peligro de fuga.

A título de mera indicación, el precepto relaciona como criterio dignos de consideración aquellos que se refiere, tanto al sujeto, cuanto a los hechos delictivos. Se trata de datos que la propia experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan, por lo que, se insiste en ello, han de valorarse de modo individualizado.

Son criterios, entre otros, a tener en cuenta:

2.3.1.3.2. *La naturaleza del hecho cometido*

En concreto, aquellos elementos del hecho de los cuales pueda inferirse un concreto peligro de fuga, tales como la comisión del hecho por una banda organizada, la drogadicción de su autor etc. Nunca es relevante a estos efectos dato alguno que tenga relación con la “alarma social” producida por el hecho, a que de dicha reacción ciudadana no es posible extraer presunción alguna de evasión al proceso.

2.3.1.3.3. *La pena que pudiera imponerse al imputado*

La gravedad de la pena constituye un criterio de especial relevancia para valorar la existencia de un concreto peligro de fuga, ya que no es arriesgado afirmar que cuanto mayor sea la pena esperada, mayor será el peligro de evasión del imputado del proceso.

Ahora bien, la pena, en sí misma considerada y por sí sola, tampoco constituye un criterio determinante en todo caso del peligro de fuga; en modo alguno, pues, puede considerarse motivada una resolución privativa de libertad por el solo y aislado hecho, expresado sin una justificación adicional, de la gravedad punitiva. Este criterio siempre ha de ser apreciado en relación con otros elementos, tanto los previstos en la Ley, cuanto cualesquiera otros que se consideren relevantes.

La pena a la que se contrae la norma no es la meramente abstracta que el Código Penal asigna al delito presuntamente cometido; por el contrario, al momento de fundamentar la existencia de un peligro de fuga, habrá que atender a la que, concretamente y atendidas las circunstancias del hecho, pudiera imponerse al imputado.

2.3.1.3.4. *La situación familiar, laboral y económica*

El riesgo de fuga está en directa relación con las circunstancias del imputado que puedan disminuirlo o incrementarlo en cada situación concreta. De este modo, la inserción en un ambiente familiar y laboral, el denominado “arraigo” del sujeto, incidirá en la conducta evasiva o responsable del sujeto, siendo mayor en aquellos casos en los cuales el imputado no tiene responsabilidades de ningún tipo, ni relaciones que lo vinculen a un lugar determinado.

De la misma forma, pero en un sentido contrario, la situación económica del imputado será siempre un criterio que favorecerá el riesgo de fuga, dadas las mayores posibilidades de huir al extranjero y evadirse de la acción de la justicia.

2.3.1.3.5. *La inminencia de la celebración del juicio oral, especialmente cuando se trata de los llamados “juicios rápidos”.*

Esta referencia legal a un criterio referido a la duración del proceso al cual se preordena la prisión provisional, por su falta de claridad, no permite conocer si el legislador entendió que la inminencia del juicio oral debía

ser considerado elemento que justificara un mayor riesgo de fuga o precisamente lo contrario.

En todo caso, que el juicio se vaya a celebrar de forma inmediata, aunque se trate de un “juicio rápido”, no parece que deba constituirse en un criterio que justifique la adopción de la prisión provisional o, al menos, no en la forma automática que parece, en realidad desprenderse de la norma.

2.3.1.3.6. *El peligro de fuga derivado de los antecedentes*

Prevé el precepto la prisión provisional, parece automática, cuando el imputado no hubiera concurrido en los dos años anteriores a dos llamamientos judiciales por motivos no justificados, estableciéndose que en estos casos la medida podrá ser acordada incluso cuando el delito esté sancionado con pena inferior a los dos años de privación de libertad.

La norma, tal y como está redactada, sugiere enormes dudas de inconstitucionalidad por varias razones.

La primera por presentar un marcado carácter imperativo, dado que la ley no se limita a establecer el motivo como criterio valorativo, sino que impone la adopción de la medida. Así se deduce del término “procederá”, frente al razonable, de “podrá”.

La segunda, porque, sobre la base de esta automaticidad, incorpora una presunción de incomparecencia derivada de actuaciones anteriores del sujeto que, en sí mismas, no acreditan un actual peligro de fuga.

La tercera, por la falta de concreción legal en una materia que afecta a derechos fundamentales. Así, nada se dice del momento a partir del cual se han de computar los dos años anteriores, esto es, si es desde la comisión del hecho o desde la apertura del proceso o desde el acuerdo de la prisión provisional; tampoco se valora si la incomparecencia tuvo lugar en el comienzo de los dos años o al final, lo que, naturalmente, afecta a la valoración de la conducta; tampoco se tiene en cuenta las posibles razones por la que el imputado no acudió a aquellos llamamientos, que bien pudo venir provocada por una drogadicción ya superada, etcétera.

2.3.1.4. *El aseguramiento de elementos relevantes de prueba*

La prisión provisional también se puede acordar con la finalidad de evitar que el imputado, solo o conjuntamente con otros, oculte, altere o destruya fuentes de prueba, relevantes en un proceso concreto.

Los riesgos que se pretende prevenir, siempre han de ser constatados de manera concreta y explicitarse en la resolución judicial; no es posible, pues, decretar la restricción de libertad ante situaciones genéricas, aunque la experiencia lo aconseje, si no existe un peligro fundado y real en el caso determinado.

La adopción de la prisión provisional para el cumplimiento de esta función se subordina a la verificación de tres condiciones:

a) Que las fuentes de prueba que se quiere asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento, con lo que, por exigencias del principio de proporciona-

lidad, se excluyen la limitación del derecho a la libertad, cuando los elementos probatorios no sean determinados de la culpabilidad o la inocencia.

b) Que el imputado tenga una autentica capacidad para, por sí solo o por medio de terceros, influir en las actividades tendentes a menoscabar las fuentes de prueba. Así, si se trata de elementos de prueba personales, habrá que valorar la real incidencia del sujeto para coaccionar a los testigos, peritos o coimputados, sin que a tal efecto tenga influencia alguna la profusión de vagas amenazas. Si, por el contrario, el peligro afecta a elementos de prueba materiales, especialmente documentales o técnicas, se atenderá a la real capacidad del imputado o terceros en su nombre, para llevar a efecto los actos de manipulación o destrucción. Es evidente que si los objetos no están en poder del imputado o de terceros en los que tenga cierta influencia o no tiene éste los medios o conocimientos para llevar a cabo los actos de alteración del instrumento, carecerá de sentido y justificación la adopción de la prisión provisional.

c) Que la prisión provisional no podrá nunca adoptarse, bajo el amparo de esta rúbrica, por actos derivados del ejercicio del derecho de defensa del imputado o como respuesta a su falta de colaboración en la investigación. El derecho a la presunción de inocencia libera al imputado de la carga de probar su inocencia y, asimismo, le exime de realizar cualquier actividad positiva tendente a su investigación y condena. Por tanto, decretar la restricción de libertad con base en este tipo de razonamientos es inadmisibles.

2.3.1.5. *La prevención de la comisión de nuevos delitos*

Como ya se comentó, se establece como motivo legitimador de la prisión provisional la prevención de la delincuencia o, como expresamente dicta la norma, la evitación del riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Sobre la base de los argumentos ya ofrecidos y la crítica efectuada, ha de analizarse en este momento la estructura de la norma y los elementos a partir de los cuales entiende la ley que puede apreciarse un “concreto” peligro de reiteración delictiva.

Dos son los supuestos regulados, uno general y otro excepcional:

a) Criterios de los que inferir el peligro de reiteración delictiva

Podrá decretarse la prisión provisional para evitar dicho peligro cuando el sujeto esté imputado por un delito doloso, sancionado con pena igual o superior a dos años de privación de libertad, siempre que se presuma la existencia de dicho riesgo atendiendo a las circunstancias del delito presuntamente cometido y la gravedad de los que se quieran prevenir.

Una lectura de la norma revela la generalidad de los criterios y su insuficiencia para proporcionar elementos de juicio suficientes para, sobre su base, apreciar un real y efectivo riesgo de reiteración delictiva. En reali-

dad, los datos que la norma establece, excesivamente abiertos, presentan una sospechosa relación con criterios, tales como la peligrosidad social o la simple marginalidad, que deben hacer meditar a quienes han de aplicarlos en un Estado que se reclama de derecho.

Las circunstancias del hecho presuntamente cometido no parece que, salvo situaciones muy precisas y siempre con un enorme riesgo, puedan proporcionar elementos de juicio para la formación de una presunción de culpabilidad, pues eso y no otra cosa es el peligro de reiteración delictiva.

La gravedad del delito que se presume, cuando no se exige relación alguna con el presuntamente cometido, constituye un criterio vago y de nula consistencia jurídica, (actos de probabilidad futura) será absolutamente imposible conocer la gravedad de un delito que ni siquiera se sabe si se cometerá.

En definitiva, el peligro de reiteración delictiva, salvo que se concrete en casos bien determinados en los que exista una relación directa entre el delito presuntamente cometido y aquel que se quiera prevenir, ocultar o puede amparar fines constitucionalmente ilegítimos.

b) El riesgo de fuga agravado

Cuando, además de los datos anteriormente mencionados, el imputado sea un delincuente calificado de habitual o actúe de modo concertado con otra u otras personas y a esa conclusión se llegue por informes policiales o los que resulten de procedimiento en marcha, la prisión provisional podrá acordarse aún en los casos en que el delito presuntamente cometido tenga señalada una pena inferior a los años de privación de libertad.

No cabe duda de que la habitualidad o la actuación en grupos organizados constituyen indicios dignos de consideración para presumir un cierto riesgo de reiteración delictiva. Ahora bien, para que ello sea así, es necesario que tales condiciones resulten acreditadas en las actuaciones, no bastando con una mera información policial que, aunque pueda ser considerada acertada, no libera al Estado del derecho a la presunción de inocencia. Esto es, sólo es habitual aquel que ha sido condenado; sólo se actúa en una banda organizada cuando una sentencia así lo dice. No es suficiente para limitar la libertad, máxime de forma tan restrictiva, con datos, informes o antecedentes no contrastados o confirmados. Esto es ligereza en el respeto a los derechos fundamentales y desatención a los sujetos a los que parece va destinada la medida.

2.3.1.6. La prevención de la violencia de género

Se regula un supuesto legitimador de la prisión provisional que tiene cierta relación con el anterior, pero que es mucho más preciso tanto en su redacción, cuanto en sus objetivos, por lo que, aunque no tenga naturaleza cautelar, al apoyarse en una suerte de continuidad entre el delito presunta-

mente cometido y aquel que se requiere prevenir, podría ser aceptable constitucionalmente y, desde luego, es admisible a la luz de la Ley Procesal.

La prisión provisional procederá cuando exista un riesgo concreto y fundado de que el imputado, por un delito doloso de cualquier gravedad, pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, es decir, pueda reiterar su conducta o gravarla.

Esta finalidad es especialmente digna de atención en aquellos casos en que el peligro recaiga sobre las personas (es decir los incluidos en el concepto de violencia doméstica), si bien es preferentemente atendible, por su gravedad y frecuencia, en los casos de violencia contra la mujer o de género.

Cuando, a la luz de los elementos existentes en las actuaciones, que la norma no relaciona, pueda apreciarse un peligro concreto de reiteración o agravación de los efectos de delito presuntamente cometido, podrá acordarse la prisión provisional cualquiera que sea la gravedad de dicha acción delictiva.

La prisión provisional, dada la redacción de esta norma, no es, pues, una medida alternativa al incumplimiento de la orden de protección prevista en la Ley, cuando esta consista en el alejamiento o en la prohibición de acercarse a la víctima. Es cierto que, en aplicación del principio de excepcionalidad, siempre es preferente la medida que perturbe en menor medida los derechos fundamentales, pero esto no quiere decir, en modo alguno, que la prisión provisional no pueda acordarse de manera inmediata cuando el peligro de reiteración sea evidente y no sea suficiente con aquellas resoluciones. No debe olvidarse, en este sentido, que puede decretarse ante cualquier delito doloso sin exigencia adicional de gravedad alguna, por lo que se constituye en una medida característica para la prevención de la violencia de género.

2.3.1.7. Duración de la prisión provisional

La prisión provisional está sujeta al requisito de la temporalidad, lo que significa que no debe exceder los plazos que la ley establece, que tienen la consideración de máximos, nunca de mínimos.

A su vez, y como consecuencia de la regla "*rebús sic stantibus*", la situación de privación de libertad ha de experimentar todas las modificaciones que deriven de la alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción. De este modo, si los riesgos que la justificaron desaparecen, se desvanecen o se reducen, la medida ha demodificarse, igualmente, en esa dirección.

En suma, los plazos son máximos, pero ello no significa que puedan agotarse legítimamente en todo caso. Como establece expresamente, la prisión provisional deberá durar el tiempo imprescindible para alcanzar los fines propuestos y subsistir exclusivamente mientras permanezcan los riesgos efectivos.

La Ley distingue entre lo que pueden ser considerados como plazos ordinarios y determinadas reglas referidas a supuestos especiales o relativas a su cómputo.

2.3.1.7.1. *Plazos ordinarios*

La Ley distingue, a la hora de concretar los plazos máximos de duración de la prisión provisional, entre los distintos fines asignados a la medida.

Cuando la privación de libertad se acuerda para prevenir el riesgo de fuga o los de reiteración delictiva, tanto estos últimos, como los genéricos deben regularse ordinariamente en la Ley de la materia.

Si el delito presuntamente cometido tiene asignada una pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, la duración máxima no podrá exceder de un año, prorrogable por seis meses más cuando hubiera circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en el plazo común.

Si el delito está sancionado con una pena superior, no podrá la prisión provisional exceder de dos años, prorrogables, en las mismas condiciones que el caso anterior, por otros dos años más.

Cuando la prisión esté justificada en el aseguramiento de fuentes de prueba, dada la urgencia de la medida y su inutilidad en el tiempo, así como la obligación estatal de preconstituir o anticipar la misma, la duración de la prisión provisional no podrá exceder de seis meses, en ningún caso prorrogables.

No obstante, este plazo máximo se verá reducido cuando así lo imponga la situación del proceso y desaparezca o no se justifique la necesidad de la restricción de la libertad. De este modo, parece partir, como parece evidentemente, del hecho de que la finalidad de asegurar la prueba siempre va a ir acompañada de medidas adicionales, tales como el secreto de sumario o la incomunicación del preso. Es lógico que la prevención de alteración de las fuentes de prueba precisa de este tipo de actuaciones adicionales, sin las cuales la pretensión legal queda, en cierto modo, carente de cobertura real. Por ello, cuando se levante el secreto sumarial o la incomunicación, deberá, como regla, acordarse la libertad del imputado, salvo que el Tribunal motive expresamente la necesidad de mantenimiento de la privación de libertad sin el resto de determinaciones adicionales.

2.3.1.7.2. *Reglas especiales*

La Ley, junto al establecimiento de los plazos ordinarios, define una serie de reglas especiales que se refieren tanto al cómputo de dichos plazos, como a situaciones excepcionales o no comunes.

- En el caso de que el sujeto sometido a prisión provisional sea condenado en primera o ulteriores instancias, la prisión provisional, ya que la condena no es firme, podrá extenderse hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta.

- Para el cómputo de estos plazos se tendrá en cuenta el pasado en situación de detención, así como el que hubiera transcurrido en prisión provisional por la misma causa si fue puesto en libertad. Es decir, se tendrá en cuenta la duración total de la privación de libertad.
- No se computará, sin embargo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia. Esta referencia debe ser, no obstante, matizada y referirla a dilaciones cuya causa fuera la mala fe del preso; se computarán, por tanto, las dilaciones imputables a terceros, a otras Administraciones, etc., y se computará, por supuesto el tiempo derivado del ejercicio del derecho de defensa que, como derecho fundamental, no puede ser interpretado de modo restrictivo. En suma, esta excepción ha de ser valorada con mucho cuidado y atención y siempre de manera favorable al derecho a la libertad.
- Dispone el apartado cuarto, en contradicción con lo establecido en el apartado quinto y con la naturaleza excepcional de la prisión provisional, así como con el derecho a la presunción de inocencia, que el transcurso de los plazos máximos no impedirá que se acuerde de nuevo la privación de libertad si el imputado no acude, sin motivo legítimo, a cualquier llamamiento judicial.

La opción del legislador carece de justificación y hace recaer en el imputado los efectos de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia, con infracción de los derechos fundamentales enunciados. Así, si en los plazos legalmente previstos, ya suficientes dilatados, la causa no puede ser enjuiciada (teniendo en cuenta que se excluye en el cómputo el retraso imputable al inculpado) no parece admisible que pueda ser de nuevo acordada por incomparecencia del tribunal. Además, la norma no prevé, porque no puede hacerlo, cuál sería el plazo máximo de la nueva prisión. En definitiva, esta norma, opuesta a una constante y reiterada doctrina, es manifiestamente inconstitucional y como tal ha de ser aplicada.

Por último, para evitar que puedan exceder los plazos máximos de la prisión provisional y, especialmente, la puesta en libertad de sujetos por esta causa, dispone que, una vez hayan transcurrido las dos terceras partes de la duración de la medida, tanto el juez competente como al Ministerio Público habrán de proceder en la forma descrita en la norma a los efectos de que se aceleren las actuaciones.

2.3.1.8. *Clases de prisión provisional*

La prisión provisional puede ser cumplida de diversas formas, legalmente previstas en la Ley en atención a determinadas circunstancias del imputado o de la consecución de ciertos fines adecuados a la mejor investigación del delito.

No se trata en ningún caso, de formas o medidas alternativas a la prisión provisional que pueden decretarse para el cumplimiento de las funciones previstas en el Código Penal, sino de modos de cumplimiento de una privación de libertad, preordenada a aquellas funciones, pero que exige una limitación excepcional de otros derechos a un tratamiento al imputado adecuado a sus circunstancias personales.

2.3.1.8.1. *Prisión ordinaria*

Es la forma ordinaria de cumplimiento de la prisión provisional. La privación de libertad se cumple en un centro penitenciario, pero el imputado está en relación directa de dependencia respecto del juez instructor y tampoco, por causa de no haber sido aún condenado, le es de total aplicación el régimen penitenciario.

2.3.1.8.2. *Prisión incomunicada*

La prisión incomunicada se encuentra especialmente dirigida al aseguramiento inmediato de la investigación, así como a la evitación de la destrucción o alteración de los elementos probatorios. Es por ello por lo que, lógicamente, su adopción se hará de la mano del motivo establecido en la Ley.

De igual forma, la incomunicación, dados los fines perseguidos, su urgencia y la desaparición inmediata de sus efectos por causa del transcurso del tiempo, no podrá exceder de cinco días.

La incomunicación, además de las restricciones derivadas del régimen penitenciario y que vienen aconsejadas por la necesidad de preservar la investigación, consiste en la limitación de determinados derechos que corresponden a los detenidos y presos.

De acuerdo con el régimen de la incomunicación esta comportará:

- La designación obligatoria de un abogado de oficio, excluyéndose el derecho a designar uno de confianza.
- La imposibilidad de entrevistarse reservadamente con su abogado tras la detención o prisión si es la primera privación de libertad ordenada.
- No se pondrá en conocimiento de las personas el hecho mismo de la privación de libertad y el lugar en que halla el imputado.

2.9.1.8.5. *Prisión atenuada*

La Ley establece una forma de cumplimiento de la prisión provisional cuya diferencia con el régimen ordinario radica en el lugar en que ha de verificarse la privación de libertad.

No constituye una medida alternativa a la prisión provisional, ya que, lejos de poder adoptarse en la generalidad de los casos cuando la misma sea suficiente para alcanzar los fines generales de la medida, sólo puede decretarse ante la presencia de determinadas circunstancias personales del

imputado que aconsejan un tratamiento personal diferenciado. En consecuencia, su ordenación no se supedita a la verificación de los fines propuestos por la Ley de la materia, sino a razones estrictamente humanitarias.

Procede acordar la prisión atenuada en dos situaciones bien determinadas:

a) Cuando el imputado padezca una enfermedad y el internamiento en un centro penitenciario entrañe grave peligro para su salud. En este caso, la prisión provisional se cumplirá en el domicilio del sujeto, si bien podrá, previa autorización judicial, salir del mismo para someterse al tratamiento médico necesario.

b) Cuando el imputado se halle sometido a un tratamiento de desintoxicación o deshabitación o sustancias estupefacientes, siempre que el ingreso en prisión pudiera afectar a los resultados de aquel. En estos casos, el cumplimiento de la medida podrá verificarse en un centro oficial o legalmente reconocido para el desarrollo de los correspondientes tratamientos.

2.3.1.9. *Procedimiento*

2.3.1.9.1. *Solicitud*

Como regla general, los jueces y Tribunales se encuentran impedidos de acordar todo tipo de privaciones o restricciones de la libertad si previamente tales actuaciones no han sido solicitadas por las partes. Se pretende con ello garantizar la imparcialidad de los órganos judiciales dado que las medidas cautelares, al anticipar los efectos de una futura sentencia condenatoria, implican siempre un cierto prejuizamiento.

La Ley dispone en este sentido que, una vez que el detenido es puesto a disposición del juez de instrucción competente, éste —si no decreta de forma inmediata la libertad sin fianza— debe convocar, en el plazo máximo de setenta y dos horas, a una audiencia a todas las partes personales (Ministerio Público, querellantes e imputado asistido por su defensor).

En esta audiencia el Juez sólo podrá decretar la prisión provisional o la libertad bajo fianza carcelaria si le es pedida por las partes, debiendo en caso contrario poner en libertad sin fianza al imputado.

Si la audiencia no se pudiera celebrar por cualquier razón, el juez podrá acordar la prisión provisional si concurren los motivos previstos en la Ley o la libertad bajo fianza, pero en el plazo máximo de setenta y dos horas habrá de celebrarse una nueva audiencia en la que regirán las prescripciones generales. Si esta última no se lleva a efecto, el detenido habrá de ser puesto en libertad.

Si el detenido hubiera sido puesto a disposición de un juez incompetente, éste, por razones de urgencia y para evitar que la detención se convierta en ilegal por el transcurso del plazo de setenta y dos horas, debe convocar la audiencia referida en la Ley. Una vez que el preso haya sido puesto a

disposición del Tribunal competente, éste oír al imputado y acordará lo que estime procedente respecto de su situación personal.

De igual manera, si a lo largo de la causa se quiere poner en prisión provisional o en libertad provisional a quien se encuentre en libertad o de cualquier modo agravar la situación del imputado, se requerirá igualmente la petición expresa de las partes, debiendo celebrarse al efecto la audiencia antes referida a los fines de realizar dicha solicitud y de oponerse a la misma. No obstante ello, si concurren otros motivos y existe urgencia, podrá el Tribunal acordar de oficio la restricción de la libertad, convocando en un plazo de setenta y dos horas la correspondiente audiencia.

En todo caso, el juez podrá levantar la prisión ordenando la libertad sin previa petición de parte en el momento que estime que han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su acuerdo.

2.3.1.9.2. *Órgano competente*

La Ley establece que corresponde adoptar la prisión provisional al juez de instrucción competente para conocer de la causa, lo que constituye el supuesto ordinario. Igualmente podrá acordarla el incompetente conforme a lo establecido en la Ley. Están facultados, del mismo modo, los tribunales encargados del enjuiciamiento cuando la medida haya de decretarse en fase de juicio oral.

La resolución habrá de adoptar siempre la forma de auto, el cual habrá de ser motivado con expresión pormenorizada de las razones que fundamentan la restricción de libertad, especialmente, la concurrencia de los presupuestos establecidos en la Ley de materia.

No obstante, si se ha decretado el secreto de las actuaciones, si bien el auto ha de ser motivado conforme a las exigencias generales, el mismo será notificado de manera que no se afecte a la consecución de las finalidades perseguidas.

En todo caso, el auto deberá contener las referencias ineludibles al hecho delictivo presuntamente cometido, así como a los fines que justifican la privación o restricción de la libertad.

2.3.1.10. *Abono de la prisión provisional*

La Ley Penal contempla el derecho a que se abone el tiempo sufrido en situación de prisión provisional a la pena que en su día se pueda imponer, reduciéndola, pues, según las características de la misma.

- Si la pena es privativa de libertad, el abono será automático, descontándose de la pena el tiempo pasado en prisión o detención.
- Si la pena no es privativa de libertad, el juzgador decidirá el modo y la extensión del abono.
- Podrá abonarse el tiempo pasado en prisión provisional como consecuencia de todo procedimiento, siempre que, por un lado, no haya

sido ya tenido en cuenta en este último y, por otro lado, la medida cautelar que se pretendiera compensar se hubiera acordado con posterioridad a la comisión de los hechos que dieron lugar a la imposición de la pena a la que se pretende abonar.

2.3.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL

2.3.2.1. *Concepto y presupuesto para su adopción*

Consiste la libertad provisional en una restricción de la libertad del imputado, adoptada en el curso del proceso penal, mediante el cual se asegura su presencia en la causa a través de la imposición de medidas muy variadas, entre las que destacan esencialmente su obligación de comparecer ante la autoridad judicial determinados días del mes y la de prestar caución aseguratoria del cumplimiento de sus obligaciones.

2.3.2.1.1. *Presupuesto para su adopción*

La Ley Penal contempla la libertad provisional como una medida cautelar, en sentido estricto, dado que se subordina al cumplimiento exclusivo de la función aseguratoria del proceso y, especialmente, la presencia del imputado en las actuaciones. Queda exclusiva, pues, para el cumplimiento del resto de funciones que se atribuye a la prisión provisional, la cual, por su propia naturaleza, no podrá verificar.

Pero la libertad provisional, en el marco del sistema autoritario de medidas cautelares personales propio del proceso penal, no se perfila como una medida alternativa, en sentido estricto, de la prisión provisional, sino como una resolución meramente sustantiva de esta última cuya adopción se acordará cuando no se hubiere decretado la prisión provisional. No tiene, pues, unos caracteres autónomos sobre la base de los cuales se pueda determinar su aplicación, sino que se subordina absolutamente a la improcedencia de la prisión provisional.

Procede, pues, la libertad provisional, de acuerdo con la ley, cuando concurra el riesgo previsto en ella, la existencia de un delito sancionado con una pena igual o superior a dos años de privación de libertad, y una imputación suficiente. Y todo ello subordinado a que no sea necesaria la prisión provisional.

2.3.2.2. *Obligación que comporta la libertad provisional*

2.3.2.2.1. *La fianza carcelaria*

La libertad provisional, conforme lo establece la Ley de la materia, entre otros, puede acordarse unida a la prestación de una fianza, denominada carcelaria, por cuanto su finalidad no es otra que la de garantizar la presencia del imputado en el proceso.

Como se ha comentado y ya se indica, no puede asignarse a la prestación de la fianza otra función que ésta, resultando indisponible para asegurar la investigación o evitar la reiteración delictiva. Así lo disponen expresamente los que preordenan la fianza a la presencia del imputado en las actuaciones cada vez que sea llamado. Igualmente, se ordena la devolución de la afianza cuando el imputado cumple con su deber de personación.

Además, parece evidente que, por ejemplo, la reiteración delictiva no podrá evitar la devolución de una fianza teóricamente dispuesta para remediar dicho peligro, ya que, de sí misma, se convertiría en una sanción, perdiendo su carácter cautelar.

La fianza puede ser tanto personal (fianza estrictamente hablando), pignoratícia o hipotecaria y su cuantía la determinará el órgano judicial en atención al delito presuntamente cometido y a las circunstancias del imputado.

2.3.2.2. *La comparecencia “apud acta”*

Del mismo modo, la libertad provisional trae consigo la obligación de comparecer ante la autoridad judicial en determinados días que señale el auto que lo decreta, así como tantas veces como fuere llamado al efecto.

2.3.2.3. *La reiterada del pasaporte*

Para garantizar la presencia del imputado en las actuaciones y, especialmente, en aquellos casos en que la capacidad económica del sujeto de la medida permita presumir la existencia de un riesgo adicional de huida al extranjero, autoriza la reiterada del pasaporte como medida adicional a la libertad provisional, la cual podrá acompañar a la obligación de comparecencia “*apud acta*” y a la prestación de fianza carcelaria.

2.3.3. OTRAS MEDIDAS

En los supuestos de la llamada violencia doméstica y, especialmente, en los de violencia de género tipificados en la Ley de Violencia contra la Mujer y en el Código Penal, pueden decretarse medidas cautelares personales variadas, que se conocen como “órdenes de protección” y cuyo contenido es diverso, al diverso, al igual que se intensidad.

Tratándose de medidas que recaen bajo esta última ley, la orden de protección es adoptada por el juez de Violencia sobre la Mujer competente, si bien, cuando exista urgencia, podrán acordarse por el juez de Guardia.

Son variadas, debiendo decretarse en atención al riesgo concurrente en el caso y la gravedad de la infracción, debiéndose en cada caso resolverse de modo proporcional a ambos elementos, sin incurrir nunca en automatización o valorar criterios generales, como a la alarma social o la frecuencia hoy de difícil encaje constitucional.

Tales medidas pueden ser las siguientes:

- a) La prisión provisional en los casos establecidos en la Ley Penal, así como en el resto de supuestos si se producen las situaciones previstas en la norma. Igualmente, la libertad provisional.
- b) Todas las previstas en la Ley Penal dirigidas a la protección de la víctima, siendo especialmente relevante las prohibiciones de residencia o de acercamiento. En todo caso, estas medidas habrán de adoptarse atendiendo el riesgo derivado de la conducta y a la situación del imputado, especialmente su actividad laboral, con la que debe hacerse compatible en la mayor medida posible la restricción de la libertad.
- c) Las que se reiteran, las anteriormente citadas aunque desarrolladas de forma más precisa.
- d) Por último, podrán decretarse las medidas cautelares civiles.

Estas medidas se inscribirán en el Registro Público para la protección de la víctima de la violencia doméstica.

2.3.3.1. *Las medidas de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias*

2.3.3.1.1. *Concepto y objeto*

Junto a las medidas ya estudiadas, cuya finalidad es asegurar la responsabilidad penal del sujeto imputado bien sea privado o restringiendo su libertad, o bien lo sea exigiéndole una fianza o caución a los efectos de garantizar su presencia en el proceso, existen en la Ley Penal todo otro conjunto de resoluciones, muy variadas y de naturaleza no coinciden, cuyas pretensiones no siempre tiene un nexo común.

- a) Medidas que aseguran el cumplimiento de la responsabilidad civil en cualquiera de los conceptos a que se contrae el Código Penal, así como las costas procesales.
- b) Medidas de aseguramiento de los objetos y cosas que tengan relación con el delito a los efectos bien de asegurar, como sucede en el caso anterior, su devolución, o bien el propio proceso en tanto se trata de medios de prueba.
- c) Medidas de carácter preventivo que anticipan los efectos de una hipotética sentencia que limite un derecho, tal y como sucede con las penas de inhabilitación o suspensión de empleo o cargo público.

2.3.3.2. *Enumeración de las medidas previstas en la ley*

2.3.3.2.1. *La aplicación de la ley enjuiciamiento civil*

Uno de los mayores obstáculos que presentaba la Ley Penal era la falta en ella de una disposición que autorizara la aplicación al proceso penal de medidas cautelares tendentes a asegurar la responsabilidad civil derivada del delito; pues, sólo contenía, hasta fechas muy recientes, cautelas determi-

nadas que podían considerarse insuficientes para salvaguardar los derechos de las víctimas en toda situación, especialmente cuando se trataba de delitos económicos.

Esta norma dispone que, en el proceso penal, serán aplicables todas las medidas cautelares de carácter civil establecidas en la Ley Penal, aplicándose asimismo en orden a su adopción los requisitos o presupuestos que prevé dicha norma. Se trata, por tanto, de una remisión en bloque a la norma procesal civil cuando se trate del aseguramiento de la pretensión civil acumulada a la penal. Podrán acordarse todas las medidas civiles, estén o no previstas en la Ley Penal.

Aunque la Ley se incardina en el seno del procedimiento abreviado, será de aplicación también al proceso ordinario.

2.3.3.2.2. *Medidas expresamente previstas en la Ley Penal*

Son, evidentemente, muchas y variadas las medidas que la Ley contempla al objeto de garantizar aquellos fines que se han esbozado en el epígrafe anterior y es que, no cabe duda, cada una de ellas, por su diferente naturaleza exige una actuación específica, tanto respecto a su contenido como al procedimiento mismo de adopción.

2.3.3.2.3. *Fianza y embargos*

Tanto como para asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito como para garantizar el pago de costas, la Ley contempla, de forma amplia en sus artículos 589 y siguientes, ciertas medidas.

Se ha sostenido que las (fianzas y embargos podrían disponerse para el aseguramiento de penas pecuniarias, esta conclusión es ahora rechazada a la vista de la redacción dada en la Ley Penal).

La fianza, que puede ser personal, pignoratícia o hipotecaria, puede ser prestada por el obligado al pago, sea el imputado, sea otra persona en su nombre, siendo el más importante caso de fianzas el relativo a los delitos cometidos con ocasión de la circulación, en cuyo caso la Compañía aseguradora o el Consorcio de Compensación de Seguros tienen la obligación de afianzar hasta el límite del seguro obligatorio.

En cuanto al embargo, que se decretará en efecto de fianza, no es otra cosa, como ya se sabe, que la traba de bienes suficientes a los efectos de garantizar la efectividad del derecho que se desea asegurar.

Estas medidas exigen, en todo caso, que sea instadas por las partes, ya que la remisión a la Ley Penal excluye la posibilidad de su acuerdo de oficio.

2.3.3.2.4. *Medidas de aprehensión y secuestro de bienes*

A través de la aprehensión y secuestro de bienes relacionados con el delito se cumplen muy diversas finalidades; la de servir para aportar al proceso elementos probatorios útiles para el hallazgo de la verdad (armas, objetos procedentes de robo, etc.), o la de restituir a su dueño las cosas objeto de delito.

Es evidente la diferente naturaleza y régimen jurídico de estos actos según la finalidad a que tiendan.

En el primer caso, normalmente se tratará de medidas de carácter coercitivo tendentes a asegurar el proceso y que serán devueltas al imputado o su dueño una vez concluido el juicio a salvo que por ser del imputado se afecten al cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias.

En el segundo, las cosas serán devueltas a su dueño bien constante la causa, o bien una vez concluido el juicio si las mismas tiene valor probatorio.

2.3.3.2.5. *La pensión provisional*

A los efectos de asegurar la atención a la víctima o a las personas a su cargo en los procesos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, la Ley prevé la posibilidad de exigir a las Compañías aseguradoras o al Consorcio de Compensación de Seguros una pensión provisional, hasta el límite del seguro obligatorio, que se hará en la forma prevista en este precepto.

2.3.3.2.6. *Medidas preventivas*

Se trata, como se dijo, de aquellas tendentes a asegurar sentencias condenatorias que supongan limitación de algún derecho, tales como la inhabilitación o la suspensión de empleo o cargo público. En este caso, las medidas consistirán, naturalmente, y al ser homogéneas a la sentencia, en la suspensión provisional en el ejercicio del empleo o cargo público.²

² ASENCIO MELLADO, José María, *Manuales. Derecho Procesal Penal*, 4a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 177-209.

CAPÍTULO V
EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
Y SU CONEXIDAD AL DERECHO PROCESAL
PENAL ESPAÑOL (ANÁLISIS COMPARATIVO)

1. EL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1.1. SU CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Constituye la presunción de inocencia, reconocida en el artículo 24,2 de la Constitución, un derecho fundamental, de desarrollo jurisprudencial, que asiste a todo acusado por un delito a no ser condenado sin pruebas y a que éstas reúnan todas las garantías suficientes para cumplir la función del proceso de investigar la verdad.

Del presente concepto se pueden extraer las siguientes notas:

a) Constituye un derecho fundamental.

La presunción de inocencia no es un mero principio informador, sino un auténtico derecho fundamental que como tal es de directa aplicación por todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales, siendo reclamable incluso en la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.

b) No es técnicamente una presunción.

Aunque se le denomine presunción, en esencia no es tal por no reunir los elementos típicos de este medio de prueba. Por el contrario, la presunción de inocencia es una verdad interina asimilable a otras, tales como la buena fe o la diligencia de un buen padre de familia.

c) Es un derecho que asiste al acusado.

Como tal derecho es titularidad del acusado o imputado en trance de obtención de pruebas o simplemente limitación de derechos en la fase de instrucción. En caso alguno afecta a la parte acusadora a la que asiste exclusivamente el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva expresado en el artículo 24, 1 CE.

La presunción de inocencia no tiene aplicación alguna fuera del proceso penal o del administrativo sancionador. No es reclamable en relación con la vida privada, ni con la imagen pública, ni con el honor. Por ello, no

es de aplicación en el ámbito de la responsabilidad política, la cual, en su caso, debe ampararse cuando el sujeto afectado crea que se vulneran sus derechos al honor o la intimidad, a través del Código Penal o de las leyes que protegen específicamente tales derechos.

d) No es equiparable al principio *indubio pro reo*.

La presunción de inocencia es un derecho con un contenido superior y distintivo al clásico *indubio pro reo*. Este último sólo protege la necesidad de absolver a todo aquel frente a quien no exista la certeza de ser el autor de un hecho. La presunción de inocencia, como se va a ver, es más amplia en tanto protege no sólo esa necesidad, sino igualmente que exista prueba en sentido objetivo y que la misma esté rodeada de todas las garantías legales.

e) Es un derecho de desarrollo jurisprudencial.

La Constitución se ha limitado a establecer un derecho fundamental sin precisar cuál sea su contenido. Ha sido, pues, la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Constitucional, la que ha desarrollado los contornos y contenido de este esencial derecho.

Es por ello por lo que si bien los elementos generales han sido perfectamente señalados, al amparo de este mismo derecho se han producido importantes cambios de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus aspectos referidos a la prueba, cambios que, por ser adecuados a casos particulares, ya que es esa la función de la jurisprudencia casacional y de amparo en España, no han sido desarrollados con la suficiente claridad y sentido de la generalidad que exige el respecto de un derecho de naturaleza fundamental.¹

1.2. CUADROS SINÓPTICOS DE PRINCIPIOS PROCESALES

Sólo a manera de ejemplificación específica —y a la vez genérica—, anoto y describo de esta forma la gran gama de principios procesales desde diferentes ópticas, corrientes y culturas jurídicas.

¹ AUSENCIO MELLADO, José María, *ob. cit.*, pp. 267-268.

Principios procesales

- | | | | | | | | | |
|---------------------------------|---|---|---------------------------------|---|--|---------------------------------|--|--|
| Derecho Romano | { | <ul style="list-style-type: none"> - Principio de imparcialidad - Principio de equidad - Principio de adecuada proporcionalidad - Ley de la compensación (reparación del daño) - Principio de representación legal o de legítima representación judicial | | | | | | |
| Principios | { | <table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="vertical-align: middle;">- Estricta aplicación de la ley</td> <td style="font-size: 3em; vertical-align: middle;">{</td> <td> <ul style="list-style-type: none"> - Igualdad - Imparcialidad - Temporalidad - objetividad </td> </tr> <tr> <td style="vertical-align: middle;">- De la valoración de la prueba</td> <td></td> <td></td> </tr> </table> | - Estricta aplicación de la ley | { | <ul style="list-style-type: none"> - Igualdad - Imparcialidad - Temporalidad - objetividad | - De la valoración de la prueba | | |
| - Estricta aplicación de la ley | { | <ul style="list-style-type: none"> - Igualdad - Imparcialidad - Temporalidad - objetividad | | | | | | |
| - De la valoración de la prueba | | | | | | | | |

Aspectos técnicos constitucionales

- | | | | | |
|------------|---|--|---|---|
| Principios | { | <ul style="list-style-type: none"> - Legalidad - Seguridad jurídica - Imparcialidad - Legitimidad - Arbitrio judicial | | |
| | | <table border="0"> <tr> <td style="font-size: 3em; vertical-align: middle;">{</td> <td> <ul style="list-style-type: none"> - De la ejecución de la pena - Garantía de la víctima - De igualdad procesal - De ecuanimidad y sana crítica </td> </tr> </table> | { | <ul style="list-style-type: none"> - De la ejecución de la pena - Garantía de la víctima - De igualdad procesal - De ecuanimidad y sana crítica |
| { | <ul style="list-style-type: none"> - De la ejecución de la pena - Garantía de la víctima - De igualdad procesal - De ecuanimidad y sana crítica | | | |
| Garantías | { | <ul style="list-style-type: none"> - Principio de autodeterminación (como autoridad) - Principio de irretroactividad - Principio de legalidad - Principio de inviolabilidad del domicilio | | |

Los principales constitucionales son las garantías procesales individuales, sociales, económicas, políticas, en otros países están las garantías civiles, y algunos de estos principios son:

- | | | |
|---|---|--|
| Garantías | } | <ul style="list-style-type: none"> - Principio de inmediatez - Principio de Juicio breve - Principio de audiencia - Principio de concentración - Principio de inocencia - Principio de bifrontalidad - Principio de secreto a la investigación - Principio de publicidad - Principio de oralidad - Principio de dinamismo - Principio de indivisibilidad - Principio de probidad - Principio de buena fe - Principio de eficacia |
| Principios que rigen los actos procesales | } | <ul style="list-style-type: none"> - Principio de identidad del Juez - Principio de acusatorio e inquisitivo - Principio de legalidad y de oportunidad - Principio de oralidad y de concentración |
| Principios de la investigación ministerial previa y etapa procesal | } | <ul style="list-style-type: none"> - De oficiosidad - De legalidad - De publicidad - De indivisibilidad - De oportunidad procesal - De irrevocabilidad - De inmutabilidad - De la verdad real, material o histórica - De inevitabilidad - De reformado in peius - De oralidad |

Instrucción penal

- Principios en los sistemas acusatorios**
 - Principio de inmediación
 - Principio de contradicción
 - Principio de moralidad
 - Principio de la verdad real, material o histórico
 - Principio de la inevitabilidad de la acción penal
 - Principio de la prohibición, de la reformatio *in peius*
 - Principio en el sistema

- Principios que rigen los actos**
 - De contradicción
 - De economía procesal
 - De concentración
 - De adquisición

- Principios científicos que rigen los actos procesales en la instrucción**
 - Bifrontabilidad
 - Dinamismo
 - Practicidad
 - Completariedad
 - Inmediación
 - Moralidad
 - Algunos principios de bloque constitucional y procesales básicos del enjuiciamiento penal mexicano

- Principio**
 - Dinamismo
 - Definitividad

- De la inmediación**
 - Veracidad
 - Moralidad
 - Lealtad
 - Prohibidad
 - Buena fe

- Principios científicos**
 - Bifrontabilidad
 - Dinamismo
 - Practicidad
 - Completariedad

Principios importantes en la Teoría General del Proceso (art. 17 constitucional)	<ul style="list-style-type: none"> - Autodefensa - Autocomposición - Hetero composición
Principios o sistemas procesales	<ul style="list-style-type: none"> - Los que nacen de la Constitución - Los que encuentran su origen en la teoría procesal
Principios del bloque constitucional y básicos del enjuiciamiento criminal, penal Mexicano	<ul style="list-style-type: none"> - Obligatoriedad - Concentración - Inmediación - Secreto de la investigación - Prohibidad de la inhibición - Moralidad
Principios o sistemas procesales	<ul style="list-style-type: none"> - Contradicción - Economía procesal <ul style="list-style-type: none"> - Concentración - Eventualidad - Celeridad - Saneamiento - De adquisición
<ul style="list-style-type: none"> • Principios procesales México • Procesalismo científico • Teoría general del proceso • Legalismo procesal • Garantismo procesal • Garantismo Constitucional 	<ul style="list-style-type: none"> - Principio de legalidad - Principio de publicidad - Principio de oralidad - Principio de contradicción - Principio de inmediatez - Principio de continuidad - Principio de presencia - Obligatoriedad del Juez en las audiencias - Principio de economía procesal - Principio de concentración - Principio de expiditez - Principio de presunción de inocencia (El artículo 20 Constitucional) - Principio de exhaustividad - Principio de libertad del imputado - Principio de congruencia de la prueba - Principio de objetividad - Principio de eficacia - Principio de oportunidad y legalidad de la prueba - Principio de certeza - Principio de congruencia - Principio de objetividad de la prueba - Principio de la negación
Son considerados como principios y reglas para la valoración de la prueba	<ul style="list-style-type: none"> - Principio de la sana crítica - Principio indiciario - Principio circunstancial - Teoría de las equivalencias - Teoría de las presunciones
Tipo de juicios	<ul style="list-style-type: none"> - Orales - Públicos - Acusatorios - Inquisitivos - Mixtos - Reincidencia (impuesta a Cristóbal Colón y Hernán Cortés) - Revista en la Constitución de Apatzingan 1814 (juicio político)

Alcance Constitucional de la garantía de procedimiento

- La existencia
- La libertad
- La igualdad
- La seguridad
- La dignidad
- La integridad física y moral del ser humano

Otras garantías procesales

1. La garantía de igualdad ante la ley.
2. La prohibición de fueros y emolumentos.
3. La prohibición de ser juzgados por Tribunales militares.
4. La garantía y retroactividad de la ley.
5. La garantía de audiencia para ejecutar el acto privativo.
6. La incoación de juicio.
7. La garantía que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.
8. La garantía que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad.
9. La prohibición de la imposición de penas por analogía o por mayoría de razón
10. La garantía que la sentencia definitiva en juicios de orden civil deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho (artículo 14 constitucional).
11. La garantía de legalidad de los actos de autoridad.
12. La garantía de mandamiento escrito.
13. La garantía de ser juzgado por autoridad competente.
14. La garantía de que los actos de autoridad sean fundados y motivados.
15. La garantía de existencia de una orden judicial de aprehensión-excepto flagrancia y caso urgente.
16. La garantía de inviolabilidad del domicilio (Art. 16 Constitucional)
17. La prohibición de hacer justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho-deberes negativos, cuál garantía.
18. La garantía de acceso a la tutela jurisdiccional.
19. La garantía de impartición de justicia pronta y expedita, y
20. La prohibición de ser aprehendido por deudas de carácter meramente civil (artículo 17 constitucional).
21. La garantía de que solo por delito merezca penal corporal habrá preventiva (artículo 18 constitucional).
22. La garantía del encausado de que ninguna detención podrá exceder el término de 72 horas.
23. La garantía de los términos para que el órgano jurisdiccional, dicte auto de formal prisión en el que resuelva la situación jurídica del procesado (artículo 19 constitucional).
24. La garantía de gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución.
25. La prohibición de ser coaccionado a declarar en su contra.
26. La prohibición de la incomunicación, intimidación o tortura.
27. La garantía de hacer del conocimiento del procesado la naturaleza y causa de la acusación para que conozca el hecho punible que se le atribuye.
28. El derecho de ser careado, con quienes depongan en su contra.
29. La garantía de debida defensa del procesado.
30. La garantía de juzgamiento del procesado en audiencia pública.
31. La garantía de acceso a los datos que obren en el sumario para su defensa.
32. El derecho a una defensa adecuada (artículo 20 constitucional).
33. La prohibición de que un juicio criminal tenga más de tres instancias.
34. La prohibición de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.
35. La prohibición de la práctica en la absolución de la instancia (artículo 23 constitucional).

Principio constitucional que rigen las garantías del procedimiento

Supremacía constitucional art. 133. “Esta Constitución [...] Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”..

Principios procesales generales	{	<ul style="list-style-type: none"> - De derecho al libre acceso a la justicia - Del derecho a un Juez imparcial - De concentración o no audiencia bilateral - De igualdad entre las partes - De oficiosidad o disponibilidad del proceso - De economía o celeridad del proceso
Principios reguladores del proceso	{	<ul style="list-style-type: none"> Jurisdiccionalidad Contradicción Dinámica procesal
Otra clasificación de principios	{	<ul style="list-style-type: none"> - De conocimiento - De independencia - De calidad - De contradicción
		<ul style="list-style-type: none"> - De indisponibilidad o de inmutabilidad - Con criterio lógica - Con criterio cronológico - Con criterio teleológico - Principios de autonomía procesal - Principios de inmediatividad - Principios de publicidad - Principio de estabilidad - Principios de oficinidad - Principios de equilibrio procesal de las partes

Cuadros sinópticos de los principios del derecho procesal penal en el Derecho alemán

Principios procesales Alemania o postulados políticos	{	<ul style="list-style-type: none"> - De acusación - De legalidad - De negación - De la prueba formal - De debate y máxima de concentración - Acusatorio - De instrucción - Libre convicción - Para la valoración de la prueba - Deber de impartir justicia - Oralidad - Inmediación - Impulso oficial - Publicidad - Derecho de ser oído legalmente - Concentración
Para Baumann (Alemania)	{	<ul style="list-style-type: none"> - Principio de oficialidad - Principio acusatorio - Principio de legalidad - Principio de instrucción - Principio de oralidad - Principio de inmediación - Principio de unidad de debate - Principio máxima de concentración - Principio de impulso oficial - Principio de publicidad - Principio a ser oído legalmente - Principio de libre convicción

1.3. ALCANCE CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS DE PROCEDIMIENTO

Como se ha dicho, este tipo de derechos versan principalmente en materia penal, por las consecuencias que implica el acto de autoridad, por lo que, el estado actual del desarrollo del derecho interno e internacional de los derechos humanos, han influido en los **derechos de procedimiento** (artículo 20 constitucional Apartado “A”), para que tiendan a proteger la existencia, la libertad, la igualdad, la seguridad, la dignidad y la integridad física y moral del ser humano.

La garantía de igualdad ante la ley, la prohibición de ser juzgado por leyes privativas y tribunales especiales; **la prohibición de fuero y emolumentos**; y, la prohibición de ser juzgado ante tribunales militares (artículo 13 de la Constitución); la garantía de irretroactividad de la ley; la garantía de audiencia para ejecutar el acto privativo; la incoación de juicio; la garantía que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, la garantía que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad; la prohibición de la imposición de penas por analogía o por mayoría de razón; la garantía que la sentencia definitiva en juicios de orden civil deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la Ley y a falta de esta se fundara en los principios generales del derecho (artículo 14 constitucional); la garantía de legalidad de los actos de autoridad; la garantía de mandamiento escrito; la garantía de ser juzgado por autoridad competente; la garantía que los actos de autoridad sean fundados y motivados; la garantía de existencia de una orden judicial de aprehensión —excepto flagrancia y caso urgente—; la garantía de inviolabilidad del domicilio (artículo 16 constitucional); la prohibición de hacer Justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho —deberes negativos, cuál garantía—; la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional; la garantía de impartición de justicia pronto y expedita]; y, la prohibición de ser aprisionado por deudas de carácter meramente civil (artículo 17 constitucional); la garantía de que solo por delito que merezca pena corporal habrá pena preventiva (artículo 18 constitucional); garantía del encausado de que ninguna detención podrá exceder el término de setenta y dos horas, y la garantía de los términos para que el órgano jurisdiccional, dicte auto de formal prisión en el que resuelva la situación jurídica del procesado (artículo 19 constitucional); la garantía de gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución; la prohibición de ser coaccionado a declarar en su contra; la prohibición de la incomunicación, intimidación o tortura; la garantía de hacer del conocimiento del procesado la naturaleza y causa de la acusación para que conozca el hecho punible que se le atribuye; el derecho de ser careado, con quienes depongan en su contra; la garantía de debida defensa del procesado; la garantía de juzgamiento del procesado en audiencia pública; la garantía de

acceso a los datos que abren en el sumario para su defensa; el derecho a una defensa adecuada (artículo 20 constitucional); la prohibición de que un juicio criminal tenga más de tres instancias; la prohibición de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito; y la prohibición de la práctica en la absolución de la instancia (artículo 23 constitucional).

- | | | |
|--|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Principios procesales México • Procesalismo científico • Teoría general del proceso • Legalismo procesal • Garantismo procesal • Garantismo | } | <ul style="list-style-type: none"> • Principio de legalidad • Principio de publicidad • Principio de oralidad • Principio de contradicción • Principio de inmediatez • Principio de continuidad • Principio de presencia • Obligatoriedad del Juez en las audiencias • Principio de economía procesal • Principio de concentración • Principio de expiditez • Principio de presunción de inocencia (El artículo 20 Constitucional) • Principio de exhaustividad • Principio de libertad del imputado • Principio de congruencia de la prueba • Principio de objetividad • Principio de eficacia • Principio de oportunidad y legalidad de la prueba • Principio de certeza • Principio de congruencia • Principio de objetividad de la prueba • Principio de la negación |
|--|---|--|

Fundamentos de los derechos elementales la ley del más débil, donde se tenga primeramente el cumplimiento de la ley y el respeto irrestricto de los derechos humanos, principalmente por las autoridades y después por los ciudadanos.

Es necesario buscar una auténtica democracia sustantiva y no meramente finalista donde se rindan cuentas efectivas a la ciudadanía (Ferrajoli Luigi) y se reinstaure el juicio de residencia.

- | | | | | |
|--|---|---|---|---|
| <p>Son considerados como principios y reglas para la valoración de la prueba</p> | } | <p>Principio de la sana crítica
Principio indiciario
Principio circunstancial
Teoría de la equivalencias
Teoría de las presunciones</p> | } | <p>Tipo de juicios</p> <ul style="list-style-type: none"> – Orales – Públicos – Acusatorios – Inquisitivos – Mixtos – Reincidencia (impuesta a Cristóbal Colón y Hernán Cortés) |
|--|---|---|---|---|

1.4. PRINCIPIOS PROCESALES²

1. Los principios procesales que manejan o dominan nuestro Derecho Procesal Penal en vigor, y le dan forma, se conforman con una simple técnica; también denominados postulados políticos (derechos la libertad, liberalismo político, etc.).

2. El antiguo proceso alemán, anterior a la recepción del Derecho Romano-Canónico, se caracteriza un proceso entre partes (público y oral), en el cual denominaban el principio de acusación; el de negociación y la prueba formal.

3. Proceso de la recepción: es el proceso secreto y escrito denominado por el principio inquisitivo, sin influencias de partes procesales, con prueba formal atenuada.

4. El Derecho Procesal alemán establece normas respecto de un proceso público, y oral en su parte esencial (*el debate*), con la persecución de oficio de los delitos; con el principio acusatorio; de instrucción y de la libre convicción para la valoración de la prueba.

1.5. REGLAS Y PRINCIPIOS PROCESALES

Las reglas y principios procesales constituyen el corazón, la esencia, la base y el fundamento para todo proceso, ya sea penal, civil, mercantil, laboral, etc. Dichos principios dominan causan y explican el proceso. No solamente se aplican a nivel local, estatal y federal, sino que también a nivel internacional, en particular en lo que se refiere a la jurisdicción penal y de protección de los derechos humanos.

A continuación, se hace una enumeración de los principios procesales, en el entendido de que no se trata de analizarlos de manera exhaustiva, sino que de manera genérica se señalarán sólo los que más sobresalen, sin que ello implique su agotamiento.

1. Principio de la mínima intervención del Estado.
2. Principio en la fase de investigación del Ministerio Público o de acusación italiana.
3. Principio de legalidad procesal.
4. El principio de unidad o de pluralidad de los ordenamientos procesales.
5. El principio del derecho procesal legal o jurisprudencia.
6. El principio del Código Procesal unitario y el de la pluralidad de Códigos por materias.
7. El principio de independencia del juez y los derechos anexos:
 - a. Estabilidad en el cargo.

² BAUMAN JURGEN, *Principios procesales*, De Palma, Buenos Aires, 1989, pp. 41-127.

- b. Irreductibilidad de la remuneración.
- c. Inmunidad.
- d. Retiro.
- 8. Principio de la imparcialidad del juzgador e igualdad de las partes en el proceso.
- 9. El principio de la humanización del proceso.
- 10. Los principios de legalidad y libertad en las formas.
- 11. Los principios de publicidad y secreto.
- 12. Principio del debido proceso:
 - a. En la materia civil.
 - b. En la materia penal.
 - c. En otras materias.
- 13. El principio de dirección del proceso.
- 14. El principio del juez natural, predeterminado por la ley.
- 15. Los principios dispositivo y oficial.
- 16. El principio de bilateralidad o de contradicción:
 - a. La acción o pretensión.
 - b. La excepción o contrapretención.
 - c. Los principios de verdad material o formal.
- 17. Los principios de la prueba:
 - a. La carga de la prueba.
 - b. La prueba tasada o legal.
 - c. La prueba libre.
- 18. Los principios de mutabilidad e inmutabilidad del proceso.
- 19. Los principios de oralidad y escritura.
- 20. Los principios de inmediación y mediación.
- 21. De presunción de inocencia.
- 22. De igualdad entre los testimonios (imputación y no imputación).
- 23. De debido proceso probatoria.

{	<ul style="list-style-type: none"> • Publicidad • Igualdad • Contradictorio 	{	<ul style="list-style-type: none"> • Oportunidad • Medidas cautelares • Fundamentación de las sentencias
---	--	---	---
- 24. De publicidad y secreto.
- 25. De dignidad humana.
- 26. Los principios de concentración y fraccionamiento.
- 27. Los principios de preclusión y elasticidad.
- 28. El principio de lealtad y probidad en el proceso.
- 29. El principio de la mínima afectación de intereses y derechos.
- 30. El principio de la presunción de inocencia en materia penal.
- 31. El principio de defensa adecuada en materia penal.
- 32. Los llamados sistemas procesales.
- 33. El principio de economía procesal.

Antes de pasar a describir de manera breve algunos de estos principios, es necesario puntualizar que en el fondo de todo proceso, cualquiera que sea su naturaleza, se observan:

- a) La existencia de un derecho subjetivo;
- b) La opinión subjetiva del pretensor; pretensión; la acción y;
- c) La satisfacción de la pretensión y/o derecho o ambas. Y así pueden producirse muchas y hasta raras combinaciones, pero en todo caso queda claro que la pretensión y el litigio son la sustancia y la acción y el proceso la forma.

Se pueden destacar dentro de los principios de la investigación previa los de: exhaustividad, congruencia, de buena fe, de acusación, de inocencia, inmediatez, objetividad, eficacia, eficiencia, certeza, probidad.

Aclarando que solamente son algunos de estos principios que se aplican, sin embargo existen otros muchos más y de los antes señalados veremos solamente los de acusación, de inocencia, además de otros como el de legalidad, el de igualdad entre los testimonios, el de presunción de inocencia, el debido proceso y el de publicidad y secreto; tres de ellos son verdaderos principios constitucionales.

Según el maestro Luigi Ferrajoli, éstos son algunos principios en la investigación ministerial previa:

- Legalidad.
- Obligatoriedad.
- Necesidad.
- De identidad del juez.
- De autonomía de las fases y funciones procesales.
- De oralidad.
- De contradicción.
- De publicidad (Benthan, la publicidad es el alma de la justicia).
- De intermediación.
- De concentración de los actos procesales.

Principios que rigen el Derecho a ejercer la acción penal

- Principio de proceso y acción.
- Principio de publicidad de la acción penal.
- Principio de indivisibilidad.
- Principio de oficinidad o oficiosidad de la acción penal.
- Principio de legalidad de la acción penal.
- Principio de irrevocabilidad, irretroactividad o indisponibilidad de la acción penal.
- Principio de verdad real, material o histórica.
- Principio de inevitabilidad de la acción penal.
- Principio y derecho a ejercer la acción penal.
- Función investigadora.

- Función acusatoria.
- Función procesal.

Características de la acción penal:

- Pública. – Intrascendente
- Única. – Retractable
- Autónoma. – Discrecional
- Indivisible – Oficialidad u oficiosidad
- De oportunidad. – Legalidad
- Irrevocabilidad, irrectroctibilidad o indisponi-
 bilidad
- De inevitabilidad
- De verdad real, material o historia
- De prohibición, de la reformatio in peius
- Oralidad, contradicción, immediactividad y con-
 centración

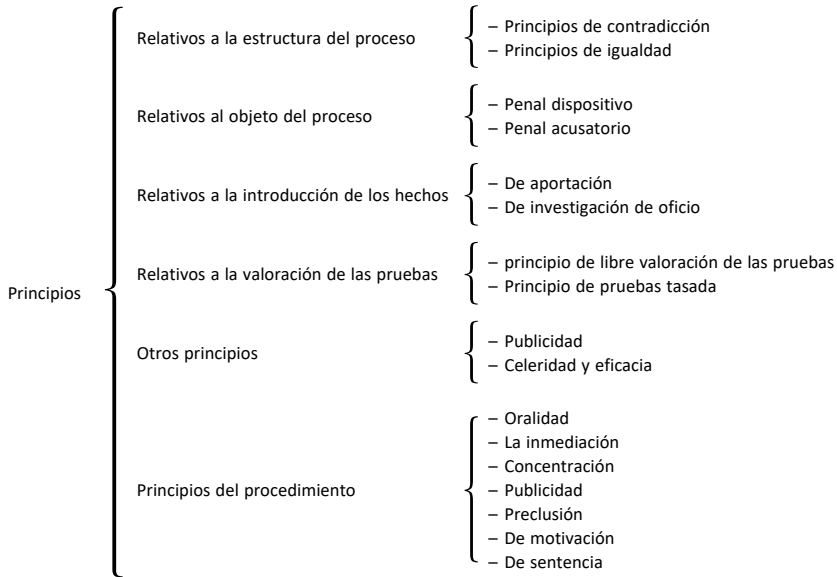
Principios específicos de la acción penal

- Oficial.
- Dispositivo.

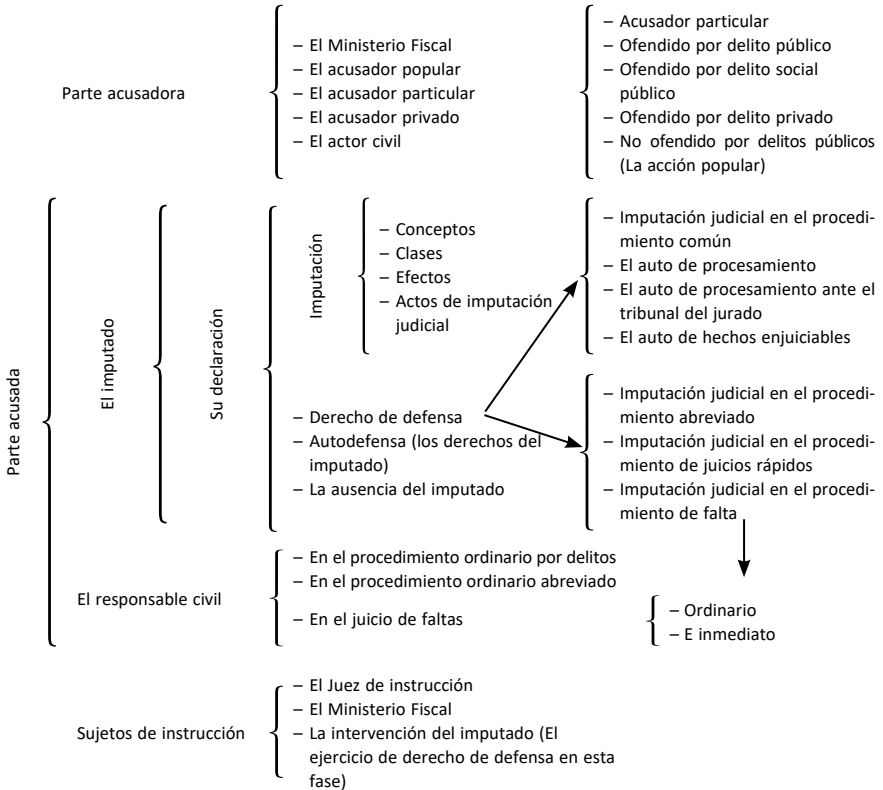
Con esta semblanza ejemplificativa de los multicitados Principios Procesales, dejo en el lector una idea mucho más objetiva de la trascendental importancia práctica, doctrinal, procesal y jurisprudencial de los citados y sobre todo de su eficacia respecto de su aplicabilidad.

2. CONEXIDAD CON EL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL

Los autores José Antonio García Borrego y Tomas Hernández Villazala, en su obra *Introducción al Derecho Procesal Penal*, nos indican:



Partes procesales. Clasificación



Procedimientos

1. Procedimientos penales ordinarios

a) Procedimientos

- b) Procedimientos ante el jurado común
 - Competencia objetiva
 - Frases
 - Composición y requisitos del Juez

2. Procedimiento penal abreviado

- a) Introducción
- b) Naturaleza

Sus fases

- 1. La investigación
 - La investigación preliminar
 - Diligencias preprocesales
 - Investigación definitiva
- La intervención de la policía judicial de acuerdo a la regulación (artículo 770 LECRIM) (En el procedimiento abreviado)
- Otras actuaciones policiales
 - El atestado policial
 - Justificación de su instrucción
 - Función
 - Diligencias realizadas a modo de prevención
 - Funciones específicas de la Policía judicial en el

a) Fase de instrucción

b) Fase de preparación del juicio oral o intermedio

- c) Fase de preparación de juicio oral (Actividad probatoria y juicio)
- El auto de apertura
 - Artículo de previo pronunciamiento procedimiento y resolución
 - Calificación provisional
 - La conformidad del acusado
 - Las sesiones del juicio oral
 - Causas de suspensión del juicio oral
 - Las sesiones del juicio oral (la práctica de la prueba)
 - Derecho a la última palabra y sentencia.

d) Sentencia y recursos



Respecto de la:

1. Intervención policial
2. Confesión del atestado
3. Atestado con detenido
4. Atestado sin detenido
5. Entrega del atestado
6. La intervención de la policía judicial en la fase probatoria

- E) Ejecución penal
- Naturaleza
 - Título de ejecución
 - Competencia y partes
 - Incidentes de ejecución
 - Terminación de ejecución
 - Las ejecución de las libertades
 - Juzgados de vigilancia penitenciaria
 - Otras ejecuciones de la condena penal
 - Ejecución de penas privativas o restrictivas de derechos
 - Ejecución de la condena civil
 - Formas de cumplimentación de la pena

3. Procedimiento penal especial

A) Procedimiento del habeas corpus

B) Procedimiento por delito privado

C) Procedimientos ordinarios con especialidades procesales

Por razón de las personas

Por razón de la materia

4. La prueba

- La prueba prohibida
- Los actos de investigación
 - En atención al Órgano que la realiza
 - Atendiendo a su forma práctica
 - Por el órgano judicial que interviene
 - Por el juicio de valor que el Juez y otros incorporen
- La declaración del imputado
- Testigos
 - Su declaración
 - Clases
 - Procedimientos
 - Protección de testigos
 - El agente en cubierto
- Determinación o identificación del imputado
 - La determinación del imputado
 - La identificación del imputado
 - La identificación a través de huellas genéticas
 - Actos de investigación pericial
 - Actos de investigación pericial. Prueba pericial.
 - Peritos
 - Procedimiento
 - Autopsia
 - Prueba penal y organismos especializados

- La videograbación (video vigilancia)
- a) Circulación y entrega vigilada de drogas
- b) Los documentos en el proceso penal
- Relevancia de documentos en el proceso penal
- Aportación, práctica y valoración de la prueba documental.
- El principio de práctica de la prueba en el juicio oral
- Regla constitucional
- Sus excepciones
- Prueba preconstituída y anticipada
- La irrepitibilidad de los actos de investigación con fundamento de su valor probatorio
- Organización y urgencia
- La prueba preconstituída
- La prueba anticipada
- El atestado policial
- Prueba indiciaria
- La contradicción en las declaraciones
- Testigos de referencias
- Regla de las declaraciones de:
 - Coimputados
 - Denunciantes
- Los actos de investigación
 - La entrada y registro en lugar cerrado (la intervención de las comunicaciones)
 - La entrada y registro en lugar cerrado
 - Objeto
 - Requisito
 - Fases de entrada
 - Registro de libros y papeles (requisitos)
 - La intervención de las comunicaciones
- Competencia
- Requisitos
- Constitucionalidad de la intervención telefónica
- Procedimiento
 - Las inspecciones e intervenciones corporales
- Concepto
- Regulación positiva de estos medios
 - Las diligencias sobre el cuerpo del delito
- Concepto de personales
- Enmarcación
- Medidas cautelares (medidas cautelares personales)
 - Restricción de la libertad en el proceso penal

- Restricción
- Concepto de medidas cautelares procesales
- Presupuesto de las medidas cautelares personales
- Caracteres
- La detención
- Concepto
- Clases de detención
- Los presupuestos de la detención
- El derecho de defensa
- El proceso del habeas corpus
- La orden Europea de detención y entrega

Medidas cautelares personales

a) Prisión provisional

- Concepto
- Naturaleza y finalidad de la prisión provisional
- Presupuestos de la prisión provisional
- Duración de la prisión provisional
- Clases de la prisión provisional
- Procedimiento de la prisión provisional
- Abono de la prisión provisional

b) Libertad provisional

- Libertad provisional
- Concepto
- Presupuesto para su adopción
- Obligación que compete la libertad provisional
- La retirada del pasaporte

c) Medidas de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias

- La aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil
- Medidas expresamente preventivas en la Ley de enjuiciamiento criminal
 - Fianzas y embargo
 - Medidas de aprehensión y secuestro de bienes
 - La pensión provisional
 - Medidas preventivas

2.^a fase de juicio oral

- La acusación en el proceso penal
 - Su naturaleza pública
 - La pretensión penal
 - La dinamicidad del proceso penal
- Clases de acusación
 - Los escritos de calificación provisional o de acusación
 - La calificación definitiva

- La calificación civil
- Contenido de los escritos de calificación. Acusación
 - Los hechos punibles que resultan del sumario
 - La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituye
 - La participación que en ellos hubieren tenido, el procesado o procesados si fueren varios;
 - Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito y eximentes de responsabilidad criminal;
 - Penas en que hayan incurrido el proceso o procesados si fueren varios por razón de su respectiva participación en el delito;
 - En relación con la pretensión civil se ha de hacer mención;
 - Las pruebas de que intentan valerse presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia;

Procesos ordinarios y especiales

- Proceso ordinario por delitos
 - Ámbito de aplicación y competencia
 - Fase de instrucción. El sumario
 - Fase intermedia
 - Fase de juicio oral
- Proceso abreviado
 - Competencia y ámbito de aplicación
 - Características o caracteres generales del procedimiento
 - Estructura del procedimiento abreviado (fases)
- Los juicios rápidos
 - Competencia y ámbito de aplicación
 - Características o caracteres generales del procedimiento
 - Estructura de los juicios rápidos
- Juicio de faltas
 - Competencia y ámbito de aplicación
 - Características o caracteres generales
 - Desarrollo del procedimiento
 - Normas especiales

DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL

Tipo de juzgados

- De violencia sobre la mujer
- Menores
- Centrales de instrucción
- De lo penal
- Juzgados centrales de lo penal

- Juzgado de vigilancia penitenciaria
- Audiencias provinciales
- Tribunal del jurado
- Audiencia nacional
- Sala de lo civil, penal, de los tribunales supremos o superiores de justicia
- Segunda sala del tribunal supremo

Competencia territorial

- El *fórum commisi delicti*
- Los fueros subsidiados
- Tratamiento procesal de la competencia

Iniciación del proceso penal

- Denuncia
- Querrela
- Iniciación de oficio

DERECHO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Concepto y naturaleza jurídica

- Constituye un derecho fundamental
- No es técnicamente una presunción
- Es un derecho que asiste al acusado
- No es equiparable al principio "*in dubio pro reo*"
- Es un derecho de desarrollo jurisprudencial
- Es un derecho de desarrollo universal
- Sus estamentos o exigencias

Otra calificativa de los juzgados y tribunales de jurisdicción penal (causal y juicios circunstanciales) Excepción jurisdicción militar

- Juzgados de paz
- Juzgados de instrucción
- Juzgados de violencia sobre la mujer
- Juzgados de lo penal
- Audiencias provinciales
- Tribunales del jurado
- Juzgados centrales de instrucción
- Juzgados centrales de lo penal
- Juzgados de vigilancia penitenciaria
- Sala de lo penal de los tribunales superiores de justicia
- Sala de lo penal de la audiencia nacional
- Sala de lo penal del tribunal superior
- Sala especial del tribunal superior

a) La competencia objetiva: Tiene tres criterios (aquí se encuentran los antes citados)

- Ordinarios o comunes
- Ratione personae
- Ratione materiae

b) Competencia territorial

- Fuero preferente y exclusivo (lugar de comisión del delito)
 - De la actividad
 - Del resultado
 - De la ubicación

Competencia de revisión oficiosa

- Inhibición de oficio
- Oficio de inhibición
- Inhibitoria
- Declinatoria
- Cuestión de competencias
- Conflictos de competencias entre;
 - Tribunales y la administración
 - Los órganos jurisdiccionales
 - Ordinarios y jurisdicción militar

c) Competencia funcional

- Automático
- Derivado

La conexidad

- Objetiva
- Subjetiva
- Mixta
 - Reglas de reparto (lo hace el Juez Decano)
 - La orden jurisdiccional penal en la esfera internacional
 - Corte penal instancial (1998, 17 de julio) Naciones Unidas
No sustituye a las nacionales (Tribunales y Cortes)

3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y TRATADOS INTERNACIONALES

Capítulo o apartado especial merece el tratamiento que diversos autores indican y establecen precisamente en el contexto del ámbito Internacional a lo que ya he denominado sistema de justicia internacional o ya bien en el contexto de un Derecho Comparado.

Primeramente, Miguel Ángel Aguilar López al respecto nos indica lo siguiente: “La teoría de los derechos humanos y del moderno derecho

procesal democrático plantean al principio *in dubio pro reo* como un componente sustancial del derecho a la presunción de inocencia, afirmación que algunos autores niegan, y desdeñan, confunden a uno con el otro y pretenden que el contenido del derecho a la presunción de inocencia es el principio *in dubio pro reo*.³

Las conclusiones del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derechos Penales (AIDP), celebrado en Hamburgo en 1979, incluyeron que la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal integrado por un elemento distintivo, el cual consiste en que ante la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al inculpado.

De ahí que la presunción de inocencia no es una mera idea, sino un derecho consagrado en instrumentos jurídicos internacionales, que de conformidad con la dinámica actual tienen una fuerza obligatoria por encima de las leyes federales en un plano de jerarquía por debajo de la Constitución. Al respecto, sería importante que los tratados que establezcan derechos fundamentales (como la presunción de inocencia) estuvieran por encima de la Constitución.

En su carácter de derecho fundamental, la presunción de inocencia es directamente aplicable, caracterizándose no sólo por informar u orientar, sino por constituir un criterio normativo directo reclamable como garantía indispensable para el buen desarrollo del proceso penal ante los propios órganos jurisdiccionales.

En el ámbito internacional el derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.1 de 10 de diciembre de 1948, que *ad litteram* señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad”.

En el mismo sentido se pronunció el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14.2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (art. 8.2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (art. 26.1); y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 23 de noviembre de 1950.

La transformación de la presunción de inocencia en derecho humano significó un profundo cambio en la manera como se había desarrollado la infraestructura racional de la construcción del pensamiento, esto demandó introducir nuevas fórmulas que permitieran hacer realidad ese derecho.

Recordemos que carecer de un derecho y tener una que no se encuentre regulado de la manera efectiva para oponerlo ante la autoridad son cuestiones prácticamente similares, sobre dicha base de pensamiento las

³ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 209-237.

modernas democracias han pugnado por un sistema de justicia penal con contenidos legales adecuados a las demandas y necesidades sociales, así como la actuación de las instituciones públicas con miras a satisfacer a una sociedad cada día más demandante de mayor y mejor calidad en la procuración e impartición de justicia.

4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN MÉXICO

El tema no ha sido muy explorado en la doctrina mexicana, hasta antes de la reforma del 18 de junio de 2008, la Constitución Federal no hacía referencia expresa a la presunción de inocencia como garantía jurídico-penal del inculpado, y por ende faltaba regulación en los ordenamientos punitivos secundarios.

El primer plano formal de introducción como garantía-constitucional del imputado dentro del proceso surgió a raíz del criterio jurisprudencial, emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que reconoció que el principio de presunción de inocencia, como garantía individual, está implícito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar 'los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado'; en artículo 21, al disponer que 'la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público'; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole 'buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos'. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no

esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.⁴

A pesar del conocimiento de la existencia del principio de presunción de inocencia como derecho fundamental en nuestro sistema legal, se soslayó la función que tiene en la práctica judicial; esto es como regla en el tratamiento del inculcado durante el proceso penal e importancia en la valoración de la prueba; no obstante que con anterioridad México había suscrito tratados internacionales, relacionados con dicho principio, mismos que son derecho vigente de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Federal.

La relevancia del precitado criterio judicial radica en determinar que es al Ministerio Público a quien le incumbe probar la culpabilidad del acusado, el cual no está obligado a comprobar su inocencia; pero tal postura se torna contradictoria con la tesis que también emitió dicho órgano constitucional, con relación al delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 224 del Código Penal Federal, al sustentar que no viola dicho principio fundamental el hecho de que exista una presunción de ilicitud, respecto a la adquisición ilegal de recursos, que corresponde desvirtuar al acusado por tratarse de una forma indirecta de probar uno de los elementos de la figura típica.

Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de mayo de 1981, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de mayo de 1981.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL DE LICITUD DEL INCREMENTO PATRIMONIAL QUE RECONOCE EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO ES ATENTORIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. El artículo 224 del Código Penal Federal al expresar que “existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio”, reconoce la existencia de una presunción de ilicitud del enriquecimiento, sustentada en hechos que deben demostrarse plenamente, consistentes en que un servidor público incrementó sustancialmente su patrimonio, de manera desproporcionada a sus ingresos. Esta forma indirecta de probar uno de los elementos del delito no es atentatoria del principio de presunción de inocencia que le asiste al

⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tesis aislada P. XXXV/2002, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo XVI, agosto 2002, Materias Constitucional y Penal, p. 14.

inculpado, por más que lo vincule a demostrar la legítima procedencia de sus bienes para poder desvirtuar la prueba presuntiva que pesa en su contra, ya que es propio del proceso penal que al Ministerio Público le corresponde allegar pruebas incriminatorias y al procesado las de su defensa, entre ellas, las que tienden a destruir o a desvanecer las aportadas por su contraparte”. Registro: 186270, Red Jurídica de la Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, tesis aislada P. XXXVII/2002 DEL Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVI, agosto de 2002, Materia Penal, p. 13.

OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. ACREDITAMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO. Para que se acredite la corporeidad del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, párrafo primero, del Código Penal Federal, no es imprescindible que se demuestre la existencia de un tipo penal diverso, porque de conformidad con el párrafo sexto del mismo artículo, basta que no se demuestre la legal procedencia de los recursos y que existan indicios fundados de la dudosa procedencia de los mismos para colegir la ilicitud de su origen; de otra manera, la intención del legislador de reprimir tales conductos se anularía ante la necesidad de demostrar plenamente el ilícito que dio origen a esos recursos”. Registro: 191267, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, septiembre de 2000, Páginas: 629.

Lo mismo acontece con el tipo penal del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita previsto y sancionado por el artículo 400 bis el Código Penal Federal que, en su párrafo sexto establece:

Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia...

Dicho texto omite que en el proceso penal está prohibido obligar al inculpado a efectuar una defensa activa, cierto es que en virtud del principio de contradicción las pruebas de cargo y de descargo deben confrontarse, pero no es posible considerar legítimo establecer un tipo penal que contenga como elemento una presunción de ilicitud que obligue al acusado a demostrar que su conducta no es ilegal, pues constituye una inversión de la carga de la prueba, lo cual denota que en México el principio de presunción de inocencia admite excepciones, en el supuesto donde el acusado es el único que puede aportar datos que desvirtúen la acusación que obra en su contra.

Criterio judicial que hace persistir la presunción de intencionalidad delictiva, suprimida de nuestro ordenamiento punitivo federal con la reforma de 1984, la cual posibilitaba la punición del delito sin haber probado el dolo, al imponerse al inculpado la carga de probar su inocencia, al no hacerlo se acreditaba indefectiblemente la intencionalidad delictiva; al confundir

la prueba indiciaria con la presunción de ilicitud. Al respecto Raúl F. Cárdenas,⁵ sostiene que el Máximo Tribunal colocó a nuestro país como uno de los Estados que permiten la inversión de la carga de la prueba, al desconocer el contenido y la esencia del principio de presunción de inocencia.

Sin embargo, el criterio jurisprudencial emitido por la Suprema Corte sobre la presunción de inocencia, se estimaba insuficiente, así era menester realizar transformaciones al texto constitucional a fin de colocar dicho principio como la base fundamental del sistema judicial de tipo acusatorio y resguardada a través del debido proceso legal, por lo que, la iniciativa de reforma enviada por el Ejecutivo Federal el 28 de marzo de 2004, patentizó esta preocupación, y la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008, instauró una serie de reformas y adiciones a la Constitución Federal, a efecto de implementar un modelo acusatorio y oral, con la inserción de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y continuidad en el proceso, la carga de la prueba a cargo del órgano acusador, el principio de contradicción e igualdad de armas, la prohibición de utilizar prueba ilícita, beneficios del acusado en caso de confesión y sistema de libre valoración probatoria.

La reforma plantea una transformación sustancial en la estructura del proceso penal mexicano, no sólo es la presunción de inocencia como fundamento para estar a la vanguardia de los Estados democráticos del mundo, el propósito no sólo es superar el modelo neocolonial de corte inquisitivo, sino poner un freno a la situación de descrédito y falta de legitimación del sistema de justicia. La reforma constitucional penal implica más que aprobar un nuevo código, es un verdadero cambio cultural y un desafío político criminal de trascendencia, un aprendizaje teórico y práctico de modelos de litigación oral que asumen una metodología que desarrolla básicamente el modelo de procedimiento que proviene del tronco anglosajón, una cultura de la verdad y la legalidad.

5. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En el dictamen de la Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, respecto de la minuta de Proyecto de Decreto de la reforma a la Carta Magna en comento en esta obra, se propuso en el punto 7) un régimen especial que regirá los procesos penales tratándose de delincuencia organizada, el

⁵ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, Porrúa, México, 2003, pp. 157-158.

cual incluyó la facultad para que el Congreso de la Unión legisle sobre la materia.

Se argumentó la necesidad de establecer nuevos elementos que mejoren el funcionamiento de nuestro sistema de justicia penal y otorguen mejor mecanismos para el combate a la delincuencia organizada; con ello, responder con mayor efectividad ese grave fenómeno delictivo, en el que las leyes han sido rebasadas y deben ser adecuadas a la realidad para que el Estado cuente con herramientas suficientes para combatirla. Por ende, el Ministerio Público debe contar con mecanismos para actuar con mayor eficacia y expeditéz en sus tareas de investigación, como establecer medidas cautelares, tales como cateos, arraigos, intervenciones telefónicas, entre otras.

Lo anterior establece un Derecho Penal del enemigo. La filosofía política de la Ilustración tuvo como consecuencia que las teorías del Derecho Penal, de la pena y la praxis en la legislación y la jurisprudencia hayan establecido un catálogo de derechos del acusado que deben observarse en todo proceso penal. El Derecho Penal conforme al Estado de derecho constituye hoy no sólo un medio de lucha contra la delincuencia, sino la mejor forma de asegurar los derechos fundamentales de quienes intervienen en el conflicto penal. El Derecho Penal es también el derecho del imputado frente a la posible actuación desproporcionada del Estado (*ius puniendi*), la legalidad no es sólo una característica del sistema de justicia sino su misión y su objetivo; sin embargo ante el surgimiento del crimen organizado, como señala Hassemer, la sociedad amenazada por la violencia y el delito se niega a creer que el Derecho Penal sea la carta magna del delincuente, sino el instrumento efectivo de lucha contra el delito. El delincuente se convierte en enemigo y el derecho penal en “Derecho Penal del enemigo”, que retrocede a una época de la Filosofía del Derecho y de una teoría político-criminal que percibía al delincuente como un “extraño que había que inocular”, a diferencia del pensamiento político de la Ilustración que fundamentó los derechos del hombre en el Derecho Penal y admitió al delincuente dentro del contrato social, contrario a este nuevo “Derecho Penal eficiente que contesta con una violencia dramatizada, ya que el Derecho Penal simbólico enseña que el agravamiento de las penas no siempre mejora su idoneidad para la solución de los conflictos”.⁶

El diagnóstico actual muestra el paulatino avance del *ius puniendi* del Estado contra ciertas formas de manifestación delictivas caracterizadas por representar un peligro permanente para la sociedad civil, de esta manera en un Estado de Derecho coexisten dos derechos penales, uno de los ciudadanos y otro reducido y excepcional para la delincuencia organizada.

⁶ Cfr. HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, trad. Patricia S. Ziffer, 2a. ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, pp. 47-49 y 52-55.

Dentro de la concepción normativista radical el maestro Günther Jakobs, concibe al Derecho Penal del enemigo, como aquel sector del ordenamiento jurídico-penal en el que la pena no significa un reproche hacia la conducta de su autor, es un mecanismo de aseguramiento frente a sujetos especialmente peligrosos, así el derecho penal del enemigo no habla a sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos.

Sin embargo, la propuesta radical que ahora mantiene, no fue empleada al inicio en la ponencia efectuada en el Congreso de Profesores en 1985 en Fráncfort, donde criticó a la doctrina de los bienes jurídicos de no tratar a los delincuentes como personas, ya que la legislación penal en Alemania había instaurado los llamados delitos de peligro, y señaló que el Estado efectuaba una intromisión ilegal en el ámbito privado de los ciudadanos, que como se advierte constituía una tendencia en contra del autoritarismo estatal al criminalizar los estadios previos, situación que también aconteció en la mayoría de las legislaciones, sin que con ello advirtiera el legislador que estaba comenzando una situación de guerra y se ponía en peligro la comunicación normativa, en propias palabras de Jakobs.⁷

En la jornada berlinesa de 1999, Jakobs explicó que fenómenos como la globalización y el dominio del sistema económico exigían a la ciencia penal una efectividad en la protección de los bienes jurídicos, la sociedad debía enfrentar los riesgos de la delincuencia organizada a través del Derecho Penal del enemigo. Así enfatizó tres postulados:

1. Anticipación de la punibilidad (delitos de peligro),
2. Penas excesivas que corresponden a un derecho de lucha; y,
3. Reducción de las garantías individuales.

El autor señala que se vive un Estado de emergencia que incrementa, en razón de la disminución de la fuerza social, producto de la desintegración familiar y el multiculturalismo a raíz de las inmigraciones, la sociedad tendrá enemigos que aparenten ser ciudadanos normales. A partir de las

⁷ En un principio, Jakobs fue uno de los críticos más fuertes del modelo de Derecho Penal del enemigo, al inicio reflexionó sobre la tendencia en Alemania de la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, la catalogó como una concepción errada del principio de protección de bienes jurídicos, no aceptaba en consecuencia, una relación de integridad social y preservación a ultranza de los bienes jurídicos, acentuó que tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, acentuó que tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, conduce al desbordamiento, se busca la protección de bienes jurídicos a costa de la lesión de otros, por lo que produce que la intervención estatal se haga extrema y el delincuente deja de ser concebido como sujeto portador de derechos frente al *ius puniendi* y concebido como fuente de peligro, ya que el sujeto se juzga con base en lo que es o se cree que es, la prevención se consolida como una forma más sofisticada del lenguaje panóptico, el enemigo, Jakobs fue claro, cuando el estado se entromete en el ámbito privado del ciudadano, termina su posición de tal. Vid. APONTE C., Alejandro, *¿Derecho Penal del enemigo o derecho penal del ciudadano? Günter Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 7-17.

ideas de Kant, Fichte, Hobbe y Rosseau, utiliza el término de enemigos para aquellos sujetos que de manera permanente violentan el orden jurídico y que al no evidenciar intención de comportarse conforme al mismo, deben ser excluidos y tratados como no-personas para salvar el Derecho Penal de los ciudadanos a través de la intimidación.

La coacción pretende ser efectiva, no se dirige contra la persona de derecho sino contra individuos peligrosos la relación con un enemigo se realiza a través de la coacción, los autores del Contrato Social citados por Jakobs⁸ señalan que el delincuente que infringe el acuerdo de voluntades ya no participa de los beneficios de éste, en términos de Rosseau aquel malhecho que ataque al derecho social deja de ser miembro del Estado “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”.

A partir de las concepciones de Hobbes y Kant, justifica su propuesta al distinguir entre “personalidad real” (ciudadano que quebranta normas en un contexto “normal” y ofrece garantías de conducirse a pesar de la infracción a la norma), que sólo provoca una irritación social o “desliz reparable” que no hace sucumbir al Estado, y, la “personalidad fáctica” de aquel enemigo que no ofrece garantías de no seguir quebrantando la norma. Enemigo es el que posee todo para formar parte de la comunicación normativa entre personas pero se niega a hacerlo de forma permanente, con lo cual implica una peligrosidad para los demás que sí comunican y quieren comunicar.

En concreto Jakobs identifica enemigos en las siguientes áreas; según su actitud, en los delitos sexuales y en supuestos de criminales habituales; según su ocupación, los delincuentes económicos y la delincuencia organizada, según su vinculación con una organización, tráfico de drogas, complot para asesinar y terrorismo. Según él, estos grupos de sujetos se han apartado de manera duradera y de modo decisivo del derecho; no prestan la garantía cognitiva mínima para que sean tratados como personas, ya que de lo contrario vulneraría el Estado de derecho a la seguridad de las demás personas. Por ello no pueden ser tratados como ciudadanos, sino deben ser combatidos como enemigos, la guerra tiene lugar en razón del legítimo derecho de los ciudadanos a tener seguridad.⁹

La postura de Jakobs, en un principio se identificaba con el Derecho Penal tradicional, que distinguía a los “sujetos” que no se pueden comunicar (inimputables) y que por lo tanto se sujetarían a medidas de seguridad, y los que sí se pueden comunicar, personas que están dentro del Derecho Penal, entre este grupo están los que actúan conforme a la norma y los que cometen infracciones a ésta, pero que no la conmovieran seriamente pues

⁸ JAKOBS, Günther y CANCIO MELÍA, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, pp. 19-21.

⁹ *Ibidem*, pp. 25-34, 40.

solo sería un desliz reparable, sin embargo paralelamente a éstos, existen aquellos que pueden comunicarse y permanentemente no quieren cumplir con las normas (p. ej., los narcotraficantes), ellos según la concepción normativista no pueden ser sujetos ni personas. Para ellos va dirigido el Derecho Penal del enemigo, pues el Derecho tendrá que reaccionar de manera similar, dice Jakobs: “el Derecho Penal del ciudadano es el derecho de todos, el Derecho Penal del enemigo el de aquéllos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”, por eso señala que su propuesta es más sincera de lo que acontece actualmente en la legislación, pues el derecho vigente, por lo menos contra los terroristas, insistirá en tratarlos como si fueran “personas”, mezclando reglas propias del Derecho Penal del enemigo, quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano (delincuente “normal”) no debe asombrarse si se mezclan los conceptos de “guerra” y “proceso penal”.

La postura normativa radical de Günter Jakobs se acentuó a partir de la situación internacional tensa que se vivió con los atentados terroristas del once de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, España (2004) y Londres (2005), lo que despertó el interés de los doctrinarios y el rechazo en cuanto discurso dogmático y planteamiento político criminal. Como se advierte Jakobs, al inicio planteó el Derecho Penal del enemigo como sinónimo de garantismo en contra de las tendencias autoritarias del Estado, pero su posición se radicalizó para acentuar que la única salida para evitar la erosión de la sociedad es establecer una subdivisión del Derecho Penal, cuya valoración resulta inaceptable por las siguientes consideraciones.

En un principio, la doctrina de Jakobs no hace sino relatar la lucha dialéctica histórica entre dos concepciones estatales diferentes, la que legitima la exclusión de los delincuentes (escuela positiva) y la que agrupa a todos los ciudadanos por igual dentro de los mismos principios, por el hecho de ser hombres (Escuela Clásica), bajo sus vertientes actuales de Estado garantista y Estado eficiente o autoritario. El Derecho Penal del enemigo no es nuevo, representa una vieja práctica contra la cual ha venido luchando el Derecho Penal de tipo liberal.

Frente al “Derecho Penal del enemigo”, caracterizado por una relativización de las garantías penales, materiales y procesales, se opone un “Derecho Penal del ciudadano” propio de una sociedad de libertades. Pero la primera pregunta que se hace la doctrina en relación con este tipo de derecho es: ¿quién se puede catalogar como enemigo?, ¿quién va a definir lo que es enemigo? El problema radica en que no existe un criterio que permita diferenciarlo del ciudadano, esto es, del que infracciona la norma de manera constante y permanente de aquel que lo hace en forma ocasional.¹⁰

¹⁰ “[...] No queda claro a partir de cuándo se puede hablar de un ‘quebrantador permanente de la norma’ é debe ser ya ‘enemigo’ el que defrauda impuestos una vez, dos veces o más;

No sabemos quién es el enemigo, si el delincuente en general, el delincuente en ciertos delitos, el reincidente o el que mantiene ciertas actitudes o costumbres ante las normas y la sociedad, para este derecho de exclusión, no importa la entidad del bien protegido, lo mismo da terrorismo que narcotráfico. Además ¿es dable legitimar la existencia de un Derecho Penal del enemigo dentro de un Estado de derecho, donde la presunción de inocencia y el debido proceso legal están colocados en rango constitucional?

Es cierto, que la nueva política criminal moderna, no opera como hace tiempo con la descriminalización y atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las mismas, se concentra en la creación abusiva de tipos penales abstractos, ocupa campos que constituyen riesgos para la sociedad: medio ambiente, terrorismo, narcotráfico, delitos electorales y financieros. Con ello, el Derecho Penal se aleja paulatinamente de los principios de mínima intervención, subsidiaridad y de última ratio, de protección a bienes jurídicos vitales para la sociedad y de garantizar las libertades fundamentales, sin advertir que la delincuencia no disminuye, sólo se acallan las demandas sociales en una especie de huida del Derecho Penal a solucionar los conflictos sociales, para reaccionar desproporcionadamente con medios de coacción violentos en un completo contexto de terror penal.

Ello obedece a un cambio de paradigma de la sociedad moderna, el desvalor del acto y del resultado característicos del injusto penal, pierden terreno ante los factores de riesgo y seguridad, las necesidades políticas del momento proporcionan soluciones de compromiso que no combaten la criminalidad sino la sensación de inseguridad, la característica común de las reformas penales es una política criminal antiliberal, surgen la concepción del Derecho Penal simbólico mediante la expansión Derecho Penal y el resurgimiento del punitivismo.¹¹

o sí lo hace varias veces en periodos distintos? ¿y qué hay de aquél que comete delitos distintos (un homicidio, una defraudación fiscal), un cohecho activo)? O en un caso extremo, ¿es enemigo el miembro de la mafia que, por lo demás, no defrauda otras expectativas vinculadas a otras normas (observa reglas de tráfico rodado, paga impuestos, alimenta a su familia, etc.)”, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “El llamado Derecho Penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 1, Edisofer, Buenos Aires, 2006, p. 23.

¹¹ Para Manuel Cancio Meliá, el Derecho Penal no sólo es utilizado para dar tranquilidad social a través de la promulgación de normas destinadas a no ser aplicadas sino que introduce normas que sí se aplican y que son cualitativa y cuantitativamente más duras, utilizando la criminalización como política criminal; la denominación del “derecho penal simbólico, no hace referencia a un grupo determinado de infracciones penales, caracterizadas por su inaplicabilidad, tan solo identifica la especial importancia dada por el legislador a la aprobación de normas por razones políticas, el derecho penal simbólico no sólo tipifica un determinado hecho, sino a un específico tipo de autor, por ello el derecho penal simbólico y el punitivismo, mantienen una relación fraternal”, JAKOBS, Günter, CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, *op cit.*, 47-52.

El Derecho Penal simbólico flexibiliza el principio de legalidad y taxatividad, para acallar la opinión pública ante situaciones concretas que causan alarma social. El Estado se vale de la expedición de normas penales o de la adopción de medidas de emergencia de carácter represivo para “solucionar el problema”, el abandono de principios y garantías fundamentales del Estado de Derecho en pro del endurecimiento de las penas frente a conflictos no resueltos, plantea un grado de inestabilidad altamente peligroso.

Lo que realmente preocupa es que esta postura del Derecho Penal del enemigo reconoce cierta legitimación e incluso aprobación en los Estados modernos y se convierte en una realidad; es innegable que el legislador orienta la tipificación a la protección de riesgos, con lo cual también ha implementado un marco jurídico de excepción ante la plena vigencia de los derechos humanos y garantías del acusado, que se han visto mermadas en razón de la peligrosidad representada por el crimen organizado.¹²

El modelo garantista caracterizado por la racionalidad y proporcionalidad en la utilización de los medios represivos ante el respeto a la dignidad humana cede ante un modelo de Derecho Penal orientado hacia el intervencionismo.

El Derecho Penal dentro de un Estado de derecho tiene que respetar los derechos fundamentales de toda persona, la dignidad humana no puede pender del reconocimiento estatal, de lo contrario estaríamos ante un Derecho Penal de autor en el que se relativizan los derechos humanos para un grupo de sujetos, la dignidad humana y la libertad individual imponen igualdad para todos los individuos sin excepciones, ni siquiera está justificado tratar a los delincuentes como enemigos en situaciones extremas, a nadie le está permitido tratar a una persona como un ser desprovisto de sus derechos. El Derecho debe actuar siempre como tal y no como poder; de otro modo aniquilaría al hombre como se ha mencionado; a partir de que permitamos está violación con justificación excepcional, estaremos abriendo un peligroso precedente para que otras restricciones vengan a ser hechas, siempre bajo la justificación de protección a los ciudadanos.

¹² El Derecho Penal se presenta como una vía de solución totalizadora frente a la violencia generada por ciertas actividades criminales, tales como el terrorismo que se presenta como un fenómeno de beligerancia permanente para las sociedades modernas, lo que autoriza a adoptar medidas extremas, el derecho penal del ciudadano se muestra ineficaz para combatir estos flagelos y se inserta una política criminal que combata esta situación de conflicto, y, entonces aparece el Derecho Penal del enemigo como una utópica panacea para alcanzar esa estrategia fijada. A raíz de la experiencia vivida en la Segunda Guerra Mundial con los campos de exterminio y la eliminación física de millones de personas bajo el rótulo de Untermenschen, el mundo general tomó conciencia de lo que encierra la dictadura de un partido; sin embargo, la realidad en Latinoamérica demuestra que esos fantasmas estaban lejos de desaparecer. Al respecto consúltese ABOSO, Gustavo Eduardo, “El llamado derecho penal del enemigo y el ocaso de la política racional: el caso argentino”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. I, Edisofer, Buenos Aires, 2006, p. 60.

Concordamos con el pensamiento de que frente a políticas de exclusión se debe responder con soluciones de inclusión social:¹³

Un ordenamiento penal legítimamente vigente si quiere defenderse debe hacerlo con el Derecho, el cual se constituye precisamente, para luchar contra la violencia y la fuerza, y por qué no en contra del Derecho Penal del enemigo, por ello el Derecho es incompatible con el concepto de “enemigo”, no puede haber un Derecho Penal de enemigos.¹⁴

Un derecho que bajo aspectos de combatir el caos y la inseguridad utiliza sistemas de neutralización, excepcionalidad y exclusión, aboliendo el debido proceso legal y el derecho a ser presumido inocente, es incompatible con el Estado de Derecho, no puede calificarse como Derecho Penal, representa una venganza. Si el Derecho Penal del enemigo encuentra su justificación, el marco de referencia global de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos debe comenzar por el reconocimiento de esa protección a los delincuentes, si se va a aplicar un derecho acotado o especial, deben ante todo reconocerse sus derechos como persona.

La distinción entre “enemigo”¹⁵ y “ciudadano” recuerda pasajes de la historia donde regímenes como el nacional-socialismo aniquiló a millones de personas bajo principios de raza y genotipo,¹⁶ así sostiene Jakobs que una

¹³ Cancio Meliá destaca que los fenómenos contra los que reacciona el Derecho Penal del enemigo no tienen la peligrosidad terminal que han hecho creer, ni siquiera en la criminalidad organizada, ni en las mafias de las drogas o terroristas como ETA ponen en riesgo la comunicación normativa, al grado de erosionar la identidad social para combatirlos con dicha reacción, ni en los casos de criminalidad violenta más grave, pues, con frecuencia, estos casos son en realidad más raros que otros que sí ocurren con frecuencia y que forman parte de la “normalidad criminal”, como los robos y la corrupción. *Vid. Derecho Penal del enemigo*, p. 60.

¹⁴ ABANTO VASQUE, Manuel A., *El llamado Derecho Penal del enemigo Especial referencia al derecho penal económico*, *op. cit.*, p. 21. Por ello refiere Cancio Meliá que el Derecho Penal del enemigo sería un pleonasma, ya que no sería Derecho Penal, puesto que no está destinado a cumplir con una prevención general positiva, sino denomina determinados grupos de infractores, por lo que se convierte en un derecho penal de autor, *Derecho Penal del enemigo*, *op. cit.*, pp. 60 y 62.

¹⁵ En la práctica política, la calificación de contrario como “enemigo” sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas, en la España de Franco, se denominaba enemigo a quien públicamente manifestara su oposición al régimen franquista o a quien reclamaba derechos fundamentales. Los militares argentinos, durante la dictadura, calificaron como enemigos a los ideólogos que envenenaban el alma de los jóvenes en las universidades. El antiguo presidente de Ruanda Jean Kambada, acusado de genocidio, alababa la persecución y muerte de miembros de la tribu Tutsi y de los Humus moderados como arma imprescindible en la lucha contra el enemigo, mientras que en el Medio Oriente, Hamas estigmatiza al enemigo sionista, el presidente de Palestina denomina a Israel como enemigo. Los estadounidenses califican de enemigos a los insurgentes iraquíes y éstos denominan a Bush como enemigo de Alá y de los musulmanes. Al respecto, véase AMBOS, Kai, “Derecho Penal del enemigo”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*. Vol. I Edisofer. Buenos Aires, 2006, pp. 127-129.

¹⁶ Un ejemplo claro de criterio biopolítico lo construye la Ley para la Depuración de la Función Pública de elementos judíos, y las leyes de Núremberg de 1935, por las que se priva-

de las razones de peligro proviene del “multiculturalismo desintegrador”, esto es, los sujetos provenientes de otras culturas que bien fuera del ordenamiento jurídico del cual son huéspedes. Se puede llegar al racismo y no había garantías contra los abusos, una vez admitido el Derecho Penal del enemigo, puesto que la excepción suele terminar en regla aplicable.

Según la terminología de Jakobs, la necesidad del Derecho Penal del enemigo deriva de una situación de peligro, que en otro caso correría la “seguridad cognitiva” que necesitarían los ciudadanos, cuando tuviera que soportar que los enemigos no van a respetar las normas. El derecho penal mantiene la vigencia de la norma y no la protección de bienes jurídicos; ello se patentiza con un Derecho Penal de riesgo que crea de manera abusiva bienes jurídicos y la punición anticipada en el estado previo a la lesión jurídica, ya que lo que protege la norma, según su autor, son “expectativas normativas”.

Apartarse de la teoría del bien jurídico traería como consecuencia que se perdiera la capacidad crítica del Derecho Penal, que existe como la reacción más enérgica del derecho y su consecuente intervención protege la lesión a intereses fundamentales para una sociedad.

Un hecho notorio de que la legislación ha introducido los llamados delitos de peligro, donde la regulación de la norma no es la conducta actuada, sino sólo la planeada, no el daño a la norma, sino el hecho futuro; por ello señala que un Derecho Penal claramente delimitado es menos peligroso para un Estado de derecho que mezclar fragmentos de éste con el Derecho Penal del enemigo con menos garantías pero con mayor efectividad;¹⁷ la aspiración de una seguridad total a través del aniquilamiento del respeto a los derechos y garantías del hombre, es un precio demasiado alto, como resume Aponte en la lucha contra la amenaza, el Derecho Penal se convierte él mismo en gran amenaza.¹⁸ Si entendemos que el Derecho Penal protege bienes jurídicos,¹⁹ la idea de seguridad no puede oponerse al servicio

ba a los judíos alemanes de la nacionalidad alemana, se les rebaja a ser ciudadanos de segunda clase, se prohibían matrimonios tener relaciones con tales personas, tipificados como delitos. Además, se llegó a adoptar medidas eutanásicas para enfermos mentales y en contra de marginados, delincuentes habituales, alcohólicos, homosexuales. Al respecto, véase MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. II, Edisofer, Buenos Aires, 2006, p. 357.

¹⁷ JAKOBS, Günter, CANCIO MELÍA, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit., pp. 36 y 40.

¹⁸ APONTE C., Alejandro, *¿Derecho Penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?*, op. cit., p. 25.

¹⁹ Con independencia del uso abusivo de los tipos penales de peligro o de tomar como objeto jurídico de protección ficciones abstractas o coyunturales programas políticos; lo cierto es que no puede admitirse un sistema punitivo cuya función no sea la de proteger bienes jurídicos, bajo el principio de lesividad. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado ‘derecho penal del enemigo’”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol II, Edisofer, Buenos Aires, 2006, p. 1023.

de una merma de garantías individuales, porque al final lo que se estará introduciendo es inseguridad con la tipificación de conductas con indefinición de lo que se protege.

El grave riesgo que contrariamente se produciría con la implantación de un régimen de excepción así sería utilizado por los detentadores del poder para someter a sus adversarios; cualquier ciudadano sería etiquetado como enemigo y desprovisto de sus derechos fundamentales; el proceso penal no juzgaría el hecho concreto sino definiría a un hombre como enemigo. La tendencia excesiva del Derecho Penal puede acarrear que los medios de prueba se introduzcan sin valorar la racionalidad de la inferencia probatoria y permitiría resoluciones de condena con una relajación del deber de motivarlas y la consecuente violación al principio de presunción de inocencia.

¿Es dable que el Derecho Penal del enemigo coexista con los principios del Estado democrático de derecho y con la Constitución? Para el Derecho Penal... liberal, todo delincuente, por el hecho de que haya cometido un delito, no deja de ser "persona", en el sentido de portador de derechos cosustanciales, entre ellos la presunción de inocencia defendida enormemente durante los regímenes autoritarios,²⁰ no se puede olvidar que la génesis de los derechos fundamentales fue justamente la reacción del Estado absolutista que, a través de su inspiración en el iusnaturalismo, reconoció al ser humano derechos inalienables, inviolables e imprescriptibles. La diferenciación de Derecho Penal del enemigo y Derecho Penal del ciudadano empieza por violar el derecho elemental de igualdad.

La complejidad de la vida humana ha creado una delincuencia especializada y más violenta que ataca bienes jurídicos esenciales, ante lo cual el Estado debe reaccionar en forma eficiente a través de la investigación, persecución y sanción de esa delincuencia que, por su fortaleza merece, un esfuerzo especial, en su caso mediante el establecimiento de apartados especiales, pero no de un Derecho Penal que excluya a quienes delinquen bajo dicha condición. Debe pugnarse por desterrar la impunidad, la corrupción, y que al delincuente organizado a través de un proceso justo se le imponga la pena que proporcionalmente le corresponda.

Negar la condición de ser humano implica un retroceso en el reconocimiento jurídico de la dignidad del individuo obtenida después de un largo proceso de la humanidad en el que se venció la crueldad y la injusticia; esta se plasmó en una serie de tratados reconocidos dentro de las Constituciones de los Estados democráticos de derecho, no debe soslayarse al hombre

²⁰ Como destaca Ferrajoli, en la tradición jurídica siempre se ha distinguido la ciudadanía de la personalidad jurídica de persona quedó establecida para todos los hombres desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 98-99.

como el eje de la actividad estatal, como un fin en sí mismo y no al servicio de las políticas en vigor, en tanto que el derecho está destinado a regir a las personas no a los enemigos. El Derecho Penal del enemigo niega un principio fundamental de la teoría del derecho, según el cual, la validez no puede derivarse de la eficacia.

El hecho de que el legislador implemente tipos penales dirigidos a evitar la impunidad ha creado lo que se conoce como un Derecho Penal simbólico que tiende a una política criminal de expansión, los países han aumentado paulatinamente la creación de tipos penales, tales como los supuestos de la criminalización en el estadio previo, en los que es suficiente la comprobación de una acción que el legislador ha estimado como peligrosa, sin que exista una lesión efectiva o daño causado; partiendo de la idea de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa; es una tendencia populista que atrae diversos discursos como *Law and order* y la tolerancia cero.

Surge una política criminal que trata de dar la impresión de que existe un legislador que combate eficientemente la delincuencia, el Derecho Penal simbólico es una muestra de la crisis del Derecho Penal. Es una función de engaño que no cumple con la tarea político criminal al huir de la solución de los conflictos, la inflación penal lejos de inhibir el delito, tiene efectos criminógenos, sin lograr la protección efectiva de bienes jurídicos, sólo se apacigua al ciudadano haciéndole creer que se está haciendo algo por su seguridad.²¹

Desafortunadamente, algunos gobiernos han optado por insertar medidas legislativas penales que dan preponderancia a la seguridad de la ciudadanía en detrimento de derechos fundamentales. México, el 12 de diciembre de 2000, ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional (Convención de Palermo), dado que en 1996 expidió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y en las reformas al sistema de justicia penal en junio de 2008 implementó un sistema acusatorio,

²¹ A decir verdad del Derecho Penal simbólico no logra cumplir la efectiva de protección de bienes jurídicos y compensa el déficit mediante la creación en la sociedad de un sentimiento de confianza ilusorio hacia el ordenamiento legal con una base real cada vez más escasa, pues las normas continúan siendo violentadas y la cifra de delitos permanece altísima. *Vid.* ALLER, Germán, "El Derecho Penal del enemigo y la sociedad en conflicto", en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 1, Edisofer, Buenos Aires, 2006, pp. 86 y 87. En los últimos tiempos, bandas organizadas de secuestradores han efectuado sus operaciones respecto de cualquier persona, por lo que la población exige mayor seguridad, en México han existido casos trágicos, pero la muerte de Fernando Martí Halk, hijo de un empresario destacado, ha hecho que tanto el presidente de la República como los legisladores planteen la posibilidad de implementar cadena perpetua o pena de muerte a los secuestradores; sin embargo, advierten que el problema real está en la aplicación y ejecución de las penas existentes, el sistema judicial y penitenciario está en grave crisis, el neopunitismo no atacará eficazmente esta delincuencia, pero los políticos dan tranquilidad al pueblo de que trabajan para su seguridad, máxime que éstas células delictivas operan desde la cárcel.

oralidad en el proceso y la presunción de inocencia como piedra angular de dicho sistema.

En razón de que el sistema actual se ha estancado en una estructura burocrática, caduca y obsoleta, que bajo el principio de legalidad ha disfrazado una maquinaria corrupta y disfuncional que ha permitido el aumento de la delincuencia en forma desorbitada, el legislador ha optado por implementar un Derecho Penal simbólico para acallar los reclamos sociales, bajo la instauración de un derecho de excepción para aquéllos sujetos que sean acusados por delitos de delincuencia organizada. En los artículos 16, 18, 19, 20 y 22 constitucionales reformados, en cuanto al tema de delincuencia organizada se destaca:

- a) La figura del arraigo, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia (artículo 16, párrafo séptimo).
- b) Concepto de delincuencia organizada entendida como una organización de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de ley de la materia (artículo 16, párrafo octavo).
- c) Tratándose de delincuencia organizada, la retención del Ministerio Público podrá duplicarse las cuarenta y ocho horas con las que cuenta para ordenar la libertad o poner al indiciado a disposición de la autoridad judicial (artículo 16, párrafo noveno).
- d) No aplicación expresa de compurgar la pena en los centros penitenciarios más próximos a su domicilio (artículo 18, párrafo octavo).
- e) Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales (artículo 18, párrafo noveno).
- f) Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos (artículo 18, párrafo noveno).
- g) Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal (artículo 19, párrafo séptimo).
- h) Se acota la garantía de defensa a virtud de que la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador (artículo 20, inciso B, fracción III).
- i) Beneficios en el carácter de inculpado, procesado o sentenciado cuando preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de

delitos en esa materia (artículo 20, inciso B, fracción III, párrafo segundo).

- j) Las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas o aportar pruebas en contra (artículo 20, inciso B, fracción B, párrafo segundo).
- k) No se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de aquellos cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En cuyo caso se requiere de un procedimiento jurisdiccional y autónomo de la materia penal, respecto de bienes:
 1. Instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
 2. Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que haya sido utilizado o destinado a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del número anterior.
 3. Los que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, sí su dueño tuvo conocimiento de ello y no notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
 4. Que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño (artículo 22, párrafo segundo, fracciones I y II, incisos *a*), *b*), *c*) y *d*)).

Las medidas anteriores son una franca reducción de las garantías constitucionales de dichos sujetos que cometan delitos previstos en la ley de la materia o que pertenezcan a células del narcotráfico; así la excepcionalidad bajo la estimación de que ante problemas excepcionales, soluciones excepcionales.

En el caso de los países latinoamericanos denominados por Jakobs como “desgarrados por la guerra”, se deben cimentar las bases de una cultura de respeto a los derechos humanos que han sido violentados de manera sistemática en regímenes dictatoriales como el caso de Argentina, Perú y ahora Colombia y no apostar por la violación de éstos. El Estado no puede exigir un marco de respeto si él mismo incumple y atropella las garantías individuales, él es el primer obligado en forjar y garantizar el estatus de personas de sus ciudadanos, se debe defender y retomar la doctrina de los derechos del hombre ante un llamado en contra de la utilidad y el Estado eficiente, se requiere lograr el respeto de los derechos existentes, donde la

presunción de inocencia sea el baluarte fundamental de dicha doctrina. El reto es buscar un equilibrio entre un proceso penal eficaz que combata la delincuencia, pero que sea a la vez respetuoso de los derechos fundamentales del ciudadano.

El Estado no puede ser más violento e indeseable que aquellos que condena (la delincuencia organizada), debe actuar bajo el marco de racionalidad, sin arrebatar a nadie su condición de persona, sin que ello impida establecer una legislación eficiente contra el crimen organizado. La legitimidad del sistema penal se mide por capacidad de alcanzar finalidades protectoras en razón de disminuir la delincuencia cumpliendo con los fines de garantía formal y material, sin traspasar los límites del Estado de Derecho.²²

Manuel Catacoro indica “Cuando se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos se le destina el Art. 11.1 donde se lee: ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su culpabilidad conforme a ley’. Luego, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Art. 14.2 expresa: ‘Durante el Proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley’. Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, sentencia en el artículo 8.2: ‘Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente la culpabilidad’”.²³

Como se ve, los tres instrumentos internacionales de manera uniforme consagran, en primer lugar, un derecho de quien es sometido a proceso para que se le tenga como inocente mientras no se haya actuado prueba suficiente que demuestre la capacidad y eso es imposible puesto que precisamente en el proceso es donde recién se va a tener que actuar dicha prueba. Como escribe José María Manzaneda: “Por motivaciones de laudable nobleza, de respetable sentido de solidaridad humana, en Estatutos Supranacionales se ha labrado como consigna fundamental la llamada presunción de inocencia”.

La forma en que se redactaron los documentos internacionales y algunas constituciones hizo suponer que la acepción civil de la palabra “presunción” quedaba incorporada al Derecho Penal surgiendo el conflicto. Algunos textos constitucionales fueron más realistas. Por ejemplo, la Constitución italiana citada por Bettio en el artículo 27 expresaría: “el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva”; distanciándose de lo expresado en el artículo 6.º de la Convención Europea de los derechos del

²² Un ejemplo claro de dicha tendencia lo encontramos en España, en la LO de 30-7-2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas o en el Reino Unido en el que se llegó a justificar la orden de “tirar a matar” tras el atentado terrorista de Londres.

²³ CATACORO GONZÁLEZ, Manuel, *Vox-juris*, Revista de la Facultad de Derecho, pp. 123-125,

hombre, para la cual: “toda persona acusada de un delito es presuntamente inocente hasta que su culpabilidad no haya sido legalmente establecida”.

Precisamente Carnelutti sostenía que existía una inevitable implicancia del proceso en el castigo y del castigo en el proceso, puesto que, no se puede castigar sin procesar ni procesar sin castigar. “Una implicancia que, según San Agustín, denuncia la pobreza del intelecto humano, que nos constriñe a castigar para saber si uno debe ser castigado”. “Excluír la implicación del castigado en el proceso no es posible. El sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal”. Siendo esto así, lo que debe tratarse es, a criterio de Carnelutti, construir el proceso de tal modo que se reduzca al mínimo el riesgo, que no se refiere tanto al error como al sufrimiento injusto derivado del error.

Más adelante, la jurisprudencia de las comisiones sobre derechos humanos, al interpretar los alcances del principio que nos ocupa ha señalado que: “La cuestión del respeto de la presunción de inocencia, se plantea en la legislación y las prácticas de los tribunales nacionales principalmente en lo que respeta a la prueba. La Comisión Interamericana ha analizado en repetidas ocasiones y en relación a diversos países, desarrollando una valiosa jurisprudencia. Según la Comisión, la presunción de inocencia significa que nadie puede ser condenado por un delito “mientras que no se establezca plenamente su culpabilidad”. En otra ocasión el Comité de Derechos Humanos habría dicho que: “en virtud de la presunción de inocencia, la carga de prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable”. Lo que se acaba de transcribir revela que las instituciones sobre derechos humanos han dado un tratamiento exacto al contenido de los documentos internacionales que difiere a lo que se ha pretendido entender al redactarse algunos códigos procesales penales, aunque algunos han preferido olvidarse del tema. Pero también el Comité de Derechos Humanos ha hecho otro comentario digno de destacarse, y es que existe un vínculo entre la presunción de inocencia y el derecho del acusado a no ser objeto de comentarios públicos perjudiciales de parte de las autoridades y que tienen la obligación de no prejuzgar el resultado del proceso.

Esto ha motivado la interpretación de que, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sólo captaron una parte del artículo 9.º de la Convención Francesa, que dice: “debiéndose presumir inocente a todo hombre mientras no haya sido declarado culpable”, soslayando la expresión: “la ley debe reprimir todo rigor innecesario para apoderarse de su persona, cuando se juzgue indispensable su prisión”. Aquí precisamente la declaración francesa reconocía la potestad del Estado de utilizar coerción sobre la persona del imputado privándolo de su libertad antes de la declaración de culpabilidad. Así, la impropriadamente denominada presunción de inocencia

no ha tenido nunca la intención de desconocer la coerción estatal durante el proceso, sino simplemente asegurar que ésta se maneje respetando la dignidad humana. Por eso, en otros artículos se ha reconocido la viabilidad de la detención preventiva y otras medidas precautorias mientras se tramitan una investigación. Obrar de modo distinto, habría significado abrir las puertas de la impunidad”.

6. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

La Declaración de derechos francesa viene a cristalizar las ideas defendidas por los pensadores de la ilustración.

En el año de 1764, César Beccaria publica su libro *De los delitos y de las penas*, que recoge todo lo que pensaba sobre tan delicado tema: “Parte en su libro de una visión muy crítica del proceso de tipo inquisitivo, dentro del cual, el imputado es tratado como culpable de tal manera, que, si quiere eludir la condena; se verá en la necesidad de probar su inocencia”.²⁴

No acepta Beccaria que una persona se le pueda tener como culpable sin haberse establecido la misma.²⁵

De cara al tema que nos ocupa, el libro de Beccaria causó un profundo impacto en toda Europa. Sus planteamientos ejercieron gran influencia. El filósofo Voltaire, al igual que Beccaria, consideraba “que el proceso penal de tipo inquisitivo trataba al inculcado como si hubiera sido juzgado culpable”. “De la misma manera, el filósofo francés ve en el tormento y en la prisión provisional las dos más importantes manifestaciones del fenómeno consistente en tratar el inculcado como si ya se hubiera declarado su culpabilidad. Voltaire recoge el argumento de Beccaria, según el cual, el tormento es rechazable, porque supone la imposición de una terrible penal a quien todavía no ha sido declarado culpable. También Voltaire concibe la prisión provisional como pena anticipada y reclama que se reduzcan al mínimo sus rigores”.²⁶

²⁴ VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 1993, página 15, número 2. Profesor de las Universidades Nacional y Externado de Colombia Distinción: “Docencia Excepcional de la Universidad Nacional de Colombia”.

²⁵ Escribe Beccaria: “[...] Una crueldad consagrada por el uso en casi todas las naciones es la tortura del reo mientras de forma el proceso, ya para obligarle a confesar un delito, ya por las contradicciones en que incurra, ya para el descubrimiento de los cómplices, ya porque no sé qué metafísica e incomprensible purgación de infamia, ya finalmente por otros delitos de que podría ser autor, pero de los que no es acusado”.

²⁶ “Un hombre no puede llamarse reo antes de la sentencia de juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando está decidido que él ha violado los pactos con que dicha protección le fue acordada. ¿Cuál es, por tanto, sino el derecho de la fuerza, el que le da

Todo el ambiente creado por la obra de Beccaria inclusive obligó a la monarquía a realizar reformas y Luis XVI suprime el empleo del tormento en el año de 1780. En 1788, un edicto aborda una reforma urgente del procedimiento criminal.²⁷

La Revolución francesa culmina el empuje iniciado con anterioridad y por sobre todo enriquecido por los pensadores de la ilustración: en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo IX, se hace referencia expresa a la presunción de inocencia.

7. LAS ESCUELAS ITALIANAS

El artículo 27.2 de la Constitución italiana reza: “L'imputado non é considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

No hay, en la frase transcrita una referencia expresa a la presunción de inocencia.

Es necesario, para mostrar toda la importancia de la presunción hacer un buceo con algún detenimiento en las Escuelas Penales.

7.1. ESCUELA CLÁSICA

7.1.1. GIOVANNI CARMIGNANI

Sostiene que como los juicios públicos, tiene por objeto que se inflinjan las penas establecidas en la ley, no debe existir mayor arbitrio para el que juzga. Al establecer las formas el legislador debe con ellas tratar de proteger más la inocencia que la represión del delito. Se “debe tener más en cuenta la defensa de la inocencia que el castigo del delito”.²⁸

a un juez la potestad de aplicar una pena a un ciudadano mientras de duda si será reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto: Si es cierto, no le corresponde más pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto no se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no se han probado” (Capítulo XII, Del Tormento. ## por Pascal Vincent. Madrid, 1879, p. 71). VEGAS TORRES, Jaime. *op. cit.*, p. 18.

²⁷ VEGAS TORRES, Jaime, *op. cit.*, p. 18.

²⁸ CARMIGNANI, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1979, p. 180.

En el Título 11. Naturaleza de los Juicios Criminales. Consecuencias generales de la definición de juicios públicos. “Los juicios públicos tiene por objeto el que se inflija la sola pena conminada por la ley. Por lo cual se necesita que los juicios criminales sean de tal naturaleza, que concedan el menor arbitrio posible a quien deba juzgar. Puesto que el fin de los juicios públicos es descubrir no solo los delitos sino también la inocencia, conviene que el legislador, al establecer los métodos, no conceda más a la represión del delito que a la protección de la inocencia. Al contrario, puesto que los derechos naturales, en lo que no toca con el orden esencial de la sociedad, prevalecen con mucho sobre los derechos políticos, se debe en todos los casos tener más en cuenta la defensa de la inocencia que el castigo del delito. La base de

7.1.2. CARRARA

La idea de Carminagnani logra mayor desarrollo con Carrara, con el planteamiento “dualista”: castigar a los delincuentes, por un lado, y evitar que sean castigados los inocentes, por otro.

Carrara amplía en forma fundamental el campo de acción de la presunción de inocencia. La presunción de inocencia se convierte en un principio estructurador que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Todo el proceso penal se pone al servicio de la presunción de inocencia: “Cuando (la doctrina criminal) prescribe estricta adhesión a la competencia; leal, completa y oportuna intimación de los cargos; moderación en la custodia preventiva; plenitud de prueba; prudencia en cuanto a la veracidad de los testigos; condiciones para la legalidad de las confesiones; exclusión de toda sugerencia, de todo fraude, de todo artificio doloso que pueda darle a lo falso aspecto de verdad; crítica imparcial en la apreciación de los indicios; libérrimo campo para el ejercicio de la defensa; amplio trato para los abogados; formas sacramentales para la sentencia; recursos de apelación y de revisión; en una palabra, cuando prescribe todo cuanto ella ordena como condición absoluta para la legitimidad del procedimiento y del juicio, no pronuncia sino estas solas palabras: “Haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esta demostración si no marcháis por el camino que os señaló”.²⁹

7.1.3. FERRI

Ferri sostiene³⁰ que así como desde Beccaria se han disminuido las penas como reacción “contra la severidad empírica y exagerada de las represiones de la Edad Media”, igualmente el procedimiento penal de nuestro siglo se ha caracterizado por arremeter contra los abusos del sistema inquisitorial de la Edad Media “en la dirección de un aumento incesante de las garantías individuales contra el poder social”.

Afirma que se ha exagerado en la defensa de los derechos del individuo en perjuicio de la defensa social.³¹ Dice también que la presunción de

los juicios públicos es la imputación criminal, y como ésta es un juicio alrededor de cosa de hecho, los juicios criminales, para que correspondan plenamente a su objeto, deben admitir solo aquellas clases de prueba aptas para suministrar un criterio de verdad histórica”.

²⁹ CARRARA, *Derecho penal y procedimiento penal, de opúsculos de derecho criminal*, cita y comentarios tomados del libro de Jaime Vegas Torres, “Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal”, p. 23.

³⁰ *Sociología Criminal*, Madrid, Centro Editorial de Góngora, Tomo 2, pp. 193 y 194.

³¹ Y en este caso, del propio modo que en el derecho penal, aceptando de lleno los progresos realizados por la Escuela Clásica en la fijación de los límites del equilibrio entre el individuo y la sociedad, creemos sin embargo, preciso borrar las exageraciones, poco razonables

inocencia y con ella la regla general —*in dubio pro reo*— tiene un fondo de verdad y hasta es obligatoria “cuando se trata del periodo preparatorio del juicio, o sea del procedimiento de instrucción, y no existen todavía contra el que es objeto de la información más que simples suposiciones o indicios”.

La presunción de inocencia tiene una base positiva innegable: “Esta presunción derivada de la necesidad de considerar a todo ciudadano como honrado mientras no se pruebe lo contrario, goza por ello de una base positiva incontestable. (Comprendiendo entre ellos a los que no son cubiertos), no son más que una escasa minoría en comparación con el número total de gente honrada”.

La presunción debe “valer sólo en lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido para la responsabilidad física del procesado que niega ser el autor del acto incriminado”, y agrega: “[...] pero cuando se trata de un flagrante delito o una confesión del procesado, confirmada por otros datos, esta presunción, que le es favorable, no me parece tener la misma fuerza lógica o jurídica”. La presunción tiene todavía menos fuerza “cuando el procesado no es un delincuente ocasional que sucumbe por primera vez, o el autor supuesto de un acto ilícito ocasional, quien, hablando con más precisión entre los casos de delincuencia evolutiva, sino que es un reincidente, un delincuente de profesión, o bien el hecho en sí mismo, en sus motivos y circunstancias, revela un criminal nato o loco, y, para ser más preciso, el autor de una forma de criminalidad atávica”.³²

7.1.3.1. *Critica a los planteamientos de Ferri*

Se debe afirmar que hay inconsistencias en el planteamiento del Maestro italiano. En efecto, afirmar que la presunción es válida cuando sólo hay indicios, significa negarle al indicio la calidad de prueba y colocarla en una

y contrarias a la necesidad suprema de la defensa social; en el procedimiento penal, afirmando como conquistas irrevocables de la libertad individual las justas garantías aseguradas por el predominio del sistema acusatorio en la organización judicial, estimamos necesario, no obstante cumplir de nuevo nuestra misión de equilibrio entre los derechos del individuo y los de la sociedad, poniendo coto a inaceptables exageraciones. Estas proceden de que la escuela clásica no ha distinguido la criminalidad atávica de la evolutiva, llevando por lo tanto al juicio de todas las formas de delincuencia de extensión de este individualismo.

³² La presunción de inocencia, ilógica cuando es absoluta y no hace distinción alguna, es sólo un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva, de donde surgió en su origen por el procedimiento de momificación y de degeneración de la *reguiaie juris* que ha señalado Salvioli, y no es más que un caso especial de aquel juicio ido-emotivo que Ferrero ponía en la base psicológica de los fenómenos de simbolismo, resolución por la cual el signo y la fórmula, al inmovilizarse, sustituyen a la cosa y a la idea, que contenían primitivamente. Por esta razón, eliminando esta presunción ilógica, en todos los casos y en todos los periodos del juicio en que está en contradicción con la realidad misma de las cosas, se suprimirá todo fundamento a las demás disposiciones procesales que en ella se inspiran y que son verdaderamente contrarias a las razones más claras de justicia y de utilidad social.

hermandad peligrosa con la sospecha. Pero hay algo mucho más grave: Estrecha la noción de presunción de inocencia cuando la pone al servicio de un casuismo que le hace perder la carnadura filosófica que indudablemente tiene. Aún en la flagrancia, la presunción tiene labro que cumplir para justificar el decreto de pruebas, por ejemplo para saber sobre la normalidad o no, de quién se encontraba realizando el hecho, igual acontece con la confesión, etcétera.

Tampoco es la presunción de inocencia, como dice Ferri: “[...] sólo un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva, de donde surgió en su origen por el procedimiento de momificación y de degeneración de las *regulae iuris* que ha señalado Salvioi, y no es más que un caso especial de aquel juicio ideo-emotivo que Ferrero ponía en la base psicológica de los fenómenos de simbolismo, resolución por la cual el signo y la fórmula, al inmovilizarse, sustituyen a la cosa y a la idea que contenían primitivamente”. Todo lo contrario, la presunción de inocencia surge de la realidad, que nos enseña que la regla general es la inocencia, pero además esa experiencia evita que se “fabrique mentalmente la sospecha” e impulsa a investigar si realmente se cometió el delito. Pero esa investigación estará informada por la anticipación de que la persona es inocente, inclusive cuando hacemos operaciones hipotetizadoras, anticipadoras, de muestreo, almacenadoras e integradoras. Más adelante, volveremos sobre este asunto.

7.1.4. MANZINI

“El interés fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, es decir, el de hacer realizable la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculgado”.

Afirma que como la declaración de certeza sobre la culpabilidad de una persona se debe hacer frente a un individuo reconocido como culpable, igualmente esa declaración puede ser negativa, pero ello “no siempre equivale a la declaración de certeza de la inculpabilidad del imputado” (ejemplo: Insuficiencia de pruebas). Afirma Manzini: “De ello se sigue que el proceso penal queda doblemente caracterizado, como medio de tutela del interés social de represión de la delincuencia, y como medio de tutela del interés individual y social de libertad”.

Afirma que las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social relativo a la represión de los delincuentes. Este interés domina naturalmente, sobre el que es una consecuencia de él, el relativo a la libertad individual.

Considera un error afirmar que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia.³³ Con relación a la tutela de la libertad individual, en la concepción de Manzini resulta protegida de contera y en efecto escribe: “Ahora bien, puesto que la finalidad del proceso penal es la de comprobar el fundamento de la pretensión punitiva del Estado, en el caso concreto, y no la de hacerla a toda costa realizable, es natural que, junto a los medios encaminados a declarar la certeza de la culpabilidad, se dispongan otros para evitar el error y la arbitrariedad, y que por tal camino junto al interés represivo, encuentre tutela en el Estado Libre también el interés eventualmente en peligro de la libertad individual”.

Sostiene que es equivocado el concepto que sostiene que el interés protegido por las normas penales en contraposición con el de la represión sea el interés de garantizar la inocencia, en lugar del relativo a la libertad individual.

“No es verdad que el proceso penal certifique siempre la inocencia, si no afirma la culpabilidad”, por ejemplo, entre otros, cuando la culpabilidad queda en duda y se absuelve por insuficiencia de pruebas.

Con relación a la presunción de inocencia, afirma: “Si es erróneo, por tanto, el criterio de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún: “milite” como se dice en jerga forense), a favor del imputado una presunción de inocencia; por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena”.

“Nada más burdamente paradójico e irracional”.

Baste pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instructora y en el hecho mismo de la imputación. Puesto que está última tiene por presupuesto unos suficientes indicios de delincuencia (artículo 74, segundo párrafo, 78, 252, 374) debería ella constituir, por lo menor, una presunción de culpabilidad. ¿Cómo admitir entonces que equivalga, en cambio, a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia? Por lo demás, la práctica de los juicios ha hecho y va haciendo justicia sumaria de tan extraño absurdo excogitado en Francia, donde, la aparente genialidad o perspicuidad de una frase expresiva se sacrifica gustosamente la exacta noción de la esencia íntima de las cosas. Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido: ¿por qué entonces proceder contra él? Dice: ahora bien, ¿se querrá admitir que la experiencia histórica colectiva

³³ Escribe: “La pseudo democracia de tipo francés, superficial, gárrula y confusionista en todo, ha cometido también aquí el desacierto de enturbiar los conceptos afirmando que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia o que ella se asocia a la represión de la delincuencia (finalidades jurídicas), agregando también la intención (finalidad política) de dar al pruébalo la garantía de la exclusión del error y de la arbitrariedad. Pero de este modo, se confunde la finalidad con los medios suministrados para conseguirla”.

enseñe que la mayor parte de los imputados sean inocentes? Y, además, ¿de qué inocencia se trata? ¿Se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente a él? ¿O lo uno o lo otro a la vez? Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias?, ¿por qué no abolir la detención preventiva?, ¿por qué no se admite al imputado a que se constituya en parte civil contra el querellante o el denunciante, injustos perseguidores presuntos de un presunto inocente?

Afirma que “las presunciones, por lo demás, son medios de prueba indirecta por los que se llega a un determinado convencimiento, absoluto o relativo, sobre la base de la experiencia común”.

Afirma finalmente, con relación a la presunción de inocencia:

...La indicada presunción de inocencia no es justificable siquiera ni aún como correlativo de la obligación de probar la acusación que incumbe al acusador, ya porque de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, toda vez que la acusación misma está ya en parte probada por indicios, que determinaron la imputación, ya porque la prueba de la delincuencia pueda adquirirse por iniciativa del juez, ya, en fin, porque normalmente ocurre que el imputado mismo trate de probar su propia inocencia a fin de destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad sobre los que se levanta la imputación.

Finalmente, si se le preguntara a Manzini cuál es la verdadera condición del imputado, entonces nos diría:

Nuestro derecho procesal penal tutela el interés relativo a la libertad del imputado sin ninguna presunción o ficción.

Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado como penalmente responsable y, por tanto, o se le debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta. Y esto no equivale precisamente a decir que, antes de la condena, se haya de presumir su inocencia hasta prueba en contrario. El no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede equivaler a presumir en él la inocencia. Lo que hemos dicho está consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución, el cual no establece presunción alguna de inocencia, sino que se limita a declarar, como es natural, el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva.

7.1.4.1. *Crítica a los planteamientos de Manzini*

Es cierto que durante el trámite del proceso debe señorear una presunción de inocencia a favor del vinculado. Ese señorío evita por ejemplo que el fiscal, juez o el Ministerio Público, según sea el caso, “capturen una prueba” y se dejen seducir sin que cumpla el derecho de contradicción por considerar inútil tal formalidad frente a la aparente evidencia del hecho que muestra la prueba y que frente a ese criterio petrificado ni siquiera decreten

las pruebas pedidas por el encartado. La presunción de inocencia obliga a su decreto y práctica.

Como muy bien resolvió la Corte Constitucional frente al siguiente caso:

De las versiones rendidas por los involucrados en el proceso, se deducen dos versiones de los hechos. La primera de ellas, presentada por la policía, sostiene que X y sus amigos eran los propietarios del cargamento de marihuana incautado, de acuerdo con el número de teléfono informado por el conductor del camión que transportaba el estupefaciente y que corresponde al apartamento de sus propietarios. La versión del arquitecto O, en cambio, pone de presente su desconocimiento de los hechos relacionados con el cargamento ilícito y hace énfasis en el propósito estrictamente profesional de su visita al apartamento del señor C. Cita que fue concertada por terceros no inculpado en el caso.

La tarea de dilucidar la verdad oculta tras estas versiones contradictorias debe pasar por la realización de ciertas pruebas, entre las cuales, la citación de los testigos mencionados por el demandado, resulta necesaria e ineludible. Las declaraciones del señor RP y la señora LG aparecen, en este contexto, como prueba útiles y conducentes a verificar la certeza o falsedad de lo dicho por el señor O. Esto no quiere decir, desde luego, que con ello necesariamente se logre el completo esclarecimiento de lo sucedido. Simplemente se constata la probabilidad razonable de que lo uno sirva para lo otro y ello debe ser suficiente para que la prueba sea decretada. Los testimonios solicitados, en consecuencia, no pueden ser considerados como pruebas inconducentes o impertinentes, únicas razones que habrían facultado al fiscal para rechazarla, tal como el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal” (S.T.055 Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él? Precisamente porque esa presunción admite prueba en contrario. Sería absurdo proceder si el razonamiento del legislador fuese indestructible.

Por otra parte, se puede decir que la doctrina mayoritaria se inclina por sostener que de ninguna manera las presunciones son medios de prueba, sino razonamientos.

Cuando Manzini pregunta: ahora bien, ¿se querrá admitir que la experiencia histórica colectiva enseñe que la mayor parte de los imputados sean inocentes? La pregunta de Manzini hay que hacerla con respeto a todos los individuos.³⁴ ¿Todos los hombres delinquen? ¿La mayoría de los hombres

³⁴ En su extraordinaria obra *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal* (Bosch, Asa Editorial, Barcelona, 1984), sostiene José Luis Vasquez Sotelo: “En contra de Bettiol hay que señalar que cuando en una norma constitucional o en un pacto internacional se establece que: “se presume a los ciudadanos como inocentes, mientras no se demuestre lo contrario” (que eso es lo que en definitiva supone la llamada presunción de inocencia), la realidad que se toma en cuenta no es el círculo (reducido) de los ciudadanos procesados acusados ante los órganos jurisdiccionales (la mayoría de los cuales —dice Bettiol— acaban siendo culpables, por donde habría que presumir lo contrario de la inocencia), sino que la realidad

delinquen? Como la respuesta es negativa, eso significa que la presunción está construida sobre una realidad.

8. OPINIÓN O CRITERIO:

La presunción de inocencia se construyó:

- a) Empleando el método inductivo (experimental), se observa lo que casi siempre ocurre. En el caso que nos ocupa, la experiencia, la observación demuestra que la mayoría de los hombres no delinquen.
- b) El hombre termina inclusive su formación física fuera del vientre materno en relación con el ambiente y con los demás hombres, que por regla general no delinquen, eso significa que recibe una formación de la mayoría para no delinquir.
- c) Luego, resulta fácil concluir, que si lo normal es que el hombre no delinca, se debe tener como construida la sospecha.
- d) Como no es posible construir una presunción “inmaculada”, sin contaminación “ideológica”, esta presunción corresponde a una concreción de la ideología para detener los “vértigos” represivos, justificados en una supuesta defensa del interés social en perseguir al delincuente.

9. MOMENTOS ESTÁTICOS Y DINÁMICOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

9.1. MOMENTO ESTÁTICO

El hombre se ha creado un mundo aparte del resto de los animales y una de las múltiples consecuencias de esa creación es exigir que se le tenga como inocente, que se le repunte como tal. Merece ser mirado como hombre sin mácula. Parte del talante del hombre se finca en la creencia de ser mirado en esa forma.

El hombre antes de ser encartado goza de su presunción de inocencia como una especie de trono no disputado. No se requiere darle tonalidad a la presunción, porque sería innecesaria (la presunción de inocencia es algo “virtual”).

que es la que se contempla de los ciudadanos todos, la inmensa mayoría de los cuales es inocente, siendo los culpables de algún hecho delictivo una parte insignificante y mínima del conjunto o comunidad de ciudadanos. A esta es la realidad que se refiere y en la que piensa el autor de la Constitución o de la Convención Europea de derechos humanos lo que explica que no haya inconveniente en atribuir inicialmente la inocencia al ciudadano sospechoso y acusado de un delito, porque la inmensa mayoría de sus conciudadanos son efectivamente inocentes” (p. 270).

9.2. MOMENTO DINÁMICO

Cuando cualquier ciudadano es encartado, la presunción se revela, se muestra con la tonalidad para exigir el respeto por su autoridad y en ejercicio de esa autoridad se derivan consecuencias que inmediatamente estudiaremos.

9.2.1. A PRESENTAR PRUEBAS Y A CONTROVERTIR LAS QUE SE ALLEGUEN EN SU CONTRA

Más aún, en el caso de Colombia, el Fiscal, a diferencia de otras latitudes, es juez y por tanto ejerce imperio la investigación integral. En efecto, el inciso final del artículo 250 de la Constitución Nacional, lo consagra (la Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten). Los artículos 249 y 333 del Código de Procedimiento Penal, apuntan en ese mismo sentido.

La prueba en materia penal, sobre todo en el caso de Colombia, debe ser una especie de documento de trabajo que debe ser sometido a la discusión de los sujetos procesales,³⁵ para que salga inmaculada y pueda ser apreciada. En efecto, ha dicho la Corte Constitucional:

La investigación y el descubrimiento de la verdad suponen la puesta en tela de juicio de elementos fácticos y normativos que integran el proceso y en consecuencia, presuponen el debate y la confrontación entre las diferentes versiones y partes. El proceso no puede ser concebido como una serie de pasos encaminados a la demostración de una hipótesis planteada por el fiscal o juez. Así se eliminaría su connatural elemento dialéctico, cuya presencia activa en todas sus fases, asegura que la verdad real aflore a partir de la controversia.

De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio.

9.2.2. ASISTENCIA LETRADA

Dice el artículo 29 de la Constitución Nacional:

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio [...]

Donde esa asistencia es más sensible e importante es por sobre todo en la práctica y contradicción de los medios probatorios, que son los que traen al proceso los hechos. ciertamente, la culpabilidad del acusado no es en rigor, objeto de prueba, objeto de prueba son los hechos. La "culpabilidad" no es un hecho, sino un concepto jurídico.³⁶

³⁵ S.T.-055, ya citada.

³⁶ VEGAS TORRES, *op. cit.*, p. 42

9.2.3. EL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí misma o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

9.2.4. EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Establece: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley...”. Está exceptuado en el caso de delito flagrante, como lo consagra el artículo 32 de la Constitución Nacional: “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al morador”.

9.2.5. CON RELACIÓN AL RECAUDO DE LA PRUEBA

Igualmente, con relación al recaudo de la prueba se debe tener en cuenta el artículo 12 de la Constitución Nacional, en el sentido de que nadie puede ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. La prueba recaudada con este tipo de tratos, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Nacional, inciso final, es nula de pleno derecho.

9.2.6. CON RELACIÓN AL RECAUDO DE LA PRUEBA Y TENIENDO COMO MIRA EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Se debe tener en cuenta el artículo 15 de la Constitución Nacional. Con relación por ejemplo a la correspondencia y demás formas de comunicación privada se establece que son inviolables. “Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.”

“Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

10. MÉXICO-PERÚ

El Derecho Constitucional a la presunción de inocencia, así como su relación con los demás derechos constitucionales, es analizado por Hesper Benavente Chorres, de la siguiente manera:³⁷

RESUMEN: El presente estudio consiste, en primer lugar, en el análisis del derecho constitucional a la presunción de inocencia y el trato que recibe en los sistemas jurídicos de Perú y México. Para ello, se ha tomado en cuenta lo regulado en la Constitución Política de los citados países, su regulación en las leyes secundarias, su análisis en la jurisprudencia y doctrina tanto peruana como mexicana. En segundo lugar, se ha planteado la relación entre la presunción de inocencia con otros derechos constitucionales: libertad, honor, propiedad y a un juicio previo; donde señalamos la presencia en los países antes citados de ciertas figuras en el ámbito del proceso penal que flexibilizan y ponen en peligro los mencionados derechos constitucionales; por lo que, el legislador debe tomar las medidas de corrección respectivas.

El proceso penal se construye sobre la presunción de inocencia del infractor que conlleva una presunción de falsedad de lo denunciado por la víctima, por lo que conviene recordar que el proceso debería ser un diálogo, que intentara integrar las distintas verdades.³⁸

I. Introducción

En la actualidad, se aprecia un continuo desarrollo del Derecho constitucional, concretamente en el ámbito de los derechos constitucionales.³⁹ Frente a ello, el objetivo del presente estudio es analizar, en concreto, el derecho a la presunción de inocencia y su relación con otros derechos constitucionales como por ejemplo la libertad personal, el honor, la propiedad y a un juicio previo.

Sin embargo, por las características del presente trabajo, de corte comparativo, se analizará, por un lado, el trato que en el Perú se le da al derecho a la presunción de inocencia, debiéndose recordar que el Perú, por mandato del artículo 43º de la Constitución Política peruana de 1993, es un Estado unitario, lo cual implica un solo centro de poder político que extiende su accionar a lo largo de todo el territorio de la república, mediante sus agentes y autoridades locales, delegadas de ese mismo poder central;⁴⁰ además cuenta con una sola Constitución Política que rige en todo el país y a la cual se hayan sometidas todas las autoridades y habitantes del mismo.

³⁷ BENAVENTE CHORRES, Hesper, "El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales", *Estudios Constitucionales*, Año 7. Núm. 1, 2009, pp. 59-89.

³⁸ Cita de Manuela Carmena, *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, Gema, La mediación reparadora como estrategia de control social; una perspectiva criminológica (Comares, Granada), 1998, p. 180.

³⁹ Por ejemplo, en el caso peruano, se tiene el reconocimiento al denominado derecho constitucional a la verdad, a raíz de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Páez vs Perú.

⁴⁰ Además cuenta con un solo poder legislativo que legisla para todo el país, un poder judicial, que aplica el derecho vigente a todo el territorio del Estado y que en su seno se establece una Corte Suprema de Justicia, la cual tiene jurisdicción a nivel nacional, un solo poder ejecutivo.

Por otro lado, estudiaremos la experiencia mexicana con relación a la presunción de inocencia, debiéndose recordar que en México su sistema político-jurídico es el federal,⁴¹ el cual, y en torno al tema que nos ocupa, exige el estudio tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como aquellas dictadas por las entidades federativas (a excepción del Distrito Federal, la cual no cuenta con una Constitución Política).

Asimismo, este estudio comparativo viene precedido por nuestra toma de postura sobre el concepto y contenido del derecho a la presunción de inocencia, que nos permitirá luego relacionarlo con otros derechos constitucionales. Finalmente, y como excursio del presente trabajo, se realizará una reflexión en torno a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidas a la materia que nos ocupa.

[...]

3.1. LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En lo que respecta a México, el derecho a la presunción de inocencia, a pesar que ha sido mencionado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina mexicana, no se encontraba previsto en alguna norma de Derecho Penal o de procesal penal, y menos aún a nivel constitucional; solamente estaba señalado en aquellos instrumentos internacionales suscritos por México.

Esta situación conllevó que, en los textos adjetivos tanto a nivel federal como de las entidades federales, se exija al Ministerio Público que, para ejercer la acción penal, haya acreditado “plenamente” la existencia del cuerpo del delito —que vendría ser los elementos del tipo penal—, así como la responsabilidad del imputado o indiciado.⁴²

Y esta acreditación plena tenía como marco la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que en varios de sus artículos establecía la acreditación del cuerpo del delito y la responsabilidad del indiciado —así, por ejemplo, lo establecía el artículo 16º constitucional en torno a los requisitos para que el juez expida orden de aprehensión—.

Es decir, aún antes del dictado de una sentencia firme, el Ministerio Público y el Juez, realizaban sus actos procesales a sabiendas que el ilícito penal, materia de proceso, ya estaba acreditado, así como la responsabilidad del imputado. En efecto, solamente con la presencia de actos o diligencias

⁴¹ Sobre el “federalismo mexicano”, consúltese los siguientes textos: CÁRDENAS GARCÍA, Jaime (2004); México:

A la luz de los modelos federales (*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No 110, México D.F.), pp. 479-510. CARMAGNANI, Marcello (1993): *Federalismos Latinoamericanos* (Fondo de Cultura Económica, México D.F.), pp. 135-137.

⁴² Como ejemplo, tenemos los aún vigentes, artículo 134º del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

de investigación, y por imperio de la ley, y se prejuizaba la comisión de un delito y la responsabilidad del indiciado.

Sin embargo, esta situación cambia a raíz de la reforma a la Constitución Federal, 19 de junio del 2008.⁴³ “En efecto, se reformó el artículo 20º constitucional, inciso..., fracción I, donde se reemplaza la figura de la libertad provisional bajo caución⁴⁴ por el derecho a la presunción de inocencia.⁴⁵

Ello originó la modificación de todos los artículos de la Constitución Federal que, para la procedencia de una determinada figura procesal, exigían la acreditación plena del cuerpo del delito y la responsabilidad del indiciado.

Asimismo, conlleva la adecuación de los códigos de procedimientos penales tanto federal como de las entidades federativas al nuevo marco constitucional; siendo los primero en responder a este llamado los códigos de Oaxaca,⁴⁶ Chihuahua⁴⁷ y el recientemente publicado Código de Procedi-

⁴³ A raíz de esta reforma, se adopta el modelo acusatorio con tendencia a lo adversarial, así como se establece la etapa de juicio oral —inexistente en México— como fase central del nuevo proceso penal. Asimismo, se establecen determinadas medidas para la lucha contra la delincuencia organizado; se reestructura el sistema penitenciario, así como, la justicia juvenil; igualmente, se reformulan los principios y derechos de los sujetos procesales en torno al nuevo modelo adoptado.

⁴⁴ Artículo 20º, inciso B, fracción I, texto anterior: “Inmediatamente que lo solicitó, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, con riesgo para el ofendido o para la sociedad”.

⁴⁵ Artículo 20º, inciso B, fracción I, texto reformado: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

⁴⁶ Artículo 5º: “El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado. En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad. Ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable, ni brindar información sobre ella en ese sentido, hasta la sentencia condenatoria. En los casos de quienes se encuentren sustraídos de la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial. El Juez o el Tribunal limitará por auto fundado y motivado la intervención de los medios de comunicación masiva, cuando la difusión pueda perjudicar el normal desarrollo del proceso o exceda los límites del derecho a recibir información”.

⁴⁷ Artículo 5º: “El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado. En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad. Ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable, ni brindar información sobre ella en ese sentido, hasta la sentencia condenatoria. En los casos de quienes se encuentren sustraídos de la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos indispensables para

mientos Penales del Estado de México⁴⁸ (promulgada el 9 de febrero del 2009 y que entrará en vigencia, en forma progresiva, el primero de agosto de los corrientes).

Ahora bien, una situación paradójica ocurre en el Derecho constitucional de las entidades federativas mexicanas. En efecto, en el federalismo mexicano, cada uno de los Estados, a excepción del Distrito Federal, puede contar, además de la Constitución Federal, de una propia, interna o estatal carta magna; cuyas cláusulas no deben ser incompatibles al texto federal.

Frente a ello, las entidades federativas lo que han optado es por legislar, en sus constituciones, aquellas figuras no contempladas en la federal pero que no se la oponen, así como, desarrollar o dotarle de una mayor contenido a aquellas que si están reguladas en la Constitución Federal.

En ese sentido, en lo que respecta al derecho constitucional a la presunción de inocencia, las entidades federativas no lo han regulado en sus constituciones y por el contrario han apelado a la figura denominada: cláusula genérica, como el que encontramos, por ejemplo, en el artículo 5º de la Constitución Política del Estado de México: “En el Estado de México todos los individuos son iguales y tienen las libertades, derechos y garantías que la Constitución Federal, esta Constitución y las leyes del Estado establecen”.

Igualmente encontramos esta cláusula en las siguientes Constituciones:

su aprehensión por orden judicial. El Juez o el Tribunal limitará por auto fundado y motivado la intervención de los medios de comunicación masiva, cuando la difusión pueda perjudicar el normal desarrollo del proceso o exceda los límites del derecho a recibir información”.

Artículo 6º: “El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en éste código.

En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

Ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido hasta la sentencia condenatoria.

En los casos de quienes se encuentren sustraídos por la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

El juez o el tribunal limitará la intervención de los medios de comunicación masiva cuando la difusión pueda perjudicar el normal desarrollo del proceso o exceda los límites del derecho a recibir información”.

⁴⁸ Artículo 6.º: “El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en éste código.

En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

Ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido hasta la sentencia condenatoria.

En los casos de quienes se encuentren sustraídos por la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

El juez o el tribunal limitará la intervención de los medios de comunicación masiva cuando la difusión pueda perjudicar el normal desarrollo del proceso o exceda los límites del derecho a recibir información”.

Artículo 2º de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes: “Todo individuo gozará en el Estado de las garantías que otorga la Constitución Federal y tendrá los derechos y obligaciones establecidas por las leyes locales”.

Artículo 7º de la Constitución Política del Estado de Baja California: “El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución”.

Artículo 7º de la Constitución Política del Estado de Baja California Sur: “En el Estado de Baja California Sur todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución General de la República, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Igual protección asume respecto de los derechos fundamentales que, en ejercicio de su soberanía, consagra en este cuerpo Constitucional”.

Artículo 6º de la Constitución Política del Estado de Campeche: “Además de lo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe sobre derechos garantizados para los habitantes de la República, los del Estado de Campeche gozarán de los demás derechos que la presente Constitución les otorga”.

Artículo 7º de la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza: “Todos los que habiten o residan, así sea accidentalmente en el territorio de Coahuila, gozan de las garantías que otorga la Constitución General de la República y que confirma la presente”.

Artículo 1º de la Constitución Política del Estado de Colima: “El Estado de Colima reconoce, protege y garantiza a toda persona, el goce de sus derechos consignados en la Constitución General de la República y los establecidos en esta Constitución”

Artículo 4º de la Constitución Política del Estado de Chiapas: “Toda persona gozará de las garantías individuales y sociales que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que la presente Constitución reitera; garantías que no podrán restringirse o suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la primera de dichas constituciones establece”.

Artículo 4º de la Constitución Política del Estado de Chihuahua: “En el Estado de Chihuahua, toda persona gozará de los derechos que establecen esta Constitución y la Federal”.

Artículo 1º de la Constitución Política del Estado de Durango: “En el Estado de Durango todas las personas gozan de los derechos públicos individuales y de los derechos públicos sociales que la Constitución Federal les

otorga, los que no podrán suspenderse ni restringirse si no en los casos y condiciones previstos en la misma, disfrutan además de las garantías que esta Constitución establece”.

Artículo 1º de la Constitución Política del Estado de Guanajuato: “En el Estado de Guanajuato todas las personas gozan de la protección que les otorgan las garantías establecidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por esta Constitución y sus Leyes Reglamentarias”.

Artículo 1º de la Constitución Política del Estado de Guerrero: “En el Estado de Guerrero toda persona gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de las señaladas en la presente Constitución”.

Artículo 4º de la Constitución Política del Estado de Hidalgo: “En el Estado de Hidalgo, todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que ella misma establece”.

Artículo 4º de la Constitución Política del Estado de Jalisco: “Toda persona, por el solo hecho de encontrarse en el territorio del Estado de Jalisco, gozará de los derechos que establece esta Constitución, siendo obligación fundamental de las autoridades salvaguardar su cumplimiento.

Se reconocen como derecho de los individuos que se encuentren en el territorio del Estado de Jalisco, los que se enuncian en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en los tratados, convenciones o acuerdos internacionales que el Gobierno Federal haya firmado o de los que celebre o forme parte”.

Artículo 1º de la Constitución Política del Estado de Michoacán: “En el Estado de Michoacán de Ocampo todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los demás derechos establecidos en esta Constitución y en las leyes que de ambas emanen”.

Artículo 2º de la Constitución Política del Estado de Morelos: “El Estado de Morelos reconoce y asegura a todos sus habitantes, el goce de las garantías individuales y sociales contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la presente Constitución y, acorde con su tradición libertaria, declara de interés público la aplicación de los artículos 27 y 123 de la Constitución Fundamental de la República y de su legislación derivada”.

Artículo 7º, fracción X de la Constitución Política del Estado de Nayarit: “Los demás derechos a que se refiere el Título primero, Capítulo I, de la Constitución General”.

Artículo 2º de la Constitución Política del Estado de Querétaro: “Además de los derechos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Estado de Querétaro toda persona, por el sólo hecho de encontrarse en su territorio, gozará de los que establece esta Constitución, siendo obligación fundamental de las autoridades salvaguardar su cumplimiento”.

Artículo 12º de la Constitución Política del Estado de Quintana Roo: “El Estado de Quintana Roo asegura para sus habitantes el goce irrestricto de las garantías individuales y sociales consignadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Igual asume respecto de los derechos fundamentales que, en ejercicio de su soberanía, consagra esta Constitución”.

Artículo 7º de la Constitución Política del Estado de San Luís de Potosí: “En el Estado de San Luís Potosí la protección de los derechos de sus habitantes y la permanente búsqueda del interés público son la base y objeto de las instituciones políticas y sociales.

Para la convivencia armónica de sus habitantes, queda asegurado el goce irrestricto de todas las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las que el Estado adopta como propias. Las autoridades estatales y municipales deberán respetar y hacer respetar tanto dichas garantías como los derechos humanos, conforme lo dispongan las leyes reglamentarias y ordinarias respectivas.

Artículo 1º de la Constitución Política del Estado de Sonora: “Los Derechos del Hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En el Estado de Sonora todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia las autoridades, los funcionarios y empleados del Estado y Municipios tienen la ineludible obligación de respetar y hacer respetar en la órbita de sus facultades dichas garantías y las prerrogativas que ésta Constitución Local concede.

Artículo 21º de la Constitución Política del Estado de Zacatecas: “En el Estado de Zacatecas todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los derechos establecidos por la Constitución Política del Estado y las leyes que de ellas emanen, cuya vigencia no podrá suspenderse ni restringirse sino en los casos y mediante los procedimientos que los respectivos ordenamientos determinen”.

Esta situación, no invalida el actual tratamiento legislativo a la presunción de inocencia, dado que, basta que esté presente en la Constitución Federal como en los instrumentos internacionales suscritos por México, para que cada uno de los estados adecue el proceso penal al marco de este derecho constitucional.

En ese orden de ideas, a raíz de la reforma a la Constitución Federal del 19 de junio del 2008, se le ha dado una mayor potencialidad a la presunción de inocencia, al establecerse lo siguiente:

El Ministerio Público al momento de ejercer la acción penal contra el imputado y consignarlo ante el Juzgado penal respectivo (a fin que expida el respectivo auto de inicio de instrucción, denominado auto de radicación o cabezada de proceso), estaba, antes de la reforma constitucional, obligado a presentar los medios probatorios que demostrasen plenamente que estaban acreditados los elementos del cuerpo del delito (esto es, el tipo penal) y la responsabilidad del imputado. Obviamente, tal exigencia reñía con el sentido de la presunción de inocencia, dado que, la responsabilidad penal del imputado no se puede establecer por actos de investigación, menos aún realizados en sede pre-jurisdiccional; por el contrario, y vinculado con el derecho constitucional a un juicio previo, requiere la realización de un juzgamiento ante el órgano jurisdiccional, donde por la práctica de la prueba, regida por los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, se pueda establecer que ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia. Frente a ello, la reforma constitucional, en concreto al artículo 16º, establece que solamente el representante del Ministerio Público debe contar con indicios que a él le cause convicción de la presencia de un hecho delictivo y la presunta responsabilidad del imputado, y sobre la base de esa convicción ejercer la acción penal y solicitar el dictado de medidas coercitivas (como por ejemplo, la orden de aprehensión), a fin que tenga conocimiento el órgano jurisdiccional y posibilitar el inicio del respectivo proceso penal.

Artículo 16. “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. [...]”.

Antes el imputado sólo podía ofrecer como testigos a favor a aquellos presentes en el momento que se produjeron los hechos. Aquí también se ve un debilitamiento tanto a la presunción de inocencia del imputado como al ejercicio de su derecho de defensa, al limitársele sus órganos de prueba a los denominados: testigos presenciales, no permitiéndosele presentar otro tipo de testigos (como los referenciales o de oídas, válidos en la mayoría de sistemas de justicia penal). Sin embargo, a raíz de la reforma constitucional al artículo 20, literal B), Fracción IV), se ha eliminado la exigencia que las personas cuyo testimonio se solicite deben haber estado en el lugar de los hechos. Esta eliminación es correcta, porque, como se indicó, el testigo no

solamente es aquel que ha visto o percibido por sus sentidos los hechos materia de proceso, sino también el que ha tenido conocimiento del mismo a pesar que no lo ha presencia; es el caso del testigo de oídas o referencial.

El anterior artículo 20º, literal b), fracción VIII) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permitía que el imputado se defendiese a través de una “persona de confianza”, que con frecuencia era un “coyote” o litigante sin licencia, que propiciaba la corrupción. Ahora, con la reforma constitucional el imputado tiene derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención; mejorándose, de esta manera, la calidad de la defensa técnica que a la postre guarda relación con el derecho a la presunción de inocencia.

El reformado artículo 20º constitucional, literal b), Fracción IV) señala que el imputado tiene derecho a que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley, se está refiriendo al derecho de probar. Según el reformado artículo 20º constitucional, literal b), fracción VIII), el imputado tiene derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso, desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos de proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

Esta figura no se encontraba regulada en la Constitución de 1933.

Por otro lado, y en lo que respecta al Perú, en sus dos últimas constituciones se ha mencionado el derecho a la presunción de inocencia.

En ese sentido, el artículo 2º, inciso 20), letra F) de la Constitución Política del Perú de 1979, establecía que: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Idéntico texto lo encontramos en la vigente Constitución de 1993, en su artículo 2º, inciso 24, letra E).

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la presunción de inocencia significa que nadie puede ser condenado por un delito “mientras que no se establezca plenamente su culpabilidad...”. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, al comentar el Art. 14 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, observó que “en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el derecho de la duda”. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable —dice un comentario del Comité—.

Asimismo, el Perú se encuentra vinculado al respeto de la presunción de inocencia a raíz de los instrumentos internacionales que ha suscrito, como por ejemplo la Convención Americana, que en su artículo 8º, inciso

2) establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por otro lado, y aunque se verá en el último punto del presente estudio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.

Como se puede apreciar, el derecho a la presunción de inocencia tuvo una mayor tradición legislativa en Perú que en México. Asimismo, tampoco en el Perú se ha presentado la coexistencia de una Constitución Federal con las de las entidades federativas, que si está presente en México.

Además, el Perú, por presentar una data legislativa mayor que México, los códigos de procedimientos penales que han estado vigentes durante las constituciones de 1979 y 1993, han regulado el derecho a la presunción de inocencia.⁴⁹ México recién está en un proceso de adecuación de los códigos de procedimientos penales de las entidades federativas al nuevo marco constitucional, producto de la reforma del 19 de Junio del 2008.

Sin embargo, en la actualidad, en ambos países y por imperio Constitucional, toda persona debe ser considerada inocente desde el primer momento que ingresa al foco de atención de las normas procesales, debiendo conservar su estado natural de libertad, con algunas restricciones propias de la investigación, hasta que mediante una sentencia se declare su culpabilidad.

3.2. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En lo que respecta a México, se indicó que, a pesar que la recepción legislativa del derecho a la presunción de inocencia es reciente, ello no ha sido impedimento alguno para que él mismo presente un desarrollo jurisprudencial.

Sin embargo, antes de ingresar al tratamiento jurisprudencial dispensado a esta figura en México, es menester establecer que, en aquel país, el más alto órgano jurisdiccional es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, si bien desempeña sus funciones en el fuero federal, sus decisiones también son consultadas y aplicadas por los órganos jurisdiccionales de cada entidad federativa.

Asimismo, las decisiones que emite la Suprema Corte se clasifican en dos: a) tesis aislada y, b) jurisprudencia; siendo esta última la que detenta

⁴⁹ Nos estamos refiriendo al Código Procesal Penal de 1991, así como el del 2004.

carácter vinculante; es decir, el de ser un precedente de obligatoria observancia, hasta que, se interrumpa su vigencia o sea modificada por una nueva; en ambos casos, por la Suprema Corte.

Ahora bien, en el caso de la presunción de inocencia, la Suprema Corte, a lo largo de su historia, solamente ha emitido tres jurisprudencias, las cuales son:⁵⁰

Si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia implica que no puede sancionarse a una persona hasta en tanto se desahoguen las pruebas conducentes que demuestren su culpabilidad, también lo es que no opera tratándose del aseguramiento momentáneo a que se refiere el artículo 55 de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal, en términos del cual el policía en servicio debe detener y presentar a la persona ante el Juez cuando sea informado de la comisión de una infracción inmediatamente después de que hubiese sido realizada o se encuentre en poder del presunto infractor el objeto o instrumento, huella o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en la infracción, siendo hasta el inicio de procedimiento correspondiente cuando surge el deber de respetar el principio señalado, ya que antes sólo se está frente a un acto policial que atiende a una necesidad y urgencia, pero que no se traduce en una declaratoria de culpabilidad del probable infractor. Además, conforme al artículo 55 aludido, el policía en servicio debe detener y presentar al probable infractor inmediatamente ante la autoridad competente, de tal suerte que la detención no queda al solo arbitrio del policía, pues se exige que esté en servicio y que se actualicen los supuestos de la norma para que proceda el aseguramiento como medida preventiva.⁵¹

Como se puede apreciar esta jurisprudencia, en cierta forma, aborda la relación entre el derecho a la presunción de inocencia y la detención policial. En ese orden de ideas, resuelve el dilema amparándose al acto policial que atiende a una necesidad y urgencia, pero que no se traduce en una declaratoria de culpabilidad del probable infractor. Por otro lado, las razones de necesidad y urgencia no son otras que las situaciones de flagrancia delictiva, la orden judicial de aprehensión o bien la orden de Ministerio Público sometida, posteriormente, a un juicio de convalidación por parte del juzgador.

“La circunstancia de que determinados principios como los de debido proceso legal y presunción de inocencia no sólo estén consagrados en la Constitución Federal, sino también en tratados internacionales, no significa que no pueda justificarse una sentencia de condena o que todo acto de au-

⁵⁰ Asimismo, se cuenta con 21 tesis aisladas.

⁵¹ Acción de inconstitucionalidad 21/2004. Diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 26 de abril de 2007. Mayoría de nueve votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco.

⁵² El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, con el número 112/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

toridad que afecte los intereses del procesado, como su libertad, trastoquen dichos principios. Por el contrario, lo que en ellos se establece es la condicionante de que dicha afectación al quejoso, en su caso, se vea justificada por la constatación de haberse observado o cumplido los requisitos que la propia le contempla para que esa afectación quede enmarcada dentro de la legalidad en aras del interés público que es inherente al proceso penal y, en general, a la persecución de los delitos. Luego, si se obtiene que el sentido del fallo se justifica por haberse cumplido los requisitos legales exigidos por el caso y con base en la normatividad aplicable, resulta obvio que no se transgreden los principios aludidos y consagrados en la Constitución ni, por ende, los posibles tratados que igualmente los reconocieran.⁵²

En esta jurisprudencia, la Suprema Corte ha establecido la importancia del contenido y motivación de una sentencia condenatoria, la cual, si observa lo estipulado en las normas legales, no se vería afectado el derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, también es de resaltar que se menciona la entonces falta de regulación constitucional de esta figura, pero que, ello no impide su reconocimiento en el sistema jurídico mexicano en virtud a los instrumentos internacionales que el país del norte ha suscrito.

Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corrobo-

⁵² Jurisprudencia emitida en virtud de los siguientes amparos. Amparo directo 470/2004. 21 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega. Amparo directo 283/2005. 8 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Omar Fuentes Cerdán. Amparo directo 566/2005. 24 de noviembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Roberto Antonio Domínguez Muñoz. Amparo directo 612/2005. 17 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega. Amparo directo 9/2006. 17 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Omar Fuentes Cerdán.

Jurisprudencia emitida en virtud de los siguientes amparos: Amparo directo 533/2004. 7 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Eneidino Sánchez Zepeda. Amparo directo 526/2004. 18 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Evaristo Coria Martínez. Secretario: Rolando Fimbres Molina. Amparo directo 567/2004. 16 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Hugo Reyes Rodríguez. Amparo directo 168/2005. 16 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretaria: Francisca Célida García Peralta. Amparo directo 531/2004. 6 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Hugo Reyes Rodríguez.

rada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficientes la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo.

En esta interesante jurisprudencia se ha establecido que el imputado no podrá cuestionar un fallo condenatorio como contraviniente a la presunción de inocencia, cuando ha existido pruebas de cargo y el imputado y su abogado defensor no han aportado elementos probatorios que las enerven. Ello es importante, porque, como estrategia, la defensa no puede detentar un rol pasivo durante el juzgamiento, dejando que el Ministerio Público sea la única parte quien ofrezca y desahoguen sus pruebas, so pretexto que no necesita hacer nada por imperio de la presunción de inocencia.

Por otro lado, también en el Perú se ha dado un tratamiento jurisprudencial a la presunción de inocencia, ya sea por los órganos que constituyen el Poder Judicial, así como por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, las decisiones jurisprudenciales son vinculantes en el Perú cuando son emitidas por las salas penales de la Corte suprema, así como, por el Tribunal Constitucional, siempre y cuando, expresamente se indique tal condición.

Frente a ello, nos vamos a referir al Tribunal Constitucional, quien en el Perú es el supremo intérprete de la Constitución. En ese orden de ideas, la presunción de inocencia es:

a) *Un derecho fundamental y una presunción iuris tantum.* El derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción iuris tantum, implica que a todo procesal se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación de proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva.⁵³

Al respecto, como se indicó en otro lugar, el proceso penal es el marco para la discusión (mejor transformación) de un conflicto de intereses generado por la comisión de un ilícito penal, donde los actores (a excepción del imparcial juez) tienen sus propios objetivos, expectativas de las resultas del proceso penal, que, por lo general, se contraponen a los de su contraparte. Sin embargo, la discusión del conflicto penal no puede realizarse sin la observancia de principios y garantías, que son irrevocables; entre ellos, la presunción de inocencia.

En esa línea, el proceso no es como liberalmente se concibió mero instrumento de aplicación de la ley para la decisión de un litigio sino esencial e indispensable articulación de imperativos jurídico-fundamentales, condi-

⁵³ SCT 0618-2005-PHC/TC, FF.JJ. 21 y 22.

cionantes y determinantes del desarrollo de la potestad jurisdiccional y de la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva.⁵⁴

Y uno de esos imperativos es que la expectativa de sanción no se materialice a expensas de cualquier persona. La imputación de cargos penales sólo debe ser expresión del interés de justicia que busca a la víctima y que lo hace suyo el Ministerio Público, judicializando como expectativa de sanción, pero que, *per se*, no constituye una declaración de culpabilidad en contra del imputado.

Este imperativo, como señala el Tribunal Constitucional, es un derecho fundamental que adquiere una dimensión procedimental, en la medida que debe ser respetado en el proceso judicial, siendo éste ilegítimo e inconstitucional si no lo respeta en su desarrollo o lo vulnera en sus conclusiones, lo que debe afirmarse de modo especial en el procedimiento penal, ya que en él actúa el poder del Estado en la forma más extrema en la defensa social frente al crimen, a través de la pena, produciendo una profunda injerencia en uno de los derechos más apreciados de la persona, su libertad personal.⁵⁵

b) Puede ser desvirtuada en función a la actividad probatoria en el marco de un proceso penal. La presunción de inocencia se mantiene “viva” en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla.⁵⁶

Comprende el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción.⁵⁷

Al respecto, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879, en su artículo 9, que positiva la presunción de inocencia “*Tout homme étant innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable*” (A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable), denota la necesidad de la actividad probatoria tendiente a demostrar la comisión de un delito, así como la responsabilidad del imputado.

Para Sentís Melendo, la palabra prueba deriva del término latino probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno, por tanto lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad;

⁵⁴ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “El proceso y sus alternativas”, (*Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 27, Poder Judicial, Madrid, 1995), p. 12.

⁵⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.*, p. 221.

⁵⁶ STC 2915-2004-PHC/TC, FJ 12.

⁵⁷ STC 0618-2005-PHC/TC, FJ 22.

de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.⁵⁸

Sin embargo, en modelos no acusatorios se tiende a llamar prueba a aquella actividad que constituyen solamente actos de investigación (como los que realizan tanto la Policía como la Fiscalía), los cuales tienen un valor meramente informativo y preparatorio del escenario del juicio oral. En efecto, en el modelo acusatorio, la investigación implica la transformación de ésta en una etapa puramente preparatoria del juicio criminal, entregada a los Fiscales, quienes deberán contar con el auxilio de la policía, conducir la investigación de los delitos, realizar las diligencias de investigación y ejercer la acción penal pública, cuando ello proceda.⁵⁹

Pese a esta información, aún vemos en nuestros operadores jurídicos la enervación de la presunción de inocencia con la compulsión de los actos de investigación, afectándose el contenido de esta garantía constitucional. En ese sentido, debe ser clara la distinción entre actos de investigación con los de prueba, la misma que se traduce de la siguiente forma:

1. Los actos de investigación buscan indagar la existencia de hechos; en cambio los actos de prueba tienen como objeto acreditar afirmaciones.

2. Los actos de investigación se realizan antes del juicio oral; en cambio, los actos de prueba tienen como escenario de realización y valoración la fase de juzgamiento, salvo las excepciones de prueba anticipada y prueba pre-constituida.

3. Los actos de investigación se rigen bajo el principio de libertad indagadora (objetiva y científica); en cambio, los actos de prueba se rigen bajo el principio de contradicción.

4. Los actos de investigación sustentan las decisiones del Fiscal (si formula acusación requiere el sobreseimiento); en cambio, los actos de prueba sustentan las decisiones del Juez (condena o absolución).

Frente de ello, en el modelo acusatorio debemos distinguir la suficiencia de investigación y la suficiencia probatoria, esta última es la que se requiere para desvirtuar la presunción de inocencia. En otras palabras, de los resultados del juicio oral se puede obtener la declaración de culpabilidad o dejar incólume la presunción de inocencia.

El juicio oral, por tanto, en un modelo acusatorio admite como prueba todo medio apto para producir fe, con tal que cumpla con los requisitos generales de la prueba (pertinencia, relevancia, licitud, etc.), teniendo el juzgador la libertad para la respectiva valoración probatoria (por lo que, lo que antes eran cuestiones de admisibilidad —ejemplo la parcialidad del

⁵⁸ *Sentis Melendo*, Santiago (1973): "Qué es la prueba. Naturaleza de la prueba" (*Revista Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2-3 Madrid), pp. 259-260.

⁵⁹ BAYTELMAN, Andrés/ DUCÉ, Mauricio (2005): *Litigación penal, juicio oral y prueba*, (Fondo de Cultura Económica, México D.F.), p. 40.

testigo— ahora se tornan en cuestiones de credibilidad), cristalizados en la fundamentación (idónea y adecuada) de la sentencia.

c) Su carácter de relativo justifica la imposición de medidas cautelares personales al imputado. El derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales —como la detención preventiva o detención provisional—, sin que ello signifique su afectación, porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.⁶⁰

Al respecto considero que el camino de análisis más adecuado no es aquel que pretende justificar las medidas cautelares personales, sino en que la presunción de inocencia establece una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, que obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso.⁶¹ La presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, como asimismo aplicando los principios la adecuación y proporcionalidad de ellas.

Sin embargo, una de las situaciones que afecta con mayor frecuencia la presunción de inocencia es la prolongación excesiva de la detención preventiva. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esta situación, además de lesionar el derecho a la libertad personal, transgrede también el derecho a la presunción de inocencia, del cual goza toda persona que se encuentre involucrada en un proceso de investigación penal.⁶²

⁶⁰ STC 10107-2005-PHC/TC, FJ 07.

⁶¹ MONTANÉS PARDO, Miguel Ángel (1999): La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia (Aranzadi, Pamplona), p. 41.

⁶² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que se incurría en una violación de la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Tibi vs Ecuador, 7 de septiembre de 2004, párrafo 180; Caso Suárez, párrafo 77.

En efecto, la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del principio de presunción de inocencia reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana. Cabe precisar, sin embargo, que la existencia de un ambiente de creciente sospecha contra una persona en el curso del proceso criminal no es (per se) contraria al principio de presunción de inocencia. Tampoco lo es el hecho que esta sospecha creciente justifique la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva, sobre la persona del sospechoso. El artículo 8.2 obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de establecer su culpabilidad. El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de sospecha que existe en su contra, está, fundamental, constituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin.

a) *Su relación con el in dubio pro reo.* El principio *in dubio pro reo* no es un derecho subjetivo, sino un principio de jerarquía constitucional cuyo fin es garantizar el cabal respeto del derecho fundamental a la libertad individual, bien para resguardar su plena vigencia, bien para restringirlo de la forma menos gravosa posible, en el correcto entendido de que tal restricción es siempre la excepción y nunca la regla.⁶³

En ese sentido, el citado principio es aplicable al emitir pronunciamiento de fondo terminal, sobre la responsabilidad o irresponsabilidad penal del procesado, que incidirá inevitablemente en su libertad individual, dado que en etapas anteriores a la sentencia se encuentra vigente la presunción de inocencia, que es garantía del debido proceso reconocido por la Norma Suprema.

Ambos principios se encuentran reconocidos por nuestra Constitución Política, en tanto que los límites entre ambos radican en que el *in dubio pro reo* tiene presencia cuando surge una duda que afecte el fondo del proceso; y la presunción de inocencia está presente durante todas las fases del proceso penal así como en todas sus respectivas instancias, siendo un principio reconocido a nivel internacional y garantía fundamental, por la que se cree inocente al procesado en tanto no exista un medio de prueba evidente que demuestre lo contrario y el *In dubio pro reo* opera como mecanismo de

⁶³ SCT 1994-2002-PHC/TC

valoración probatoria, dado que en los casos donde se presente la duda razonable, deberá absolverse al procesado.⁶⁴

Sin embargo, a pesar de todo este marco y desarrollo jurisprudencial, en el Perú se han dado casos que, desde nuestro punto de vista, se ha violado la presunción de inocencia.

Por ejemplo, mediante Resolución No 072-2008-PCNM, de fecha 14 de mayo de 2008, el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM),⁶⁵ declaró la destitución⁶⁶ del doctor Walter Ronald Medina Llamosa, del cargo de Fiscal Adjunto Provincial Titular Mixto de Maynas del Distrito Judicial de Loreto, debido, según los considerando de la citada resolución, al haber incurrido en conducta deshonrosa al haber sido denunciado y encontrarse comprendido en un proceso penal por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual-en agravio de la menor de iniciales M.G.R.S., lo cual fue difundido con caracteres de escándalo en los diversos medios de comunicación social mellando la imagen del Ministerio Público ante la sociedad, y si bien es cierto la denuncia y el proceso penal contra el Fiscal Medina Llamosa, así como su difusión ante los distintos medios de comunicación social realizadas por dicha menor, esto no enerva la responsabilidad de dicho Fiscal, puesto que la denuncia y su difusión devino a consecuencia de la relación indebida que estableció con la citada menor, habiendo incurrido, por lo tanto, con dicha conducta en la causal prevista por el artículo 23 inciso a)⁶⁷ y g)⁶⁸ del actual

⁶⁴ ROMERO FELIPA, Ana María. “Los principios constitucionales de *in dubio pro reo* y presunción de inocencia”, en: Estafeta Jurídica Virtual, disponible en www.amag.edu.pe (03/08/08).

⁶⁵ Es un Organismo Autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales y Poderes del Estado. Se encuentra sometido únicamente a la Constitución Política del Perú y a su propia Ley Orgánica (L.O. No 26397). Al CNM le copete seleccionar, nombrar, ratificar y destruir a los jueces y fiscales del Perú en todos los niveles y jerarquías, con excepción de los jueces que han sido elegidos por elección popular. Asimismo, el CNM nombra, ratifica y/o destituye al Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y al Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

⁶⁶ El CNM, previo proceso disciplinario, aplica la sanción de destitución a Vocales y Fiscales Suprema. Para ello, de oficio o ante denuncia de parte, puede abrirles investigación preliminar y proceso disciplinario; y en el caso de jueces y fiscales de inferior jerarquía a los supremos (como es el caso que estamos comentando), la investigación preliminar y el consiguiente proceso disciplinario se hace a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, según sea el caso.

La destitución de un juez o fiscal de cualquier nivel se produce previa audiencia con el interesado y cuando éste ha sufrido sentencia penal o cometido actos no acordes con la conducta funcional que un magistrado debe observar, los mismos que sin ser delito, atentan contra los deberes de su función, el decoro y la dignidad del cargo que se le ha conferido. Así también, el CNM, por haberles nombrado, puede destituir al Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales ONPE y al Jefe del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, RENIEC.

⁶⁷ “A) Hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo y los desmerece en el concepto público”.

⁶⁸ “G) Incumplimiento de las disposiciones regales, normas reglamentarias y de carácter interno emitidas por la Fiscalía de la Nación o el Órgano de Gobierno del Ministerio Público y por sus superiores jerárquicos”.

Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, compromete la dignidad del cargo y lo merece en el concepto público, por lo que es pasible de la sanción de destitución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 numeral 2 de la Ley No 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.⁶⁹

De la citada resolución se aprecia que, la destitución del mencionado doctor se debió a una serie de irregularidades incurridas por el mismo junto con una menor de edad; sin embargo, también hace mención el haber sido denunciado y encontrarse comprendido en un proceso penal por la pregunta comisión del delito contra la libertad sexual, en agravio de la menor de iniciales M.G.R.S. Ello, nos impulsa a preguntarnos si se le afectó o no la garantía constitucional de la presunción de inocencia, máxime si uno de los argumentos de la destitución sería el estar siendo procesado por la presunta comisión del delito de violación sexual en agravio de menor de dieciocho años.

Frente a ello, y descrito el tratamiento dado a la presunción de inocencia en el Perú, considero que el Consejo Nacional de la Magistratura, en el caso de Walter Ronald Medina Llamosa, debió de haberla observado; o por lo menos, en la resolución emitida por este órgano y señalado en el ítem 3.1. del presente estudio, no debió de mencionar el hecho que estaba siendo procesado por el delito de violación sexual en agravio de menor, ni mencionar hechos relacionados a la imputación penal,⁷⁰ hasta la existencia de una declaración de culpabilidad, en mérito de actividad probatoria realizada en seno de juicio oral; ello, de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada. Más vale pecar en ser estrictos en la aplicación de esta garantía constitucional, que ligeros, dado que, si perseguimos apartándonos de la ley, si se da el caso que a nosotros se nos persigan, quién saldrá en nuestro auxilio.

3.3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), en el Amparo en revisión No 89/2007, ha establecido lo siguiente: “El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusado, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos

⁶⁹ Considerando Trigésimo Sexto. El resaltado es nuestro.

⁷⁰ No nos referimos al hecho de haber llevado a una diligencia de pesaje de droga a una persona extraña a la misma.

fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no participe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia. Amparo en revisión 89/2007. 21 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. SECRETARIO: Marat Paredes Montiel.

En ese orden de ideas, se puede inferir la relación que guarda el derecho a la presunción de inocencia con otros derechos constitucionales; por lo que, en este punto pasaremos revista a la referida relación, específicamente con los derechos constitucionales: a la libertad personal, al honor, a la propiedad y a un juicio previo.

A. La presunción de inocencia y su relación con el derecho a la libertad personal.

Como se indicó en los puntos anteriores, la presunción de inocencia exige que, cualquier medio de afectación a los derechos constitucionales del imputado deber ser empleados como *ultima ratio*, esto es, en forma excepcional, proporcional y razonable.

Esta garantía tiene una proyección mayor en la protección de la libertad personal (piénsese, por ejemplo, en el dictado de una prisión preventiva,⁷¹ y por allí debe ir el desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

⁷¹ La prisión preventiva suscita una sorprendente coincidencia dentro de la doctrina. Casi sin excepción toda ella reconoce que se trata de una medida cautelar resultado de un conflicto insoslayable entre los intereses colectivos tendentes a asegurar la virtualidad de la justicia penal y los intereses individuales. El sacrificio de estos últimos en favor de aquellos excepcionando así una regla general de respeto de los derechos fundamentales de la persona recomiendan que su declaración esté revestida de un carácter de excepcionalidad, proporcionalidad, necesidad, discrecionalidad, presunción de inocencia, etc. Sin embargo, pese a esta general coincidencia crítica, asumida también por la jurisprudencia, las posibilidades, de decretar prisión provisional han ido en aumento con el transcurso del tiempo. Si en una primera etapa se vinculaba exclusivamente a las necesidades de asegurar las pruebas y/o evitar las eventuales fugas del imputado, pronto se suman nuevas razones fundadas en criterios de prevención general y especial. El peligro de reincidencia, en Alemania y Austria, el “orden público” en Italia o nuestra alarma y frecuencia del delito demuestran sin ningún género de dudas esa evolución hacia una prisión provisional entendida en un sentido preventivo y punitivo. Incluso los propios criterios empleados por el legislador para establecer sus plazos poniéndola en relación con la gravedad de la pena señalada al delito que se imputa, prueban, como apunta Gómez Colomer, la relación entre el instituto procesal y las exigencias de seguridad ciudadana.

Según Barona Vilar, la detención judicial debe concebirse como una medida cautelar personal excepcional, en el sentido de que debe hacerse uso de la misma en última instancia; por ello debe calificarse como : 1) Una privación de libertad del sujeto que la padece; 2) Una medida cautelar personal del proceso penal, con el fin de asegurar el proceso y su normal desarrollo así como la ejecución de la posible sentencia que, en su día, se dicte; 3) Se trata de una medida instrumental en el sentido de que sirve a los fines antes señalado; 4) Se trata de una

En ese sentido, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho a la libertad personal de la siguiente forma: “(t)odo individuo tiene derecho a la libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

De igual modo en el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, cuando dispone que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.⁷²

El Tribunal Constitucional peruano ha dicho que libertad personal, “es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2º de la Constitución y, al mismo tiempo, uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.”⁷³

Como derecho subjetivo, la libertad personal “garantía que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprenden frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que le haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el artículo 9º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”⁷⁴

El derecho a la libertad personal es un derecho constitucional, dado que, es una expresión de la dignidad humana y de la libertad, dispuesta normativamente, que supongan un conjunto de facultades para su titular, y que vinculen positiva y negativamente al poder político al punto de legitimar su actuación.⁷⁵

medida provisional, revisable en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a instancia de parte; 5) Se trata de una medida excepcional, frente a la situación normal de esperar el juicio en estado de libertad. *Cfr.* BARONA VILAR, Silvia (1987); *Prisión provisional y medidas alternativas* (Bosch, Barcelona), p. 28.

⁷² Para Eguiguren, la libertad personal “comprende una libertad física o ambulatoria, que reconoce a toda persona la facultad de desplazarse libremente, sin otras limitaciones que las impuestas por el medio en que se pretende actuar y las establecidas por las normas constitucionales para preservar otros derechos o valores igualmente relevantes”. *Cfr.* EGUIGUREN PREAELI, Francisco (2002): *Estudios constitucionales* (ARA Editores, Lima), pp. 27-28.

⁷³ Exp. 1091-2002-HC/TC, Fundamento Jurídico 1, de la parte referida a los alcances constitucionales de la libertad personal.

⁷⁴ CASTILLO CORDOBA, Luís, (2004): *Habeas corpus, amparo y habeas data* (ARA Editores, Lima), p. 318.

⁷⁵ CASTILLO CORDOBA, Luís, (2003): *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales* (ARA Editores, Lima), p. 37

Conviene precisar, que en doctrina, se sostiene que la libertad individual tiene una dimensión más amplia que la libertad personal. Así, Alzaga concibe la libertad personal como un principio que tiene su desarrollo constitucional en otros preceptos de la misma, con lo cual se amplía el contenido hasta lo que la doctrina francesa denomina libertad física, comprensiva de la libertad individual en un sentido estricto, la circulación y el derecho a la intimidad.⁷⁶

Eguiguren indica que en su aspecto de libertad física, garantiza a su titular el no verse arbitraria o irrazonablemente privado, de ésta, ni ser detenido o sometido a restricciones de la libertad en supuestos distintos a los previstos por la norma constitucional, la ley o los pactos internacionales sobre derechos humanos.⁷⁷

Más allá de la distinción entre los conceptos de libertad individual o libertad personal,⁷⁸ el contenido de este derecho está dado a la libertad física, de locomoción o ambulatoria, aspecto de la libertad que suele identificarse con la expresión libertad personal.

En otras palabras, está referida al reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico de la capacidad de autodeterminación libre y voluntaria del ejercicio de las facultades ambulatorias o de locomoción de las personas.⁷⁹

Ahora bien, en los sistemas jurídicos mexicanos y peruano se puede afectar la libertad personal sin vaciar de contenido el derecho a la presunción de inocencia, sólo por situaciones previstas en la ley. Estas situaciones son:

(a) Por aplicación de las denominadas medidas cautelares o de coerción personales, como por ejemplo, las detenciones, la prisión preventiva, el arraigo o arresto domiciliario, el impedimento de salida del país o el internamiento en centros psiquiátricos. Sin embargo, estas medidas se aplican sólo cuando se ha configurado una situación jurídica cautelable, existan riesgos

⁷⁶ Cita tomada de CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes (2005): *El proceso de habeas corpus en el código procesal constitucional* (Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Jurista Editores, Lima), p. 93.

⁷⁷ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *op. cit.*, pp 27-28.

⁷⁸ El Dr. Espinosa-Saldaña acota que el término en rigor debería ser la libertad personal, dado que, lo que se está hablando es el pleno ejercicio de la dimensión más bien física de aquél derecho y valor que se conoce con el nombre de libertad. Como es de conocimiento general, esta faceta de la libertad (entendida al mismo tiempo como autodeterminación y no interferencia) es doctrinariamente conocida con el nombre de la libertad personal. Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Habeas corpus contra resoluciones judiciales: entre la evolución del concepto "proceso regular" y la determinación del ámbito de acción del juez constitucional* (Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso. ARA Editores, Lima) p. 146

⁷⁹ Ello como expresión de la cláusula personalista del artículo 1º de la Constitución peruana y de manera más concreta como una de las manifestaciones del principio general de libertad, según el cual, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, reconocido en el literal a), inciso 24) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

procesales y no hayan otras medidas menos lesivas para aplicar; debiendo ser proporcional la medida cautelar aplicada con la situación jurídica a cautelar. Del Código de Procedimientos Penales del Estado de México y artículo 253 del Código Procesal Penal del Perú.

(b) Por ejecución de la sanción establecida en una sentencia condenatoria; sanción que puede ser el internamiento en un centro penitenciario en cumplimiento de la pena privativa de libertad, o bien, el ingreso en un centro psiquiátrico en cumplimiento de una medida de seguridad; con los respectivos descuentos de carcerería establecidos en los ordenamientos de México y de Perú. (Artículo 384 del Código de Procedimientos Penales de México y Artículo 490 del Código de Procedimientos Penales de Perú).

B. *La presunción de inocencia y su relación con el derecho al honor.*

El derecho al honor debe ser entendido, en principio, a través de su doble proyección: a) el subjetivo, el cual tiene que ver con la opinión que sobre su persona tiene el individuo, es decir, la autoestima; b) el objetivo, el mismo que gira en torno a la imagen que los demás tienen sobre uno, esto es, la buena imagen.

Ahora bien, en la paxis judicial se están dando casos, algunos incluso legitimados por las normas penales, por los cuales al atentar contra la presunción de inocencia, también vulneran el derecho al honor en su doble proyección.

Por ejemplo, al presentarlos a los medios de comunicación no como presuntos, sino como certeros responsables; o bien, con una vestimenta ultrajante (ej. Traje a rayas) o dentro de jaulas (como ocurrió en el Perú, durante la década de los 90 al presentar a los presuntos terroristas a la prensa).

Frente a ello, el artículo II, numeral 2) del Código Procesal Penal peruano del 2004, ha señalado que: “Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”. Sin embargo, pese a esta prudente prohibición, el artículo 70º del citado cuerpo de leyes ha indicado que: “La Policía podrá informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de los imputados. Cuando se trate de la víctima, testigos, o de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de una hecho punible requerirá la previa autorización del Fiscal”.

Al respecto, consideramos que, una interpretación sistemática de ambos artículos que no afecte los contenidos tanto de la presunción de inocencia como el honor, sería la siguiente: la policía, en el marco de sus funciones constitucionales de prevención, aseguramiento e investigación, si detiene o cita a alguna persona a sus instalaciones, tiene la obligación de informar a los medios de comunicación social de tales actividades a la sola exigencia de estos medios; y, con mayor razón cuando quien solicite la información sean directos familiares o personas allegadas al detenido o citado. No obstante,

a la hora que la policía brinde la información debe tener en cuenta, por lo menos dos situaciones: a) que lo que brinda es una información de sus actividades, no debe atribuir o sindicarse responsabilidad penal alguna; y, b) debe proteger la seguridad personal de víctimas, testigos o cualquier persona involucrada en las investigaciones penales, para ello debe actuar en conjunto con el Ministerio Público y dentro de un programa de protección de identidades.

Estos dispositivos, comentados, no aparecen en la normatividad penal mexicana, ni federal ni en las entidades federativas, salvo lo referente al programa de protección de víctimas y testigos formulado con relación a la lucha contra la delincuencia organizada.

C. La presunción de inocencia y su relación con el derecho a la propiedad.

El derecho a la propiedad es otro derecho constitucional que puede verse afectado a raíz de medidas o sentencias dictadas a raíz del inicio y desarrollo de un proceso penal. Sin embargo, es una tendencia en los países latinoamericanos flexibilizar la protección de este derecho constitucional, en aras de la eficacia de la investigación y persecución de delitos.

Al respecto, señalaremos, como ejemplos, grupos de casos donde se ha flexibilizado el derecho a la propiedad, con una posterior afectación a la presunción de inocencia, a raíz de las actuaciones tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial:

(1) Con relación a las denominadas medidas de búsquedas y aseguramiento de las pruebas. Estas medidas, a diferencia de las cautelares o coercitivas, buscan el material probatorio que permita al Fiscal sustentar su pretensión acusatoria. Ahora bien, este material puede encontrarse, por ejemplo, interviniendo las comunicaciones de los investigados, levantando el secreto bancario, allanando domicilios, incautando bienes privados o clausurando locales con inmovilización de bienes muebles. No obstante, como se afecta el ejercicio de los derechos constitucionales de los investigados, se requiere que el representante del Ministerio Público obtenga la respectiva autorización por parte del Juez, salvo que los hechos se encuentren en situación de flagrancia delictiva. Sin embargo, en el caso peruano, según los artículos 218^o numeral 2)⁸⁰ y 241⁸¹ del Código Procesal Penal, el Fiscal,

⁸⁰ Artículo 218, numeral 2): “Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmativa”.

⁸¹ Artículo 241: “El Fiscal podrá ordenar y ejecutar, por razones de urgencia o peligro por la demora la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de los bienes muebles, cuando sea indispensable para iniciar o continuar la investigación. Efectuada la medida, antes de vencidas las veinticuatro horas de realizada la diligencia, solicitará al Juez la resolución confirmatoria y para el efecto adjuntará copia del acta”.

sin autorización judicial ni estando los hechos en flagrancia delictiva, podrá incautar bienes privados o clausurar locales con inmovilización de los bienes muebles, con el único alegato de la urgencia o el peligro en la demora. Esta situación, para nuestro punto de vista, atenta contra el derecho de propiedad de los afectados por tales medidas, así como una puesta en peligro al derecho a la presunción de inocencia, dado que, se le permite la actuación del Fiscal so pretexto de garantizar la eficacia de sus investigaciones, instrumentalizándose los derechos constitucionales del investigado.

(2) Con referencia al proceso de pérdida o extinción de dominio. El artículo 22 de la Constitución Política Federal de los Estados Unidos Mexicanos, a raíz de su reforma en junio de 2008, regula una institución novísima para el sistema jurídico-penal mexicano, el cual es el denominado proceso de extinción de dominio, el mismo que se rige por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Del último párrafo se advierte una oculta inversión de la carga; es decir, que ahora corresponde al afectado demostrar que los bienes de su propiedad tienen una fuente lícita, si no lo hace o no lo puede hacer, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, le extingue su derecho de propiedad alegando que los bienes son de procedencia lícita. Inversiones a la carga de la prueba, extinción de dominio, son claros atentados contra los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y propiedad, respectivamente.

Con ello no se quiere decir que estamos en contra de mecanismos que incidan contra los bienes de fuente ilícita, sino que, deben de darse en el marco de respeto a los derechos constitucionales antes referidos, con un debate público donde se analicen tanto argumentos de corte políticos como jurídicos, con participación obligatoria y necesaria de los organismos de control constitucional (Corte Constitucional o Tribunal Constitucional o Corte Suprema, según fuese el caso).

D. *La presunción de inocencia y su relación con el derecho a un juicio previo.*

Al igual que en otros países.⁸² México ha consagrado el derecho a un juicio previo, oral y público. Así lo establece el artículo 20 constitucional, literal b), fracción V) que indica que el imputado tiene derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. (Por ejemplo, la Constitución Argentina, en el artículo 18, establece que: “Ningún habitante podrá ser condenado sino en virtud de juicio previo, fundado en ley anterior al hecho de proceso”. Binder comenta que unos lo han interpretado como la exigencia de una sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico; sin embargo, para el jurista argentino la norma constitucional se refiere al juicio como institución política-cultural (concretamente, juicio oral) *Cfr.* BINDER, Alberto (1993); Introducción al derecho procesal penal (Ad-Hoc, Buenos Aires) pp. 111-112).

Del citado artículo constitucional plasma el principio de que el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente, así como, que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollarán de manera pública, contradictoria y oral. Aunque ello no signifique que el derecho a un juicio previo sí puede ser alegado en nuestro sistema debido, entre otros argumentos, que el mismo está plasmado en tratados internacionales que México ha suscrito y, por ende, forma parte de nuestro Derecho. Así, tenemos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1); y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículo 7.5).

⁸² Figura colombiana, que consiste en la pérdida del derecho de propiedad, debido que, la adquisición del bien proviene de una fuente ilícita, transfiriéndose la esfera de dominio al Estado y sin ninguna contraprestación económica para su titular. Es un castigo para actividades ilícitas que desestabilizan el sistema.

Al respecto este derecho al juicio previo ha sido desarrollado a través de la denominada fase procesal: juzgamiento (o juicio oral)⁸³, cuyo objetivo es la demostración de la acusación penal a través de la actuación y análisis de los medios probatorios; siendo, dentro de un modelo acusatorio, la etapa central del proceso (penal).

Lamentablemente, en el Perú, Constitución Política de 1993 no ha consagrado, literalmente, el derecho a un juicio previo, aunque en su lugar consagra la garantía de no ser penado sin proceso judicial, el cual conlleva que ninguna persona sea afectada o sancionada si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación.⁸⁴ Sin embargo, esta omisión ha sido suplida en el artículo I inciso 2) del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano del 2004⁸⁵ (publicado en julio del 2004, el mismo que ha entrado en vigencia en los Distritos Judiciales de Huarura, La Libertad, Tacna, Moquegua y Arequipa), el cual establece que “Toda persona tiene derecho a un juicio previo oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código”.⁸⁶

⁸³ La etapa se ha conocido bajo diferentes denominaciones, las que destacan alguna característica de la misma; así se ha hablado de “plenario”, atendiendo a que tanto las partes como el órgano jurisdiccional actúan en la plenitud de sus facultades; de “debate” o “discusión”, destacando la mecánica eminentemente contradictoria, y de “juicio”, nombre que se ha impuesto y que deriva tanto de “juzgamiento” como de la circunstancia de que toda la actividad conduce, en definitiva, a la afirmación de reproche o absolución respecto de lo imputado.

⁸⁴ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2005): Derecho a no ser sancionado o afectado sin previo proceso o procedimiento (La Constitución Comentada, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima), p. 546.

⁸⁵ Publicado, el 29 de julio del 2004 a través del Decreto Legislativo 957.

⁸⁶ En el ámbito de la legislación comparada, encontramos este derecho en los siguientes textos procesales: Código de Procedimientos Penales de Bolivia (1999): Artículo 1. “Nadie será condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público, celebrado conforme a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código”.

Código Procesal Penal de Paraguay (1998): Artículo 1. “Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y a las normas de este código.

En el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, en la forma en que este código determina”.

Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (2006): Artículo 1 (Título Preliminar). “Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguardar de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”.

Finalmente, y con relación a la jurisprudencia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), ha establecido lo siguiente: “Si no se celebró la audiencia pública a que alude la fracción VI del artículo 20 constitucional para ser el reo oído en defensa y juzgado, tal anomalía procesal irroga la consiguiente indefensión al acusado, en los términos de la fracción IX del artículo 160 de la Ley de Amparo, y hace procedente la concesión de la protección federal, para el único efecto de que se reponga el procedimiento a partir del momento en que se produjo la mencionada violación procesal”.⁸⁷

11. EXCURSO: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por otro lado, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la presunción de inocencia consiste:

a) El imputado no prueba su inocencia, sino quien acusa debe acreditar la culpabilidad a través de los medios probatorios que le franquea el ordenamiento jurídico respectivo. El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probando corresponde a quien acusa.⁸⁸

Una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.⁸⁹

Igual como en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que son a través de los actos de prueba realizados en el juicio oral (salvo los casos de prueba anticipada) los que enervan la presunción de inocencia y permiten la constitución de una declaratoria de culpabilidad.

b) La presunción de inocencia se aplica a toda resolución judicial o administrativa, a situaciones extraprocesales. El derecho a la presunción de

⁸⁷ Amparo penal directo 803/50. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 24 de junio de 1953. Mayoría de votos. Ausente: Luís G. Corona. Disidente: José Castro Estrada. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

⁸⁸ CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párrafo 154.

⁸⁹ CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 153. Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párrafo 120,

inocencia debe aplicarse no solo al ámbito de las conductas eventualmente delictivas, sino también a la adopción de cualquier resolución administrativa o jurisdiccional, que se base en conducta de las personas y de cuya apreciación derive para ellas una afectación de sus derechos o una sanción ya que ellos son manifestación del ámbito punitivo estatal.⁹⁰

El principio de presunción de inocencia opera también en las situaciones extraprocesales, constituyendo el derecho de las personas a recibir el trato de no participe en hechos delictivos y que no se le puedan aplicar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes a hechos de tal naturaleza, mientras ajuste su conducta al ordenamiento jurídico, todo ello de acuerdo al derecho a la libertad personal y seguridad individual.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública”.⁹¹

El derecho a la presunción de inocencia “exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar un opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquellas”.⁹²

12. CONCLUSIONES

a. La presunción de inocencia como una garantía individual, como un derecho público contenido en la Constitución, a favor de las personas, exige que sea ante la autoridad que esté (de competencia penal o no) y ante el procedimiento que se le sujete (igualmente, penal o no), no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de delitos, salvo decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso, así como, el ser considerados como excepcionales aquellas medidas que restringen la libertad del imputado o sus demás derechos constitucionales.

b. La recepción legislativa de la presunción de inocencia se ha dado en México y Perú, en primer lugar, a través de los instrumentos internacionales que tales países han suscrito ante la comunidad internacional; y, en segundo lugar, por su regulación en sus constituciones políticas; sin embargo, su regulación constitucional fue más tardía en México que en Perú, dado que, mientras en el primer país recién se le ha consagrado en la reforma a la Constitución Federal del 19 de junio del 2008, en el Perú ha estado presente en las dos últimas cartas magnas la de 1979 y de 1993.

⁹⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *op. cit.*, p. 239.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lori Berenson vs. Perú. Serie C No. 119. Sentencia de 24 de noviembre de 2004, párrafo 159.

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lori Berenson vs. Perú, párrafo 160.

c. La presunción de inocencia, tanto en México como en Perú, han presentado un desarrollo jurisprudencial, con mayor exhaustividad en el último de los países mencionados; donde se comparten la justificación de las medidas cautelares personales, la exigencia de prueba de cargo para enervar tal presunción, el contenido de la sentencia y los efectos del *in dubio pro reo*.

d. En los sistemas jurídicos mexicanos y peruano la presunción de inocencia se relaciona con otros derechos constitucionales, como la libertad, el honor, la propiedad y el juicio previo; donde sí se respetan los pesos y contrapesos señalados en las normas legales, el ejercicio de un derecho no vacía de contenido a otro.

e. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido dos principios en torno a la presunción de inocencia: En primer lugar, el imputado no prueba su inocencia, sino quien acusa debe acreditar la culpabilidad a través de los medios probatorios que le franquea el ordenamiento jurídico respectivo. Y, en segundo lugar, la presunción de inocencia se aplica a toda resolución judicial o administrativa, a situaciones extraprocesales.⁹³

Jordi Nieva Ferrolli sostiene respecto a la jurisprudencia española lo siguiente:⁹⁴

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha discurrido normalmente por un camino próximo al tradicional reconocimiento de la presunción de inocencia como norma de carga de la prueba,⁹⁵ insistiendo en el derecho al silencio y a no aportar pruebas contra uno mismo.⁹⁶ Estas últimas son, en el fondo, derivaciones de esa visión de la presunción de inocencia como *onus probandi*.⁹⁷

Sin embargo, también ha abierto el Alto Tribunal otra dirección que es más próxima a la línea defendida en este trabajo, y que trasciende al ámbito estrictamente técnico-procesal, para situarse en un terreno social que

⁹³ BENAVENTE CHORTES, Hesbert. Derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales. Estudios Constitucionales, Año 7, No 1, 2009, pp 59-89, ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca... Estado de México. Presentado el artículo con fecha 17 de marzo de 2009 y aprobado con fecha 6 de mayo de 2009.

⁹⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*, pp. 17-20.

⁹⁵ Que fue la línea del libro Verde sobre la presunción de inocencia de la Comisión Europea de 26-4-2006 (COM (2006) 174 final).

⁹⁶ STEDH Salabiaku c. France, 7-10-1988, Philips c. Reino Unido, 5-7-2001.

⁹⁷ Reconocidas también en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales. 27-11-2013 (COM (2013) 821 final). Sobre dicha propuesta de Directiva, vid. International Commission of Juris, JUSTICE, and Netherlands Juristen Comité voor de Mensenrechten Briefing on the European Commission Proposal for a Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceeding COM (2013) 821. March 2015.

puede llegar a influir, como ya se ha indicado, en la imparcialidad judicial⁹⁸ o incluso en otras consideraciones extrapocesales.

Así se vio, por ejemplo, en el asunto *Urfi Cetinkaya c. Turquía*,⁹⁹ en el que el tribunal, confirmando su jurisprudencia anterior,¹⁰⁰ declaró contrario al derecho del artículo 6.2 la afirmación pública de la policía, publicada en la prensa, en torno a que un sospechoso —aún no condenado— era un “traficante de drogas internacional”. En otras palabras, el Tribunal afirma claramente que el acusado no puede ser presentado públicamente como culpable antes de su condena. En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha ido todavía más lejos, al censurar que los acusados sean exhibidos esposados o en jaulas, porque de ese modo se indica falazmente que son peligrosos criminales,¹⁰¹ cuando justamente en ese momento deben ser presumidos inocentes, puesto que están siendo juzgados y se juegan nada menos que la condena.

La misma línea de pensamiento se siguió en el asunto *Allen c. Reino Unido*,¹⁰² al plantear el tribunal la violación del derecho a la presunción de inocencia por no haber querido pagar el Estado una compensación a una persona declarada inocente, tratándola como si en realidad hubiera sido condenada. La resolución, aunque fue finalmente desestimatoria, confirma una ya antigua¹⁰³ línea jurisprudencial que extiende el derecho a la presunción de inocencia más allá de la sentencia, haciendo que la trascendencia del principio abarque, de nuevo, no ya todo el proceso penal, sino el sistema penal en su conjunto.

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

⁹⁸ STEDH, *BARBERA, Messegue y Jabarbo c. España*, 6-12-1988.

⁹⁹ STEDH 23-7-2013.

¹⁰⁰ STEDH *Krause V. Switzerland*, 3-10-1978, *Allenet de Ribemont v. France*, 10-2-1995.

¹⁰¹ HR Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right To equality before courts and Tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32(2007).

¹⁰² STEDH 12-3-2013: “the presumption of innocence means that there has been a criminal charge and criminal proceedings have ended in an acquittal, the person who was the subject of the criminal proceedings is innocent in the eyes of the law and must be treated in a manner consistent with that innocence. To this extent, therefore, the presumption of innocence will remain after the conclusion of criminal proceedings in order to ensure that, as regards any charge which was not proven, the innocence of the person in question is respected. This overriding concern lies at the root of the Court’s approach to the applicability of Article 6 or 2 in these cases”.

¹⁰³ Entre otros, STEDH *PUIG PANELLA c. España*, 25-4-2006.

tiene que hacer un tribunal para conseguir destruir la presunción de inocencia, obteniendo una condena.

Así creó el Tribunal Constitucional en 1981,¹⁰⁴ el estándar de la “mínima actividad probatoria de cargo”,¹⁰⁵ para indicarle a los tribunales inferiores el camino que habían de seguir para desvirtuar la presunción de inocencia. El concepto es tan tanto impreciso y de formulación ambigua. Es impreciso porque cuando se habla de “mínima” actividad probatoria, no se quiere decir que el tribunal haya practicado al menos alguna prueba, sino que se hayan celebrado todas las pruebas razonablemente posibles para descartar la presunción de inocencia. Es decir, en realidad la formulación debería ser “máxima” y no “mínima” actividad probatoria.

Pero lo más grave es la ambigüedad del estándar. No se dice con precisión alguna en qué momento se considera suficiente la actividad probatoria de cargo realizada por un tribunal. Al contrario, todo se confía al reexamen de los tribunales superiores, en torno a sí con las mismas pruebas que figuran en autos y que sirvieron al tribunal para condenar, el tribunal superior también habría considerado de haber conocido en primera instancia.¹⁰⁶

¹⁰⁴ STC 31/81, F.J. 3.

¹⁰⁵ Para su desarrollo doctrinal vid. MIRANDA ESTRAMPES, 1997. IGARTUA SALAVERRIA, 1995, NIEVA FENOLL, 2000

¹⁰⁶ Puede citarse casi cualquier sentencia a este respecto desde 1982. La más reciente: STS 118/2015, 21-1-2015, FD 1: “cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal “a quo” contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/ de 12.7). 5 Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada

Y ese examen se realiza no solamente en el Tribunal Supremo, sino también incluso en el Tribunal Constitucional¹⁰⁷... El problema no es que el examen sea, en realidad, ampliamente probatorio y no estrictamente de técnica jurídica. El problema es que el estándar no existe en realidad, y varía en cada caso concreto dependiendo de las impresiones del tribunal, que a veces especifica en la fijación de algunas orientaciones en casos concretos, que ya mencioné anteriormente. En consecuencia, la conclusión es, en pocas palabras, que no existe el estándar.

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

disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediato, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio “nemo tenetur” (STS. 1030/2006 de 25.10)”.

¹⁰⁷ Entre otras muchas, STC 43/2014, FJ 4.

CAPÍTULO VI
 LA TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN
 DE INOCENCIA Y SUS EFECTOS PROCESALES
 EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ACUSATORIO

1. LA CORRELACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN
 DE INOCENCIA CON OTRAS TRASCENDENTALES
 TEORÍAS EN MATERIA PENAL

Correlación de la Presunción y otras Teorías	<ul style="list-style-type: none"> - Teoría de la Ley - Teoría de la presunción de culpabilidad - Teoría de las probabilidades y datos de pruebas - Teoría de los hechos de prueba. - Teoría de la equivalencia - Teoría de los datos de prueba (anticipada, ilícita, ilustrativa para mejor proveer, etc) - Teoría del caso - Teoría del dominio del hecho 	<ul style="list-style-type: none"> - Premisa mayor o suprema con jerarquía. - Premisa media, ecléctica o mixta. - Premisa menor o meramente indicativa o indiciaria.
	<ul style="list-style-type: none"> - Teoría indiciaria o prueba circunstancial - Teoría de la convicción - Teoría de la íntima convicción. 	<ul style="list-style-type: none"> Jerarquía de valores con rango supremo que elimine o sacuda la estructura normativa, contra derechos reconocidos de Ley Suprema.

2. CONCEPTUALIZACIÓN

La palabra inocencia nos remite en su etimología al latín *innocens* de donde *in* es una negación, y *nocere* es producir un daño, por lo tanto algo inocente es lo que no es destructivo ni dañino.

Presunto: se dice de aquel a quien se considera posible autor de un delito antes de ser juzgado.

Probable: que puede ser probado o demostrado: tiene una coartada probable.

Inocente-inocencia-significado: el término inocente se utiliza para referirse a aquello o aquel que no daña ni ofende en forma alguna y que no presenta ningún tipo de malicia en su accionar.

Presunto: Se dice de aquel a quien se considera posible autor de un delito antes de ser juzgado.

Inocencia se:

- Nace
- Crece
- Desarrolla
- Inicio formal
- Prejuicios
- Complejos
- Inocencia en desarrollo
- Admiración
- Resentimientos
- Sin o con perjuicios
- Moralidad
- Inmoralidad
- Amoralidad
- Devaluación de valores (Axiología)
- Maldad
- Anormalidades (bipolaridad)
- Sentimientos
- Dolor
- Rabia
- Coraje
- Amar
- Mentir
- Odio
- Religiosidad
- Ambivalencia
- Complejos

3. PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD

Sin abordar el presente tópico bajo el esquema de alguna corriente, esto es, de aportación dogmática finalista o funcionalista, considero de trascendental importancia insertar sólo algunas consideraciones que me parecen oportunas porque hoy día y bajo el nuevo esquema de un procesamiento acusatorio, tal pareciera que lo que interesa es acreditar desde un principio la presunción de culpabilidad más nunca lo referente de manera objetiva y sistémica a la presunción de inocencia.

Al Ministerio Público o Fiscal, insisto, no le interesa valorar, como elemento preponderante si un sujeto cometió o no un ilícito o si existen probabilidades de su inocencia en su actuar o en su omisión, pues incluso en repetidas ocasiones tampoco determinan como acción predicadora de valor una relación de causalidad, esto es, en un proceso psicológico en el que supuestamente se encuentra el sujeto activo y está vinculado con el hecho, debe acreditar el aspecto subjetivo del delito y como presupuesto trascendental sería acreditar la imputabilidad, el querer, el desear y el ejecutar un acto delictivo como capacidad intelectual y volitiva, con madurez y salud

mental e incluso conciencia suficiente, y por si fuese esto insuficiente acreditar el momento cumbre, el *actio libera in causa*, el acto y momento en que el actor manifiesta su voluntad en el mudo exterior, dándose ésta como especie en dolo o culpa y como segunda esfera del delito en su aparición tiene que acreditar su forma de participación que surge o se suscita en el *iter criminis*, ya sea a través de una autoría, de una participación y en el contexto de concurso de delitos... nada fácil le resulta al fiscal acreditarlo, sin embargo, esta presunción de culpabilidad debe ubicarse en la concepción normativa del juicio de reproche al autor por haber materializado un hecho típico, antijurídico, punible, atribuible y culpable, marginándose de lo que ordena la norma punitiva y la ley.

La presunción de culpabilidad debe ser demostrada por sobre todo bajo un contenido psicológico (dolo y culpa) ubicado como un juicio de desvalor y en consecuencia de reproche penal; en otras palabras, este juicio de reproche que se formula al actor por no haber adecuado su conducta al Derecho a pesar de que estaba en situación de hacerlo, deben por sobre todo acreditar a mi parecer, cuatro estamentos mínimamente elementales (la imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad y atribuibilidad).

La presunción de culpabilidad, en un sentido más amplio, para el fiscal, debe exigírsele que acredite que dicho ataque pueda imputarse, objetiva, subjetiva, normativa y personalmente un sujeto en determinados tiempos, momentos, condiciones y formas de ejecución, pues sólo así puede manejarse en una audiencia inicial a través también de una imputación primaria para la imposición de una pena, caso contrario no habrá culpabilidad ni presunción de ella, es decir, no tiene por qué hacérsele reproche de un injusto al probable autor si el suceso es atípico, ya bien opere una causa de justificación, de no atribución o atribuibilidad y mucho menos por no acreditarse el dolo o la culpa, esto es acreditar la atipicidad, antijuricidad y la culpabilidad sin duda alguna, insisto acción o conducta u omisión antijurídica y típica.

Las tendencias modernas, para fundamentar la culpabilidad, parten precisamente de la teoría psicológica con Franz von Liszt; u autores como Bustos Ramírez, Enrique Vacigalupo, Luis Jiménez de Arzúa, Claus Roxin, Edmund Mezger o Günter Jakobs, Hans Wenzel o Jescheck o el mexicano Castellanos Tena.

Si partimos del concepto etimológico *culpabilis*, del latín, esto significa que se aplica a quien se puede echar la culpa; es aquí donde el Ministerio Público o Fiscal deberá acreditar el conjunto de condiciones, momentos y circunstancias en que el autor se ubicó para considerarlo criminalmente responsable; es más, debe por sobre todo acreditar los presupuestos fundamentales para que esa reprochabilidad personal de la conducta se ubique como antijurídica y así demostrar como presupuesto una acción objetiva.

En el mundo fáctico o material de la culpabilidad, el fiscal debe descubrir las condiciones, motivos o razones por las que ciertos factores psíquicos se tomaron precisamente como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de no acreditarse o de faltar estas, debe determinar la desaparición del juicio de culpabilidad, en caso contrario existiría la no regulación para la exigencia del fin de la pena en una sociedad como la nuestra donde la Constitución legitima como principio universal a la presunción de inocencia, mas nunca a la presunción de culpabilidad.

El papel del investigador ministerial es fundamental, pues debe concretizar la autoría o participación, nivel de culpabilidad, la antijuricidad y de manera objetiva la imputación personal del antisocial o hecho injusto. Funcionalismo o finalismo en el contexto de la categoría dogmática tienden, hoy día a acreditar el actuar del activo para que exista reprochabilidad individual más que la fundamentación de la pena, pues el dolo y la culpa deberán quedar acreditados y situados sistemáticamente en el injusto, para así demostrar una imputación individual o personal y en la prevención general de la pena, ello como principio de limitación de pena.

Sólo a medida de ejemplo ilustrativo señalaré teorías y autores.

a) Teoría psicológica: Carlos Binding, Franz von Liszt, Paul Merkel, Theodor R. Schultze, Gustav Radbruch.

b) Teoría normativa: Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freundenthal, Guillermo Sauer; Edmund Mezger, y autores mexicanos como Fernando Castellanos Tena, Raúl Carranca y Rivas, Rocardo Franco Guzmán y Pavón Vasconcelos.

c) Teoría finalista y neofinalista: Hans Welzel, Armin Kaufmann, Reinhard Maurach, Hans Achenbach, Hans Heinrich Jescheck).

d) Teoría funcionalista: Claus Roxin, Gunter Jakobs.

Estas son las cuatro grandes corrientes en materia de culpabilidad, que debe todo Ministerio Público o Fiscal estudiar parsimoniosamente dentro del contexto orientador y de investigación el accionar del ser humano como causa y efecto, como actividad u omisión, de consecuencias posibles y probables psíquicas o emocionales o normativas para su exigibilidad, reprochabilidad, imputabilidad y posibilidad de comprensión del injusto; esto es, que el investigador del delito debe de acreditar la capacidad de motivación del autor o partícipe, de su culpabilidad o atribución, de ése conjunto pues de acciones o presupuestos que deriven del hecho punible, para que de esta manera exista un juicio de reprochabilidad del hecho con sujeción inequívocamente al acto propio y así ubicarlo dentro de la Teoría del Dominio del Hecho.

En este orden de ideas y en palabras más llanas, para que exista una presunción de culpabilidad, deben acreditarse como resultado de esa investigación del fiscal los componentes causales para cada caso en particular,

por un lado, si el juicio de desvalor del acto se extiende al autor por ser éste antijurídico, demostrándose por sobre todo esa capacidad de culpabilidad que encuadra precisamente en la salud mental y psíquica del autor, y de manera especial, el acreditar la conciencia suficiente del autor respecto de la antijuricidad, esto es, que el fiscal en su técnica, objetiva, científica y metodológica investigación acredite que el autor o partícipe del injusto actuó con pleno conocimiento de la prohibición y quiso, deseó y ejecutó ese hecho que frente al Derecho merece su desaprobación y, por consecuencia, su sanción, caso contrario si hay una ausencia de conducta, o falta de actividad (fuerza física irresistible o de la naturaleza) o exista atipicidad, o en su caso, causas de justificación del delito, referentes a una legítima defensa, estado de necesidad, legítimo ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, obediencia debida o legítima, impedimento legítimo; o bien se demuestre que existan causas de inculpabilidad relativos al error esencial, a la obediencia jerárquica u otros eximentes de culpabilidad o también que exista causas de inimputabilidad concernientes a la inmadurez, al trastorno mental, al miedo grave o temor fundado o se acrediten excusas absolutorias como causas y efectos de no punibilidad mismas que podemos encontrar en los ordenamientos sustantivos penales o simple y sencillamente porque operen la no atribuibilidad en el actor del delito, por edad (senilidad) o enfermedades graves o terminales... Si todo ello ocurre o algunas de estas causas se suscitasen, operaría en forma inmediata la presunción de inocencia, no obstante ello, por lo general los fiscales o ministerios públicos buscan y pretenden ante todo acreditar la culpabilidad sin entrar al parte aguas y contexto de las probabilidades a que he hecho mención con antelación; en razón de ello, me vi obligado en pormenorizar aunque muy sucintamente las teorías o corrientes que estudian precisamente a la culpabilidad para que sea ello el punto de partida en una investigación para los fiscales en todo tipo de delito, ya sea en el ámbito federal o local, ello independiente, no lo dudo, de que estamos en los albores también de contar con un código nacional penal.

Jordi Nieva Fenoll, dando opinión doctrinal relacionada con el tema de culpabilidad, esto es, la razón de ser de la presunción de inocencia y el prejuicio social de culpabilidad, señala lo siguiente:¹

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

Ciertamente, se podrían barajar razones filosóficas o incluso religiosas en ello, aunque es posible que dichas razones humanistas o piadosas sean justificaciones a

¹ NIEVA FENOLL, Jordi, "La razón de ser de la presunción de inocencia", *InDret*, pp. 5-9.

posteriori de algo que debió nacer de la simple utilización del método científico, a través de la observación de los procesos penales.

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

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

No sucede solamente con imputaciones penales. El ser humano tiende a creer cualquier rumor negativo sobre una persona. Curiosamente no sucede lo mismo con las noticias positivas, de las que se suele más bien dudar. En todo caso, siempre que se dice que alguien ha actuado mal en un trabajo, o ha ejecutado una acción de manera incorrecta, o simplemente que ha cometido una infelicidad o ha realizado una actuación tenida en el concepto público como vergonzosa o ridícula, el primer impulso conduce a creer esa información. Hay multitud de refranes, en muchas lenguas, que confirman esos pensamientos. En español, “cuando el río suela, agua lleva” o “no hay humo sin fuego”. En inglés “*where there is a smoke, there is a fire*”. En alemán “*kein Rauch ohne Flamme*”. En francés “*pas de fumée sans feu*”. O en italiano “*non c’è fumo senza arrostito*”. Todos ellos confirman la supuesta fiabilidad de una sospecha, y nunca la presunción de inocencia.

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

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

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

Justificación sociológica, psicológica y organizativo-procesal del prejuicio.

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

La persistente suposición de culpabilidad en el inconsciente colectivo tiene por base la propia noción de peligrosidad. El ser humano se aleja de aquello que le produce miedo, por un simple instinto de supervivencia. Es sobradamente sabido en psicología de la personalidad que la peligrosidad no es un buen predictor de la criminalidad futura, porque es muy complejo establecer con una mínima base científica una noción de “sujeto peligroso”. Imagínese lo que supone esa idea de la “peligrosidad” cuando se pone en la mente de ciudadanos corrientes.

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

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

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

Imagínese lo que sucede cuando, además, la actuación de jueces y fiscales ha venido precedida de un actuación policial como una detención. Si además se hacen eco de todo ello los medios de comunicación, el prejuicio social de culpabilidad se amplifica todavía más. Por muchas noticias que después leamos de actuaciones policiales erróneas o directamente corruptas, o de resoluciones fiscales o judiciales —del juez de instrucción— equivocadas, la tendencia social no varía: el señalado como sospechoso es culpable.

De hecho, no los juristas escapamos realmente al prejuicio, o lo conseguimos solamente con mucho esfuerzo. Como consecuencia de las ideas que increíblemente todavía a estas alturas se arrastran del sistema inquisitivo, se tiende a pensar en la profesión jurídica que en un proceso penal existen las máximas garantías después de que la policía ha realizado una investigación, que es confirmada por el ministerio fiscal —o por el juez de instrucción y el ministerio fiscal en España— y que finalmente es también refrendada por un juez en su condena. Es decir, tres —o cuatro— actores diferentes para confirmar una responsabilidad penal.

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

Pero lo más importante es entender que el ministerio fiscal no confirma las conclusiones de la policía, sino que simplemente formula una acusación, con independencia de esas conclusiones policiales, si entiende que de la investigación se derivan efectivamente hechos con apariencia delictiva, que aún deben ser sometidos a prueba en el proceso. Esto es especialmente claro en los sistemas en los que todavía existe la figura del juez de instrucción. El mismo no debe —no debería— exponer ninguna conclusión sobre los hechos investigados, porque no puede, en ningún caso, influir con sus conclusiones al juez de juicio. Ni siquiera, por descontado, para justificar su propia actuación durante la instrucción. Por tanto, el juez de instrucción es —debería ser— simplemente un juez de garantías, que intenta asegurar los vestigios y las fuentes de prueba así como su respeto por los derechos fundamentales, pero del que no se espera ni puede esperarse conclusión alguna sobre la culpabilidad.

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

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

Sin embargo, una de las cuestiones de las que no se ha ocupado demasiado la doctrina todavía es acerca de la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia. En algunas Constituciones se la ha configurado como un derecho fundamental, pero en la práctica judicial y doctrinal se le ha sabido observar como una regla de carga de la prueba. Y ultimadamente se está abriendo camino la opción que la considera como un estándar de prueba. Habiendo concluido ya la necesidad en el

proceso penal de la presunción de inocencia, resta calificarla jurídicamente, lo que ayudará a determinar su auténtica utilidad y función en el proceso.

Por último y a manera de conclusión, diría que la naturaleza de la culpabilidad opera precisamente en ese juicio de reproche que se hace el autor de un injusto exigible en la norma, tomando en cuenta las concretas circunstancias que se actúan, razón legal por la que sus efectos preprocesales o procesales tendrán observancia, exigibilidad y aplicabilidad en el mismo momento en que el fiscal a través de los atestos policiales, informes y dictámenes, así como de los resultados que se le proporcionen de la cadena de custodia, el determinar ejercer el derecho de la acción penal, recurriendo en audiencia preliminar ante el juez de control, si es con detenido, para la ratificación de imputación y solicitud de detención del probable inculpado o, en su caso, para el libramiento de la correspondiente orden de presentación, comparecencia o aprehensión. Espero que con esta brevísima ejemplificación del tema *in situ* se visualice con mayor precisión los actores de los investigadores, periciales, policiales y ministeriales o fiscales una vez que tengan conocimiento a través de una denuncia o querrela o como resultado de una investigación respecto de un hecho materializado y calificado como antijurídico.

4. ANÁLISIS DOCTRINAL Y CLASIFICACIÓN DE LOS EFECTOS PROCESALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

4.1. SU TRATAMIENTO PROCESAL

Los órganos jurisdiccionales, al tenor de la premisa analizada, deben considerar inocente al acusado hasta en tanto su culpabilidad hay sido declarada por sentencia ejecutoriada, esto es, respecto de la cual no proceda recurso o medio de defensa alguno que pueda modificarla o revocarla; hasta ese momento, en todas las resoluciones judiciales que se dicten durante la sustanciación del proceso —incluso en los juicios de amparo— el inculpado ha de ser tratado como inocente, ello en el sentido de su participación en el delito.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO SE CONSTITUYE EN EL DERECHO DEL ACUSADO A NO SUFRIR UNA CONDENA A MENOS QUE SU RESPONSABILIDAD PENAL HAYA QUEDADO DEMOSTRADA PLENAMENTE, A TRAVÉS DE UNA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, OBTENIDA DE MANERA LÍCITA, CONFORME A LAS CORRESPONDIENTES REGLAS PROCESALES. De acuerdo con la tesis P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVI, agosto de 2002, página 14, de rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, este principio aparece im-

plícito en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el diversos principios de debido proceso legal y el acusatorio dando lugar a que el acusado no esté obligado a aprobar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculcado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) el supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso; y, b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto, lo que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, el primer aspecto representa más que una simple presunción legal a favor del inculcado, pues al guardar relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto; mientras que el segundo se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual la prueba completa de la responsabilidad penal del inculcado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolución si ésta no queda suficientemente demostrada, lo que implica, además, que deben respetarse los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar el propio principio. Registro 173507, tesis aislada, Novena Época, Tribunales Colegiado de Circuito, enero de 2007, pág. 2295.

4.2. COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE TODO EL PROCESO

Al respecto, Zamora-Pierce explica la presunción como una exigencia, es decir, como un “juicio previo a la toda privación de derechos”, que se relaciona con la garantía del debido proceso legal, entendida como una de las garantías básicas que otorga el Estado a sus ciudadanos.

El principio del debido proceso legal implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten los formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y se ofrezcan pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia

definitiva declarándolo culpable. Mediante el principio acusatorio corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal como se desprende de lo dispuesto en la Constitución Federal por la nueva redacción del artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de vinculación al proceso deberá expresar “los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”.

En ese sentido, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la tesis P.XXXV/2002 ha estimado: “que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es el Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad el imputado”.

En consecuencia, presunción de inocencia y debido proceso legal son “conceptos que se complementan, y que traducen la concepción básica que el reconocimiento de culpabilidad no sólo exige la existencia de un proceso, sino sobre todo de un proceso ‘justo’, en el cual la confrontación entre el poder punitivo estatal y el derecho a la libertad del imputado sea hecho en términos de equilibrio”.

Al respecto se ha pronunciado el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito con la tesis aislada que a la letra señala:

DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. NO SE TRANSGREDEN LA CONSTITUCIÓN NI LOS TRATADOS QUE RECONOCEN ESTOS PRINCIPIOS CUANDO LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DEL QUEJOSO SE JUSTIFICA POR HABERSE CUMPLIDO LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS CONFORME A LA NORMATIVIDAD APLICABLE. La circunstancia de que determinados principios como los de debido proceso legal y presunción de inocencia no sólo estén consagrados en la Constitución Federal, sino también en Tratados Internacionales, no significa que no pueda justificarse una sentencia de condena o que todo acto de autoridad que afecte los intereses del procesado, como su libertad, trastoquen dichos principios. Por el contrario, lo que en ellos se establece es la condicionante de que dicha afectación al quejoso, en su caso, se vea justificada por la constatación de haberse observado o cumplido los requisitos

que la propia ley contempla para que esa afectación quede enmarcada dentro de la legalidad en aras del interés público que es inherente al proceso penal y, en general, a la persecución de los delitos. Luego, si se obtiene que el sentido del fallo se justifica por haberse cumplido los requisitos legales exigidos por el caso y con base en la normatividad aplicable, resulta obvio que no se transgreden los principios aludidos y consagrados en la Constitución ni, por ende los posibles tratados que igualmente los reconocieran. (Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, II.2°.P.160, tomo XXI, abril de 2005, página 1390.)

Este razonamiento del Tribunal Colegiado permite atender la legalidad del debido proceso y la presunción de inocencia frente a la propia Constitución Federal y tratados internacionales por lo que respeta a la libertad del procesado, justifica las condiciones por las que se ha observado los requisitos que la propia ley prevé para preservar el interés público, que es inherente al proceso penal y en general a la investigación de los delitos.

En este sentido, la postura de Zamora Pierce guarda relación directa con la garantía consagrada en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 11.1, de igual manera a la tesis aislada P.XXXV/2002, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, bajo el rubro: presunción de inocencia, el principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal.

La postura se justifica por considerar a la presunción de inocencia como un concepto fundamental en torno al cual se construye un modelo de proceso penal liberal, en el que se establecen garantías para el imputado, frente a la actuación punitiva estatal, que es entendido así por las diferentes escuelas penales italianas que parten del artículo 27, de la Constitución italiana vigente, según el cual "*l'imputato non é considerato colpevole sino alla condanna definitiva*". Aunque no existe textualmente el precepto legal antes citado, la presunción de inocencia, la doctrina ha realizado una aproximación a dicho precepto al tratar de esclarecer el significado que pueda tener esa presunción, desde las concepciones generales sobre el proceso penal, hasta las exigencias concretas que derivan del principio, dotado con claros significados políticos. Por ello que la discusión sea en el sentido de que si el artículo 27 de la Constitución italiana sea solamente en el campo de la prisión provisional o si afecta también a cuestiones de índole probatorio.

Cabe señalar la tesis aislada II.2°. P.115 P, bajo el siguiente rubro y texto:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO NO SE TRANSGREDE CUANDO SE DICTA ORDEN DE APREHENSIÓN POR ENCONTRARSE ACREDITADOS LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO. En atención a que los datos que arrojó la averiguación previa, así como las probanzas aportadas por el Ministerio Público se consideran aptas y suficientes para tener por acreditados los elementos del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad penal

del quejoso en su comisión, no existe potencial repercusión en detrimento del principio de presunción de inocencia, con todo y que éste se contenga implícitamente en la Constitución Federal. Y es que al justificarse los extremos exigidos constitucionalmente para el libramiento legal del acto que se reclama (orden de aprehensión), es evidente que para efectos de la etapa procesal de que se trata, resulta inaplicable la argumentación relativa al aludido principio de presunción de inocencia, pues éste no se transgrede de forma alguna, en tal supuesto, (Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, tomo XVIII, octubre 2003, número de registro 182988, página 1086).

Desde la perspectiva legislativa, el derecho a la presunción de inocencia constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia. Tal es el caso de los delitos contra la salud, como refiere la tesis aislada VIII.1º.27 P:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INculpADO (SALUD, DELITO CONTRA LA TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA). Es cierto que corresponde al agente del Ministerio Público la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado de transportación de marihuana y la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, ateto a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, al quedar probado fehacientemente en la especie que al inculpado se le detuvo manejando un vehículo de motor que tenía un compartimiento especial para la transportación de cosas en forma oculta, lugar donde se encontró determinada cantidad del estupefaciente y, por ende, su participación en dicha transportación; así las cosas, dable es afirmar que entonces, la carga probatoria en contrario, corresponde al inculpado respecto de los hechos demostrados en su contra, debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, debiendo demostrar todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatarse que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia. (Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, tomo X, noviembre de 1999, número de registro 192954, página 1009).

Este es el significado que tiene la presunción de inocencia en los sistemas jurídicos de influencia anglosajona y el que debe atribuirse a los artículos 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Oolíticos, así como el 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta interpretación conlleva a determinar que una presunción, y en particular, la presunción de inocencia, sea como una regla de juicio del

proceso y significa que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria, aunado a que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas, y que la carga de la actividad probatoria sea dirigida a los acusadores y que no exista ninguna carga en ningún momento del acusado sobre la prueba de su inocencia.

En palabras de montañés Pardo: “la presunción de inocencia es una verdad interina de inculpabilidad, que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo suficiente, producida regularmente, abarcando u verdadero espacio dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado”.

4.3. COMO REGLA RELATIVA A LA PRUEBA

Entre los autores que defienden esta postura se encuentran Gusp, Epifanio López, Jesús Sáez y Lessona. Por lo que respecta a Lessona, entiende que las presunciones son “... un medio de prueba que resulta de un razonamiento por el cual, de la existencia de un hecho reconocido ya como cierto, según los medios legítimos, se deduce por el legislador, o por el juez en el caso especial del pleito, la existencia de un hecho que no es necesario probar...”.

Gomes Filho considera que no es técnicamente correcto entender al principio de la presunción de inocencia como una verdadera presunción, incluso “porque dicha concepción podría encubrir el valor político del principio, limitándolo a cuestiones probatorias, no se puede negar que las primeras consecuencias de su aceptación se encuentran en la teoría de la prueba”.

En este mismo sentido se encuentra Martín Santos, quien considera que “al ser una norma procesal, no incide ni directa, ni indirectamente sobre la calificación típica de delitos e ilícitos, ni tampoco en lo concerniente a la responsabilidad de los procesados, sino que su existencia y aplicación se cierne sobre la estricta actividad de prueba”. Más adelante enfatiza que: “esta naturaleza procesal debe matizarse, pues, aunque son los Tribunales y las Autoridades los encargados de aplicar este principio, al ser una norma constitucional vincula a todos los ciudadanos”.

Por su parte, Romero Arias comenta:

[...] la presunción de inocencia no es una verdadera presunción pues a través de ella se no prueba nada, no es por tanto un medio de prueba, ni surge y tiene vigor mientras no se practicó la prueba, o bien, cuando una vez practicada la prueba, el resultado de la misma no convenza al juzgador de la certeza de lo que pretende imputar al sujeto pasivo del proceso. En todo caso, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que vincula a los legisladores, a los

juzgadores y a los ciudadanos; el citado autor agrega, *op. cit.*, p. 41-42, y comenta la postura que ve a la presunción como fuente de prueba, a saber: “entendemos que la presunción de inocencia no es una fuente de prueba, sino que es un derecho fundamental de contenido normativo procesal aplicable a todos los procesos que se lleven a cabo y que cumple con el objetivo de ser ‘garantía sustantiva’ tendiente a la protección judicial de los derechos, pues en definitiva es un axioma jurídico vigente en toda jurisdicción en virtud del cual el Juez o la autoridad, debe absolver al acusado, o al presunto responsable, sin importar cuál sea el ilícito, si la prueba realizada no ha convencido al juez, o a la autoridad, de su culpabilidad o responsabilidad”, a lo que termina agregando “Creemos que la afirmación anterior pone claramente de manifiesto que la presunción de inocencia no puede considerarse como la prueba de la inocencia, sino que es algo que ‘equivale’ a la prueba de la inocencia pues equivales significa ‘valer igual que’ y no ‘ser igual’”.

Asimismo, la precitada garantía implica para el imputado de un hecho delictivo la prohibición de la inversión de la carga probatoria, ya que el acusador deberá demostrar y hacer cesar a través de las pruebas a dicha presunción. Esa garantía de inocencia se conecta con los principios básicos del proceso penal: de legalidad y acusatorio.

Bajo esta óptica, por el principio *onus probando*, sobre el Estado recae la carga probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad al imputado; éste no tiene la obligación de probar su inocencia, dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino que debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca.

4.4. COMO REGLA DE TRATAMIENTO DEL IMPUTADO

Hay que delimitar, en primer lugar, el concepto de imputado: alguien a quien le es atribuida una acción que ha realizado, aquel en contra de quien existen sospechas de participación en un hecho que reviste caracteres de delito o de alguna infracción de carácter administrativa, civil, laboral, etc., teniendo dicha calidad desde el primer momento de la actuación inicial del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Todos los derechos del imputado tienden a resguardar su persona y su dignidad, asegurándole su calidad de sujeto de la investigación y no de objeto de la misma. El propósito es proteger la calidad jurídica del imputado respetando su derecho de “presunción de inocencia”, mientras no se pruebe su culpabilidad, abarcando todas las etapas del procedimiento, hasta la resolución judicial que emita un Juez.

4.5. COMO PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM*

En cuanto a la presunción *iuris tantum*, la presunción de inocencia “determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprobada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada, que aportando pruebas procesales logres su aceptación por el Juez o Tribunal, en creación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso”.

Tener una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario como lo establece el artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Civiles (no tiene una consecuencia definitiva *iure et de iure*), sino que sólo constituye una prueba presuncional, que puede impugnarse como violación procesal a través del juicio de amparo directo que llegue a promoverse en contra del fallo definitivo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 158 y 159, fracciones III y XI, de la Ley de Amparo. En caso del artículo 158 fue reformado, en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de enero de 1988, y republicado, el 11 de enero de 1988 y así como el 1.º de febrero del mismo año, que a la letra señala:

Art. 158. El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados.

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a los principios generales de derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa.

Existe una fe de erratas en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de febrero de 1988, a saber: “Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio”.

Por lo que respecta al artículo 159, fue reformado el primer párrafo, en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 1968, que a la letra expresa:

Artículo 159. En los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del trabajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso:

III. Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a la ley...

Por lo que respecta a la fracción IX, no ha recibido modificación alguna en este sentido.

Lo anterior se ejemplifica con el criterio jurisprudencial que a la letra señala:

APERCEBIMIENTO DE TENER POR CIERTAS LAS AFIRMACIONES DE LA CONTRAPARTE. LA RESOLUCIÓN QUE LO HACE EFECTIVO NO ES UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN Y, POR TANTO, PUEDE IMPUGNARSE COMO VIOLACIÓN PROCESAL EN AMPARO DIRECTO. La resolución que hace efectivo el apercebimiento de tener por ciertas las afirmaciones de la contraparte de la agraviada, salvo prueba en contrario, no constituye una resolución que tenga sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación, pues no afecta directa e inmediatamente alguno de los llamados derechos sustantivos o fundamentales del gobernado, sino que dicho acto sólo tiene efectos intraprocesales que pueden extinguirse en caso de que la quejosa obtenga un fallo favorable a sus intereses, ello porque la única consecuencia de que se haya hecho efectivo el citado apercebimiento, es tener una presunción *iuris tantum*, que como tal admite prueba en contrario, como lo establece el artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Civiles, es decir, no tiene una consecuencia definitiva, *iure et de iure* o de pleno derecho, sino que sólo constituye una prueba presuncional, que puede impugnarse como violación procesal a través del juicio de amparo directo que llegue a promoverse en contra del fallo definitivo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 158 y 159, fracciones III y XI, de la Ley de Amparo. (Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, tesis aislada I. 11º. C.80 C, tomo XVIII, octubre de 2003, Número de Registro 183145, página 898).

Esta postura ha de entender que la presunción de inocencia versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, una presunción *iuris tantum* que exige, para ser desvirtuada, la existencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

Al margen de lo expuesto, en México la prisión preventiva pone en duda el respeto al principio de presunción de inocencia; medida cautelar de carácter eminentemente procesal que tiene por objeto asegurar que el probable responsable de la comisión de un delito no se sustraiga a la acción de la justicia, para asegurar la fluidez del procedimiento penal; la cual no puede ser desproporcionada o irracional que refleje exceso de poder o

restrinja la posibilidad de obtener la libertad bajo caución. Se sostiene que es incompatible con la presunción de inocencia, porque la culpabilidad del sujeto solamente es probable, por ende, la prisión preventiva se convierte en una pena anticipada. En consecuencia, se deben reducir las medidas que restrinjan los derechos del acusado durante la secuela del proceso; de ahí que las medidas precautorias deben respetar el principio de proporcionalidad de la prisión preventiva, es decir, debe ser subsidiaria, sustentarse en indicios de la culpabilidad del imputado y con duración inferior a la pena impuesta.

No obstante, México actualmente proyecta un exceso en su utilización, pues reafirma su connotación penalizadora al condicionar la obtención de la libertad provisional bajo caución a delitos no considerados legalmente como graves, a pesar de que ese carácter tiene la mayoría de los ilícitos penales. Es por ello que tratadistas como Luigi Ferrajoli no le dan ninguna justificación a la aplicación de la prisión preventiva, la consideran como un instrumento ilegítimo e idóneo para hacer desaparecer las garantías penales y procesales. En ese sentido, los instrumentos internacionales que México ha suscrito son más garantizadores que la legislación penal en materia local y federal.

La inserción del principio de presunción de inocencia dentro de las reformas constitucionales estableció la prisión preventiva como medida subsidiaria y excepcional; oficiosamente el juez puede decretarla, en caso de delincuencia organizada y delitos graves como homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos por medios violentos, esto es, utilizar armas y explosivos, los que atentan contra el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, así como aquéllos que determine la ley en contra de la seguridad nacional. La prisión preventiva siempre será aplicada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional; inclusive, si dictado el auto por vinculación a proceso, el acusado evade de la acción de la justicia se suspenderá el plazo para la prescripción de la acción penal.

Los he clasificado por su esencia u origen en tres grandes rubros o modalidades bajo la siguiente descripción:

- a) Efectos procesales con carácter preprocesal
- b) Efectos procesales con carácter procesal
- c) Efectos procesales con carácter extraprocesal o extrajudiciales.

Analizaré cada uno de ellos en su contexto clasificatorio, pues considero que cada uno de ellos tiene lineamientos objetivos y características de corte legal, procesal y jurisprudenciales distintos.

a) *De corte preprocesal*

- El primer efecto preprocesal incuestionablemente es el marcado en la propia Constitución, ya que es reconocido como un derecho... agregaría procesal; ya que se refiere a un derecho humano (artículo 20

constitucional apartado B fracción I) (tiene simbolismo legal y formal, con definitividad obligatorio).

- El establecido dentro del derecho como ciencia y doctrina (como fuente formal) y el enmarcado dentro del principio de debido proceso de la recusación que toda persona imputable o inculpada tiene derecho.
- Desde que el fiscal lo argumenta en su imputación inicial, debe proponerse la defensa, se insiste, es descriptivo, obligatorio e imperativo por la propia Constitución.

b) De corte procesal o judicial

- Es decir, como garantía procesal (garantismo puro del maestro Luigi Ferrajoli, o bien como principio universal).
- Dentro del encuadramiento legal doctrinal y procesal, insisto, del principio de debido proceso, ya que se le reconoce que toda persona imputada o inculpada tiene derecho a:
 - ✓ A una defensa adecuada
 - ✓ Al derecho en ofrecer pruebas
 - ✓ A su garantía de audiencia
 - ✓ A que se le revise su proceso de pena
 - ✓ A la designación de un juez
 - ✓ A su libertad caucional
 - ✓ A que se le reconozca su efecto preprocesal de inocencia desde la audiencia inicial, es decir, desde la primera acción imputada o en la propia audiencia inicial a la que es citado, e incluso a comparecer en calidad de testigo.
- Por lo que lo hace o hará valer, se reitera en el primer acto de su comparecencia, al momento de la primera imputación judicial.
- Cuando comparezca en la audiencia inicial ante el juez de control. “Pero hay que alegar” y objetar la imputación y la supuesta “teoría del caso del Ministerio Público o Fiscal”.
- En la audiencia de comparecencia con la investigación, desformalizada o formalizada o ya judicializada.
- Respecto de sus argumentaciones de objeción sobre la imputación o medios indirectos de prueba ante el juez de control, o ante el juez de instrucción en la etapa intermedia, o bien ante el juez en la audiencia de oralidad, se insiste como efecto Procesal y de legalidad.
- Es considerado como efecto procesal trascendental en otros países, como Italia, Inglaterra, Argentina o España, incluso Estados Unidos y Cuba; como Garantía Constitucional y por consecuencia como estado de “presunción de inocencia”, trascendentalmente en etapa inicial e intermedia.

- En el Derecho Procesal Penal Acusatorio, como un derecho moderno o contemporáneo. La persona es y debe ser considerada inocente hasta en tanto no se demuestre lo contrario; efecto procesal *sine qua non*.
- Como garantía constitucional y como “seguridades legales”, que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sean conculcados por el ejercicio del Poder Estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso; es decir, hacer efectiva la garantía constitucional, *pro persona* o *pro homine*.
- Hablar de “garantías procesales” es comentar referente a mecanismos jurídicos que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal. Esto es, que tiene un fin, es decir, hacer efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al inminente peligro o riesgo de que sea desconocido por un acusador o fiscal o incluso por el propio juzgador.

A nivel procesal o judicial, encontramos:

- El mismo trato de “no autor”, hasta que un régimen de pruebas obtenidas debidamente produzca condena.
- Este régimen de pruebas es trascendental y necesario a fin de condenar y exigir, es decir, para destruir la presunción de inocencia.
- Otro efecto procesal sería el referente a la inversión de la carga de la prueba. O sea que quien tiene que probar la culpabilidad y que nadie está obligado a probar su inocencia, pues ésta se encuentra presupuesta y coligada bajo un Derecho con régimen constitucional. El Ministerio Público, titular del derecho a ejercer la acción penal y de la carga de la prueba, debe demostrar primero la probable y *a posteriori* la responsabilidad del imputado en la comisión de un delito, con las pruebas o indicios bastantes y suficientes objetivos y coherentes, pertinentemente logrados en una investigación apoyada en la ciencia, debiendo producir certeza en el juzgador; pues cuando existe duda el juzgador resolverá la situación absolviendo o no, decretando detenciones por mera sospecha al imputado, en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*.
- Del despliegue de una actividad probatoria mínima. Esta “mínima actividad probatoria” está referida a que las pruebas actuadas sean de cargo y que hayan sido practicadas en juicio. Salvo los casos de prueba preconstituida o anticipada, pero siempre lícita, objetiva, oportuna y precisa.
- Que las pruebas deban haber sido producidas con las debidas garantías procesales.
- Que las pruebas deben haber sido valoradas libremente con criterio de conciencia o convicción legal, formal y humana por jueces ordinarios, independientes e imparciales.
- Respecto de la excepcionalidad de las medidas coercitivas. La presunción de inocencia es un límite a la imposición de estas medidas, pues

- al exigirse el trato de “no autor”, sólo será aplicable una medida coercitiva en casos excepcionales, cuando sea estrictamente necesario.
- Debido a que existe estrecha relación entre este derecho y la limitación de la detención preventiva, que está reservada para casos excepcionales, en delitos graves y cuando existe peligro de entorpecimiento o peligro de fuga y es relevante su objetividad y esto es coherente y lógico, pues para realizar una investigación no es necesario que una persona esté detenida.
 - Para casos de flagrancia: cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido el hecho delictuoso, o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que viene de ejecutarlo.
 - Cuando se produce una detención en cualquiera de estas dos hipótesis: el detenido debe ser puesto dentro de las 24 horas a disposición de la autoridad competente. Cualquier restricción de la libertad fuera de estos supuestos constituye un acto arbitrario que acarrea responsabilidad penal, para el servidor público que no lo acate, pero debe privilegiarse dicho presupuesto procesal.
 - No olvidar que se sigue practicando el arraigo ya desnaturalizado e ilegal, pues ya no es domiciliario, sino arraigo en casas de seguridad, pagadas o compradas y controladas por el Estado, y supuestamente para casos referentes a la delincuencia organizada, casos urgentes o delitos graves; en esos casos hay que recurrir al amparo alegando este efecto procesal.
 - Como efecto eminente entre la presunción de inocencia y el principio de la duda. Es claro que para el Derecho Procesal Penal es necesario, y así lo exige la imperatividad de una sentencia condenatoria con la consecuente aplicación de una pena, para que esta presunción se desvanezca. Para el juez la duda y/o probabilidad impiden la condena y acarrea la absolución.
 - Así es como que la duda y la certeza son dos caras de una misma moneda que se resuelven sólo en la certeza, porque cuando el juez decide no duda sobre la solución que debe dar al caso, sino que tiene la certeza y la expresa.
 - El imputado es sólo eso, un sospechoso o presunto probable, o bien, clásicamente, sujeto activo o en su caso sujeto del proceso y únicamente la prueba puede definir su situación. Así es como la presunción de inocencia se afirma claramente en el momento de la decisión, ya que la “duda”, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente (motivada y fundada)

c) A nivel extraprocesal o extrajudicial

Es un derecho subjetivo por el cual al sindicado (inculpado o probable responsable) se le debe dar un trato de “no autor”. Es decir que nadie, ni la policía ni los medios de comunicación, puede señalar a alguien como culpable hasta que una sentencia lo declare como tal, a fin de respetar su derecho al honor e imagen.

Son y serán todos aquellos que se argumentan como:

- ✓ Acciones de inconstitucionalidad.
- ✓ Inobservancia de leyes.
- ✓ No valoración adecuadas de pruebas.
- ✓ Violación al catálogo de principios pre o procesales.
- ✓ Los que se argumentan vía amparo.
- ✓ Los que se explicitan vía revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- ✓ Los que se manejan ante las Cortes Internacionales, ya sean la penal o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- ✓ Todo aquello que se considere vulnere o viole derechos humanos (fundamentales, garantista procesales, etc.).

Por ejemplo, el derecho a la libertad encuentra sus restricciones en dos supuestos:

I. Por mandato expreso y motivado de juez competente; o

II. En caso de flagrancia de delito, ¿la presunta y la cuasi flagrancia, y en Italia la flagrancia prolongada, dónde quedarían?

Otro efecto extraprocesal es lo que se indica a nivel de justicia y jurisdicción universal (extrajudicial o ya judicializado).

- La solicitada ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin olvidar, por supuesto, a la Corte Penal Internacional.
- Imperan los tratados internacionales, pactos, convenciones, convenios, cartas de organizaciones, protocolos adicionales, estatutos, códigos y leyes de la materia; tanto en sus alcances, como en su competencia, clasificación, enumeración y completitud y efectos, mismos que requieran un estudio y tratamiento especial y en capítulo especial de Derecho Comparado, que por ahora sólo baste citarlos, aun y en sentencia definitivas o ejecutoriadas, existan esa revisión y por obviedad la obligación a su aceptación y revisión formal.
- La omisión de una recomendación con características de legalidad y obligatoriedad universal para la autoridad y Estado o país respectivos, en calidad de responsables, trae y debiera traer aparejada de manera ipso facto responsabilidad para el ejecutivo y autoridades responsables. Por último, no hay que olvidar todo lo que legalmente puede exigirse ante estas cortes referentes al pago de la reparación de daño moral (sentimiento, afectos, nexos formales, rompimientos,

temores, desprecios, desprestigio social, espiritual), o bien incluso el daño virtual y material.

A manera de síntesis conclusiva:

- A nuestro entender toda persona merece el “beneficio de la duda”. La presunción de inocencia constituye hoy un “derecho fundamental reconocido constitucionalmente”, y bajo sus tres efectos procesales, es decir preprocesales, procesales o de manera extraprosesal.
- Lejos de ser un mero principio teórico de Derecho, representa una garantía procesal que nos pertenece a todos.
- Es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.
- La presunción de inocencia es muy importante en nuestro sistema de justicia, además denota un alto grado de democracia y de civismo.
- Para aplicar una pena, entonces es necesario un proceso (acusación, defensa, prueba y sentencia), que termine en un “juicio lógico” motivado y fundado acerca de la culpabilidad o no de un individuo respecto a determinados hechos.
- Hasta ese momento el imputado conserva su estado natural de inocencia, por existir una imposibilidad jurídica de que se le enrostre otro mote legal.
- Como corolario de lo sostenido diría que el principio de presunción de inocencia, tal como se le concibe, se encuentra plasmado en nuestra Carta Magna: “...nadie puede ser penado sin juicio previo...”.

Así pues, afirmo que la inocencia es una garantía de Derecho Procesal Penal, estructurada como ficción de raigambre constitucional, que surge de la aplicación del dogma “*nulla poena sine iudicio*” (no hay pena sin juicio) (artículo 18 C.N.) al proceso penal, limitando la potestad preventiva y el *ius punendi* que el Estado posee, realizada a través de sus órganos jurisdiccionales, impidiéndole todo prejuzgamiento o adelanto de pena bajo pretexto de la efectiva aplicación de la ley penal y aseguramiento de la verdad real.

5. COMO PRINCIPIO, COMO GARANTÍA Y COMO DERECHO PROCESAL PENAL

Permítaseme, a manera de ejercicio práctico, esquemático y metodológico, describir lo hasta aquí plasmado con los siguientes lineamientos que como argumentos o mandamientos doctrinales pueden ser analizados por todo estudioso de esta bella ciencia, del Proceso Científico Penal, o bien bajo el modelo o sistema penal acusatorio.

En mi concepto, de acuerdo con mi óptica doctrinal y siguiendo los lineamientos de mis maestros del postdoctorado de la Tercera Escuela de So-

ciología Jurídica de la Ciudad de Milán, Italia, diría o resumiría que la presunción de inocencia, bajo los efectos legales, jurídicos, doctrinales, técnicos y teóricos, de corte jurisprudencial o de derecho comparado e incluso de acuerdo al esquema de la propia Ciencia del Derecho, se sujeta o amarra inminentemente bajo el contundente estamento firmemente establecido en nuestra Carta Magna, y que engloba, encierra y debe aceptarse como tal, para así inobjetablemente debamos comprender, entender, explicar, fundar, motivar y explicitar, es decir: ¿realmente es un principio, es una garantía, o bien es un Derecho de Corte Procesal Penal? Para tratar de explicarlo y entenderlo, me permito exponerlo de la siguiente manera.

5.1. ¿ES UN DERECHO PROCESAL PENAL?

En su exposición de motivos la reforma constitucional sustenta a la presunción de inocencia como el derecho fundamental a favor de todas las personas sometidas a un proceso jurisdiccional, para que éstas no sean consideradas sin fundamento como culpables, por lo que dicha presunción sólo podrá desvirtuarse mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Se reconoce que constituye un derecho fundamental a favor de todo inculpado; por ende, al ser una cuestión central de todo sistema democrático de justicia que tiene por objeto preservar la libertad, la seguridad jurídica y la defensa social, busca proteger a las personas respecto de la limitación de sus derechos.

Por ello resulta incuestionable que ese principio expresamente se reconozca en la Constitución, y responda a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que le consagran como garantía. Documentos obligatorios jurídicos son: las Declaraciones Universal (artículo 11, párrafo 2) y Americana (artículo XXVI) de Derechos Humanos, del 10 de diciembre y 2 de mayo de 1948, respectivamente; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14.2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (artículo 8.2); así como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (artículo 84, párrafo 2), adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

5.2. DERECHO FUNDAMENTAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia como garantía fundamental sobre cual se erige el proceso penal de corte liberal sostiene que el fundamento del *ius puniendi* del Estado se basa en el anhelo de los hombres por tener un sistema equitativo de justicia que proteja los derechos fundamentales del indi-

viduo frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que han existido a lo largo de la historia.

La finalidad del procedimiento penal se puede apreciar en esta afirmación: “protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos”.²

Estas prerrogativas adquieren significado jurídico y político a partir de la Revolución francesa y el pensamiento predominante del movimiento de la ilustración del siglo XVIII, de los que derivaron los conceptos de Estado con poder limitado y de Derecho como un instrumento de defensa de los valores primigenios de la sociedad, frente a las violaciones graves de los mismos bajo el imperio de la ley; de esta manera se propone prescindir del Estado totalitario en el que se restringen al máximo los derechos fundamentales del individuo.

El principio de presunción de inocencia, en el que se sostiene la decisión de los juzgadores de absolver al justiciable cuando no se prueba plenamente su culpabilidad, también tiene antecedentes históricos remotos como el Digesto, que señala: “*Nocetem absolveré satius est quam innocentem damniri*” (Decio), es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente.

El pensamiento penal ilustrado que acoge dicho principio tiene origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; donde se enfatiza que debe considerarse inocente al acusado en tanto exista sentencia ejecutoriada que declare una razón diversa; así se excluye la presunción de culpabilidad que durante tanto tiempo condenó a hombres inocentes, bajo procedimientos inquisitorios secretos, caracterizados por la ausencia absoluta de la garantía de audiencia y del derecho de defensa.

Toda la tradición empirista de la prueba influyó considerablemente en la fractura lógica que separa los datos probatorios y los hechos probados, y que ningún artificio legal está en condiciones de colmar.³

Es importante recordar que esta tradición empirista (inglesa) fue como consecuencia de la primera enunciación legal del principio de jurisdiccionalidad que se haya en el artículo 39 de la Magna Carta inglesa de 1215, así lo expresa Ferrajoli:

Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni nos procederemos con fuerza contra él, ni manda-

² CARRARA, Francisco, *Opúsculos de Derecho Criminal*, volumen V, 2a. ed., Temis, Bogotá, 2000, p. 481.

³ Al respecto véase particularmente HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, trad. Félix Duque, Tecnos, Madrid, 2002; LOCKE, John, *Tratado de entendimiento humano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000; LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Nuevo tratado sobre el entendimiento humano*, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Aguilar, Buenos Aires, 1970.

remos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país. En esta formulación clásica, el principio expresa ya más o menos explícitamente tres garantías fundamentales —comenta Ferrajoli—: *a)* el *habeas corpus*, es decir, la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos; *b)* la reserva de jurisdicción en materia penal, es decir, la atribución de la averiguación y represión de los delitos únicamente al ‘juicio legal’ de un sujeto imparcial e independiente; *c)* la presunción de inocencia, en virtud de la cual nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un ‘juicio legal’ y antes de éste concluya.⁴

Filangieri, Pagano y Carmignani sostuvieron que al no ser demostrables lógicamente las conclusiones de hecho, sino sólo aceptables argumentadamente con preferencia sobre otras, la certidumbre de la verdad judicial fáctica nunca es absoluta u objetiva sino cuando mucho “moral” o “subjetiva”.

Asimismo, la afirmación de los principios de atribución y de estricta legalidad, según los cuales la pena debe ser una consecuencia del hecho taxativamente previsto por la ley como delito y no de otro hecho previsto por ella como probatorio: a pesar de su confianza en la racionalidad de la ley y su desconfianza hacia el arbitrio de los jueces, los ilustrados no podían dejar de comprender que la legalidad de las pruebas es incompatible con la legalidad de los delitos y las penas.

Actualmente, es dudable el reconocimiento del principio de presunción de inocencia, como derecho público subjetivo, en diversos ordenamientos constitucionales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha referido:

el derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2.º del artículo 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las norma vigentes, es un derecho subjetivo y público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídico anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determina una presunción, la denominada “presunción de inocencia” con flujo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.⁵

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 539.

⁵ Consúltase CLIMENT DURAN, Carlos, *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 715-716.

Como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a los actos de los órganos de impartición de justicia. Ello implica la aplicación del debido proceso penal, se requiere la observancia de las garantías prevista en las leyes fundamentales e instrumentos internacionales, en los que la presunción de inocencia, junto con otros principios jurídico-penales, conforma un sistema de justicia propio de un Estado democrático de derecho, que limita al ejercicio del poder punitivo del Estado.

Para entender el contenido de la presunción se debe, en primera instancia, recurrir al diccionario de la Real Academia Española, que entiende “presunción” como proveniente de la palabra *praesumptio*, que a su vez es un derivado de *praesumo*, la cual significa: tomar antes, tomar como cierto un hecho o una afirmación que es dudosa, pero que tiene cierta verosimilitud gracias a la concurrencia de otros hechos, o afirmaciones que están probadas o son evidentes.

La doctrina ha puesto de relieve que existen diversos tipos de hecho previsto por las normas, elaborando las más diversas distinciones y clasificaciones de los hechos jurídicos en función de las características que han sido consideradas relevantes. Por lo cual, dejamos a un lado el carácter genérico de la noción de hecho que se usa para individualizar el objeto de la prueba, tal como lo realiza Taruffo, para darle preferencia al examen de algunas hipótesis que presentan peculiaridades relevantes. De ahí deviene la siguiente clasificación:

1. *El hecho complejo*. Normalmente, cuando se piensa en el hecho como objeto de prueba o se esquematiza la estructura de la norma individualizando la prótasis referida al hecho, se asume como modelo un tipo de hecho simple constituido por un evento concreto precisamente, situado entre determinadas coordenadas espacio-temporal.
2. *El hecho psíquico*. Se trata, esencialmente, de hechos que pertenecen a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, instituciones o voluntades. Para referirse a hechos de esta naturaleza, no se necesitan sofisticadas o rebuscadas ejemplificaciones: basta pensar en la voluntad y sus respectivos vicios en el contrato, en la condición de buena fe o de la mala fe, en los innumerables casos en los que importa la culpa leve o la culpa grave.

No obstante el concepto de presunción, ha sido claro que “cuando la doctrina ha intentado superar la incertidumbre que encierra el concepto vulgar de presunción han surgido un verdadero cúmulo de posturas y definiciones que han contribuido a aumentar la incertidumbre que pretendía evitar”, a saber:

- I. Postura que ve a la presunción como una prueba que utiliza acaecimientos: “las presunciones son una prueba y no un desplazamiento

del objeto de la prueba, lo que supone un apoyo a la afirmación de que la presunción de inocencia no es una verdadera presunción como tal, pues de considerarla como presunción estaríamos atacando la configuración que hace el Tribunal Constitucional cuando afirma que la presunción de inocencia supone la aplicación del aforismo *onus probando incumbi actori*".

- II. Postura que ve a la presunción como un medio de prueba: las presunciones son "... un medio de prueba que resulta de un razonamiento por el cual, de la existencia de un hecho reconocido ya como cierto, según medio legítimos, se deduce por el legislador, o por el Juez en el caso especial del pleito, la existencia de un hecho que no es necesario probar".⁶
- III. Postura que ve a la presunción como fuente de prueba: principal defensor es Carnelutti, quien entiende que la presunción de inocencia es "...la consecuencia que de una determinada situación de hecho deduce la Ley misma o el órgano jurisdiccional..."
- IV. Postura que ve a la presunción de inocencia como una actividad mental: "Los autores que defienden esta postura ven a la presunción como una actividad mental del juzgador (presunción judicial) o del legislador (presunción legal) [...] a partir de la idea de que la presunción no es una inversión de la carga de la prueba (la carga de la prueba, la prueba del hecho presunto, correrá a cargo de aquél a quien perjudique que el Juez no lo fije formalmente en la sentencia), ni tampoco un desplazamiento del objeto de la prueba (en realidad será una duplicación del objeto de la prueba, que para destruir la presunción será necesario probar la falsedad del hecho presumido)". Para ello, señala Carreras Llansana que la presunción de inocencia es "un juicio de probabilidad cualificada...".⁷

⁶ Al respecto, véase más en detalle las propuestas de los resultados de la investigación precedente, como triple significado del concepto de "presunción de inocencia", en VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 35 y ss., a saber: Primero. "La presunción de inocencia podría ser el concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, de corte liberal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal". Segundo. "La presunción de inocencia podría ser un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por tanto, reducir el mismo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento de imputado durante el proceso". Tercero. "La presunción de inocencia podría ser una regla directamente referida a juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución de inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada".

⁷ *Ibidem*, p. 43. Este planteamiento de probabilidad guarda relación directa con los planteamientos generados durante el siglo XVIII, el empirismo inglés, particularmente nos refe-

A decir del propio Romero Arias, “las presunciones consisten en una operación intelectual (por eso es un juicio) realizada por un sujeto investido de autoridad (por eso es cualificada) que lleva, a lo sumo, al establecimiento de la probabilidad de un hecho o proposición (de aquí el uso del término probabilidad)”.⁸

Una vez que se han señalado algunas de las más destacada posturas sobre la presunción, corresponde averiguar su naturaleza jurídica, con el fin de establecer si nos encontramos realmente ante un derecho o principio.

Para ello, es importante recordar que la afirmación “*tout homme étant présumé innocent*” (todo hombre se presume inocente), que forma parte del texto de la Declaración de 1789, no puede ser planteada en un sentido puramente técnico de prueba indirecta: el recurso a la “presunción” tenía muy poco que ver con la idea de la consecuencia que la ley extrae de un hecho conocido para deducir un hecho desconocido y significaba, más bien, una actitud emocional de repudio al sistema procesal hasta entonces vigente, en el cual el acusado debía comprobar la improcedencia de la acusación, bajo pena de soportar las consecuencias del non liquen.

Por otra parte, Gomes Filho explica que “la inocencia” (del latín *in + nocens*, no nocivo) no tiene que ver con la noción de no culpabilidad, revelando, más bien, la creencia rousseauiana de la bondad innata del ser humano. Por ello, resultan impropias las críticas formuladas al valor que tendría el precepto en relación a que la experiencia demuestra que constituyen mayoría los acusados no-inocentes, lo que impediría la deducción; o, también, la argumentación opuesta, en el sentido que la mayoría de los hombres son honestos, estando por lo tanto el principio conforme con a naturaleza de las cosas.

En la presunción de inocencia no pueden encontrarse los elementos que forman su estructura, según Mascarell Navarro son “la afirmación base, la afirmación presumida y el enlace entre ambas como consecuencia de la aplicación de una máxima de la experiencia. En la presunción de inocencia empieza por faltar un hecho base o indicio del que, una vez probado y aceptado por el Tribunal, se extrae como hecho consecuencia la presunción de inocencia”.

rinos de David Hume, quien sostiene que, con base en la observación regular y a la experimentación, pueden formularse “pruebas” (que no permiten una duda razonable) o “probabilidades” (que recogen experiencias con resultados variables). De todos modos, no tenemos de las cuestiones de hecho verdaderas ciencia, ya que la idea de causalidad que nos permite unir los fenómenos, explicarlos y predecirlos, no se respalda en ninguna impresión y, por tanto, halla su fundamento sólo en la imaginación y la costumbre.

⁸ *Ibidem*, p. 43. “Según el profesor Carreras el juicio de probabilidad es presunción cuando tiene relevancia, cuando [...] tiene un resultado positivo, de probable [...] mientras que, así crítica a los que la ven como prueba, si la presunción fuese la prueba de un hecho tendría [...] trascendencia en cualquier caso, y sea cual fuese su resultado...”.

Para Vegas Torres ese principio tiene tres significados:

- Es garantía básica del proceso penal.
- Es regla del tratamiento del imputado durante el proceso.
- Es regla relativa a la prueba.

Por tal motivo, habremos de considerar asequible la reforma constitucional realizada por el Poder Legislativo, al establecer literalmente ese principio fundamental a favor de todo imputado, en el artículo 20, apartado B, fracción I: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Juez de la causa, a efecto de garantizar materialmente su reconocimiento a la presunción en tanto no se demuestre lo contrario”.⁹

En el proyecto de Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, redactado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 8 se establecía el principio de presunción de inocencia, en cuatro puntos consistentes:

1. Toda persona se presume inocente, en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su responsabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en ese Código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado.
2. En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.
3. Hasta que se dicte sentencia condenatoria, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.
4. En los casos del sustraído a la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

A pesar de que ya existía una interpretación del Pleno de la Suprema Corte, sobre este principio en la propia Carta Magna, cuya interpretación se puede coligar con la propuesta de Ferrajoli, bajo la expresión “Derecho constitucional de garantía”, aquel ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal, por estar directa e íntimamente vinculado a los derechos de libertad

⁹ Cfr. Sobre el particular, entre otros, ROMERO ARIAS, Esteban, *La presunción de inocencia; estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Pamplona, 1985; IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J., “La presunción de inocencia y la constitución nacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XIV, No. 47-48, mayo-diciembre, Bogotá, 1992; MARTÍN SANTOS, María del Pilar, “La Constitución de 1978 y la presunción de inocencia como derecho fundamental”, en *Revista Derecho y Opinión*, No.1, diciembre, Córdoba, 1993; NADER KURI, Jorge, “Ampliación de la garantía de presunción de inocencia”, en *Revista Mexicana de Justicia*, Sexta Época, No. 8, México, 2004; el mismo, “¿Dónde está el principio de presunción de inocencia?”, en *ITER CRIMINIS. Revista de Ciencias Penales*, Segunda Época, No. 12, octubre-marzo, México, 2004-2005.

del ciudadano como contrapunto al poder punitivo del Estado, se encuentra constitucionalmente garantizado y, por tanto, constituye una parcela de conocimiento habitual y formalizado dentro de los campos de enjuiciamiento que tradicionalmente se encomienda a los Tribunales Constitucionales.¹⁰

En palabras de Ferrajoli, si se quiere que la leve restricción de la libertad que comporta no sea desproporcionada al valor de los bienes lesionados por el delito por el que se procede, se justifica sólo en los procesos por los delitos más graves y a partir de exigencias de la instrucción debidamente motivadas.

Posteriormente, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteró la importancia de reconocer en la presunción de inocencia, sus alcances en la Constitución Política, al señalar:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de bajar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no partícipe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia. Amparo en revisión 89/2007. 21 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Marat Paredes Montiel.

Este planteamiento jurisprudencial emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pareciera coincidir en gran medida con el pensamiento de Luigi Ferrajoli, quien sostiene la necesidad de preservar no solamente las garantías constitucionales, sino también los otros derechos extraprocesales, como la “dignidad del hombre”.

¹⁰ Sobre el particular, véase ZAMORA-PIERCE, Jesús, “La presunción de inocencia (trabajo de ingreso)”, en *Criminalia*, año LIV, Nos. 1-12, enero-diciembre, México, 1988; MUÑOZ MOLANO, Gerardo, “Debido proceso, presunción de inocencia, derecho a la defensa, *in dubio pro reo* y principio de legalidad frente a la libertad de expresión”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXII, No. 71, enero-abril, Bogotá, 2001; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, F., “La presunción de inocencia”, en *El Mundo del Abogado. Una revista actual*, Año 5, No. 40, agosto, México, 2002; el mismo, “La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado”, en *El Foro*, Décimatercera época, tomo XVI, No. 1, México, 2003; PINO I JUNOY, Joan, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 3, Montevideo, 2003; VEGAS, Jaime, “La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal. S. TC. 31/1981, 28 de julio”, en *Persona y Derecho*, No. 55, Pamplona, 2006.

Sin embargo, no es así, porque para este autor italiano, el imputado debería comparecer “libre” ante el juez de la causa por lo antes mencionado y por “necesidades procesales”, por ende, esto no lo refiere la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque la prisión preventiva es un mecanismo efectivo para mantener al imputado en un proceso donde esté presente y ejerza sus derechos de defensa, pero en prisión, y con ello evitar que evada la acción de la justicia, y no como lo postula Ferrajoli:

La prisión preventiva después del interrogatorio puede valorarse positivamente sólo por quienes consideren el papel de la defensa como un inoportuno estorbo y la instrucción como inquisición de parte. Por el contrario, dentro de una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, la prisión provisional no sólo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio.

6. CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia como ya hemos mencionado está formulada como una norma constitucional, aunque un gran sector de la doctrina la reconoce como uno de los principios rectores de toda la legislación penal y procesal de Estado, inspirado en su acción política y ordenamiento jurídico por criterios superiores de libertad y respeto a la dignidad de los ciudadanos.

Desde el plano internacional, Rossana González explica que:

[...] uno de los problemas que presenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que ha experimentado una evolución asimétrica en dos aspectos que la técnica jurídica exige vayan prudentemente acompasados con el objeto de no arriesgar la propia juridicidad de estas normas. Nos referimos, de un lado, al proceso de proliferación normativa que va intensificando y generalizando las obligaciones estatales y, de otro, a un estancamiento en su grado de aplicación, en parte motivado por el hecho de que sus efectos se despliegan en la jurisdicción interna del Estado, este vacío es el que quiere ocupar el “control internacional”, un instrumento garantista que crea órganos y atribuye poderes para verificar si los Estados están cumpliendo las normas internacionales. Se puede adivinar la importancia de una institución que actúa para coordinar esos dos momentos de la norma que reflejan la “voluntad jurídica”, cuando se asume el compromiso y la “voluntad jurídica” que quiere cumplirlo. De este modo, el control internacional se configura como una garantía del cumplimiento de la “norma primaria”, función que si ya es importante en un ordenamiento esencialmente descentralizado, en el sector de los derechos humanos recobra mayor significado porque la prevención del incumplimiento es, con frecuencia, la única garantía de que no se produzcan consecuencias irreparables para las personas.¹¹

¹¹ GONZÁLEZ, Rossana, *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanas y degradantes*, Universidad de Granada, 1998, p. 31.

Nader Kuri remarca al respecto lo siguiente: “La libertad, de sobra está decirlo, es una de las prerrogativas más preciadas del ser humano; una cualidad esencial en cuyo ejercicio el hombre encuentra su plena realización y el desarrollo de sus potencialidades...”.

De ahí que el propio autor reflexione del siguiente modo: “La libertad personal es la más restringida de todas las garantías de libertad, porque la prisión preventiva, en los hechos, es la regla y no, como debiera ser, la excepción al principio universalmente admitido según el cual todo individuo es inocente mientras no se demuestre plenamente su culpabilidad”.

Claro está en que habrá de aceptar algunos casos como la estricta imputación de justicia y la seguridad de las partes involucradas de un delito.

En este sentido, si queremos precisar su contenido jurídico, habremos de considerar que son procesales las normas que regulan los órganos creados por el Estado para velar por el cumplimiento de las disposiciones que orientan la conducta de los ciudadanos, razón por la cual hemos de ser partidarios de que la presunción de inocencia deba estar plasmada en la Constitución textualmente, como acontece actualmente con la reforma constitucional comentada.

Recordemos que el reconocimiento de inocencia vino a sustituir la figura del indulto necesario y judicial que se desprende de un error del juzgador. El indulto, a diferencia del primero, es un perdón que como acto de gracia concede el Poder Ejecutivo como un acto de Estado, en beneficio de un reo, por haber prestado servicios importantes a la nación o por razones de interés social, tal como lo plantea Marco Antonio Díaz de León: “el reconocimiento de inocencia extingue la posibilidad de reparar el daño; en cambio, el indulto solamente perdona la pena de privación de libertad, pero subsiste la obligación de reparar el daño que correspondiere”.¹²

Sin embargo, la presunción de inocencia no es una presunción en sentido técnico-procesal, ni pertenece a la categoría de las presunciones judiciales o legales. Montañes Pardo dice:

En estricto sentido jurídico toda presunción exige: 1º) Un hecho base o indicio que ha de ser afirmado y probado por una parte, y que no integra el supuesto fáctico de la norma aplicable; 2º) Un hecho presumido afirmado por la parte y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide; y 3º) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del indicio probado se llega a dar por existente el hecho presumido.

Por ello el autor entiende que la presunción de inocencia no es una auténtica presunción “... ni por su estructura ni por su funcionamiento y

¹² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el proceso penal*, Porrúa, México, 2004, p. 1183; en este sentido, *vid.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, Porrúa, México, 2003, pp. 590 y s.

que, por ello, es una manera incorrecta de decir que el acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario”.

Aunado a que las presunciones están fundamentadas en valores ideológicos reflejados en la garantía de los intereses del acusado en el proceso penal, lo que se trata de una presunción política, tal como lo afirmó Pisan “en la medida en que expresa una orientación arraigada del legislador, que es la de garantizar la posición de libertad del acusado frente al interés colectivo la represión penal”; en cuanto al valor técnico, éste contribuye para la seguridad y la certeza del derecho, indicando al juez la regla que debe ser obedecida en el caso de que no haya certeza sobre la culpabilidad.

La noción habitual de prueba se fundamenta sobre la idea de que sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión, porque el hecho es el objeto o finalidad fundamental de la prueba.

En palabras de Taruffo:

Esta idea sirve para trazar algunas distinciones que o carecen de importancia en el complicado contexto del proceso: así, por ejemplo, sirve para delimitar el ámbito de lo que puede constituir objeto de actividad probatoria, ya que excluye, salvo pocas excepciones, que las pruebas pueden versar sobre normas jurídicas, dado que aquéllas tienen como objeto y finalidad a los hechos. Así, la prueba también sirve para establecer los límites de los conocimientos propios que el Juez puede introducir en el proceso y utilizar su propia “ciencia privada” sobre los hechos que deben ser probados en juicio, mientras que el principio *iura novit curia* afecta únicamente a la identificación de la norma aplicable para la decisión.

Por tanto, el contenido del derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse como una ficción jurídica o equipararse a las presunciones legales *iure et de iure*, o bien, reducida al estrecho campo de enjuiciamiento de funciones probablemente delictivas, sino que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conductas de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos.

Lo anterior puede percibirse en el contenido de la resolución en materia familiar, emitida en tesis aislada que a continuación se transcribe:

DIVORCIO, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DE LOS CÓNYUGES EN CASO DE. La autoridad responsable no incurrió en incongruencia al analizar la cuestión relativa a la inocencia de los cónyuges debe presumirse, salvo prueba en contrario, porque lo normal es que cumplan sus obligaciones y lo excepcional que las violen; por lo que si la excepción de culpabilidad de quien demanda el divorcio no se hizo valer, tal cuestión no debe ser analizada de oficio, a menos que los términos mismos de la demanda susciten el problema y la responsable pudo justamente conceptuar que los términos de formulación de la demanda provocaban duda acerca del derecho del demandante para solicitar el divorcio, lo cual afectaba notoriamente la presunción de inocencia a que se hace referencia y no puede conceptuarse que la mencionada

autoridad haya rebasado los términos de la Litis consideraciones sobre tan importante cuestión. (Semanao Judicial de la Federación, Quinta Época, Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo CXVII, número de registro 385322, página 651.

Para analizar y comprender la presunción de inocencia resulta insoslayable, a partir del desarrollo del derecho común como alternativa para enfrentar, abordar temas tales como la inseguridad de la prueba, la pena por sospecha y la *absolutio ab instancia*. Es con motivo de la aparición del principio de libre ponderación de los medios de prueba (siglo XIX) que se hace necesario aludir al *in dubio pro reo* como sinónimo de garantía.

Consagrar la presunción de inocencia en nuestra Constitución tiene consecuencias que deben ser respetadas: nadie debe ser considerado culpable antes que una sentencia firme lo declare, lo cual impone el deber de respetar, en tanto tal declaración se produce, la situación o estado jurídico que la persona tenía y tenga.

Tanto la investigación como el juicio mismo importan fases procesales que comprometen la dignidad y los derechos de las personas, lo que explica la necesidad de tener garantías que aseguren esa dignidad y esos derechos.

Debe entenderse respecto de la presunción de inocencia si se hacen efectivas todas las garantías procesales que el legislador establece en cada una de las fases del procedimiento en que corresponda y según los actos de que se trate. Al respecto, Manuel Calvo García explica de manera pertinente que: “El postulado de la voluntad del legislador permite al intérprete superar las impresiones, los silencios e, incluso las contradicciones entre lo que expresa el tenor literal de la ley y lo que el intérprete piensa que debería haber sido querido por un legislador racional corriendo e integrando sistemáticamente la ley. Si se presume que el significado profundo de la ley es racional, cualquier especificación de ese sentido que se aparte de los cánones de racionalidad del orden dogmático de la ley debe ser rechazada como un error y procederse a restaurar la racionalidad del significado de la ley corrigiendo, incluso, su tenor literal”,¹³ y por consiguiente ha de concluir el autor “El desenvolvimiento de a semántica de la voluntad, sobre todo a la luz de los últimos desarrollos estudiados, anuncia ya la consolidación ‘científica’ del método deductivo de la concepción tradicional durante la primera mitad del siglo XIX”.¹⁴

La excepción a este tipo de derechos corresponde a las personas jurídicas, dado que la presunción de inocencia es el reverso de la culpabilidad y ésta es un reproche que se realiza a una persona física por su actuar doloso

¹³ CALVO GARCÍA, Manuel, “La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”, en *Doxa*, 3, Madrid, 1986, p. 114,

¹⁴ *Ibidem*, p. 126.

o culposo en relación con un acto (acción u omisión) previamente declarado típico por la ley. Las personas jurídicas o morales no delinquen sin perjuicio de las medidas que contra ellas pudieran tomarse por la razón de la actividad delictiva llevada a cabo en su seno o con motivo u ocasión del ejercicio de sus actividades.

Por ejemplo, en España no existe, al menos por ahora, un Derecho Penal relativo a las personas jurídicas al estar éste construido sobre el principio de culpabilidad, y al no ser capaces de actuar con inteligencia y voluntad nada más que las personas físicas, excluyéndose así pese a determinadas e importantes corrientes doctrinales y el criterio de instituciones internacionales en sentido contrario.¹⁵

Por lo tanto, se ha de entender que el acusado hasta el momento de dictarse la sentencia es inocente. No puede ser tratado como culpable ni tiene por qué ser obligado a declarar, ni probar su inocencia; en realidad, sólo es posible la adopción de las oportunas medidas cautelares, excepcionalmente personales, con la finalidad de garantizar lo fines del proceso.

Por todo lo ya dicho, debo sistematizar a manera de conclusión que dicho principio es en sí un derecho procesal en materia penal.

- Ello por su universalidad, desde la época hebrea, incluso en el reconocido libro del Génesis bíblicamente analizado, o citado en tres casos en particular, pues en todas o casi todas las religiones se le reconoce (oblación-expiación); por ejemplo: Ley de Dios, Ley de las Ordalías; del juramento y casos en particular como el castigo emitido a Adán y Eva o el de Caín y Abel; la destrucción de Sodoma y Gomorra, etcétera.
- Amén de su reconocimiento universal en los tratados internacionales de derechos humanos.
- Lo encontramos en *ius* romano. Gracias a la influencia del cristianismo contra las prácticas de la Ley del Talión; la de la compensación, la de las Ordalías o juramento de Dios y prácticas inquisitoriales.
- Casos bíblicos: Caín y Abel (homicidio), o la manzana del árbol prohibido que comió Adán bajo la inducción de Eva; o la de Moisés para sacar al pueblo israelita del cautiverio y esclavitud con la que los tenían los egipcios.
- En la época moderna: Hobbes, Beccaria, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, entre otros, reconocen el principio de inocencia hasta en tanto una persona no es considerada reo.

¹⁵ Entre otros, véase ECHARRI CASI, Fermín Javier, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 2003; GUARDIOLA LAGO, M. Jesús, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003.

- En 1670 (345 años a la fecha), Voltaire criticó severamente el sistema penal y a la ordenanza criminal francesa, pues propuso el juzgamiento con pruebas fehacientes que no dejarían duda alguna y éstas las aporstaría el órgano acusador.
- En 1789 (226 años a la fecha) siglo XVIII. Se dieron o crearon postulados fundamentales como reforma liberal y de transformación al sistema represivo: Revolución francesa y el establecimiento de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y Ciudadano, y de los tratados internacionales que dio cauce legal, génesis, o nacimiento diría, con matiz de legalidad en una ley o declaratoria escrita universal a este principio ya en forma objetiva y explícita y sin duda alguna.
- Artículo 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Con esa declaratoria se conforma el triunfo del iluminismo que reaccionó y revolucionó a toda organización política-social totalitaria contra ese sistema represivo, fundado en pruebas ilegales y uso indiscriminado de la tortura, detenciones por meras sospechas o vendettas.
- Se echó por tierra el sistema inquisitivo prerrevolucionario francés, amén de considerar sospechoso al detenido y considerarlo culpable, a este le correspondía la carga de la prueba; recordar el axioma: “*actori incumbit probatio*” al actor incumbe probar.
- No a la detención por mera sospecha.
- Durante la Edad Media imperó el castigo como atributo absoluto del soberano, unido al poder de prisión extraprocesal (el rey o sus representantes).
- Hoy día, las leyes, códigos, tratados y constituciones reconocen este principio y lo exigen, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Por todo ello, es un *principio universal* reconocido incluso en el origen del hombre.
- En la Constitución mexicana lo encontramos como un derecho del imputado en el artículo 20, apartado B, fracción I.

¿Principio de corte universal?

- Se le impone al Ministerio Público o Fiscal, como órgano acusador, la carga de la prueba, acreditar la culpabilidad de un acusado; las imputaciones iniciales y finales del fiscal deben estar sustentadas en su primer acto en la audiencia inicial y hasta la etapa de juicio oral.
- Es un derecho, como régimen normativo (códigos, leyes, tratados, jurisprudencias, etc.).
- Por su relación con las pruebas o medios de convicción (no ilícitas o anticipadas sin conexidad o acciones indiciarios subjetivos).

- Impone deberes, de comportamiento y actuación.
- Así lo describe el artículo 20 constitucional Apartado “B”, fracción “I”
- Artículo 5 del C.P.P. de Chihuahua: inocencia en todas las etapas del proceso.
- Artículo 5 del C.P.P. de Durango: “en caso de duda a lo más favorable al imputado”.
- Artículo 5 del C.P.P. de Chiapas: “igual que los anteriores y no brindar información del inculgado hasta la sentencia”.
- Artículo 5 del C.P.P. de Oaxaca (igual)
- Artículo 42 de Chile.

¿Como garantía?

- Es de observancia obligatoria.
- Lo reconocen los tratados y Constituciones locales y nacionales; la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.
- Tiene como común denominador el respeto, preservación, protección y un garantismo puro de corte constitucional.
- Porque garantiza en su praxis, ya que se utilizan los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración, entre otros de corte procesal y garantista.
- Hay garantía de legalidad, eficiencia y concurrencia para todas las partes que en él intervienen.

¿Cómo seguridad? (ante la prisión preventiva); mecanismo jurídico y como institución de corte constitucional.

- Busca abolir la coacción del Estado o coacción personal por la prisión preventiva o provisional.
- Artículo 93 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Informe 2/97 criterios que justifican según el caso concreto de que se trate, la imposición o no de la prisión preventiva o provisional cuando:
 - ✓ Se presume la culpabilidad de que cometió delito.
 - ✓ Peligro de fuga (caso urgente o riesgo inminente de evadir la acción de la justicia)
 - ✓ Probabilidad de la comisión de nuevos delitos.
 - ✓ Necesidad de investigar la posibilidad de colusión.
 - ✓ Riesgo de peligro sobre testigos.
 - ✓ Preservación del orden público.
 - ✓ Por criterios injustificados—exceso de tiempo, prolongación, irracionalidad de ello y no se dicte sentencia.

¿Cómo mecanismo jurídico?

- No a la prolongación de prisión preventiva contra sospecha indefinida.

- Artículo 8.º de la Convención Americana de los Derechos Humanos.
- El principio consagra un estudio jurídico y no una presunción legal.
- Toda restricción a su libertad deambulatoria va contra este principio y solo se puede aceptar o basar a medida de seguridad o de cautela.
- Que se acredite o compruebe la necesidad actual y efectiva de evitar un daño jurídico, ya por presunción y de que se realizarían actos capaces de entorpecer la investigación y reducción de pruebas.
- Por la posible acción de eludir la justicia.
- Porque pueda continuar con la ejecución de hechos que alteren el orden jurídico.
- La naturaleza y gravedad del delito (prisión preventiva).
- Condiciones morales, sociales y económicas del imputado y sus antecedentes (reincidencia o habitualidad, prisión preventiva).
- Como mecanismo jurídico y de seguridad, evitar o evadir invariablemente la coerción estatal como medio organizado y delimitado por el derecho punitivo para que el Estado intervenga en el ámbito de la libertad de las personas.
- Como “coerción procesal”, aquella que se practica con el fin de asegurar la realización del proceso de conocimiento para actuar la ley sustantiva o asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.

¿Es una institución de corte constitucional?

- Luigi Ferrajoli en su obra magnánime *Justicia y razón* establece su teoría garantista a través de sus bloques positivo y negativo.
- Así lo reconoce la ley suprema (artículo 20, apartado B, fracción I).
- Objetiviza derechos.
- Identifica postulados y principios; tratados y declaratorias; mandamientos y estamentos sin que dejen de observarse.
- Describe presupuestos, incluso los clasifica en: doctrinales, jurisprudencia, las legales, procesales de tratados y convenciones internacionales.
- Todo ello dentro de un proceso judicial, o bien dentro de lo que hoy se denomina como defensa adecuada y bajo el principio de debido proceso.

¿Como un derecho humano fundamental?

- Reconocido desde que el feto está en el vientre de la madre, incluso de salud para la procreación, *in vitro*, eugenesia o de reproducción asistida.

7. LA TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SUS BLOQUES POSITIVOS Y NEGATIVOS

7.1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO TEORÍA. SUS PRESUPUESTOS, ESTAMENTOS, ELEMENTOS Y BLOQUES POSITIVOS Y NEGATIVOS

Las cartas internacionales sobre derechos humanos privilegian el principio de que el estado normal de un individuo hasta antes de una sentencia es el estado de inocencia y se trata al individuo como tal, no se le hace prejuizgamiento; mientras no se dé una sentencia condenatoria, la persona debe considerarse inocente.

Toda persona es inocente mientras no se demuestre su culpabilidad, así lo han sostenido la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros.

Este principio se desprende de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero; 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A párrafo segundo de nuestra Constitución Política Mexicana. Guarda estrecha relación con los principios de debido proceso legal y el principio acusatorio, es decir, es reconocido *a priori* independientemente a cualquier Ley, Código y Constitución local.

A mi entender, y partiendo de Derecho Comparado Penal Procesal, tal como lo indica también el artículo 20 constitucional, Apartado B, fracción I, debe la defensa primero demostrar e incluso destruir los seis estamentos que rigen a tan bello y universal principio, derecho o garantía; en razón de ello deben acreditarse o demostrarse por parte del fiscal o Ministerio Público (como bloque o estamento positivo) los siguientes:

- 1) Objetividad de hecho (teoría de los datos o del caso) (indicios, negación de presunción).
- 2) Objetividad de la negación o materialización del hecho ilícito.
 - Afirmando (si lo hice)= confesión, oblación
 - Negando (no lo hice)= subjetividad de imputación
 - Omisión simple (se abstiene de defenderse) reserva de derecho.
- 3) Objetividad de la imputación (no hay presunción o probabilidad de su participación)

No se adecua a ninguna modalidad de la teoría del dominio del hecho.
- 4) Objetividad de la culpabilidad. (hechos, indicios, circunstancias y en la ejecución del evento.

Hay identificación en el activo, actúo con dolo o culpa.
- 5) Objetividad de los datos, indicios y medios probatorios (conjunto de los medios de convicción)

- 6) La inexistencia y no conexidad respecto de la presunción de inocencia del imputado (porque exista confesión o detención en flagrancia) entre otros casos, por prueba contundente, objetividad oportuna y veraz.

Todos estos elementos o supuestos tanto positivos como negativos los explicaré detalladamente más adelante en un cuadro referencial.

Considero que amén de ser un principio universal, debe tratarse, entenderse y estudiarse metodológicamente y con rigor científico penal como una teoría, al igual que la teoría del dominio del hecho, antes autoría y formas de participación delincinencial, que enmarcan los artículos 16 y 19 constitucional, o los encontramos en el código punitivo de cada entidad o en el propio Código Penal federal.

La presunción de inocencia está prevista en los convenios internacionales de derechos humanos y del Pacto de San José (1948) de los que México es signatario, y en los que se sostiene (artículo 14.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos): “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Asimismo en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 8.2 d): “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Ambos preceptos hacen exigible que a lo largo de todo el proceso el acusado sea considerado inocente y tratado como inocente, y en consecuencia enfrente el proceso en libertad y por excepción en prisión.

Por ello es necesario estudiar el derecho de presunción de inocencia como teoría y para así definirlo con mayor claridad o detalle, lo relacionado tanto en sus presupuestos como elementos o bloques positivos y negativos.

- En este sentido, este principio se convierte en una teoría por antonomasia; espero que nos parezca obsesiva mi postura, o más bien excesivamente doctrinal, legal y procesal, pues con prudencia y humildad académica lo considero de gran relevancia en el manejo de la defensa, de la acusación o imputación inicial y definitiva del Ministerio Público o Fiscalía, o bien de imperio definitivo para la defensa.
- Busco enmarcar los bloques positivos y negativos, elementos o estamentos sin trastocar el basamento constitucional.
- Lo anterior, en apoyo a diferentes aportaciones teóricas de ciertas ciencias, como la Victimología, Criminología, Penología, Política Criminal y de Derecho Procesal Penal Comparado.
- Dentro de los bloques positivos y negativos como elementos o presupuestos, parangonando con la teoría del delito, el fiscal o Ministerio Público en su imputación inicial debe acreditarla hasta lograr una condena o pena en sentencia, y enmarcarlos dentro de sus planteamientos.

mientos imputativas o referenciales en su particular estudio de la “teoría del caso”. Debe, pues, manejar y aplicar el bloque positivo.

- En cambio, la defensa tiene en sí y por disposición constitucional el deber legal y la obligación, insisto, como mandato constitucional, de desvirtuar ese bloque positivo de imputación y de culpabilidad del Ministerio Público, y así describir bajo esquemas de este principio la inocencia del inculpado o defenso o justiciable, es decir, objetar las pruebas, indicios y acciones imputados del Ministerio Público, resaltando la inocencia, buscando convencer al tribunal de enjuiciamientos o juez de oralidad y la ya tan comentada “Teoría de la Presunción de Inocencia”.
- Esto suena fantástico, pero hay que practicarlo, demostrarlo, objetarlo y acreditar fehacientemente la inocencia. No hay que olvidar que según la Teoría del Delito el fiscal buscará demostrar en el sistema tradicional o acusatorio la presunción de culpabilidad (*dolo o culpa*) y los siete elementos que lo conforman (conducta, tipicidad, culpabilidad, antijuricidad, imputabilidad, punibilidad y atribuidad); esto, doctrinal, legal o procesalmente, bajo el esquema de la denominada “acción penal privada” del principio de oportunidad y justicia restaurativa, o bien de los mecanismos alternativos para la solución de contravenciones y de los criterios de oportunidad y obviamente que el Ministerio Público buscará la condena, sin olvidar a la víctima y todos sus efectos o formas posibles de proteger sus derechos y accionar efectos restitutorios o de reparación del daño; es decir, se deben además puntualizar y tomar en consideración todos y cada uno de los rubros del Apartado “C” del 20 constitucional, esto es, del catálogo de derechos y garantías procesales de la víctima, para ir conformando una legislación y jurisprudencia más *ad hoc*, o bien un nuevo, esquemático y metodológico estudio legislativo de derechos de las víctimas u ofendidos del delito en el proceso penal acusatorio, ello como repercusiones garantistas.
- Como teoría, hay elementos, estamentos o bloques negativos que lo apoyan.
- Merece el beneficio de la duda.
- Constituye en derecho fundamental.
- No es un principio meramente teórico de derecho, sin embargo, hoy día se requiere, ya que estamos procesalmente cayendo en un anarquismo ambiguo de defensa y acusación, y lo peor, en un caos dados sus efectos incontrolables de impunidad, por deficiencias técnicas y de especialidad o ya bien por carencia de profesionalización del policía, perito o Ministerio Público; esto se crea o no; basta revisar estadísticas desde la entrada en vigor de este sistema, sin obstáculo alguno ha provocado la urgente necesidad de puntualizar mucho de lo aquí

comentado, bajo el raigambre de un proceso penal eminentemente acusatorio.

- Represente una garantía procesal.
- Es la máxima garantía del imputado.
- Es uno de los pilares del Derecho Procesal Penal Acusatorio.
- Este principio denota un alto grado democrático y de civismo o civilidad en una sociedad y Derecho democrático moderno.
- Para aplicar pena se requiere un proceso, un juicio lógico que acredite fehacientemente la culpabilidad respecto de ciertos y determinados hechos.
- “Nadie puede ser penado sin juicio previo”.
- Artículo 18 constitucional “*Nulla poena sine iudicio*”.
- Limita la potestad preventiva del “*ius puniendi*”.

Como teoría, sus presupuestos, elementos y bloques del principio de presunción de inocencia en el sistema penal acusatorio

Permítanme sólo indicar, a manera de síntesis, lo que consideré relevante para cada bloque.

BLOQUE POSITIVO	BLOQUE NEGATIVO
A) <i>Objetividad del hecho</i> Hecho incriminado = hecho demostrado de acción u omisión.	A) <i>Subjetividad del hecho</i>
<i>Definir objetivos del hecho.</i> (Por un supuesto ilícito, es parte obligada y responsabilidad procesal del fiscal o Ministerio Público acreditarlo).	La defensa debe desvirtuar las acciones imputativas y de culpabilidad; objetar, aportar pruebas, datos o indicios y destruir la teoría del caso del fiscal o Ministerio Público, ya sea en el mundo normativo, fáctico o de <i>ius probatorio</i> , y así sostener incuestionablemente con el imperio constitucional, el principio de inocencia, contra la postura de la presunción de culpabilidad.
<i>Objetividad.</i> Es el establecimiento de un hecho real y concreto.	Llamado también teoría del ánimo. Es decir, la defensa estará muy atenta que el fiscal acredite el ánimo concreto que el autor o interviniente en el delito tenga, esto es, si actuó con ánimo de autor (<i>animus auctoris</i>) o;
<i>Hecho.</i> Suceso, momento.	Con (<i>animus socii</i>), si actuó con ánimo de partícipe, la defensa debe observar la objetividad o subjetividad con que el fiscal crea su teoría del caso, la teoría de sus datos y la acción imputativa, obvio con científicidad metodológica plenamente razionalizada, caso contrario estamos en el plano extensivo con carácter subjetivo.
Acreditar la teoría del caso, con elementos fehacientes, reales y esquematizados; así también, respecto de la teoría de los datos (indicios, datos, evidencias, huellas, vestigios, etc., o bien, acciones y efectos imputativos claros y precisos, así como de la acreditación de la culpabilidad) (dolo directo, indirecto, eventual), o bien referente a la culpa, negación o inexistencia de la presunción por parte del fiscal o Ministerio Público.	Si acreditó el fiscal o no el <i>animus auctoris</i> (teoría del dolo = quien desee y ejecute con voluntad autónoma e independiente o partícipe, el que someta su voluntad a la del autor y si ha dejado a este decidir sobre la ejecución del hecho).

BLOQUE POSITIVO	BLOQUE NEGATIVO
Se debe describir y acreditar mediante una investigación (objetiva, metodológica, sistémica, programática, evaluativa, esquemática y científica) el establecimiento o acontecimiento de un hecho probablemente delictivo.	No olvidar la defensa de las teorías de la necesidad de la simultaneidad, que según Díaz y García Conlledo diferencian el carácter directo o indirecto de la causalidad... o;
La objetividad del hecho debe revestir por sobre todo cientificidad y cero presunciones <i>sui géneris</i> o verdaderamente genéricas, ambiguas e incluso obtusas y contradictorias respecto del lugar, tiempo, condiciones circunstancias, datos del suceso y del posible partícipe; al respecto leer a Kantorowcs y Birding, quienes exigen dentro de la autoría y participación lo referente al concurso de datos y de personas en el delito.	Ya bien en el supuesto extrapenal o deposición de garante.
Se debe jerarquizar el contexto de causas y sus orígenes, e investigar el génesis o la raza, o bien su nacimiento.	Lo importante siempre radica en que el fiscal puede demostrar y así deberá estar atenta la defensa respecto del hecho (doloso o culposo) el imputado, decidió, quiso, materializo o contrarió, no quiso, no deseo y nunca materializó la comisión de un punible delito = con acreditación o no de conducta concreta y objetiva, caso contrario sería: no concreta y subjetivas, pues, pueden intervenir o ser constitutivas las conductas en complicidad o con cooperación necesaria sin que esta esté plenamente acreditada.
Acreditar el suceso materializado y obvio el criterio del dominio del hecho; pues se debe priorizar por sobre todo dentro de la investigación y la pesquisa, ello en contra de la tortura y la prueba obtenida vía inquirir.	Tema toral para delitos de alto impacto o ya bien para la acreditación y determinación de la autoría o participación en el contexto de la delincuencia organizada y delitos financieros o de economía empresarial.
Matizar el estudio sistémico del hecho en el concurso de personas en el delito, en relación con su actuar y su nexa causal o de resultado y comportamiento típico, antijurídico, imputativo y culpable, esto es, diferenciando entre la teoría de la acción (autoría directa individual), la teoría del dominio de la voluntad (autoría mediata) y dominio funcional del hecho (coautoría).	Defensa, fiscales y jueces, deben encontrar en estos bloques - estamentos de diversas teorías, ya comentadas en este capítulo y obvio con basamento en la teoría del delito.
No olvidar por parte del fiscal acreditar el principio de accesoriedad, respecto del acto y su participación del probable imputado (imputación objetiva) = alejados de la inducción, aleccionamiento y complicidad lato sensu.	
No olvidar la complicidad en el delito por medio de acciones neutrales o cotidianas y la autoría mediata y en atención a grupos o estamentos de poder plenamente orgánicos o institucionalizados.	
Y no dividir lo referente a los sistemas diferenciados, a los que ya hemos hecho alusión en líneas anteriores, autores y partícipes = intervinientes en el hecho delictivo y su accesoriedad = punición del partícipe depende del hecho principal pero plenamente acreditado.	
La accesoriedad como característica esencial del sistema diferenciador.	
Jakobs y o Peña Randa = accesoriedad = ámbito de punibilidad:	

BLOQUE POSITIVO	BLOQUE NEGATIVO
Accesoriedad: cuantitativa = grado de realización que alcanzo el hecho principal.	
Accesoriedad: cualitativa = nace en la dependencia de los elementos del hecho punible.	
El fiscal debe crear en este rubro su propia teoría del caso y su propia teoría objetiva formal del hecho, para así acreditar no una imputación inicial sui géneris, sino definitiva del suceso y del autor que motiva o realiza un acto ejecutivo del tipo de injusto correspondiente (Birkmeyer 1908), (Beling, Max Ernest, Mejer y Von Liszt). Materializado en hecho, habrá autor que lo realizó por sí mismo con conducta típica y participación a los que aporten cualquier otra contribución causal al hecho.	
Atención fiscal, no confundir la acreditación del tipo penal con la acreditación de ciertos datos o hechos, como probables de un hecho delictivo.	
Se requieren, pues, criterios razonables, objetivos y materiales del hecho o probable delito y del autor y partícipe, esto es, causa condición y materialización.	
Objetivizar esta gama de hechos con facetas múltiples=con aspectos propios de un acaecer y un actuar positivo o ya de no acredite la obtención de un no actuar o actuando, impera una causa de exclusión del delito.	
Diferenciar, hecho de acción y hecho de omisión de dolo o culpa y sus diversas modalidades.	
<i>B) Objetividad de la negación o materialización del hecho ilícito</i>	<i>B) Subjetividad de la negación o inejecución del hecho ilícito</i>
Pruebas, vestigios, señalamientos, huellas, rastros e indicios; datos de tiempo, lugar, hechos y formas de ejecución del ilícito	Los datos, indicios o diligencias de la investigación, están revertidas de subjetividades (es decir del no establecimiento de un hecho probablemente no real, incierto y aún más, no acreditado).
Buscar, acreditar la confesión corroborada, calificada o divisible (si lo hizo, si lo quiso, si lo realizo o ejecutó).	No hay enlace de unos con otros datos, condiciones, circunstancias o momentos del suceso, hay pues subjetividad.
Confesión igual a oblación: es decir, lograr la afirmación, expiación limitada o limitativa en juicio abreviado.	No interactúan en los tiempos o momentos de su ejecución.
Ya bien negando (no lo hizo, o no quiso y no lo deseo).	No hay coincidencia en lo diligenciado por él Fiscal y lo que realmente aportan otros medios de prueba no coinciden o no hay tipicidad.
Subjetividad de la imputación y por obiedad de la culpabilidad.	El hecho ilícito acaecido en sí, no reviste elementos indicativos, probables indiciarios sobre el delito mismo o sobre la culpabilidad del imputado.

BLOQUE POSITIVO	BLOQUE NEGATIVO
Acreditar la acción, tipicidad, antijurídica, la imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y atribuidad.	En este sentido, incluso puede existir atipicidad, o ya bien, ausencia de autoría o participación.
O bien acción omisiva dentro de la teoría de la omisión.	La teoría del dominio del hecho no aplicado (no existen elementos suficientes).
Omisión por omisión (delitos propios de omisión)	No se acredita ninguna de la modalidad de la teoría de la acción o de la omisión.
Omisión por comisión (omisión por inactividad)	Observar la defensa bajo la estructura del delito, la separación o no que el fiscal realiza respecto de los hechos objetivos; respecto de las valoraciones y relaciones concernientes a los hechos externos o meramente circunstanciales, fortuitos, naturaleza-bien jurídico inexistentes o dudas por razón de su origen, o por existir atipicidad del hecho imputado (fabrica, oficio, profesión, etc.) no cuadra por su actividad cotidiana con o sin disposición del ánimo del sujeto.
Omisión por acción (con resultado externo)	Si acredita el fiscal dentro de su imputación y teoría del caso, si la intervención del activo se sujeta a las prescripciones, jurídicas bajo la teoría de las voluntades dominables, o del dominante, controlador o no, pero con criterios valorativos, sin complejidad es su quehacer a descripción respecto del suceso materializado.
Omisión accidental o por error (de los delitos impropios de omisión)	Desvirtuar lo poco o inexistente acreditado por el fiscal, dado que no demostró el origen y aparición de un resultado (acción u omisión constitutiva de un resultado con o sin nexos causales).
Omisión simple, se abstiene de defenderse o confiesa... juicio abreviado o simplemente se abstiene de declarar.	Debe distinguir hechos objetivos de los subjetivos, que servirá de base a la compleja revisión jurídica posterior, hecha por el juez de control o de oralidad.
Mandatos impuestos por razones de solidaridad o de colaboración social.	
Normas jurídicas de mandato como parte esencial de un derecho humano social.	
Objetivizar el deber y el mandato vulnerado. Mandatos jurídicos o morales de origen étnico.	
<i>C) Objetividad de la imputación (elemento típico trascendental de la teoría del delito y básico para el quehacer cotidiano del Ministerio Público o fiscal).</i>	<i>C) Subjetividad de la imputación</i>
El Ministerio Público o fiscal debe acreditar que el imputado actúa con dolo o culpa.	Elementos negativos de teoría del delito.
Que quiso, deseó y ejecutó el hecho ilícito.	No hay capacidad, conciencia y salud mental.
No quiso, no deseó, pero materializó el hecho.	Hay mendacidad del que imputa.
Se acredita el nexo causal, es decir, quiso y hay un ilícito resultado.	No concuerdan tiempos, momentos o actos de ejecución.

BLOQUE POSITIVO	BLOQUE NEGATIVO
Acreditar o establecer la adecuación de la teoría del dominio del hecho (autoría o participación)	No estuvo presente.
Objeta este principio por su operatividad procesal y legal.	No estuvo consiente.
Acreditar la previa imputación para concatenarla con otros indicios y lograr una condena.	No observo el hecho delictivo acaecido.
Debe y se exige adquirir formalmente la condición de imputado.	No acreditación de elementos que se descartan, porque de esos hechos objetivos, entra la subjetividad o desaprobación jurídica al sujeto que los realiza corporalmente para que no tenga el alcance de comprender y así comprobarlo, o no, quiso, no deseo y realmente no materializo, sino fue inductor o acompañó a la distancia y tiempo al ente material.
Imputar es sinónimo de acción; señalar, indicar, describir un actuar en un hecho ilícito catalogado o tipificado como delito; es atribuir culpa; es atribuir su autoría o participación, pero esta, de manera, real, objetiva y descriptiva, sin el manejo de diversos supuestos.	Es característica y función de la norma penal en su acreditación por parte del fiscal.
El Ministerio Público o fiscal debe priorizar y privilegiar precisamente la acción de atribución del indiciado, y lo señalado, respecto de ciertos hechos, de su forma, modalidad o autoría, dentro del dominio del hecho en concreto, que sin duda alguna deberán ser parte fundamental para describir los caracteres del delito, y así ubicar el sujeto pasivo procesal, confirándole la condición de "parte procesal".	Caso contrario impera para la ciencia y teoría procesal penal como rubro y principio dominante el de "Nullum Crimen, nulla poena sine lege", y del principio di staturalita) como reserva de fundamento legal y garantía formal hermana al de presunción de inocencia.
Aquí pues, debe acreditarse una doble concreción: la objetiva y la subjetiva, muy conectada a la teoría de la pretensión.	No dejar al fiscal, demarcarse del de por sí, amplísimo ámbito para la interpretación a su gusto o antojo filosófico doctrinal del caso en particular de la norma típica o de una analogía y anacrónica interpretación de hechos indicativos o imputativos a la vieja usanza (tradicón) del sistema tradicional, no dejar defensa, pues de una extensa interpretación de la descripción y sus modalidades típicas o de la norma penal en concreto (falsa interpretación normativa) o de lo que él cree en un caso en concreto de corte procesal analógico sin conexidad u objetiva normativa por mera regionalización, folklorismo o supuestos casos hipotéticos expresamente establecidos y regulados en otras leyes bajo el "principio de concurrencia de leyes".
El activo del delito, como parte procesal, tiene derechos, garantías y principios que lo benefician, que deben respetársele y debe exigir que se les respeten (principio de debido proceso) y (principio de concurrencia de leyes), por ejemplo, a tener derecho a una defensa adecuada, a conocer el contorno del proceso; objetar pruebas, objetar imputación, las razones legales y procesales.	Por sobre todo debe la defensa velar por la eficacia, objetividad y exactitud de la creación, interpretación y aplicación de la Ley penal al caso en concreto, ello, como conservación de la lluvia y cascada sucesoria respecto de la interpretación de la norma penal, sin olvidar irretroactividad la de la ley o de la ley que más le favorezca al inculpado.

BLOQUE POSITIVO	BLOQUE NEGATIVO
De la apertura y curso del proceso a ejercer (no ejercitar) su derecho a la defensa y reaccionar frente a la agresión que la imputación supone; para que no se vea afectado el derecho fundamental que todo ciudadano o individuo tiene a un proceso justo, incluyendo todas sus garantías.	De la eficacia o ineficacia y sus limitantes especiales y personales que la ley procesal prevé al probable imputado.
No olvidar que en la etapa de investigación solo y si acaso habría una naciente e incipiente imputación (inicial o de origen) con meros datos sui generis; ello al menos formalmente, pues aquí el Ministerio Público debe desvalorarse manejando las técnicas de investigación para lograr tal fin y así tratar de describir el hecho, su teoría inicial del caso, la acción directa de imputación y conexarle a otros datos e indicios; investigar la culpabilidad e intentar reconstruir lo acaecido.	
<i>D) Objetividad de la culpabilidad.</i>	<i>D) Subjetividad de la culpabilidad.</i>
Se acredita el dolo en cualquiera de sus modalidades.	Resulta desacertada la conclusión de la culpabilidad por dolo o culpa poco creíble, no complementaria.
Se acredita la culpa en cualquiera de sus modalidades.	Hay distancia o aislamiento entre el efecto y reproche que se le hace al autor del ilícito dado que no hay indicios, ya bien porque en el dolo no se acreditan sus elementos o formas.
La existencia y enlace o concretenación de diversos datos, indicios, medios de convicción o probanzas de que actuó para lograr su propósito y fin.	No se acredita en la culpa sus elementos o especies, clases o modalidades.
Este estamento asume el rol central del moderno derecho penal y su enlace de Corte Procesal.	En consecuencia no hay enlace o concatenación de esos datos, indicios o probanzas preconstituidas con la imputación respecto de una voluntad con un propósito, objetivo o fin.
Acreditar con corte legislativo constitucional la necesidad de atribución del dolo o culpa, de la voluntad materializada.	El fiscal o Ministerio Público no demuestran o acreditan el hecho o circunstancias de que el probable inculpaado, quiso, deseo y ejercitó, el hecho como fenómeno no deseado o natural, o por su fin social y jurídico.
Acredita el hecho o circunstancia de que el inculpaado o probable quiso, deseo y ejecutó.	No se acredita la lesión o daño al bien jurídico protegido o esto es inexistente, o no se ha dado o materializado... son pues, puras y meras presunciones.
Buscando así el grado o nivel de reproche social.	No hay elementos, formas, condiciones, efectos o grados que lo acrediten dado la morfología diversificada en sus diversas modalidades de lo que provienen, ya por error, obediencia, jerarquía, cumplimiento de un deber u otros elementos de su culpabilidad, o no culpabilidad.
	Ya bien porque no se acreditan los indicadores o deberes imputados.
<i>E) Objetividad de los datos, indicios y medios probatorios</i>	<i>E) Acreditación de la subjetividad de los datos y su no conexidad con otros datos de imputación, referencial, inicial o definitiva.</i>

BLOQUE POSITIVO	BLOQUE NEGATIVO
Aplicar la Teoría del Caso.	Se encuentran solas y aisladas, no hay concatenación respecto del “principio” de inmediatez procesal.
Manejar la Teoría de los Datos.	No se acreditan los supuestos, ya sean del hecho en concreto; o ya bien del contexto probatorio, o ya bien porque la descripción normativa tiene alternativas conglobantes en favor del inculpado o imputado (no hay teoría del caso) en cualquiera de los tres supuestos.
Manejar y aplicar la Teoría de la Probabilidad y de la equivalencia.	Las señas, rastros, vestigios, huellas, indicios, etc, son remotos, generales, y poco objetivos, creíbles y esenciales.
Manejar y aplicar la Teoría de la Sistemática Probatoria.	La inexistencia de los tres elementos de la teoría de la probabilidad (el supuesto hecho; la supuesta participación y el supuesto resultado).
Acreditar, manejando indicios o teoría circunstancial, hechos ilícitos, circunstancias y datos referenciales, en el lugar y la forma o condición en que se ejecuta el antisocial.	Tampoco se acredita la teoría de la equivalencia en los tres niveles (máximo, medio o mínimo) con jerarquía de condiciones o valores, étnicos, sociales y jurídicos o morales.
	No hay prueba plena o semiplena o indirecta concatenada que acredite su nexo-causal.
	La teoría circunstancial opera por la no existencia conceptual y concatenada de datos o indicios y propio de la teoría de los hechos, propio del principio latino “ <i>singula qua non presunt simulnita juvant</i> ” (los datos no sirven separados, unidos si se aprovechan), o ya bien, respecto de datos circunstanciales que son meros supuestos indicativos o referenciales, ya sean respecto del lugar, de la persona, la hora o el tiempo, forma u otras condiciones o circunstancias en que supuestamente se materializo o ejecuto el antisocial.
	Las modalidades o formas, dentro de la teoría del dominio del hecho no las acredita el fiscal o Ministerio Público.
	Las modalidades o formas dentro de la culpabilidad no se acreditan.
	Las modalidades o formas dentro de la culpabilidad de las condiciones o circunstancias exteriores son superfluas, poco creíbles y nunca motivadas de científicidad (jurídica, penal, criminal o con carácter criminalístico).
	Las acciones de ejecución no están acreditadas y nunca estuvieron al alcance del activo, por el lugar, por la hora, por el instrumento empleado por demostrar, no habilidad, incapacidad enfermedades naturales o crónicas.
	Los datos pocos, aportados por la fiscalía no dan certeza u objetividad al juzgador y así declara libertad, por no existir conexidad de la imputación o culpabilidad, ya sea por falta de datos, pruebas, o condiciones objetivas, reales e incluso creíbles, etcétera.

BLOQUE POSITIVO	BLOQUE NEGATIVO
	En sí, no se acreditan dentro del contexto de datos de un efecto pragmático de conexidad entre lo que supuestamente sucedió y lo que se ésta ofertando como hecho o suceso que ocurrió, pues las referencias son datos y representan supuestos hechos remotos, aislados, poco objetivas y creíbles o con falta de tecnicidad metodológica por parte de quien las oferto (Ministerio Público, policía, peritos, etc., diversos según su materia) o ya bien por su imposibilidad para su aportación.
<i>F) La conexidad delictiva respecto de la presunción de inocencia del imputado.</i>	<i>F) La no conexidad delictiva respecto de la presunción de inocencia.</i>
Pueden operar causas de exclusión o de justificación del delito; o con diversas modalidades que especifica la Ley penal (edad, género, origen o etnia, enfermedad, etc.), son causas de justificación.	Se entiende por nexo causal como el puente esquemático y sistemático donde se establece la existencia de una conducta materializada, en el contexto o existencia objetiva de un hacer o ya desplegada del sujeto activo, obteniendo un resultado como consecuencia a la transgresión del bien jurídico tutelado por la norma penal.
Acreditar nexo causal (el actuar o acción de lograr la materialización de un hecho delictivo y obtener un resultado).	No se acredita entre el actuar del activo y su resultado, su voluntad que fue él quien lo ejecuto, materializo o coadyuvo para lograr tal fin.
Indudablemente se demostrará que no opera ni aplica este principio.	Es y debe reconocerse como principio, garante y garantía, del derecho penal, y un instrumento jurídico, siempre en favor del imputado.
No aplica el principio de debido proceso.	Se puede o no aplicar el principio de la duda razonable.
No aplica el principio de la duda razonable.	Si aplica el juez en el auto vinculatorio a proceso o en sentencia la sana crítica o la teoría circunstancial (la indiciología como ciencia).
No aplica el principio de la sana crítica.	No hay, y así se demuestra, que la carga de la prueba y sus acciones de su investigación e instrucción respecto de la imputación y de la acreditación de la culpabilidad jamás se acreditan, o bien se acreditaron desde su origen, pero hay insuficiencias probatorias.
La carga de prueba y acciones imputativas no demuestran su culpabilidad previa o bien definida y definitiva.	Impera y opera como garantía constitucional, que establece el 20 apartado B, fracción I, ello por antonomasia.
En consecuencia no hay conexidad con la presunción de inocencia.	Rige, obliga, ampara y se impone por sobre todo acto acusador.
	El fiscal fue subjetivo y sui géneris en su acción.

8. LA IMPUTACIÓN

8.1. CLASES DE IMPUTACIÓN

8.1.1. IMPUTACIÓN EN SENTIDO AMPLIO O LATO

Es toda aquella información o comunicación que se realiza a un sujeto con el fin, propósito y objetivo de hacer de su conocimiento la probable existencia de datos e indicios que describen o revelan su probable autoría, participación, culpabilidad, responsabilidad en un hecho delictivo.

Esta imputación también se puede efectuar mediante la adopción de cualquier medida cautelar a cualquier persona.	}	Arraigo, detención, citación.
	}	Prisión provisional.

8.1.2. IMPUTACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO O FORMAL

Acto legal, objetivo y procesal mediante el cual la autoridad judicial decide, afirma y resuelve, previo su análisis técnico jurídico, que los hechos que le han hecho llegar para su conocimiento tienen indicios racionales de que muy probablemente son ciertos y que presuntivamente una persona (X) aparece o forma parte de esa acción de ilicitud como probablemente responsable de los mismos, y así emita en su “auto de inicio”, o bien parangoneando un auto de radicación de audiencia preliminar, su resolución de detención, de captura, de retención o de vinculación a proceso y si hay confesión y si así lo acepta el inculpado vinculando a proceso vía juicio abreviado, ya que en ambos casos han concurrido o se han acreditado unos y otros elementos indicativos, o indicios definitivos o referenciales.

Pareciera que en esta segunda modalidad ya no se trata de una mera atribución, más o menos fundada para contra una persona de un hecho punible, sino más bien de una ya muy clara incriminación (*iter criminis*); sobre la base de una apreciación judicial, de indicios racionales, acerca de la participación o responsabilidad del sujeto activo imputado.

La imputación depende del procedimiento en que se haya abierto o iniciado.

- Si la imputación se da en un procedimiento común, será el acto de imputación, en auto de procesamiento.
- Si la imputación se da en un procedimiento ante el jurado, será acto el de imputación judicial formal denominado auto de hechos justiciables.

- Si la imputación se da en un procedimiento abreviado, la imputación se realizará en el auto de conclusión de las diligencias previas y de apertura del juicio oral

En México la imputación la realiza el Ministerio Público ante el juez de control y se matiza en el auto de audiencia previa o preliminar al que ha denominado “audiencia de control judicial” y deja tal actividad el Ministerio Público y nunca lo hará el policía (hay, pues, ya una imputación formal).

El Ministerio Público y la policía sólo pueden hacer verdaderos actos de imputación con efecto en el procedimiento penal, ello independientemente de cualquier medida cautelar que adopten por sí mismos y que están legalmente obligados a realizar; se considera acto de imputación, ya sea detención sin detenido u de otra naturaleza como medida cautelar.

La imputación formal hecha por autoridad judicial es el acto necesario para la apertura a violación, a proceso y *a posteriori* a juicio oral.

La imputación lato es un acto necesario para que se siga y se dé continuidad a un procesamiento contra una o varias personas determinadas y que obra simplemente la posibilidad de defensa del mismo y de la obligación de ser informado o el derecho del aumento de los hechos de los cuales se le acusa.

Imputación es sinónimo de efectos en el proceso, es decir que abren al imputado el derecho de defensa y por consecuencia respecto de los demás efectos cimentados.

Actos de imputación:

- Detención.
- La adopción de otras medidas cautelares.
- La admisión de la denuncia, querrela u acusación.
- De cualquier actuación procesal de la que resulta la imputación, por ejemplo, la citación para ser oída en calidad de testigo o imputado.
- Del auto de procesamiento.
- Del auto de conclusión de la apertura del juicio oral.
- Del auto de hecho justiciable.
- La citación para otras diligencias.

El Ministerio Público y policía, incluso terceros, sí pueden realizar verdaderas imputaciones, sin embargo, son distintas, diversas y diferentes a las descritas o establecidas con carácter judicial.

En conclusión, el Ministerio Público y policía, antes de la apertura de un concreto procedimiento penal y fuera de actuaciones, una intervención judicial, pueden y deben tener lugar verdaderos actos de imputación con relevancia procesal.

O bien aquellas que confieren a una persona la condición de sujeto pasivo con derecho a utilizar los medios pertinentes para su defensa, por ejemplo:

- La adopción de medidas cautelares (detención hecha por policía ministerial u ordenada por el Ministerio Público local o federal).
- La citación cautelar que puede ordenar el Ministerio Público y que gozará de las mismas obligaciones y garantías que la citación judicial.
- En esta última, que concede al sujeto activo una serie de derechos que garanticen su defensa, no es suficiente para la celebración del juicio oral, que exige una decisión del órgano judicial encargado de la investigación; recordar el principio general: “Nadie puede ser acusado sin haber sido declarado con anterioridad judicialmente imputado”

8.1.3. IMPUTACIÓN JUDICIAL

Se puede dar en varios momentos según la doctrina penal.

Al principio, desde el mismo momento de la apertura del procedimiento, con la presentación de la denuncia o querrela, donde se incluyen, en la mayoría de los casos, la identificación de un hecho delictivo y de las personas responsables del mismo. Sin embargo, es sólo a raíz del acto de admisión por el órgano judicial cuando la imputación cumple la función de conferir el status de imputado al sujeto contra quien se dirige. En estos primeros momentos dicha imputación se puede afirmar que es provisional, pues existe un hecho con la apariencia de delito y una persona que es sospechosa de haber tenido intervención en el mismo con los datos hasta ahora recabados.

El mismo tratamiento y consideración jurídica que la denuncia debe tener el “atestado policial”, de tal forma que una vez entregado en el juzgado correspondiente, si en él se ha determinado a la persona presumiblemente responsable, el juez competente debe realizar un juicio de verosimilitud del relato contenido en el atestado, denuncia o querrela, con base el material fáctico con el que se cuenta. Se admite la denuncia, en este caso a través del atestado, la imputación se entiende realizada, aunque se concrete en un momento posterior con la citación del denunciado para ser oído sobre los hechos de los que se le acusa.

El procedimiento ante el jurado existe la imputación contra una determinada persona cuando se convoque a todas partes a una comparecencia para concretar la imputación.

En el *segundo momento*, una vez admitido el atestado, la denuncia o querrela se deben realizar por parte del juez las diligencias necesarias para investigar los hechos. A partir de esas diligencias, declaraciones de un testigos, inspecciones oculares o la realización de una entrada y registro, por poner algunos ejemplos, se debe concretar la imputación de forma inmediata.

En ese momento deberá el juez citarle para tomarle declaración, con la finalidad de indagar su participación delictiva, comunicarle los hechos que

se le imputan, permitiéndole que sea oído directamente por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos.

Al final de la fase instructora en la que se tiene, por las diligencias de prueba y de investigación realizadas, indicios racionalmente bastantes para someter a la parte pasiva del procedimiento al juicio oral. Esta imputación, llamada formal, se concreta en el llamado acto de imputación judicial, que recibe diversos nombres dependiendo del procedimiento que se esté instruyendo, auto de procesamiento, auto de apertura y el auto de hechos enjuiciables.

8.1.4. IMPUTACIÓN EXTRAJUDICIAL

A pesar que algunos autores defiendan la imputación judicial como única forma de imputación, se puede afirmar que la actuación de la policía, en la investigación de hechos delictivos, lleva necesariamente a realizar verdaderos actos de imputación. Su justificación se encuentra porque de no entenderse así podrían lesionarse algunos derechos del imputado, como el de defensa, conocimiento de la investigación y la asistencia letrada.

Sin embargo, la afirmación realizada en relación con la imputación en el atestado, como cuando se habla de su valoración de denuncia, debe ser matizada esta cuestión. No puede confundirse esta imputación con la judicial, pues una y otra se realiza en momentos diferentes y, sobre todo, tiene muy diferentes efectos en procedimiento. Pero ahora interesa citar los actos en los que esta imputación extrajudicial se materializa, fundamentalmente la detención y la citación para la imputación sin detención.

Desde el momento de la comunicación de la imputación la persona a la que se realiza tiene una serie de derechos de defensa, que deben ser escrupulosamente respetados:

- A tener conocimiento de que se está siguiendo una investigación contra él.
- A tener conocimiento de los hechos que se le imputan.
- A tener asistencia letrada.

8.2. LA IMPUTACIÓN Y SUS EFECTOS

Es un derecho fundamental del sujeto cuando se ve sometido a un proceso penal que éste sea informado de la acusación desde los primeros momentos del procedimiento. Por ello obliga al juez a informar al imputado, hasta entonces sospechoso, de forma inmediata de las acusaciones por la que se le investiga.

Esto, en la práctica, ha propiciado numerosos problemas, pues la Ley Procesal Penal establece, como se ha dicho, que la comunicación se debe

hacer de forma inmediata, sin que pueda retrasar más de lo necesario. En concreto establece que, cuando la persona se encuentre detenida, el plazo para realizar la imputación es de 24 horas, pudiendo retrasarla, con resolución motivada, otras 48 horas. Finalizadas esas 72 horas, que se corresponden con el plazo de detención judicial, el juez debe haber oído al detenido y haberle procedido a comunicar los hechos que se le imputan, materializando esta primera imputación provisional judicial.

Los problemas referidos se dan, sobre todo, cuando en esos primeros momentos se lleva a cabo diligencias de investigación y de prueba que, por su propia esencia, se desnaturalizarían si se comunicara a la parte pasiva la imputación. Un ejemplo de ello son las intervenciones telefónicas, en el transcurso de los cuales el procedimiento debe estar sometido al “secreto de sumario”, pues de otra forma la medida sería inútil.

La comunicación de la imputación consistirá en dar a conocer al imputado, de modo que le sea comprensible, todos y cada uno de los hechos delictivos que se le atribuyen y que están siendo investigados, el sentido de la instrucción, las posibles consecuencias el proceso penal, incluyendo en esta fase una provisional calificación jurídica de los hechos y una ilustración de todos los derechos que integran la defensa y que permite tomarle declaración.

Los *dos efectos principales* de la imputación son: en primer lugar, que el sometido a un procedimiento penal pueda ejercer su derecho a la defensa y, en segundo lugar, que la imputación o imputaciones realizadas marcarán los límites de los hechos por los cuales se les puede juzgar.

- a) *Derecho de defensa.* Es evidente que si no se conoce las actuaciones que contra una persona se hacen, no se puede llevar a cabo de forma alguna la defensa. Por lo tanto, se vulnerará el derecho fundamental a la defensa establecida en la Constitución y se considerarán nulas todas las actuaciones hasta entonces practicadas. Este derecho de defensa, además, se materializa a través del nombramiento obligatorio de letrado.
- b) *Los hechos por lo que se va a seguir el procedimiento o límite fáctico.* En la imputación se concretan los hechos delictivos acaecidos investigados donde aparece el “imputado” como presunto responsable. Por lo tanto, los únicos hechos que se van a discutir en el juicio son los introducidos en la imputación formal. Si hay otros hechos delictivos que no han sido introducidos en esa imputación, tendrá que abrirse un nuevo procedimiento y realizar una nueva imputación. Para el caso de que esos nuevos hechos sean conexos con los primeros, se podrán dirimir en el mismo juicio, pero igualmente necesitará ampliar la primera imputación para introducir los nuevos delitos.

8.3. LOS ACTOS DE IMPUTACIÓN JUDICIALES

Se ha mencionado que la imputación, de forma general, se puede realizar por órganos judiciales como por otras entidades fuera del Poder Judicial. No obstante, los más importantes actos de imputación son los realizados precisamente por los primeros, que reciben distinto nombre dependiendo de la clase de procedimiento.

8.3.1. LA IMPUTACIÓN JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO COMÚN

8.3.1.1. *La citación para ser oído*

A través de esta citación para ser oído se ordena, por el juez de garantía de control o de investigación, la comparecencia inmediata del imputado a fin de ponerle en su conocimiento la imputación que recae sobre él y pres-tarle declaración a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa con anterioridad al cierre de la instrucción.

Esta clase de imputación se encuentra regulada para en el procedimiento penal ordinario.

Tanto es así, que en la práctica se dan en todos los procedimientos con carácter previo al acto de imputación formal, y tienen especial importancia en el procedimiento abreviado, pues en éste, formalmente, no existe al acto.

Características de la citación para ser oído:

- Es un acto coercitivo: en el sentido de que el citado está obligado a acudir al mandamiento judicial. Si no comparece, podrá convertirse la citación en una orden de detención. Sin embargo, su finalidad no es en sí la comparecencia del imputado sino posibilitar el interrogatorio judicial.
- Contiene un acto judicial de imputación: se podrá contener por escrito en la misma citación o con anterioridad al interrogatorio. Este acto judicial de imputación, se realice de una forma u otra, debe contener la determinación del hecho punible y su calificación jurídica, el derecho de estar asistido de abogado y los demás derechos procesales contenidos en la Constitución y leyes secundarias.
- Realizar el interrogatorio judicial del imputado: esta es la finalidad de la citación para ser oído, por lo que deberá ser citado en esa calidad. Como el interrogatorio, participar de una doble naturaleza, por un lado, es un acto de investigación del juez y, por otro, es un acto de defensa del imputado.
- Se ha establecido que en el procedimiento abreviado no puede el juez de investigación clausurar las diligencias previas sin, al menos, haber prestado declaración al imputado para ser oído con anterioridad al auto de apertura del juicio oral, por lo que se constituye en el verdadero acto formal e imputación en este procesamiento.

8.3.1.2. *El auto de procesamiento*

Es el acto judicial de imputación por excelencia; consiste en una resolución motivada del Juez competente en la que se declara a una persona como formalmente imputada.

Características del auto de procesamiento:

- Es una resolución judicial motivada, por lo tanto, exige la forma de auto. Sin esa necesaria motivación, se puede conculcar el derecho de defensa del procesado declarar nulo.
- Tiene carácter provisional, es decir, ha de pronunciarse cuando surja “algún indicio racional de criminalidad contra persona determinada”. Por ello se puede levantar o modificar si de las pesquisas realizadas en la instrucción resultare la inocencia de una persona o se detectara que cometió nuevos delitos, respectivamente.
- Su función es determinar la legitimación pasiva y convertirse en requisito previo de la acusación, para evitar que se puedan realizar acusaciones sorpresivas.
- Juez competente es el juez de legalidad, garantía o de control, con excepción de los tribunales encargados por disposición de la Ley Procesal para pronunciar el procesamiento y enjuiciamiento de determinadas personas aforadas.
- Resolución formal de imputación, pues, aunque el procesado hubiera adquirido la condición de imputado con anterioridad en la vía judicial o extrajudicial, el auto de procesamiento tiene la virtud de asumir por el juez de instrucción competente esa imputación, a la vez que garantiza un eficaz ejercicio del derecho de defensa.
- Ha de dirigirse contra persona determinada, que no necesariamente debe estar completamente identificada, pues puede llegar el caso que se desconozca de forma completa a la persona responsable del delito. En tal caso se harán constar las señas que le dieran a conocer.
- Existencia de algún indicio racional de criminalidad, el cual debe ser más profundo, razonado e investigado que en los primeros momentos de la fase primaria, donde se tenían simples indicios. Por lo tanto, cuando el juez acuerda el “auto de procesamiento” debe tener por asegurada la existencia del hecho delictivo y por muy probable la participación del encausado.
- Produce importantes efectos sobre las medidas cautelares y de seguridad, de cuya adopción es presupuesto necesario la notificación del auto de procesamiento.

8.3.1.3. *Auto de apertura del juicio oral*

En la fase intermedia del procedimiento común, aquí se examina el sumario y decide la apertura de la fase de plenario a través del auto de apertura del juicio oral, donde, además de citar para juicio y declarar pertinentes

las pruebas propuestas por las partes, hace suyas las imputaciones realizadas por las partes activas y el juez en los escritos de calificaciones provisionales y auto de procesamiento, respectivamente.

8.3.2. LA IMPUTACIÓN JUDICIAL EN EL PROCESAMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE JURADO

8.3.2.1. *La audiencia para la concreción de la imputación*

Una vez transformadas las diligencias previas en instrucción del procedimiento, el juez de garantía la notificará a las partes, debiendo contener, en dicha resolución, la citación de comparecencia con la finalidad de que en el día y hora señalada se efectúa la audiencia para la concreción de la imputación. No obstante, el juez no asume la imputación que en este acto realizan las partes activas, aunque se efectúe en su presencia, motivo por el cual se ha incardinado esta forma de imputación en el presente apartado. En este sentido, el objeto principal de esta audiencia, aunque tiene otros, es concretar la imputación realizada por las partes a presencia judicial.

8.3.2.2. *El auto de apertura del juicio oral*

En este procedimiento, el auto de apertura del juicio oral, con iguales características que en el procesamiento común, se constituye en el verdadero acto de imputación judicial, debido a que no existe el “auto de procesamiento”.

8.3.2.3. *El auto de hechos enjuiciables*

Aunque, en el citado procesamiento, el verdadero acto de imputación formal se efectúa en el “auto de apertura del juicio oral” realizado en la fase intermedia, con posterioridad en el juicio oral se produce el auto de hechos enjuiciables, donde el magistrado presidente del Tribunal precisa de una forma definitiva los hechos que van a ser enjuiciados por el Tribunal Popular.

8.3.3. LA IMPUTACIÓN JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Como se ha mencionado en varias ocasiones, en el procedimiento abreviado no existía en principio ningún acto de imputación judicial de manera formal. Ello provocó numerosos recursos ante el Tribunal Superior, pues iba en contra del repetido principio de que “nadie puede ser acusado sin haber sido previamente judicialmente imputado”.

Dicho principio se extendió para que el procedimiento abreviado no se convirtiera en anticonstitucional con la expresión “... y sin haber prestado, al menos el Juez declaración para ser oído dentro de las diligencias previas”, pues, como se ha repetido, en este procedimiento no aparece regulado el auto de procesamiento, acto judicial de imputación por excelencia.

8.3.3.1. *Citación para ser oído*

Por lo dicho anteriormente, la citación para ser oído se constituye en el procedimiento abreviado en el verdadero acto de imputación formal. En este orden de cosas, el Tribunal establece que para que el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido previamente judicialmente imputado se respete se deben dar los siguientes puntos:

- Que nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado.
- Que nadie puede ser acusado sin haber sido por el juez con anterioridad a la conclusión de la fase de investigadora que, en lo que aquí interesa, se traduce en que no pueda clausurarse, la citada fase, sin que el Juez haya ilustrado al imputado de sus derechos y, particularmente, sin la designación de abogado defensor ni haber dado lugar a la posibilidad de alegar su exculpación en la “primera comparecencia”.
- Que no debe pedirse al imputado simple declaración testifical cuando de las diligencias practicadas pueda, fácilmente inferirse que contra él existe sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible.

8.3.3.2. *Auto de apertura del juicio oral*

Con este auto de apertura del juicio oral, sucede una cuestión idéntica de lo explicado en el procedimiento ante el Tribunal, es decir, se constituye en el verdadero acto de imputación judicial formal, debido a que en el procedimiento abreviado, tampoco existe el “auto de procesamiento”.

8.3.4. LA IMPUTACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE JUICIOS RÁPIDOS

Las formas de imputación judicial en este procedimiento son las mismas que las explicadas en el procedimiento abreviado. Sin embargo, en este procesamiento se regula de una forma más amplia la “citación para ser oído” que se lleva a cabo en la comparecencia, cuyas finalidades principales son oír al detenido o imputado y realizar la imputación judicial. La principal diferencia con el procedimiento abreviado es que la citación para celebrar este acto judicial se realiza por parte de la Policía Ministerial o Investigadora en lugar de realizarlo el juzgado correspondiente.

8.3.5. LA IMPUTACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE FALTAS

8.3.5.1. *Citación para ser oído*

La característica principal del juicio de faltas es la ausencia de fase investigadora, debido a que, en general, la simplicidad técnico-jurídica y la levedad de las faltas hacen innecesaria dicha fase. Sin embargo, como ocurre

con el resto de los principios relativos a los procedimientos por delito, también el presente se respeta el repetido principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

Es por ello que en este procedimiento se realiza la citación para ser oído con las mismas características que en el común y abreviado. Por consiguiente, en el juicio de faltas ordinario, el juez de control o legalidad debe proceder a la citación del imputado no detenido, al objeto de tomarle declaración para ser oído, citación que será realizada directamente por la Policía Ministerial en el juicio de faltas inmediato.¹⁶

- Se observan a partir de las reformas del 2008 principios que regulan la intervención del imputado en la fase de investigación = reforzamiento legalista, es “derecho de defensa”.
- El artículo 20 apartado A y B constitucional adelantó el nacimiento doctrinal en la ciencia procesal penal de defensa final al de la imputación y derecho de todo imputado a intervenir en todas las diligencias del procedimiento, a cuyo efecto el abogado ha de ser citado para la práctica de cualquier diligencia previa o en el mismo procedimiento, etapa intermedia o juicio oral.
- El imputado y defensa deben o su intervención se reduce al cumplimiento de lo siguiente:
 - ✓ Tomar conocimiento de las actuaciones, salvo que se decrete el “secreto sumarial”.
 - ✓ Proponer diligencias y obtener en su práctica conforme a lo establecido en los ordenamientos proceso penales.
 - ✓ Intervenir en todas las diligencias judiciales del procedimiento.
 - ✓ Asistir a los detenidos conforme a lo indicado en el Código Nacional de Procedimientos Penales.
 - ✓ Recurrir las resoluciones judiciales en los términos marcados en el Código Nacional de Procedimientos Penales.
- El Estado debe otorgar una cierta ventaja en los primeros momentos posteriores a la comisión del delito para contrarrestar la impunidad, búsqueda de propósito por el delincuente; ventaja que se traduce en la posibilidad de practicar, on valor probatorio innegable, ciertos actos de investigación, asegúrativos de la prueba en el lugar de los hechos o en la inmediatez temporal.
- Tales actos, desde luego y por su urgencia e irrepetibilidad, no pueden ser suspendidos, a la intervención de la defensa ya que entre otras muchas posibilidades, tal vez, ni siquiera se conozca la identidad del autor del hecho.

¹⁶ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *Derecho Procesal Penal Acusatorio y su etapa procedimental procedimientos oral. Mitos, falacias y realidades*, Editorial Porrúa, 2a. ed., pp. 447-455.

8.4. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN Y LA TEORÍA DEL CASO, DE LOS DATOS O INDICIOS

Uno de los conceptos del proceso penal es la necesidad de una previa imputación para poder ser condenado, ya que sin ella no puede abrirse el juicio oral ni condenarse a una persona que no haya adquirido formalmente la condición de imputado.

Imputación, según la Real Academia Española, es la acción de imputar. Si esta imputación la referimos a delitos, la imputación es atribuir la culpa, la acción o la responsabilidad de los mismos a una determinada persona.

La imputación es, siguiendo a Moreno Catena, atribuir a una persona determinada la participación en unos hechos concretos que presentan los caracteres del delito, determinando el sujeto pasivo procesal y confiriéndole la condición de “parte procesal”. Se trata de una doble concreción subjetiva y objetiva, tal y como se estudió en la pretensión.

Al sujeto activo, esto es, el imputado, al constituirse en parte procesal, se le conceden una serie de derechos procesales que se deben respetar. Si ello no fuera de esta forma se vería afectado el derecho fundamental de todo ciudadano a un proceso justo con todas las garantías.

Entre estos derechos podemos citar el de conocer el contenido del proceso y las razones de su apertura y curso, ejercitar su derecho y la defensa y reaccionar frente a la agresión que la imputación le supone.

En la fase de investigación, como es lógico, no existe, al menos formalmente, la imputación, ya que la función y finalidad de esta fase es investigar y hacer constar la culpabilidad de los delincuentes, así como reconstruir lo sucedido al día del suceso.

Teniendo en cuenta lo afirmado en el párrafo anterior, se puede afirmar que la doctrina ha manejado dos conceptos de imputación: el primero, en sentido amplio o lato; el segundo, en sentido estricto o formal.

La imputación en sentido amplio o lato: es toda aquella comunicación que se realiza a un sujeto con el fin, propósito y objeto de ponerle de su conocimiento la existencia de indicios que revelan su responsabilidad en un hecho delictivo. Igualmente, se puede efectuar esta imputación mediante la adopción de cualquier medida cautelar contra una persona, ya sea detención, ya sea la prisión provisional.

La imputación en sentido estricto o formal: por el contrario, es el acto por el cual una autoridad judicial decide que los hechos que han llegado a su conocimiento tienen indicios racionales de ser ciertos y que aparece una persona como presuntamente responsable de los mismos, por ello adopta una resolución en la que se concretan unos y otros. Es, según Montero Aroca, “un paso más respecto de la imputación en sentido amplio; ya no es la atribución, más o menos fundada, tal y como decíamos, a una persona de un

hecho punible, sino su clara incriminación sobre la base de una apreciación judicial de indicios racionales acerca de su participación o responsabilidad en aquél”.

La forma de esta clase de imputación depende del procedimiento común, este acto de imputación es el “auto de procesamiento”, si se trata de un procedimiento ante el jurado, el acto de imputación judicial formal es el “auto de hechos justificables”, por último si es un procedimiento abreviado se realizará en el “auto de conclusión de las diligencias previas y de apertura del juicio oral”.

Es evidente que de acuerdo a lo citado en el segundo concepto de imputación referido, ésta únicamente puede realizarla el juez competente en cada caso y no puede realizarlo ni la Policía, ni el Ministerio Público o Fiscal. De aquí se extrae el criterio clasificador de la imputación que se estudiará detenidamente más adelante, la imputación hecha por la Autoridad Judicial y la imputación realizada por personas ajenas al Poder Judicial.

Por lo que, teniendo en cuenta los dos conceptos estudiados, se puede aseverar que la imputación judicial puede ser tanto lato como formal. Sin embargo, la imputación realizada por la Policía y el Ministerio Público sólo puede ser la referida en primer lugar, pues la imputación formal, como se ha dicho, es función reservada al Juez competente.

De todo ello se deduce, que la Policía y el Ministerio Público pueden hacer verdaderos actos de imputación con efectos en el procedimiento penal, pues cualquier medida cautelar que adopten por sí mismos, y que por otra parte están legalmente obligado a realizar, se considera acto de imputación, léase detención, imputación sin detenido u otra de naturaleza medida cautelar, aún de naturaleza real.

La diferencia estriba en los efectos que una y otra clase de imputación tiene en el proceso. La imputación formal hecha por la autoridad judicial es el acto necesario para la apertura del juicio oral, la imputación lata es un acto necesario para que se siga un procedimiento contra una determinada persona y que abre, simplemente, la posibilidad de defensa del mismo y el derecho del conocimiento de los hechos de los cuales se le acusa.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, la imputación judicial es el presupuesto necesario para la apertura de la fase del juicio oral, por ello necesariamente se debe dar con anterioridad a la apertura de esa fase.

La Ley Procesal Penal (española) (LECrím) establece varios medios que hacen patente la imputación con efectos en el proceso, es decir, que abren al imputado el derecho de defensa y los demás efectos cimentados. De los establecidos en este artículo y de otros actos recogidos a lo largo de la propia LECrím y que traen como necesaria consecuencia la imputación, se ha extraído en siguiente resumen de actos de imputación:

1° La detención.

2° La adopción de otras medidas cautelares.

- 3° La admisión de denuncia o querella.
- 4° Cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación, entre las que podemos mencionar la citación para ser oído en calidad de imputado.
- 5° El auto de procesamiento.
- 6° El auto de conclusión y de apertura del juicio oral.
- 7° El auto de hechos justiciables.
- 8° La citación para ser oído.

Artículo 118 LECrim:

Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procesamiento, cualquier que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.

Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos lo solicitaren, y, en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo. Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

Cuestión diferente y muy debatida entre la doctrina es si los órganos fuera del Poder Judicial pueden realizar verdaderas imputaciones. Abundando en el tema, actualmente, los autores que postulaban efectuar verdaderas imputaciones están en claro retroceso. Por el contrario, se defiende de forma generalizada que, estos últimos, sí pueden realizar imputaciones, aunque éstas presentan claros matices diferentes a las “judiciales”. Uno de ellos es que el Juez puede realizar todas las imputaciones, sin embargo, a la Policía y el Ministerio Público se le limita la mayoría, como seguidamente se verá.

Por lo tanto, antes de la apertura de un concreto procedimiento penal y fuera de actuaciones con intervención judicial, piden tener lugar verdaderos actos de imputación con relevancia procesal. Aquéllos que confieren a una persona la condición de sujeto pasivo con derecho a utilizar los medios pertinentes para su defensa, como son en concreto los siguientes:

- La adopción de medidas cautelares, como la detención practicada por la Policía Ministerial u ordenada por el Ministerio Público o Fiscal.
- La citación cautelar que puede ordenar el Ministerio Público y que gozará de las mismas obligaciones y garantías que la citación judicial.

Pero esa citación que concede al sujeto pasivo una serie de derechos que garantizan su defensa no es suficiente para la celebración del juicio oral que exige siempre una decisión del órgano judicial encargado de la investigación. Es consecuencia del siguiente principio general: “nadie puede ser acusado sin haber sido declarado con anterioridad judicialmente imputado”.

8.5. LA TEORÍA DEL CASO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Yo lo denominaría teoría de los datos o indiciaria, porque es así como nos lo indica la Constitución General de la República. El paisano Héctor García Cantú, en su obra ya citada de las páginas 98 a la 107, nos da una idea general al respecto con un caso ejemplificativo; veamos:

8.5.1. ¿QUÉ ES LA TEORÍA DEL CASO?

Es la herramienta más importante para planear la actuación del proceso, verificar el desempeño durante el debate oral y terminar adecuadamente en el argumento de conclusión.

8.5.2. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE LA TEORÍA DEL CASO?

- Contiene el planteamiento que el Ministerio Público o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan.
- Es la versión que cada una de las partes tiene y plantea ante el Tribunal de juicio oral, sobre la forma en que, a su juicio, de acuerdo a su versión, ocurrieron los hechos, la existencia de la responsabilidad o no del acusado a las pruebas que presentaran durante el juicio oral.
- Es el guión de lo que se demostrará en el juicio por medio de las pruebas.

8.5.3. ¿CUÁNDO SE CONSTRUYE LA TEORÍA DEL CASO?

- Cada una de las partes empieza a construir la teoría del caso desde el momento en que tiene conocimiento de los hechos.
- Primero se plantea como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido, hipótesis que debe verificarse o comprobarse mediante las diligencias que se practican durante la investigación, tratándose del Ministerio Público y durante el tiempo posterior al momento en que tuvo conocimiento de los hechos, si se trata de la defensa.
- Esa hipótesis se convierte en teoría al finalizar la investigación, se modifica y se ajusta hasta que empiece el juicio oral.

8.5.4. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

Sencillez. Los elementos que la integran deben ser claros y sencillos, sin argumentos sofisticados o rebuscados.

Lógica. Porque debe guardar armonía y permitir a inferencia de las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.

Credibilidad. Para lograr explicare por sí misma, como un acontecimiento humano real, acorde al sentido común y a las reglas de la experiencia. Debe ser persuasiva. La credibilidad ésta en la forma como la historia contada logra persuadir al Juez o Tribunal.

Suficiencia jurídica. Porque todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y por tanto la teoría debe estar bien sustentada jurídicamente, variando esta suficiencia si se trata del Ministerio Público o del defensor.

Flexibilidad. Para adaptare a los imponderables que pueden surgir en el desarrollo del proceso, in cambiar el argumento total.

Una buena teoría del caso será aquella que tenga una hipótesis sencilla de los hechos y una clara adecuación típica de esos hechos, que sea creíble para que persuada, que se articule de manera lógica y cronológica a efecto de que la secuencia ordenada permita comprender lo sucedido de acuerdo a esa teoría.

8.5.5. ¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DEL CASO?

Para pensar organizadamente el caso y monitorear cada etapa del juicio, ayuda:

- Planear y organizar el argumento o alegato de apertura.
- Organizar la prueba que se presentará (cronológica, temática o estratégica).
- Determinar los acuerdos probatorios.
- Preparar el argumento o alegato de clausura.
- Adoptar y desechar estrategias de acusación y defensa (nos vemos a jurídico oral o no, optamos por un criterio de oportunidad o no, proponemos el procedimiento abreviado o no).

8.5.6. ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso tiene tres niveles de análisis:

El jurídico. Es el punto de partida, todo gira o debe girar alrededor del nivel jurídico y consiste en encuadrar los hechos a las hipótesis jurídicas sustantivas y adjetivas. Es la subsunción de los hechos en la norma jurídica.

El fáctico. Sustenta lo jurídico. Son los hechos relevantes jurídicamente que se refieren a la conducta punible o no punible y a la responsabilidad o no responsabilidad del procesado. Deberán reconstruirse en el debate oral por medio de las pruebas.

El probatorio. Sustenta lo factico. Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para demostrar, con certeza, la existencia de los hechos y lo que ocurrió. Es el modo de probar ante el juez los planteamientos formulados.

8.5.7. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

En general, de lo que se trata es de construir proposiciones fácticas, adecuada a elementos legales, sobre las cuales se elabore un relato creíble, sustentado en medios de prueba.

8.5.7.1. *¿Cómo se construyen las proposiciones?*

Lo primero de la construcción de la teoría del caso es dedicar especial atención a la investigación, búsqueda, identificación, definición, análisis e interpretación de los hechos que llegan a nuestro conocimiento.

Después de lo anterior procederemos a encuadrar esos hechos al derecho y una vez hecho esto ya tenemos nuestra proposición.

8.5.7.2. *Determinación de los medios de prueba*

Después de haber identificado y seleccionado los hechos relevantes jurídicamente, tenemos que probarlos y para ello debemos buscar el o los medios de prueba que sean los idóneos, pertinentes, útiles, permitidos por la ley y observar, en la obtención de estos medios de prueba, las disposiciones legales, los métodos señalados por la ley.

A cada proposición debe corresponder uno o varios medios de prueba que la justifiquen o la nieguen.

Siempre hay que pensar en lo que la otra parte haría en relación con este o este otro medio de prueba que yo creo, para poder estar listo y de darse el caso estar preparado para refutar, por eso debo ver cuáles son las fortalezas y debilidades de mis medios probatorios y cuales las de la contraria.

8.5.7.3. *Construcción del relato*

Una vez que se tienen proposiciones fácticas que encuadran en la norma jurídica y las pruebas de la existencia de esas proposiciones fácticas, se pasa a construir una historia o relato persuasivo, *lógico y creíble*.

Lógico. Para que pueda entenderse, lo más conveniente para el Ministerio Público es formular un relato de manera cronológica, ya que es el modo como el entendimiento humano capta mejor las ideas que se le comunican, hacer ver, en el relato que determinado hecho es causa de otro que es efecto, que los hechos antecedentes son causa, efectiva y natural, de

los posteriores o sobrevivientes. Para la defensa resulta más adecuado relatar la historia en forma temática.

Creíble. Lo creíble del relato depende de que el narrador sea capaz y comprometido con su causa y con los intereses de aquel a quien representa. Todos los episodios del relato que se está contando deben transmitir seguridad y convicción con respecto a que ocurrieron y están demostrados. La teoría que se cuenta no puede ser ambigua, incoherente o contradictoria.

8.5.7.4. *Tema de la teoría del caso*

Toda teoría del caso tiene un tema, es el asunto central de la historia presentada ante el juez, es una frase, un emblema, una clasificación de los hechos que se repite dentro de todo el juicio oral. El propósito del tema es fijar en el juzgado la esencia de la teoría del caso.

8.5.7.5. *El móvil en la teoría del caso*

Debe tomarse muy en cuenta el móvil al plantear o exponer la teoría del caso, porque de esta manera le estamos diciendo al juez o Tribunal qué hecho o circunstancia motivó al procesado a realizar la conducta punible que se le imputa, hace más interesante la historia y la presenta como más apegada a la realidad. Nadie actúa porque sí, sino que siempre es llevado de ciertas motivaciones interiores o exteriores.

				Absolutoria		Audiencia de lectura
Alegato de apertura del M.P. (exposición de la acusación)	Alegato de apertura. (exposición de la defensa)	Desahogo de pruebas por el Ministerio Público	Desahogo de pruebas de la defensa.	Alegatos finales del Ministerio Público y de la defensa.	Deliberación del tribunal (privada).	
				Planteamiento de cuestiones incidentales si las hay		Condenatoria
						Debate sobre la pena
						Desiciones sobre la pena
						Audiencia de lectura de la sentencia

8.5.7.6. *Alegato de apertura*

- *Ubicación.* Al inicio de la etapa de juicio oral.
- *Importancia.* Primer contacto de los miembros del Tribunal con los hechos, con la historia penal, tanto del Ministerio Público como de la defensa.

Contenido. Los mismos elementos de la teoría del caso:

- ✓ Fáctico
- ✓ Jurídico
- ✓ Tema
- ✓ Temas de controversia.
- *Tiempo y forma de presentación.* Abre la audiencia de juicio oral; primero el Ministerio Público y después la defensa, si lo estima pertinente; narración de hechos, anuncio de pruebas y petición concreta.

8.5.7.7. Estructura

No existe un formato específico, depende de las circunstancias del caso y del estilo de expositor, no obstante se sugiere tomar en cuenta los siguientes elementos:

- a) Presentación del tema.
- b) Presentación de los hechos.
 - ✓ Cronológica
 - ✓ Temática
- c) Presentación de los fundamentos jurídicos.
- d) Conclusión.

8.5.7.8. Técnicas del alegato de apertura

Se recomiendan las siguientes:

- a) Preparar un esquema del alegato, una especie de “acordeón”.
- b) No hacer promesas que no se cumplirán.
- c) No abundar en detalles.
- d) No manifestar opiniones personales.
- e) Manejar bien el tiempo.
- f) Utilizar audiovisuales.
- g) Estar atento a lo que dice la contraria.
- h) Tener buen nivel de comunicación.
 - ✓ Voz
 - ✓ Lenguaje
 - ✓ Contacto visual con el tribunal
 - ✓ Narración lógica y organizada.
- i) Cuidar el lenguaje corporal.
- j) La defensa debe humanizar al imputado.

El Ministerio Público debe relacionar al imputado con los hechos que se le imputan.

De hecho, una vez que tengamos toda la información en nuestro poder, incluida la evidencia la evidencia que pretende incorporar la contraparte y antes de realizar ninguna otra actividad de preparación del juicio, debemos decidir cuál será nuestra teoría del caso, pues todo nuestro esfuerzo de preparación ha de centrarse precisamente en probarla, con los argumentos y

pruebas necesarios, al tiempo que estaremos trabajando en destruir los argumentos de la contraria, que de antemano debemos haber anticipado.

Dentro de esta teoría, el litigante debe apoyarse en tres columnas para realizar su trabajo.

La primera de ellas es la *fáctica*, la que nos dice cómo se desarrollaron los hechos presuntamente delictivos.

La segunda es la *jurídica* que nos enseña cuales son los dispositivos legales que debemos hacer valer para llevar a buen término nuestra causa.

Y la tercera es la *probatoria*, que nos lleva a recabar el mayor número de pruebas de todo tipo, para poder presentarla, ofrecerlas y desahogarlas ante el órgano jurisdiccional en el momento procesal oportuno.

De acuerdo a esta teoría del caso, exige algunos pasos:

1. Revisar los elementos de los alegatos de cada parte;
2. Determinar los hechos clave que han sido controvertidos, y que, en consecuencia, están en disputa, y los testigo y evidencia material de la que la contraria se puede servir en apoyo de su versión, así como la evidencia de que dispondremos para apoyar nuestra propia versión.

Igualmente se habrá de investigar todo posible incidente relativo a la legalidad de las pruebas obtenidas o de su presentación de juicio, con el propósito de poder anticipar de maneja fidedigna en torno a qué prueba se resolverá en definitiva.

Como puede apreciarse, la teoría del caso representa todo un reto para el litigante, pues encierra el planteamiento de la defensa de un juicio y la mejor forma de resolverlo.

Pero no se piense que la teoría del caso únicamente compete a los litigantes. Cuando los jueces fallan, han construido a lo largo del proceso una versión acerca de lo que realmente ocurrió y ésta será la verdad jurídica. Y la construyen al escuchar los testimonios, al analizar las pruebas y al interrogar ellos mismos, lo mismo al imputado, que a la víctima y a los testigos y peritos.

Recordemos, como dicen los juristas chilenos, Andrés Baytelman y Mauricio Duce, en su obra *Litigación penal*, que la prueba no habla por sí sola, pues debe ser presentada y puesta al servicio de un relato y es básica para que las partes presenten una descripción oral, coherente, clara y creíble acerca de los hechos, lo que constituye el método del sistema acusatorio, y de esta manera, como en un rompe-cabeza se irá armando al trama de la verdad real.

En otra parte de esta obra se dice que el abogado es como un mensajero; si a través de su teoría del caso consigue llevar el mensaje y crear convicción en el juzgador, habrá triunfado; no importa qué tan bueno sea el mensaje, pero si el mensajero es malo, el mensaje no llega.

La labor del abogado es, pues, hacer que el mensaje llegue y el mecanismo natural de transmisión es el relato. Pero al litigante no le bastará que su historia sea entretenida o interesante, sino que deberá transmitir al tribunal que se trata de la versión más fidedigna de los hechos y la interpretación más adecuada y justa que se pueda dar de los hechos.

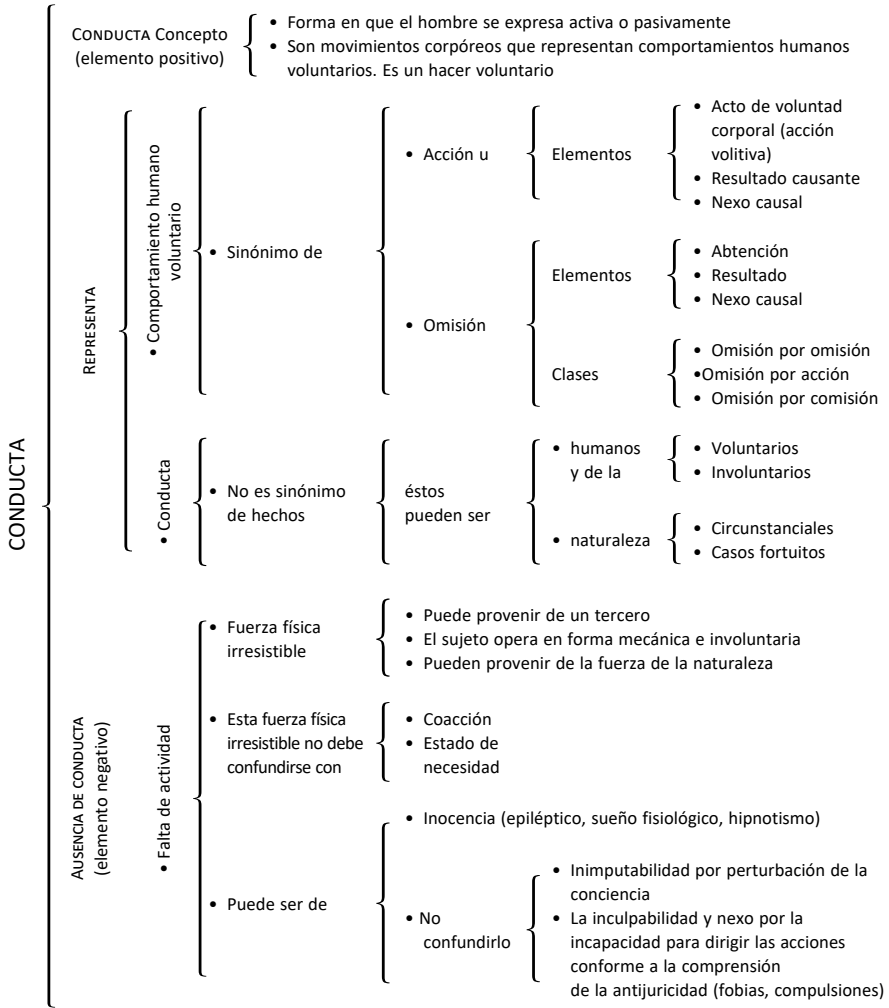
Una teoría del caso bien planteada le da la seguridad al litigante de que todo lo que realice dentro del juicio, todas las pruebas que presente para acreditar sus alegatos, todo examen y contra-examen estarán al servicio y funcionarán de acuerdo a esta Teoría del Caso que se planteó desde el principio. Y al contrario, cuando se aparta de su propia Teoría pierde credibilidad y naufraga en un escenario en el que “la credibilidad” es el nombre del juego.

Manejar más de una teoría suele ser desastroso: “Mi cliente no estaba en el lugar del crimen... Bueno, sí estaba allí, pero no disparó el arma... Bueno, sí disparó el arma, pero lo hizo en legítima defensa... Bueno, sí lo hizo, pero es que se trata de una persona demente y por lo tanto inimputable”. Sostener teorías múltiples e incompatibles irá en demérito de la credibilidad de nuestro caso. Obsérvense más adelante los siguientes cuadros sinópticos respecto de la teoría del delito y de manera particular respecto de los elementos de la culpabilidad y de imputabilidad, ello como análisis comparativo y de reflexión con lo que hoy propongo respecto de elevar a la presunción de inocencia a teoría.

Reitero, como esquema técnico doctrinal me permito citar en síntesis o bajo cuadros sinópticos la teoría del delito, para mejor ilustración al lector y estudioso del sistema acusatorio bajo el contexto de la doctrina penal a nivel comparativo.

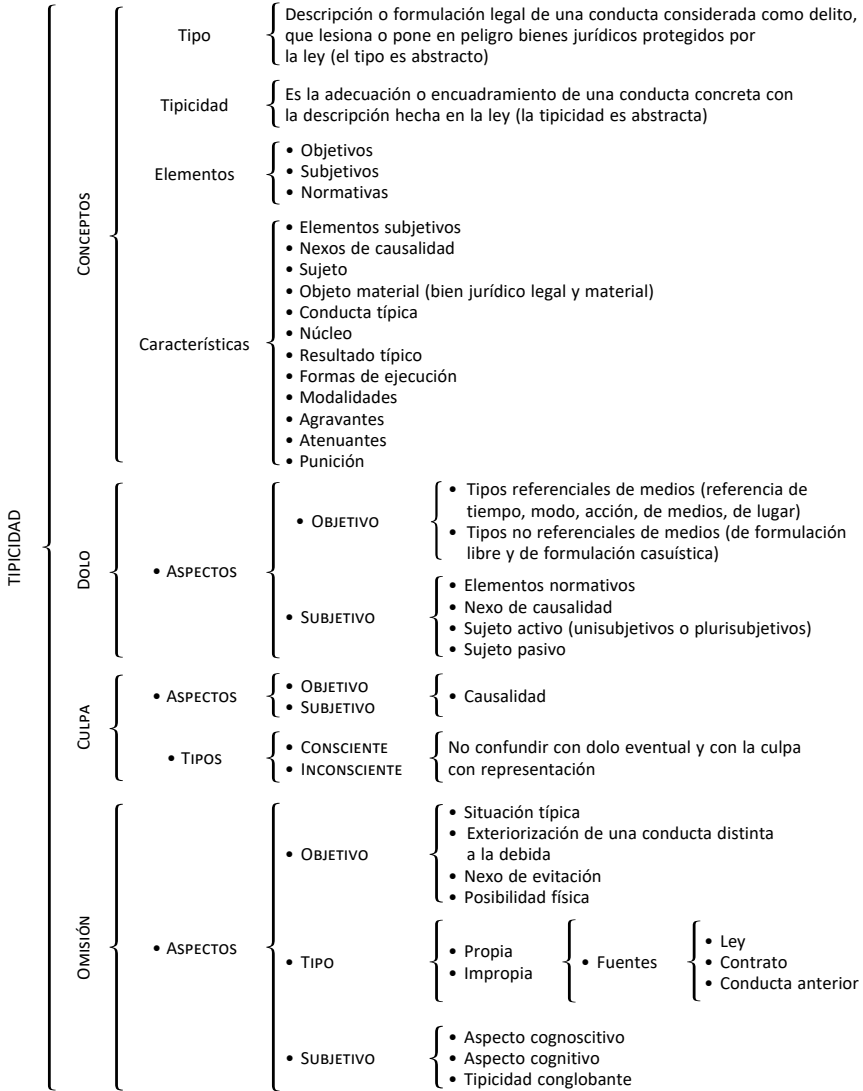
CUADROS SINÓPTICOS DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

CUADRO SINÓPTICO DE LA CONDUCTA



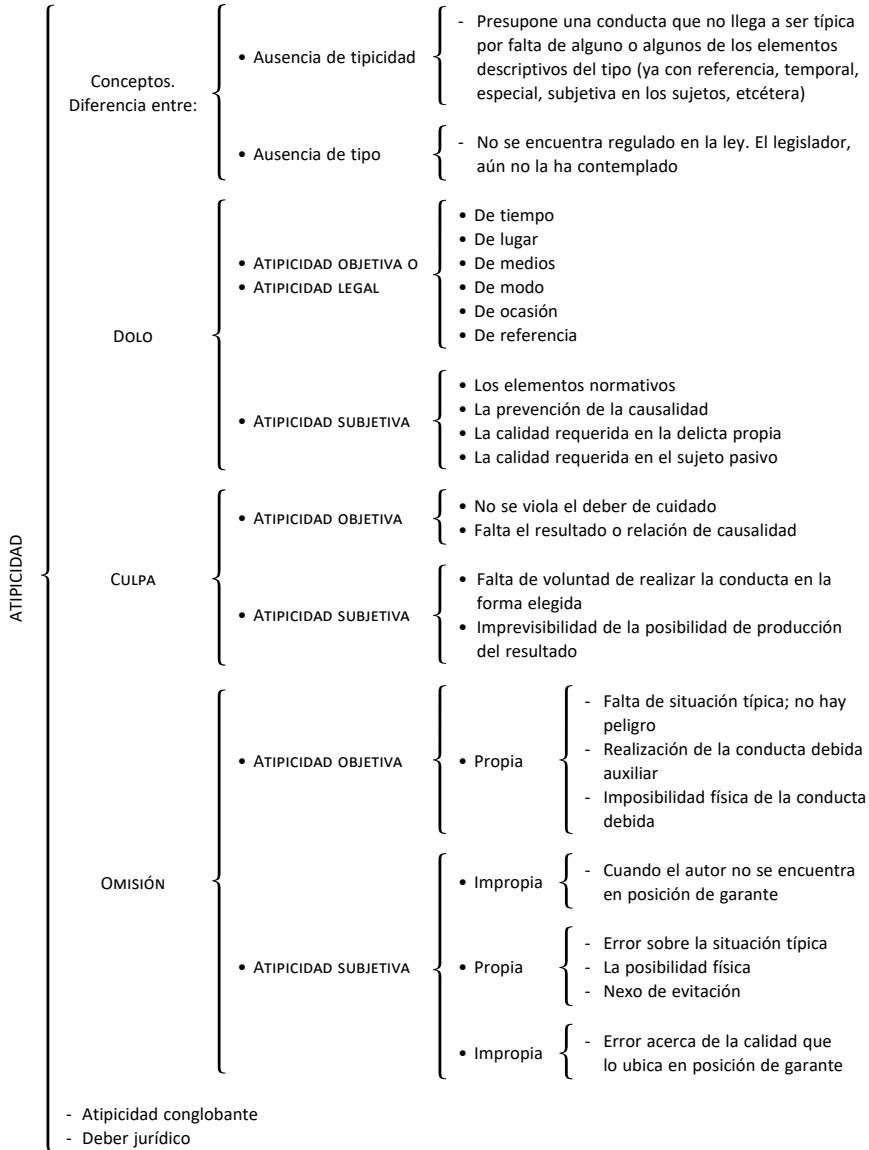
CUADRO SINÓPTICO DE LA TIPICIDAD

ELEMENTO POSITIVO



CUADRO SINÓPTICO DE ATIPICIDAD

ELEMENTO NEGATIVO



**CUADRO SINÓPTICO DE LA ANTIJURICIDAD
ELEMENTO POSITIVO**

ASPECTOS GENERALES

ANTI JURICIDAD

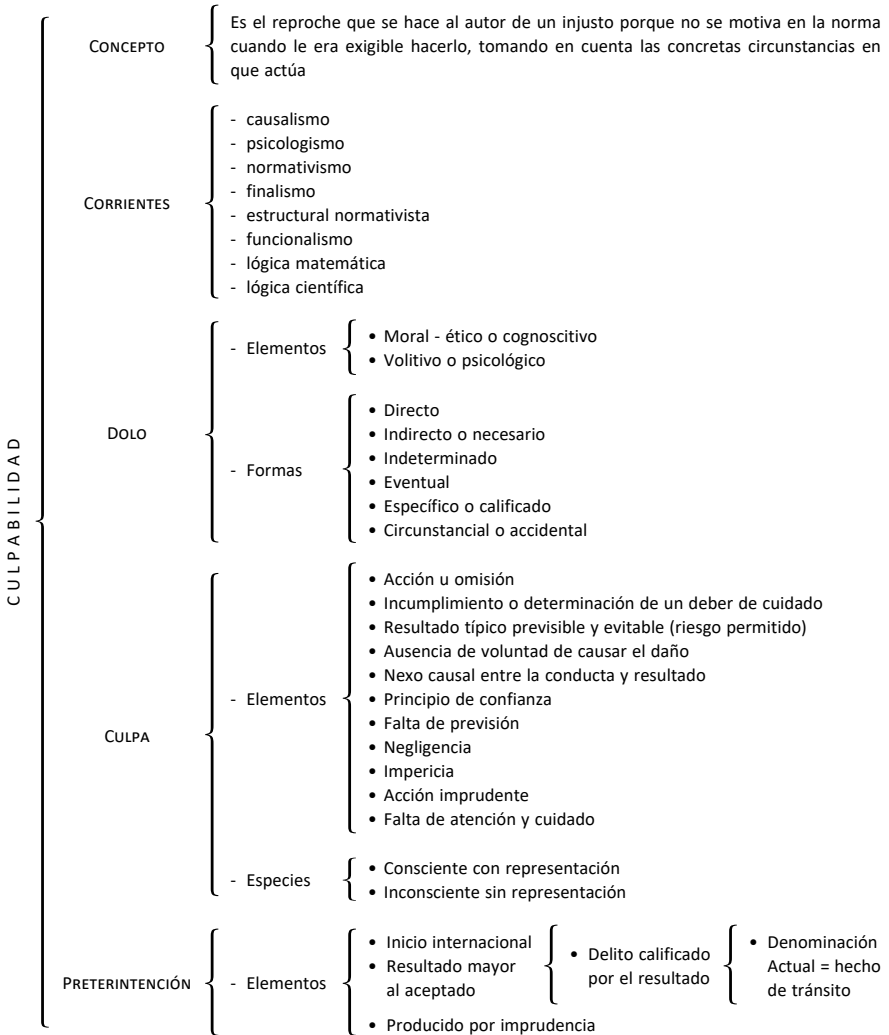
- CONCEPTO. Es la contradicción de la conducta con el orden jurídico; es lo contrario a la norma penal.
- Conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tuteladora de un bien jurídico.
- No se da por el derecho penal, sino por el orden jurídico.
- No exige error ni disminuciones de la culpabilidad.
- Se exige una relación de disponibilidad (Zaffaroni).
- Se caracteriza por una acción dependiente del ordenamiento jurídico general.
- Se correlaciona con el mandato y el bien jurídico protegido; cuando éste es atacado o dañado.
- Surge de la antinormatividad (tipicidad penal) y de la falta de adecuación a un tipo permiso general.
- En la teoría general del hecho ilícito y del delito, ésta es señalada como una característica de la conducta, no como calificativa de la acción.
- No confundir antijuricidad y antijurídico. Se utilizan como sinónimos.
- Es una característica del injusto.
- Se da como juicio objetivo y antijuricidad subjetiva.
- Juicio objetivo se sujeta a un juicio de valor reglamentado por el derecho (así se sabe si la acción es valiosa o disvaliosa por el derecho).
- Antijuricidad subjetiva. Es el injusto personal. Se sujeta al tiempo de la formulación del juicio de reproche constituido de culpabilidad, pero no lo es del juicio de antijuricidad, ello por las formas punibles.
- El tipo es indicio de antijuricidad.
- En la teoría de la antijuricidad se maneja el enfoque sobre la ausencia de la antijuricidad como causa de justificación.
- Es la contradicción entre el hecho concreto (conducta) del autor y del derecho.
- Una conducta es antijurídica cuando se infringe el mandato del orden jurídico, haciendo lo prohibido o no haciendo lo impuesto u obligado por la ley.
- Surge de la antinormatividad (tipicidad penal) y de la falta de adecuación a un tipo permisivo.

**CUADRO SINÓPTICO DE LA ANTIJURICIDAD
ELEMENTO NEGATIVO**

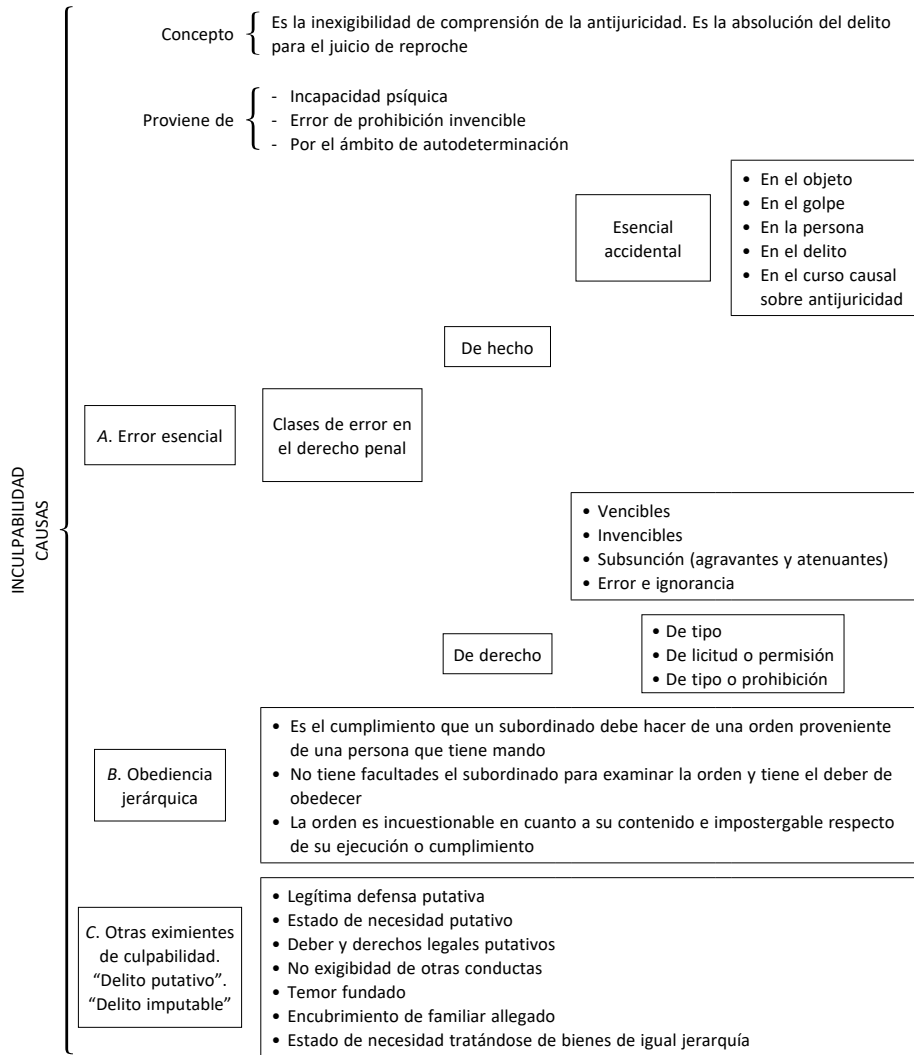
ANTIJURICIDAD CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	CONCEPTO. Causas de justificación	{ Cuando la conducta realizada vulnera un bien jurídico sea cual fuere. Son las condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de dicha conducta.								
	ASPECTOS	{ <ul style="list-style-type: none"> - OBJETIVO. Se refiere a la situación de justificación - SUBJETIVO. Es el reconocimiento de la situación de justificación - No es necesario el conocimiento de la legitimidad de la acción justificada, sino sólo el conocimiento de la situación objetiva de su justificación 								
	a) LEGÍTIMA DEFENSA	{ <table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="vertical-align: top;"> ELEMENTOS </td> <td> { <ul style="list-style-type: none"> • Agresión actual • Agresión violenta • Agresión injusta • Agresión de peligro inminente • Agresión de peligro inevitable </td> </tr> <tr> <td style="vertical-align: top;"> PARA QUE OPERE </td> <td> { <ul style="list-style-type: none"> • La lesión sea actual • La lesión sea violenta • Sea injusta • Peligro inminente </td> </tr> <tr> <td style="vertical-align: top;"> PARA QUE NO OPERE </td> <td> { <ul style="list-style-type: none"> • En riña • Legítima defensa recíproca </td> </tr> <tr> <td style="vertical-align: top;"> REQUISITOS </td> <td> { <ul style="list-style-type: none"> • Grave • Inminente • Extraño al autor • Necesario </td> </tr> </table>	ELEMENTOS	{ <ul style="list-style-type: none"> • Agresión actual • Agresión violenta • Agresión injusta • Agresión de peligro inminente • Agresión de peligro inevitable 	PARA QUE OPERE	{ <ul style="list-style-type: none"> • La lesión sea actual • La lesión sea violenta • Sea injusta • Peligro inminente 	PARA QUE NO OPERE	{ <ul style="list-style-type: none"> • En riña • Legítima defensa recíproca 	REQUISITOS	{ <ul style="list-style-type: none"> • Grave • Inminente • Extraño al autor • Necesario
	ELEMENTOS	{ <ul style="list-style-type: none"> • Agresión actual • Agresión violenta • Agresión injusta • Agresión de peligro inminente • Agresión de peligro inevitable 								
	PARA QUE OPERE	{ <ul style="list-style-type: none"> • La lesión sea actual • La lesión sea violenta • Sea injusta • Peligro inminente 								
	PARA QUE NO OPERE	{ <ul style="list-style-type: none"> • En riña • Legítima defensa recíproca 								
	REQUISITOS	{ <ul style="list-style-type: none"> • Grave • Inminente • Extraño al autor • Necesario 								
	b) ESTADO DE NECESIDAD	{ <table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="vertical-align: top;"> ELEMENTOS </td> <td> { <ul style="list-style-type: none"> • Situación de peligro inminente, grave e inmediata • Que el peligro afecte necesariamente un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno • Violación de un bien jurídicamente protegido distinto • Imposibilidad de emplear otro acto para poner a salvo los bienes en peligro • Ejemplo: aborto temperativo y robo indigente </td> </tr> </table>	ELEMENTOS	{ <ul style="list-style-type: none"> • Situación de peligro inminente, grave e inmediata • Que el peligro afecte necesariamente un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno • Violación de un bien jurídicamente protegido distinto • Imposibilidad de emplear otro acto para poner a salvo los bienes en peligro • Ejemplo: aborto temperativo y robo indigente 						
	ELEMENTOS	{ <ul style="list-style-type: none"> • Situación de peligro inminente, grave e inmediata • Que el peligro afecte necesariamente un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno • Violación de un bien jurídicamente protegido distinto • Imposibilidad de emplear otro acto para poner a salvo los bienes en peligro • Ejemplo: aborto temperativo y robo indigente 								
	c) LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO	{ <ul style="list-style-type: none"> - Cuando en aquellos casos media una prohibición - Emergen en cualquier otra parte del orden jurídico - El autor actúa conforme a un derecho que la propia ley le confiere, ejemplo: Art. 15 párrafo 5° CPDF. <i>Lesiones u homicidios causados en el deporte, las originadas en tratamiento quirúrgico</i> 								
d) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	{ <ul style="list-style-type: none"> - Consisten en el actuar por obligación, ya que ésta provenga de la ley o de un superior jerárquico. Ejemplo: policía, cumpliendo orden de aprehensión emitida por autoridad judicial 									
e) OBEDIENCIA DEBIDA O LEGÍTIMA	{ <ul style="list-style-type: none"> - Con la reforma o la fracción VII del artículo 15 del CPDF (17 sept. 1931) se considera excluyente de incriminación - Que exista la obligación de obedecer a una jerarquía legítima - Que el mando ofrezca apariencia de licitud para que el agente crea que actúa con licitud 									
f) IMPEDIMENTO LEGÍTIMO	{ <ul style="list-style-type: none"> - El extraño activo realiza siempre una conducta omisiva que atiende a un interés preponderantemente superior - Ejemplo: No declarar por razones del secreto profesional (sacerdotes en confesión; psiquiatra con su paciente) 									

CUADRO SINÓPTICO DE CULPABILIDAD

ELEMENTOS POSITIVOS

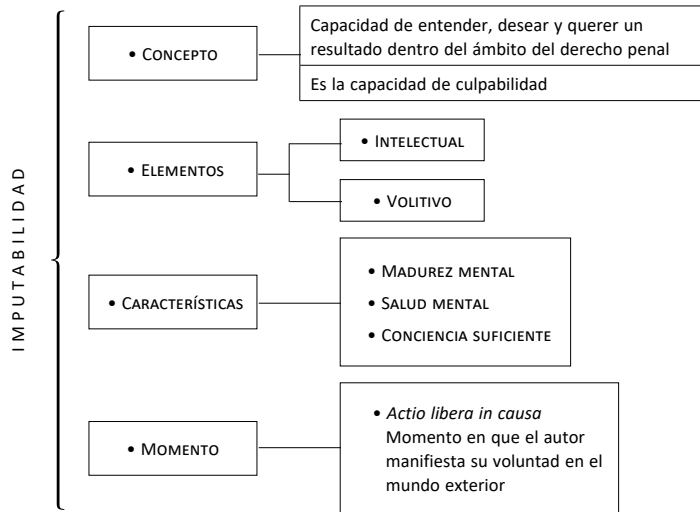


CUADRO SINÓPTICO DE INculpABILIDAD
ELEMENTOS NEGATIVOS



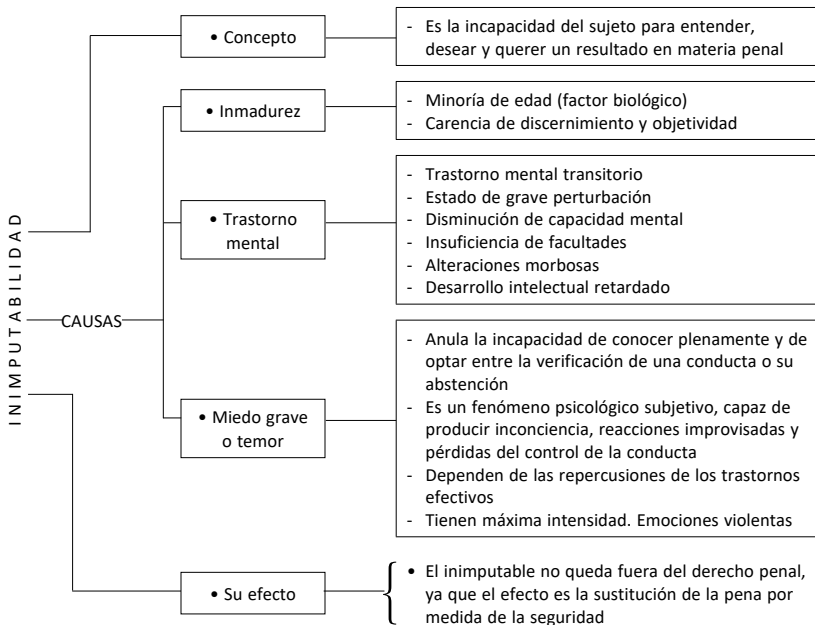
CUADRO SINÓPTICO DE IMPUTABILIDAD

ELEMENTO POSITIVO

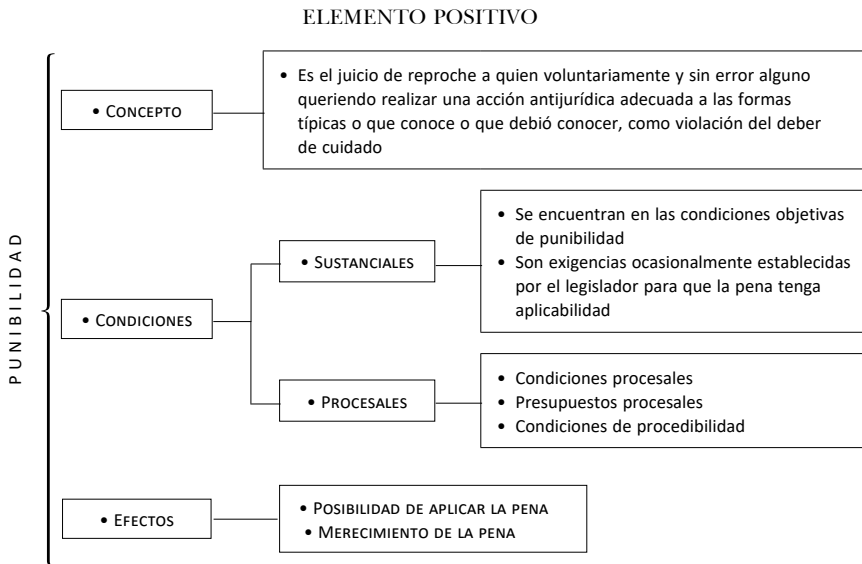


CUADRO SINÓPTICO DE INIMPUTABILIDAD

ELEMENTO NEGATIVO

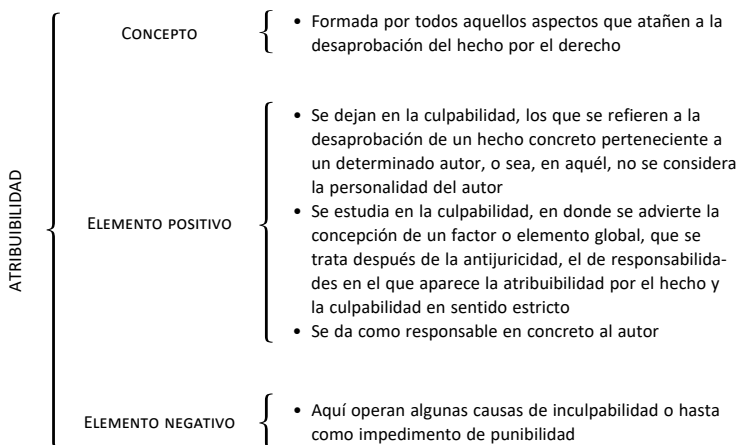


CUADRO SINÓPTICO DE PUNIBILIDAD



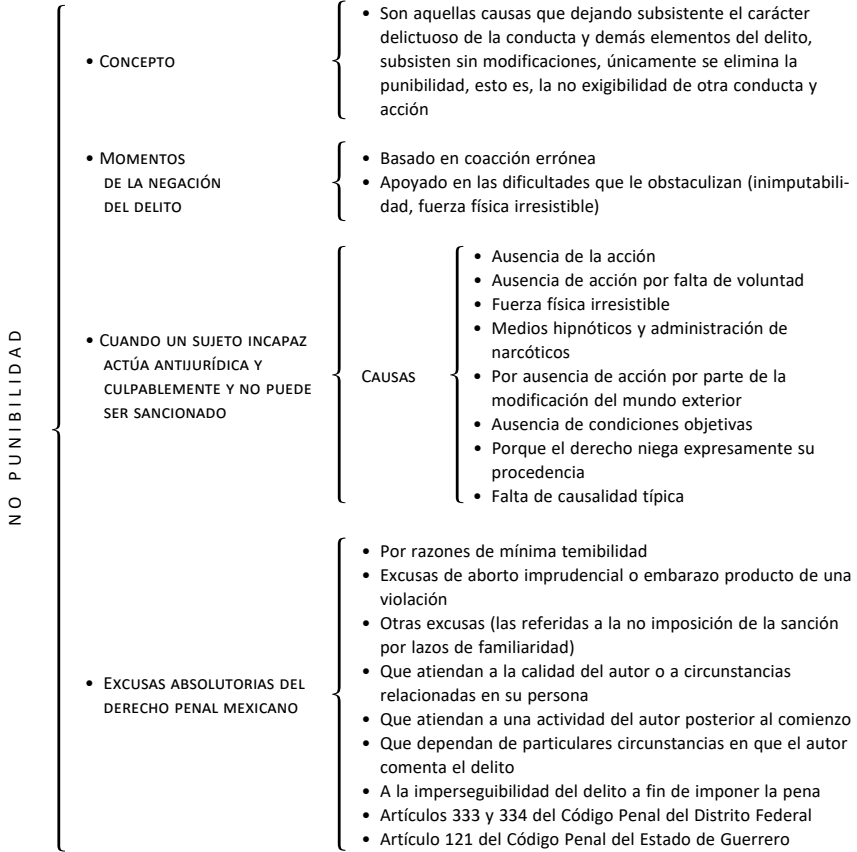
ELEMENTO DE ADICIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO

LA ATRIBUIBILIDAD



CUADRO SINÓPTICO DE ELEMENTO NEGATIVO DE LA NO PUNIBILIDAD

EXCUSAS ABSOLUTORIAS



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce, *Presunción de inocencia*, Colección de textos sobre Derecho Humanos, México, 2000.
- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia, Principio fundamental del sistema acusatorio*, Instituto de la Judicatura Federal México, 2009.
- AUSENCIO MELLADO, José María, *Manuales Derecho Procesal Penal*, 4ª. ed., Tirant lo Blanch, España, 2008.
- ARMENTA DEU, M^a Teresa, *Estudios de justicia penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014.
- BAUMAN, Jurgén, *Principios procesales*, De Palma, Buenos Aires, 1998.
- BACIGALUPO, Enrique, “Presunción de inocencia, *In dubio pro reo* y recurso de casación”, *Anuario Penal y Ciencia Penal*, año XLV, mayo-agosto, España, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique, “Sobre el rubro de la teoría normativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, España, 1978.
- BARADAM, Shima, “Restoring the Presumption of Innocence”, *Ohio State Law*, Vol. 72. No. 4, 2011.
- BENAVENTE CHORRES, Herbert, “El Derecho Constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México”, *Estudios Constitucionales*, año 7. número 1. México, 2009.
- BELLOCH JULBE, J. A. y TORRES LÓPEZ DE LA CALLE, E., *El derecho a la presunción de inocencia en la Ley 1982. Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal de Justicia*, Madrid, 1984.
- Binder, Alberto, *Justifica penal y Estado de derecho*, 2a. ed., Tirant lo Blanch, Buenos Aires, 2004.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derecho a no ser sancionado a efecto sin previo proceso o procedimiento. La Constitución comentada*, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- CASTILLO CÓRDOBA, Luis, *Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales*, Ara. Lima, 2003.
- CARMIGNANI, Gioranni, *Elementos de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1979.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raul F., *La promoción de inocencia*, Editorial Porrúa, México, 2003.
- CLARIA OLMEDO, Jorge, “La prueba de la verdad en los procedimientos penales”, *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, 1945.
- CARNELUTTI, Francisco, *Derecho y Proceso*, Ejea, Buenos aires, 1971.
- , *La prueba civil*. trad. de la 2.^a ed. italiana de 1974, por Niceto Alcalá Zamora, Buenos Aires.

- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2011.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, De Palma, Buenos Aires, 1966.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina, *El alcance anulatorio de la prueba ilícita en el procedimiento penal*, México, España, Argentina-Brasil, Instituto Nacional de Estudios Superiores de Derecho Penal, México, 2007.
- CORTADA MENDOZA, Andrés *et al.*, *Garantías constitucionales del proceso penal*, UBA, México, 2015.
- CLARIA OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1960.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usados por el proceso penal*, México, 2008.
- ESTRADA MICHEL, Rafael, *Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal mexicano*, Cultura Constitucional, Revista 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Democracia y garantía. Teoría del garantismo penal*, Trotta. Madrid, 2001.
- GONZALO GARCÍA, Jesús Mario, *El proceso penal español y la prueba ilícita*, Instituto Nacional de Derecho Penal. México 2007.
- GOZAINI OSVALDO, Alfredo, “La presunción de inocencia del proceso penal al proceso civil”, *Revista Latinoamericana del Derecho*, año III, No. 6, UNAM, 2006.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El proceso penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- IGUARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba-motivación y presunción en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1985.
- JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Universidad Extremadura de Colombia, 2005.
- JESCHECK, Lehrbuch, *Des Stra Frechts*, 3a. ed., Berlín, 1978.
- LUCCHINI, Luigi, *Elemente di Procedure Penale*, Barbera, Florencia, 2010.
- LUZON CUESTA, José María, *La presunción de Inocencia ante la casación*, Colex, Madrid, 1991.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal (I). Fundamentos*, 2a. ed., Editorial Porrúa, 2004.
- MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La prueba indiciaria, presuncional o circunstancial en el proceso penal acusatorio*, Editorial Porrúa, 2a. ed., México, 2012.
- , *La investigación ministerial previa*, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 2010.
- , *Derecho Procesal Penal en el sistema acusatorio y su fase procedimental oral. Mitos, falacias y realidades*, Editorial Porrúa, 3a. ed., México 2016-2017.
- MANIE, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo I. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, Vol. 2. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2a. ed., Editorial Boch, Barcelona, 2004.
- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Pamplona, 1999.

- NOGUEIDA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Lus et praxis*, No. II. Universidad de Talca, 2000.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, México, 2003.
- PARRA QUIJANO, Jaime, *Tratado de la Prueba judicial, indicios y presunciones*, 2a. ed., Tomo IV, España, 1982.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., Editorial Madrid, 1986.
- PRIETO SÁNCHEZ, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, Editorial Inacipe, México, 2013.
- PEDRAZ MELENDEZ, Ernesto, “El proceso y sus alternativas, *Cuaderno de Derecho judicial*, No. 27, Poder Judicial, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ FERNANDEZ, Ricardo, *Derecho fundamental y garantías individuales en el proceso penal*, Comares Granada, 2000.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo *et al.*, *La prueba en el proceso penal*, Editorial Thomas, Arazandi, Madrid, 1996.
- ROMERO FELIPA, Ana María, “Los principios constitucionales de *in dubio pro reo* y presunción de inocencia”, *Estafeta Jurídica Virtual (www.amag.edu)*
- SENTIS MELEDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Edición Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1971.
- , *El juez y el Derecho (iura movit curia)*, Editorial Jurídica América, Buenos Aires, 1957.
- SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, *Revista de Derecho Privado*, 1963.
- SENTIS MELEDO, Santiago, “¿Qué es la prueba? Naturaleza de la Prueba” *Revista Derecho Penal Iberoamericana*, No. 2-3 Madrid, 1973.
- VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 1993,

Otras fuentes jurídicas consultadas

- Conferencia ministra Olga Sánchez Cordero. “El derecho de la inocencia, sobre una forma de extinción de la responsabilidad penal”.
- Digesto. De poemas*, Ulpiano 1, 5.
- Cfr.* XII. Congreso Internacional de Droit Penal, 1979. Actas de congreso.
- Colección Garantías Individuales. Las garantías de libertad. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Edición, 2003, Tomo 4.
- Se consultó la conferencia de Fidel Lozano Guerrero, coordinador del Cuerpo Académico investigador de la Facultad de Derecho de la UA de C.; y a Carlos Reséndez Estrada del Instituto de Posgrado en Humanidades A. C. de la Universidad de Durango.
- Se consultó a Mario Fernández Contreras, académico, catedrático y coordinador del área de posgrado de la misma Facultad de la Universidad Autónoma de Coahuila.
- Se consultó la investigación *Garantías constitucionales del proceso penal* de Andrés Cortada Mendoza y Lucía D’Oracio.
- Sentencia de Habeas Corpus H.C. 104339. Disponible en portugués en: <http://www.stj.jumbr/portal/cmo/vernoticiasdetalles.asp?contenido=207130> y otras revistas.
- Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2011-2013) y colección del sistema universal de protección de derechos humanos (2012).

- Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.
Los derechos humanos en el momento actual.
- Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, *Vox-Judis*, Chile 2013. Catacora González, “De la presunción de inocencia”.
- Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. XXXVIII, España, sep-dic. 1985.
“Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”.
- Se consultaron diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos. Diversos años.

Legislación penal consultada

- Código Procesal Penal del Estado de Durango.
Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.
Código de Procedimientos Penales de Chile.
Código de Procedimientos Penales del Estado de México.
Código Procesal Penal del Estado de Chiapas.
Conf. Declaración de los Derechos Humanos.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor y la de los años 1857 y 1917.
Código de Procedimientos Penales para el Estado de Coahuila.

ÍNDICE

PRÓLOGO	XI
INTRODUCCIÓN	XIII

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES O GÉNESIS DE ESTE PRINCIPIO

1. Tres casos bíblicos	1
1.1. El árbol prohibido. El caso de Adán y Eva (Génesis 3: 2-15).	1
1.2. El caso de Caín y Abel (Génesis 4: 4-12)	2
1.3. Los mandatos de Moisés o Ley Mosaica	3
2. Algunas consideraciones	5
3. Su nueva conceptualización, clasificación, regulación y aspectos generales .	25
3.1. El derecho a la presunción de inocencia: su concepto y naturaleza	
jurídica	26
3.1.1. Elementos del concepto de la presunción de inocencia	28
3.1.1.1. La presunción de inocencia como regla probatoria,	
antes de la valoración de las pruebas	29
3.1.1.2. La presunción de inocencia: conformación normativa	
de una sociedad moderna	35
3.2. Aspectos generales y su nueva conceptualización	38
3.3. Valoración y desvaloración	43
3.4. El principio de arbitrariedad	45
3.5. Casación, apelación y la valoración de la prueba	46
3.5.1. la valoración de la prueba y el recurso de apelación	48

CAPÍTULO II

REGULACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

1. El principio de presunción de inocencia en nuestra legislación mexicana . .	62
2. Tratamiento de este principio en nuestra legislación procesal penal	
reformada	65
2.1. Fundamentación	65
2.1.2. El arraigo constitucional	66
2.1.3. Medidas cautelares y prisión preventiva	70

2.1.4. La prisión preventiva oficiosa. El catálogo constitucional de delitos graves.	74
3. La presunción de inocencia y la prisión preventiva.	81
3.1. Relación proceso legal, entre la presunción de inocencia y la garantía de juicio previo.	85
3.2. Jurisprudencia (hecho notorio)	85
3.3. La valoración de probanzas en dicho principio	86
3.4. El valor del acta en la audiencia de juicio oral.	87

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO Y SU CORRELACIÓN CON EL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Su naturaleza.	91
2. La presunción de inocencia y el principio <i>in dubio pro reo</i>	93
2.1. Principio <i>in dubio pro reo</i> . La absolución en caso de duda	115
2.2. La presunción de inocencia y la sentencia	116
2.3. Los remedios contra la sentencia.	116
2.4. La presunción de inocencia como regla de trato	117
2.5. La presunción de inocencia como obligación del Ministerio Público y terceros.	119
2.6. Algunos apuntes sobre la interpretación del principio <i>in dubio pro reo</i> por el Poder Judicial de la Federación	124
2.7. Presunción de inocencia, diferencia procesal con el indulto	126
2.8. Procedencia.	127
2.9. Trámite.	129
2.10. Tratamiento jurisprudencial	129
2.11. Algunas razones por las cuales pocas peticiones de reconocimiento de inocencia resultan fundadas	132
2.12. A manera de conclusión.	133
3. Estos principios en la instancia.	136
3.1. La prueba anticipada	148
3.2. La carga de la prueba de la presunción de inocencia	150
3.3. La presunción de inocencia y la prueba ilícita	153
3.4. La presunción de inocencia desvirtuada a través de la prueba indiciaria.	160
3.5. Hechos impositivos y extintivos.	170
3.6. Error de prohibición y error de tipo.	172
3.7. Causas de justificación y agravantes	177
3.7.1. prescripción	177
3.7.2. menor de edad	177
3.7.3. agravantes y circunstancias cualificadas.	178
3.7.4. robo.	178
3.7.5. reincidencia (habitualidad-nueva doctrina penal).	178
3.7.6. calificación, grado de ejecución, participación, culpabilidad y juicios de valor sobre intenciones.	180

3.8. La sanción pecuniaria, la multa y reparación del daño	181
3.8.1. Responsabilidad civil y multa.	181
3.8.2. Multa.	182
3.8.2.1. La prueba de la situación económica del reo	182
3.8.2.2. Multa proporcional	185
3.9. El impulso probatorio	185
3.10. De la apreciación de oficio respecto de circunstancias favorables	188
3.11. Correlación de la prueba indiciaria con el principio de presunción de inocencia	190
3.11.1. Explicación de la regla de la experiencia	192
3.11.2. Relación entre la presunción de inocencia y las reglas de la experiencia	192
3.11.3. Función de la regla de la experiencia frente a la presunción de inocencia	192
3.11.4. Mostrar el hecho indicio y la regla de la experiencia permite ejercitar el derecho de contradicción y como consecuencia se da aplicación a la presunción de inocencia	193
3.11.5. Presunción de inocencia y control democrático de la prueba de indicios.	193
3.11.6. Presunción de inocencia y opinión pública.	194
3.12. Su objetividad o problemática en el proceso penal	194
4. Hechos sin prueba y el derecho a la prueba	197
4.1. El derecho a la prueba.	198
4.1.1. Prueba pertinente y prueba necesaria.	199
4.1.2. Requisitos de forma y proposición de la prueba y la protesta a su denegación	203
4.1.3. La protesta como reacción frente a la denegación de prueba	205
5. La norma de la prueba y su naturaleza	206
5.1. El atesto policial, su naturaleza y efectos.	207
5.1.1. naturaleza legal	207
5.1.2. sus defectos procesales	208
5.2. Diligencias sumariales (su naturaleza, requisitos, valoración y sobrevaloración).	212
5.2.1. Naturaleza jurídica.	212
5.2.2. Requisitos y el valor probatorio en las diligencias sumariales	215
5.3. Sobrevaloración	216
5.3.1. El secreto del sumario (respecto de terceros)	217
6.3.1.1. El secreto respecto de terceros.	217
5.3.2. El secreto en cuanto a las partes	220
6. De los diversos medios predispuestos para la obtención de pruebas (autor o partícipe) Teoría del Dominio del Hecho	221
6.1. Autor y partícipe (modalidades) Teoría del Dominio del Hecho.	222
6.1.1. El agente provocador	222
6.1.2. El agente encubierto o infiltrado.	226
6.1.2.1. Ningún funcionario de la policía podrá ser obligado actuar como agente encubierto.	227
6.1.3. El confidente	228

6.1.4. El delincuente arrepentido	230
6.1.5. Empleo de medios materiales	232
6.1.6. La publicidad del proceso y sus excepciones	233
6.1.7. Videoconferencia como práctica probatoria	236
6.1.7.1. Declaración de testigos y peritos	237
6.1.7.2. Protección de la libre y espontánea declaración de personas	237
6.1.8. La concentración de los actos de prueba	240
6.1.8.1. Presunción de inocencia en el recurso (causa procesal, valoración y efectos de resoluciones judiciales vía recurso) .	242
6.1.8.2. Legitimación	243
6.1.8.3. Efectos de la resolución judicial que en vía de recurso aprecie vulneración de la presunción de inocencia	244
6.1.8.4. Presunción de inocencia y principio acusatorio en el recurso	247

CAPÍTULO IV

LA FIGURA JURÍDICA PENAL DE LA ACUSACIÓN EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

1. La acusación	251
1.1. Su naturaleza pública	251
1.1.1. La pretensión penal	252
1.1.2. La dinamicidad del proceso penal	252
1.2. Clases de acusación	253
1.2.1. Los escritos de calificación provisional o de acusación.	253
1.2.2. La calificación definitiva.	254
1.2.3. La calificación civil	254
1.3. Contenido de los escritos de calificación-acusación	254
1.4. Las conclusiones definitivas	257
1.4.1. Concepto.	257
1.4.2. Contenido.	257
1.4.3. Partes acusadoras	257
1.5. El acusado ante la acusación	258
1.5.1. Principio de contradicción	258
1.5.2. Posturas del acusado ante la acusación	259
1.5.3. Las conclusiones definitivas	260
1.6. La conformidad y sus clases.	260
1.6.1. Introducción	260
1.6.2. Concepto y naturaleza jurídica	260
1.6.3. Ámbito de aplicación de la conformidad	263
1.6.4. Clases de conformidad.	264
2. De la detención	266
2.1. Concepto, clases, presupuestos, plazos de detención	266
2.1.1. Clases de detención	267
2.1.1.1. En razón del sujeto que la realiza.	267

2.1.1.2. En razón a su forma de cumplimiento.	267
2.1.2. Los presupuestos de la detención	267
2.1.2.1. El periculum in mora	267
2.1.2.2. Fumus boni iuris	268
2.1.2.3. Plazo de la detención	268
2.2. El derecho de defensa	269
2.2.1. Enumeración de los derechos del detenido	269
2.2.2. Funciones del abogado en la detención	270
2.2.2.1. Naturaleza de la intervención.	270
2.2.2.2. Contenido de la asistencia letrada (defensa pública).	270
2.2.3. El proceso de habeas corpus	271
2.2.3.1. Concepto	271
2.2.3.2. Procedimiento	271
2.2.4. La orden europea de detención y entrega	272
2.3. Otras medidas cautelares	272
2.3.1. La prisión provisional	272
2.3.1.1. Concepto, naturaleza, finalidad, presupuesto, duración, clases, reglas y procedimientos.	272
2.3.1.1.1. Naturaleza y finalidad de la prisión provisional	273
2.3.1.1.2. Presupuesto de la prisión provisional.	275
2.3.1.2. Existencia de un delito	276
2.3.1.3. La evitación de un riesgo de fuga	277
2.3.1.3.1. Criterios para su determinación	277
2.3.1.3.2. La naturaleza del hecho cometido	278
2.3.1.3.3. La pena que pudiera imponerse al imputado	278
2.3.1.3.4. La situación familiar, laboral y económica.	278
2.3.1.3.5. La inminencia de la celebración del juicio oral, especialmente cuando se trata de los llamados “juicios rápidos”.	278
2.3.1.3.6. El peligro de fuga derivado de los antecedentes.	279
2.3.1.4. El aseguramiento de elementos relevantes de prueba.	279
2.3.1.5. La prevención de la comisión de nuevos delitos	280
2.3.1.6. La prevención de la violencia de género	281
2.3.1.7. Duración de la prisión provisional	282
2.3.1.7.1. Plazos ordinarios	283
2.3.1.7.2. Reglas especiales	283
2.3.1.8. Clases de prisión provisional	284
2.3.1.8.1. Prisión ordinaria	285
2.3.1.8.2. Prisión incomunicada	285
2.3.1.8.5. Prisión atenuada	285
2.3.1.9. Procedimiento	286
2.3.1.9.1. Solicitud	286
2.3.1.9.2. Órgano competente.	287
2.3.1.10. Abono de la prisión provisional	287
2.3.2. La libertad provisional	288
2.3.2.1. Concepto y presupuesto para su adopción	288
2.3.2.1.1. Presupuesto para su adopción	288

2.3.2.2. Obligación que comporta la libertad provisional.	288
2.3.2.2.1. La fianza carcelaria	288
2.3.2.2.2. La comparecencia “apud acta”	289
2.3.2.3. La reiterada del pasaporte	289
2.3.3. Otras medidas.	289
2.3.3.1. Las medidas de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias	290
2.3.3.1.1. Concepto y objeto	290
2.3.3.2. Enumeración de las medidas previstas en la ley	290
2.3.3.2.1. La aplicación de la ley enjuiciamiento civil	290
2.3.3.2.2. Medidas expresamente previstas en la Ley Penal	291
2.3.3.2.3. Fianza y embargos.	291
2.3.3.2.4. Medidas de aprehensión y secuestro de bienes.	291
2.3.3.2.5. La pensión provisional	292
2.3.3.2.6. Medidas preventivas	292

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU CONEXIDAD AL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL (ANÁLISIS COMPARATIVO)

1. El derecho de presunción de inocencia	293
1.1. Su concepto y naturaleza jurídica	293
1.2. Cuadros sinópticos de principios procesales.	294
1.3. Alcance constitucional de las garantías de procedimiento	301
1.4. Principios procesales	303
1.5. Reglas y principios procesales	303
2. Conexidad con el Derecho Procesal Penal español.	307
3. La presunción de inocencia en el Derecho Comparado y Tratados Internacionales	315
4. La presunción de inocencia en México	317
5. La presunción de inocencia en el contexto del Derecho Penal del enemigo	320
6. La presunción de inocencia en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano	335
7. Las escuelas italianas.	336
7.1. Escuela clásica.	336
7.1.1. giovanni carmignani	336
7.1.2. carrara.	337
7.1.3. ferri.	337
7.1.3.1. Crítica a los planteamientos de Ferri	338
7.1.4. Manzini.	339
7.1.4.1. Crítica a los planteamientos de Manzini	341
8. Opinión o criterio:	343
9. Momentos estáticos y dinámicos de la presunción de inocencia.	343
9.1. Momento estático	343

9.2. Momento dinámico	344
9.2.1. A presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra	344
9.2.2. Asistencia letrada	344
9.2.3. El artículo 33 de la constitución nacional	345
9.2.4. el artículo 28 de la constitución nacional	345
9.2.5. con relación al recaudo de la prueba	345
9.2.6. con relación al recaudo de la prueba y teniendo como mira el derecho a la intimidad.	345
10. México-Perú.	346
3.1. La recepción legislativa del derecho a la presunción de inocencia	347
3.2. El tratamiento jurisprudencial del derecho a la presunción de inocencia.	355
3.3. La presunción de inocencia y su relación con otros derechos constitucionales.	364
11. Excurso: La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	373
12. Conclusiones	374

CAPÍTULO VI

LA TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
Y SUS EFECTOS PROCESALES
EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ACUSATORIO

1. La correlación del principio de presunción de inocencia con otras trascendentales teorías en materia penal	379
2. Conceptualización	379
3. Presunción de culpabilidad.	380
4. Análisis doctrinal y clasificación de los efectos procesales de la presunción de inocencia.	387
4.1. Su tratamiento procesal	387
4.2. Como principio informador de todo el proceso.	388
4.3. Como regla relativa a la prueba	392
4.4. Como regla de tratamiento del imputado.	393
4.5. Como presunción iuris tantum	394
5. Como principio, como garantía y como derecho procesal penal	401
5.1. ¿Es un derecho procesal penal?.	402
5.2. Derecho fundamental de presunción de inocencia.	402
6. Contenido de la presunción de inocencia	410
7. La teoría de la presunción de inocencia en el sistema penal acusatorio y sus bloques positivos y negativos	418
7.1. La presunción de inocencia como teoría. Sus presupuestos, estamentos, elementos y bloques positivos y negativos.	418
8. La imputación	429
8.1. Clases de imputación	429
8.1.1. Imputación en sentido amplio o lato	429

8.1.2. imputación en sentido estricto o formal	429
8.1.3. Imputación judicial	431
8.1.4. Imputación extrajudicial	432
8.2. La imputación y sus efectos	432
8.3. Los actos de imputación judiciales	434
8.3.1. La imputación judicial en el procedimiento común	434
8.3.1.1. La citación para ser oído	434
8.3.1.2. El auto de procesamiento	435
8.3.1.3. Auto de apertura del juicio oral	435
8.3.2. La imputación judicial en el procesamiento ante el tribunal de jurado	436
8.3.2.1. La audiencia para la concreción de la imputación	436
8.3.2.2. El auto de apertura del juicio oral	436
8.3.2.3. El auto de hechos enjuiciables	436
8.3.3. La imputación judicial en el procedimiento abreviado	436
8.3.3.1. Citación para ser oído	437
8.3.3.2. Auto de apertura del juicio oral	437
8.3.4. La imputación en el procedimiento de juicios rápidos	437
8.3.5. La imputación en el procedimiento de faltas	437
8.3.5.1. Citación para ser oído	437
8.4. Teoría de la imputación y la teoría del caso, de los datos o indicios.	439
8.5. La teoría del caso en el sistema penal acusatorio	442
8.5.1. ¿Qué es la teoría del caso?	442
8.5.2. ¿Cuál es el contenido de la teoría del caso?	442
8.5.3. ¿Cuándo se construye la teoría del caso?	442
8.5.4. Características de la teoría del caso.	443
8.5.5. ¿Para qué sirve la teoría del caso?	443
8.5.6. Elementos de la teoría del caso.	443
8.5.7. Construcción de la teoría del caso.	444
8.5.7.1. ¿Cómo se construyen las proposiciones?	444
8.5.7.2. Determinación de los medios de prueba	444
8.5.7.3. Construcción del relato.	444
8.5.7.4. Tema de la teoría del caso	445
8.5.7.5. El móvil en la teoría del caso	445
8.5.7.6. Alegato de apertura.	445
8.5.7.7. Estructura.	446
8.5.7.8. Técnicas del alegato de apertura	446
BIBLIOGRAFÍA	459

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 23 de junio de 2017 en los talleres de
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, Ciudad de México

