



Escuela de
**PRÁCTICA
JURÍDICA**

Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



CURSO ESPECIAL SOBRE

DEFENSAS PENALES

CURSO ESPECIAL «DEFENSAS PENALES»

MATERIALES

(CUESTIONES PROBATORIAS)

EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

[...DEL LIBRO: VARIACIONES SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

-Análisis funcional desde el Derecho penal-]

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Catedrático de Derecho Penal

Abogado

EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

I. Introducción

1. Aquellas situaciones de duda en las que, tras la valoración probatoria, existe todavía incertidumbre en la fijación taxativa de los hechos, han preocupado desde siempre a los juristas, y buena prueba de ello son las numerosas soluciones que el juzgador histórico ha aplicado: desde el Derecho Romano, conforme al cual el juez que no había logrado certeza fáctica, ni en un sentido ni en otro, encomendaba el asunto litigioso a otro juez; hasta el proceso penal canónico para el cual, en caso de duda, procedía la absolución siempre que el acusado jurara su inocencia; pasando –en cierta medida– por el *non liquet*, por la condena a pena arbitraria, o por la dación de tormento para despejar la incertidumbre –si el acusado confesaba, había prueba, si no, era absuelto–, o la imposición de una condena a pena inferior a la que correspondería para el supuesto de certeza.¹

En nuestro proceso rige el modelo impuesto tras la Revolución liberal Francesa. Es abandonado pues el sistema de que la inocencia debía ser probada –del que partía el absolutista proceso penal inquisitivo– de modo que la duda pasa de tenerse sobre la inocencia, a cernirse sobre la culpabilidad; y, habiendo dudas sobre la culpabilidad –a diferencia de si las hubiera sobre la inocencia–, la consecuencia jurídica obligada no puede ser otra que la absolución. No es posible dictar una sentencia en la instancia,² ni sobreseer ya,³ luego procede la absolución.⁴ La jurisprudencia otorga al principio in dubio pro reo un papel relevante como criterio a tener en cuenta a modo de colofón de la valoración

¹ Cfr. su recorrido histórico, en: Tomás y Valiente, “In dubio pro reo”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia, *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (1987), págs. 9 y ss.; Bacigalupo, Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación, págs. 145 y ss. (originariamente ADPCP 1988), la lucha contra la *absolutio ab instantia* y la obra de Beccaria, sentaron sus bases; Vegas Torres, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, págs. 201 y ss.; Holtapels, *Die Entwicklungsgeschichte des Grunsatzes “in dubio pro reo”*, 1965, *passim*.

² Cfr. art. 144 LECrim, así como su Exposición de Motivos de Alonso Martínez.

³ Cfr. art. 742 LECrim.

⁴ Vid. también Stuckenberg, *In dubio pro reo*, JA 2000, págs. 568 ss., 572, en el mismo sentido para el derecho alemán.

probatoria: en concreto, si tras la completa valoración de la prueba existen dudas que no han podido ser despejadas en la fijación judicial de los hechos, estos deberán ser establecidos de la forma más favorable al reo de entre todas las diversas alternativas posibles, lo que en buen número de casos llevará a la absolución, aunque, ciertamente, ello no es una consecuencia obligada de la aplicación del principio: puede que los hechos configurados de forma más favorable, de todas formas, sean punibles –aunque seguro que lo serán en menor medida que si su configuración hubiese sido hecha sin aplicación del principio–.

En definitiva, el *in dubio pro reo* logra que el juzgador tenga, como es natural, sólo unos hechos probados unívocos para decidir. Ello es evidente: sólo a través de una resultancia fáctica única puede ser tomada una decisión; quien tiene que decidir sobre la base de varios hechos probados, tendrá que tomar tantas decisiones –en definitiva, sentencias– como hechos, a no ser que los distintos hechos lleven de todas formas a la misma decisión; pero entonces, no sería de aplicación el *in dubio pro reo*, pues no habría unos hechos *más* beneficiosos para el reo que otros.

2. Un supuesto de la jurisprudencia, a título de ejemplo, en el que las dudas se extendieron por doquier respecto de elementos fácticos esenciales:⁵ Concepción había abandonado a su esposo, Fernando, tetrapléjico, el día veintidós de diciembre, en la vivienda conyugal. No avisó a nadie de su ausencia y tampoco era previsible que nadie acudiese al domicilio. Los hechos probados, continúan relatando: “Indiferente a la suerte de su esposo y al peligro que su vida pudiera correr, por falta de alimentación y medicación (prescindiendo de los cuales sólo sobreviviría, como mucho, cinco días), no regresó al domicilio hasta el día veintiocho de diciembre. Tras comprobar que el cuerpo de Fernando estaba frío e inmóvil, marchó de nuevo del piso (...). Fernando falleció, por insuficiencia respiratoria, en un momento posterior a la salida de Concepción, entre el veintidós de diciembre y no más allá del veinticuatro siguiente”.

Es claro que, una vez valorada toda la prueba, en especial el dictamen de los

⁵ STS 28 de enero de 1994. Cfr. también el comentario de Olmedo Cardenete, Análisis de los supuestos de inidoneidad o imposibilidad de ejecución en la comisión por omisión – Cuestiones a partir del caso del abandono del esposo tetrapléjico, en: ¿Casos difíciles o irresolubles?, Miró Llinares/Rodríguez Ferrández, págs. 203 y ss. (tentativa inacabada –y no acabada– *ex in dubio pro reo*).

peritos forenses, hubo dudas respecto de uno de los extremos fundamentales: la data o momento de la muerte de Fernando. Así, el juzgador tenía a su alcance varias alternativas: aunque sí está probado que cuando Concepción abandonó la vivienda su esposo vivía, Fernando pudo morir, según la autopsia, en cualquier momento hasta el veinticuatro de diciembre, por ejemplo, al día siguiente del abandono o, incluso nada más abandonar Concepción el piso, es decir, el mismo día veintidós nada más salir la esposa por la puerta.

Por otro lado, Fernando, sin la medicación que su esposa omitió suministrarle debido a su ausencia, podría sobrevivir como mucho cinco días, es decir, hasta el día veintisiete de diciembre. Aquí, nuevamente, se extienden las dudas: no pudo ser acreditado más allá que la constatación de que la causa de la muerte fue una insuficiencia respiratoria, pero no si ésta fue debida a la falta de medicación o a su mal estado de salud general previo; entre los días veintidós a veinticuatro de diciembre, periodo en el cual el marido falleció, pudieron intervenir ambos factores separada o cumulativamente, *ergo*: bien por un lado que su esposa no le suministrara la medicación prescrita, bien que su salud ya deteriorada desencadenara la insuficiencia –y, por ende, el óbito–, o bien, por fin, que ambos factores influyeran a la vez.

Ambos grupos de dudas probatorias (data y causa del fallecimiento) no pudieron ser despejadas, de tal modo que la solución correcta debe ser la que resulte más beneficiosa para la acusada, a saber, que la muerte se produjo debido a la enfermedad ya existente de su esposo, y además que el fallecimiento se produjo, incluso, nada más abandonar ella el domicilio, quizás a los pocos segundos o minutos del abandono. Además, de este modo, ambos grupos de dudas son resueltas coherentemente de forma conjunta: momento temprano de la muerte porque la causa del fallecimiento residía en la enfermedad previa. Y ello, porque así, durante todo el periodo de tiempo en el que se extendió la conducta omisiva ilícita –pues, como esposa, se hallaba en posición de garante del art. 11 a) CP–,⁶

⁶ Al respecto no existe polémica: Esta posición de garante es afirmada, dadas las particularidades del caso (tetraplejía del esposo), incluso por los sectores de la doctrina más restrictivos en orden a equiparar la omisión con la acción; vid. Huerta Tocildo, Principales novedades de los delitos de omisión, págs. 31 y ss.: “a la vista de lo establecido en el art. 68 CC, la relación matrimonial impone (...) un deber de mutuo socorro, pero, aun admitiendo que ese deber genera una recíproca posición de garantía (...) ello no bastaría a mi juicio para afirmar, por poner un ejemplo, que la conducta del marido que no salva a su mujer de morir ahogada es equivalente ‘según el sentido del texto de la ley’ a la del marido que mata a su mujer ahogándola. Sólo en el caso de que el cónyuge en peligro estuviera imposibilitado de valerse por sí mismo –supuesto de hecho de la STS de 28 de enero de 1994, (...) [donde se trataba de] una mujer que había dejado abandonado sin recursos a su marido

es escogida la tesis probatoria más favorable o pro reo, teniendo en cuenta las consecuencias para la subsunción de cada una de las posibles: que el esposo durante la omisión de Concepción ya había fallecido y además debido a su enfermedad, de tal modo que no puede ser imputado a la omitente el resultado de muerte, pues su omisión no crea riesgo jurídicamente desaprobado alguno respecto de la vida de su marido ya fallecido. Nada más abandonar Concepción la vivienda, el marido falleció debido a su mal estado de salud general; la prohibición de la omisión carecía ya de objeto de protección: la vida de Fernando, ya extinguida. Estamos, pues, ante una tentativa inidónea, punible naturalmente (art. 16 CP), pero, precisamente, como tal, como tentativa, y no como delito consumado.

La otra alternativa probatoria, es decir, que Fernando hubiese fallecido debido a la falta de medicación –sin la que como mucho podía sobrevivir cinco días– también era posible, pues puede que la insuficiencia respiratoria se debiera a esa falta de medicación y al paso del tiempo (situando la muerte en el día 24 de diciembre, pues) –al menos como concurrencia o elevación de riesgos–; sin embargo, esta alternativa, aun posible, es claramente más perjudicial para la acusada y no pudo ser probada de forma unívoca: presupone, entonces, que aún sin saber (duda) cuándo realmente falleció Fernando y la causa real, el óbito se habría producido en un momento tan alejado de la salida de Concepción de la vivienda, como para que la falta de medicación interviniese en la concreción del resultado de muerte –siquiera como factor coadyuvante–. Entonces, la condena hubiera sido por delito consumado, debido a su posición de garante y a su capacidad para impedir el resultado –volviendo a la casa y suministrando la medicación–.

3. El supuesto demuestra, por lo demás, que la aplicación del principio in dubio pro reo no es contraria en absoluto a la –mal llamada– justicia material: a un hipotético alegato de que Concepción habría tenido *suerte* de que no se conozca exactamente cómo y cuándo acaeció el óbito (tentativa *vs.* consumación), simplemente ha de oponerse que la misma –“mala”– *suerte* que si en lugar de

tetrapléjico– habría de admitirse, a mi juicio, la existencia de una responsabilidad del marido o de la mujer por los resultados lesivos no evitados al incumplir con ese deber de garantía” (pág. 36); no obstante, Huerta Tocildo, ídem, pág. 51, señala que la adopción de un sistema como el del art. 11 CP, con cláusula general de equiparación, podría hacer dudar sobre las posibilidades de admisión o no de la tentativa en comisión por omisión, propugnada en el texto.

abandonar la vivienda el día 22 hubiera tenido intención de hacerlo el 25, pues entonces, su marido quizás ya habría fallecido eventualmente (pro reo) por su enfermedad previa, y no habría responsabilidad de clase alguna para ella; en otras palabras, que no tendría que haberle abandonado para que muriera. Y es que todas las tentativas se comportan así: como aquí Concepción, el autor ha realizado todo lo que según su plan debería producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas ajenas a su voluntad, es decir, por buena o mala suerte, según la perspectiva desde la que se quiera mirar.

II. Concepto y aplicación

1. Cualquier sombra de duda en el juzgador no es suficiente para la aplicación del principio. Es claro que la duda siempre puede que exista, además de que la misma dependerá de la personalidad y experiencia del juez, en definitiva, del factor humano. Sin embargo, comoquiera que la verdad denominada material nunca puede ser alcanzada en el proceso penal,⁷ es evidente que habrá dudas que no den lugar a la aplicación del principio. En otras palabras, no es necesaria una seguridad fuera de toda duda, una seguridad matemática, pues ello es imposible; estas posibilidades de certeza no se considera que existan ya, por cierto, ni en las ciencias empíricas con mayores pretensiones de exactitud.⁸ La duda que da lugar a la aplicación del principio es una duda concreta, que se basa en hechos determinados sin aclarar, no una duda metódica, que nunca puede ser descartada cuando se conforman *ex novo* unos hechos probados, como hace el juez. La duda teórica, abstracta, como mera posibilidad, no es preciso solventarla mediante el principio del *in dubio*; en realidad, no puede ser ajena al propio concepto procesal de certeza;⁹ sólo la concreta duda que se extiende a las

⁷ Como ya analizamos *supra* en detalle; vid., entre otros, Rodríguez Ramos, La verdad y las verdades en el proceso penal - ¿Hacia una justicia 'dependiente' de los medios de comunicación?, La Ley 11 de julio de 2002, n.º 5585, págs. 1 y ss., 2 y 3; Kühne, en: Löwe-Rosenberg StPO, Einleitung Abschn. H, Rdn. 25 y Climent Durán, La prueba penal, págs. 71 s.; Stamp, Die Wahrheit im Strafverfahren, págs. 102 y ss., 83 y ss.; Freund, Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung", ya desde la pág. 1.

⁸ Así, Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, págs. 85 y ss.; vid. también Puppe, "Naturgesetze" vor Gericht, JZ 1994, págs. 1147 y ss.

⁹ Como analizamos en parte ya; cfr. al respecto Fincke, Die Gewissheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit, GA 1973, págs. 266 y ss.; Schäfer, Freie Beweiswürdigung und revisionsrechtliche Kontrolle, StV 3/1995, pág. 149; Frister, La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal, InDret 3/2011, págs. 14 y s.

particularidades del caso a enjuiciar y que impide el convencimiento sobre la verdad, es relevante, no la duda inevitable, que se basa en la capacidad limitada de conocimiento del hombre.¹⁰

Como tiene dicho la jurisprudencia alemana,¹¹ si el juez, a la luz de su experiencia, cree que está ante una duda que no debe ser descartada y que no es la duda habitual, si tiene entidad suficiente, debe aplicar el *in dubio pro reo*. Las dificultades son enormes, pero han de ser asumidas como parte de la imperfección de la justicia humana: el juzgador no puede salir de su propia piel para analizar objetivamente qué tipo de duda tiene. Por ello, la sujeción a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica¹² (y a los conocimientos científicos suficientemente asegurados), en definitiva, la racionalidad del juicio probatorio que vimos *supra*, se muestra como la única barrera de contención válida para que la duda metódica no pase a ser sistemáticamente duda concreta (*ergo*: absurdamente, siempre absolución) ni, a la inversa, la duda concreta siempre tenida por duda metódica (*ergo*: ilícitamente, siempre condena).

2. El principio *in dubio pro reo* no aparece recogido expresamente ni en el Código Penal, ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a diferencia de en otros cuerpos legislativos del derecho comparado. A pesar de ello, el mismo puede ser deducido mediante un *argumentum e contrario* a extraer del art. 741 LECrim.¹³ Cuando este precepto establece que el juez ha de apreciar “según su conciencia” las pruebas practicadas, hace referencia –según una interpretación conforme a la Constitución– a un juicio racional del juzgador para condenar, luego, *e contrario*,

¹⁰ En detalle, Stamp, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, págs. 50 y ss.; Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg StPO, tomo cuarto, parágrafo 261, Rdn. 8; Rusconi, Principio de presunción de inocencia e “*in dubio pro reo*”, págs. 49 y s., en: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=174765&.

¹¹ BGH 25, 365; anteriormente: BGH 5, 34, entre otras muchas. En todo caso, la propia resolución de la cuestión no deja trazar tampoco unas líneas exactas, cfr. Stree, *In dubio pro reo*, págs. 37 y ss.

¹² Cfr. por ejemplo la STS 6-3-2002 ya citada, de cómo las reglas de la lógica impiden un tratamiento incorrecto de las dudas: “*De las declaraciones de testigos que carecen de seguridad respecto de la inculpación no es posible excluir las dudas que esto debe haber generado en el Tribunal. De un testigo que sólo supone y de otro que no quiere declarar sobre un punto, ningún tribunal puede deducir la seguridad que impone el principio in dubio pro reo. Si lo hace infringe las reglas del razonamiento lógico, pues la seguridad que no está contenida en las premisas no puede aparecer en la conclusión de un silogismo*”.

¹³ Vid. Bacigalupo, *Presunción de inocencia*, págs. 152 y ss., 160.

deja de ser racional condenar aun con dudas sobre varias alternativas, pues, como ya señalásemos, lo único racional entonces sería dictar tantas sentencias como alternativas posibles.

Es más, el in dubio es considerado un derecho fundamental y debe ser inferido de la presunción de inocencia¹⁴ y de la garantía *nulla poena sine lege*. Respecto de la presunción de inocencia, entre otros aspectos porque el in dubio pro reo es una regla de la carga probatoria: si no hay certeza sobre la existencia del supuesto de hecho previsto legalmente, la inocencia permanece intangible –pues estuvo en el aire durante todo el proceso–, luego sólo procede la absolución. Por su parte, la garantía *nulla poena sine lege* impone no subsumir en la ley hechos dudosos, pues los mismos no pueden haber sido contemplados por una ley que habrá de ser, en virtud de dicho principio, taxativa. El principio de legalidad establece que es punible quien –seguro– haya matado, lesionado, etc., no quien quizás haya matado o lesionado, dudosamente: este principio, ha señalado el Tribunal Constitucional, “se vincula ante todo con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 de la Constitución”.¹⁵ Por motivos parecidos, también puede ser entendido que el principio in dubio pro reo es un reflejo más de la culpabilidad por *el* hecho: el in dubio es la otra cara de la moneda

¹⁴ Así, Bacigalupo, Presunción de inocencia, págs. 147 y ss., quien ya se alzaba contra la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual –frente a la STC 31/1981 (y a la 55/1982)– sostenía una concepción “minimizada” (Rodríguez Ramos) de la presunción de inocencia, a la que “amputaba expresamente el principio in dubio pro reo”; adhiriéndose, Caamaño, La garantía constitucional de la inocencia, págs. 219 y ss.; Jaén Vallejo, Derechos fundamentales en el proceso penal, págs. 249 y ss.; Martínez Arrieta, Recurso de casación y de revisión penal – Control de la presunción de inocencia, págs. 163 y ss.; Montañés Pardo, La presunción de inocencia – Análisis doctrinal y jurisprudencial, págs. 45 y ss.; vid. también, Alcacer Guirao, El silencio de los coimputados, Diario La Ley n.º 7827, 28 de marzo de 2012, págs. 1 y ss.; Letner, Cuestiones de hecho y de derecho en la casación, en: www.unidosjusticia.org.ar/archivo/LETNER_Cuestiones_hecho_derecho_casacion.pdf. Hoy día, dicha antigua concepción minimizada de la presunción de inocencia ha sido afortunadamente superada; vid., también, Orts Berenguer/González Cussac, PG, págs. 149 y s., 153; Fernández López, Prueba y presunción de inocencia, págs. 162 y ss., 168 y ss.

¹⁵ STC 111/1993, de 25 de marzo (caso intrusismo).

del principio de culpabilidad.¹⁶

3. De todo lo dicho hasta ahora se deduce que el *in dubio pro reo* no constituye una regla de valoración probatoria, ni siquiera auxiliar,¹⁷ sino que se erige en un parámetro para ser aplicado, en su caso, una vez ya ha sido valorada la prueba, es decir, es una regla de decisión, no de valoración.¹⁸ De otro modo, si el principio *in dubio*, equivocadamente, fuese aplicable durante la valoración de la prueba, cualquier proceso probatorio siempre conduciría, indefectiblemente, a la absolución: si es articulada prueba sobre ciertos extremos, a saber, sobre todos los relevantes y que no sean hechos notorios, ello es precisamente porque existen dudas sobre ellos, por lo cual si aplicásemos en esa fase de valoración el *in dubio*, siempre habría que tomar la alternativa más favorable al reo, convirtiendo la fase probatoria en una mera conclusión absolutoria siempre escrita. Por ello se dice que el principio no opera en fase de instrucción.

El *in dubio pro reo* no indica al juzgador en modo alguno, pues, cómo debe valorar la prueba, sino, tan sólo, qué debe hacer cuando ya ha valorado y a pesar de ello no ha alcanzado plenitud más allá de las dudas. No es que el juez tenga que tomar de entre las distintas posibilidades probatorias la que sea más beneficiosa al reo, sino que una vez que ha tomado las distintas posibilidades que le permite lo que ya ha sido probado, si las mismas *no* llevan a una solución unívoca, deberá entonces recurrir al *in dubio*. Por ello, antes de la aplicación del principio han de haberse agotado todos los medios probatorios lícitos que estaban a disposición del juzgador: cuando esto no haya sido realizado, lo que

¹⁶ Así, Stree, *In dubio pro reo*, págs. 11 y ss., 16, 19; Lesch, *Strafprozessrecht*, 2/193; Eisenberg, *Beweisrecht der StPO - Spezialkommentar*, núms. margs. 116 y s. Vid. también Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg *StPO*, parágrafo 261, Rdn. 103, con más referencias jurisprudenciales y doctrinales; Bacigalupo, *La presunción de inocencia*, págs. 159 y s., 162; Quintero Olivares, *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Morales Prats, pág. 131.

¹⁷ Empero, Alemán Cano, *La prueba de testigos en el proceso penal*, pág. 269: “(...) es una regla de apreciación de las pruebas (...) el principio *in dubio pro reo* se presenta como un elemento auxiliar ofrecido al juez a la hora de valorar prueba”; en sentido parecido: Rives Seva, *La prueba en el proceso penal: doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, pág. 39; asimismo, también superado doctrinalmente: Romero Arias, *La presunción de inocencia - Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, págs. 17 y ss.

¹⁸ Cfr. Kühne, en: Löwe-Rosenberg *StPO*, *Einleitung* Abschn. I, Rdn. 49; Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg *StPO*, parágrafo 261, Rdn. 104; Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, págs. 40 y ss.

procede es hablar de la vulneración –por así decir, directa– de la presunción de inocencia. Y por ello también, cuando existan varias posibilidades de valoración de una prueba, el juzgador ha de plasmar en la sentencia que conoció todas las posibilidades y el motivo que le llevó a decidirse por una de ellas frente a las demás.¹⁹

4. El *in dubio pro reo* no tiene aplicación para las –tradicionalmente denominadas– cuestiones de derecho,²⁰ por ejemplo, si un comportamiento de gestión desleal de patrimonio ajeno en una sociedad mercantil debe ser subsumido en el art. 252 CP (apropiación indebida mediante distracción de dinero) o en el más beneficioso para el reo art. 295 del mismo cuerpo legal (delito societario de administración desleal).²¹ Si las dudas no son sobre los hechos, las mismas deben ser resueltas con argumentos jurídicos y no necesariamente tomando la decisión *pro reum*. Incluso el art. 8 CP prevé como regla subsidiaria de otras para el concurso aparente de leyes, que cuando los hechos enjuiciados sean susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código, allende de los supuestos de especialidad, subsidiariedad y consunción, “el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.²²

Han de recaer las dudas, por tanto, sobre la concreción de la llamada por los antiguos prácticos “*imputatio facti*” frente a la “*imputatio iuris*”, aun cuando toda esta distinción terminológica no sea desde luego muy exacta, pues el proceso de valoración probatoria es un verdadero proceso normativo jurisdiccional de primer y esencial orden, igual que lo es el proceso de subsunción conforme a la teoría jurídica del delito. En todo caso, aunque respecto de dichas –mal llamadas– cuestiones de derecho no rija el *in dubio*, probablemente habría de entrar en

¹⁹ Cfr., para este mismo contexto, Peters, *Strafprozess – Ein Lehrbuch*, pág. 302.

²⁰ Por todos, Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg *StPO*, parágrafo 261, Rdn. 105; Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, núm. marg. 119; Zugaldía Espinar, en: el mismo/Pérez Alonso, *Derecho Penal – Parte General*, pág. 228.

²¹ Sobre la discusión, por todos, Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*, págs. 462 y ss.; Silva Castaño, *Delito de apropiación indebida y la administración de dinero ajeno*, *passim*.

²² Probablemente lo que sucede en estos supuestos es que el Legislador no se está refiriendo ya a un concurso aparente de leyes (por eso no existe ni especialidad, ni subsidiariedad, ni consunción), pese a encontrarse esta cláusula inserta en el art. 8 CP, sino a un verdadero concurso de normas, es decir, reenvía al concurso real o ideal (así, Bacigalupo).

consideración el principio *in dubio pro libertate*, o el tantas veces declamado –o proclamado en vacío– principio de *ultima ratio*, salvo que el legislador en sus exposiciones de motivos, la Fiscalía en sus circulares e instrucciones, etc., fundamenten adecuadamente –si es que se puede– por qué las dudas jurídicas sobre la aplicación del derecho (subsunción) han de ser solventadas contra reo. En materia de derechos fundamentales las normas deben ser interpretadas en favor de su preeminencia, y en el proceso penal la materia es indudablemente de derechos fundamentales: libertad, proceso debido, o presunción de inocencia, etc.²³

La decisión ha de ser tomada con los métodos de interpretación habituales. Ejemplo: si hay duda entre la tipicidad del robo (arts. 237 y ss. CP) y el hurto (arts. 234 CP) habrá que preguntarse por los motivos de la duda. Si la duda consiste en que no ha podido ser probado de forma unívoca si el autor escaló o no hasta el balcón de donde tomó las cosas muebles ajenas, es decir, sobre una cuestión de la valoración probatoria, habrá de ser adoptada la variante más beneficiosa atendiendo a los hipotéticos procesos de subsunción, a saber, en nuestro caso: la alternativa de que no escaló (hurto). Si, en cambio, indubitadamente ha quedado probado que el acusado sustrajo las cosas muebles ajenas del balcón ayudado de un artificio mecánico tipo gancho para salvar la altura (no existen dudas probatorias al respecto), y la única duda reside en si tal proceder mediante dicho artificio rellena el término “escalamiento” del art. 238.1.º CP, o, antes bien, como quiera que desde un punto de vista naturalista es claro que el sujeto “no escaló”, puede que estemos ante un hurto, ello habrá de ser resuelto mediante los métodos de interpretación reconocidos en Derecho con sus correspondientes argumentos jurídicos, es decir, no necesariamente en favor del reo y tomando el hurto como tipo a aplicar. Pero insistimos: si realmente existen dudas jurídicas insalvables, argumentos de subsunción en uno y otro sentido y de igual peso, pareciera que el principio *pro libertate* debiera primar.²⁴

²³ Cfr., por todas, BVerfGE 15, 281; 30, 162; en detalle, Górriz Royo, La presunción de inocencia como criterio de aplicación del Derecho penal, LH Vives Antón, págs. 862 y ss.: vid. también Varela Castro, Los límites de la libertad del juez, LH Vives Antón, pág. 1941, en el mismo sentido de aplicación de la presunción de inocencia (o *in dubio pro reo*) a cuestiones “jurídicas” y no propiamente de “hechos” –en la terminología tradicional–.

²⁴ Vid. también, Rusconi, Principio de presunción de inocencia e “*in dubio pro reo*”, págs. 54 y ss.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, núm. marg. 119 con nota 113; Jaén Vallejo, Derechos fundamentales, pág. 250; Corcoy Bidasolo, La interpretación en Derecho penal – *Favor libertatis versus Favor securitatis*, *In dubio pro reo versus In dubio contra reo*, LH a Santiago Mir Puig, Luzón Peña, pág. 170. No es menos cierto, empero –y ello ha de ser tenido, pues, muy en cuenta–, que

5. La determinación fáctica del tipo subjetivo no es una cuestión de subsunción en este último sentido que acabamos de exponer. El dolo es un concepto jurídico basado en hechos, en elementos fácticos, aun cuando sean internos, igual que en nuestro anterior ejemplo el escalamiento es un concepto pero basado –cómo no– en un substrato fáctico.²⁵ Por parte de la jurisprudencia –llamada menor– no siempre parece haberse entendido así y buena prueba de ello es la confusa tendencia a plasmar entre los hechos probados el dolo del autor –mencionándolo, las más de las veces, como “intención”–, y a olvidar con ello que una cosa son los hechos que conducen a la afirmación del dolo (que son los únicos que deben recogerse en los hechos probados) y otra el proceso de subsunción respecto del dolo, que debe encontrarse en la fundamentación jurídica de la sentencia.²⁶ En

“el Derecho penal restringe la libertad de uno, para posibilitar la libertad del otro” (Jakobs, AT, 4/Fn. 57, sin subrayado en el original).

²⁵ Vid., en detalle, Pérez Manzano, Dificultad de prueba de lo psicológico, LH Gimbernat, págs. 1476 y ss.; Gascón Abellán, Los hechos en el derecho, págs. 67 y ss., 75; empero, Orts Berenguer/González Cussac, PG, págs. 160 y s.

²⁶ Cfr. las fundamentadas reflexiones de Alcacer Guirao, Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación, InDret 1/2012, págs. 10 y ss., sobre las consecuencias a que da lugar esta problemática de considerar la valoración del dolo como una cuestión fáctica o no, en orden a la revisión de sentencias por parte del Tribunal Supremo: *“la prueba de los elementos subjetivos del delito se ha venido considerando antes una ‘valoración jurídica’ que un razonamiento probatorio (sobre los hechos, por tanto), caracterización que permitía concluir que la acreditación del dolo en casación (y la consiguiente revocación de una sentencia absolutoria) era perfectamente viable a través del cauce casacional de infracción de ley, porque con ese enjuiciamiento se revisaba el ‘Derecho’, y no los hechos”* (pág. 3). En verdad, como se deduce de lo visto en páginas anteriores, la cuestión del dolo, como todas (el riesgo permitido, una causa de justificación, una atenuante, etc.) tiene dos frentes, aunque todos son “de derecho” y ninguno “de hecho”: el primero, la fijación de los elementos fácticos necesarios para la subsunción (que podrá ser llevada a cabo de forma irracional, por inexistente argumentación, por ser ésta contraria a las máximas de la experiencia o de la lógica, etc. [en casación: art. 852 LECrim.]); y, como segundo frente o aspecto, la subsunción propiamente dicha (es utilizado un concepto de dolo, de riesgo permitido o de legítima defensa, por ejemplo, obsoleto, o también: es incorrecto el proceso de subsunción en un concepto adecuado [en casación: art. 849.1.º LECrim.]); tiene razón pues Alcacer en lo que se refiere a la vía casacional adecuada (en general, todo se reconduce, confusamente, al art. 849.1.º LECrim., cuando debiera entrar también en juego, como vemos, el art. 852 LECrim., según los casos). – Con la concepción defendida en el presente trabajo, al menos las críticas de “ejercicio de prestidigitación conceptual” y de “cierta esquizofrenia ontológica” que Alcacer hace al Tribunal Supremo (pág. 11) se verían superadas (también: *“esa misteriosa condición de los elementos subjetivos, que pueden ser hechos [confesión] o dejar de serlo [dolo obtenido a través de inferencias] según el modo en que sean acreditados”*); y así, tiene también razón Alcacer en su conclusión: *“el juicio de inferencia inductiva que debe realizarse para entender [los elementos subjetivos] concurrentes en el caso concreto no se diferencia estructuralmente del aplicado para la acreditación de cualesquiera elementos externos a través de la prueba indiciaria”*. – Cosa distinta es si, a la luz de la jurisprudencia del TEDH debe procederse a celebración de nueva vista oral para revocar la valoración probatoria absolutoria de una instancia anterior (algunos argumentos críticos de Alcacer a este respecto entiendo que quedarían superados según la concepción que aquí se mantiene, otros [ausencia de contradicción] a la luz del TEDH (págs. 26 y ss.), no); en las conclusiones estamos de acuerdo con la crítica de Alcacer,

definitiva, el principio *in dubio pro reo* sí puede y debe proyectarse sobre la conformación de los elementos subjetivos, aunque sean de naturaleza interior, pero no sobre el proceso de subsunción de estos en el concepto de dolo.

6. El principio sí tiene su aplicación en cuanto a las inseguridades que puedan resultar de valoraciones patrimoniales o incluso del número de delitos en caso de los llamados delitos masa. Ejemplo: en un delito de estafa consistente en manipular los surtidores en una gasolinera para que marquen más combustible expedido que el efectivamente repostado, el juzgador ha de partir del mínimo de hechos y del mínimo de daño patrimonial que haya sido probado con seguridad; aproximaciones o generalizaciones partiendo de cantidades probadas, fuera de los estrictos términos de las máximas de la experiencia,²⁷ no están permitidas.

7. El *in dubio pro reo* rige también, en su caso, tras valorar hechos, aunque éstos no afecten directamente a la tipicidad.²⁸ Por ello ya señalábamos que la aplicación del principio no conduce necesariamente a la absolución. Por ejemplo, dudas

pero porque en verdad, a nuestro juicio, tales segundas sentencias vulneran el derecho a la doble instancia: ¿esa nueva fijación de hechos o subsunción, *ex novo*, quién la revisa? Por eso tiene razón Alcacer (pág. 20) cuando concluye que el Tribunal Supremo debe dictar segunda sentencia –no condenatoria– que tan solo anule la de instancia y retrotraiga las actuaciones. Aun con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el sentido de que el derecho a la doble instancia se satisface cuando el tribunal superior revisa la corrección de las reglas aplicadas en la primera instancia, es decir, un control sobre la primera –no siendo necesario una nueva instancia plena que no se justificaría– (cfr., en detalle, Pérez Manzano, La reforma de la LECrim. y el fundamento del derecho a la doble instancia penal, La Ley n.º 6566, págs. 3 y ss.; la misma, El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión crítica su condena, LH González-Cuellar García, págs. 1107 y ss., 1116 y ss.), en caso de sentencias que revocan la absolución y condenan sería necesario, como decimos, un nuevo control de esas reglas empleadas, pues es esa condena una condena de primera instancia; en pocas palabras, cuando del “juicio sobre el juicio” (Pérez Manzano, LH González-Cuellar, págs. 1122, 1126; la misma, La Ley n.º 6566, págs. 15 y s.; sobre la problemática, en general, exhaustivo, López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal, págs. 253 y ss. (y sobre la problemática cuestión de los recursos contra sentencias absolutorias: págs. 1469 y ss.); también: Igartua Salvatierra, Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, “*in dubio pro reo*”, pág. 478) que es la segunda instancia, nace *ex novo* un pronunciamiento condenatorio, ello es un nuevo juicio que requiere a su vez un nuevo juicio sobre ese juicio, es decir, que requiere su –primera– “*auditoria jurisdiccional*” (pág. 1126), utilizando la acertada terminología de Pérez Manzano; vid también Martínez Arrieta, Recurso de casación y de revisión penal, págs. 219 y ss., 223 y ss., 210 y ss.; Fernández López, Prueba y presunción de inocencia, págs. 58 y ss., 66 y s.

²⁷ Cfr. también Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 50.

²⁸ Así, Kühne, en: Löwe-Rosenberg StPO, Einleitung Abschn. I, Rdn. 48; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, núms. margs. 120 y ss.; doctrina asentada, vid. también, Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “Prueba sobre la prueba” en el proceso penal, pág. 52, con más referencias.

respecto de elementos fácticos que agravan la pena; o respecto de hechos que implican complicidad en lugar de autoría (art. 29 *vs.* art. 28 CP); en relación a hechos que conllevan una causa de justificación (art. 20.4.º, 5.º o 7.º CP)²⁹ o que conducen a la afirmación de un error (art. 14 CP); hechos de los que cabría deducir que existió desistimiento de la tentativa (art. 16.2 y 3 CP), etc.; habrá que tomar preferentemente asimismo los hechos que conduzcan a una calificación como de actos preparatorios punibles, frente a aquellos que deban ser subsumidos en una tentativa, y a hechos de ésta, a su vez, frente a los que impliquen consumación; o, por citar un último ejemplo, preferible será tomar unos hechos en virtud del principio *in dubio pro reo* que den lugar a un estado de inimputabilidad,³⁰ que unos que simplemente hagan nacer un estado de semiinimputabilidad, y éstos, a su vez, mejor que los que impliquen una actuación en situación de imputabilidad plena: el *in dubio* es también aplicable a la decisión que debe ser adoptada para la imposición de medidas de seguridad, no en lo tocante a su necesidad jurídica, sino al sustrato fáctico que las justifica.³¹ También, cómo no, respecto a la toma de decisión sobre el derecho aplicable: cuando no pudo ser determinado con certeza si el acusado en el momento de la comisión del hecho era mayor o menor de edad, será aplicable el derecho penal de menores.³²

En todo caso, siempre habrá que ser especialmente cuidadoso en el respeto al principio acusatorio: es decir, puede que en abstracto todos los hechos posibles – sobre los que se dude– conduzcan a la punibilidad, pero si alguno de ellos no ha sido objeto de acusación, no podrá recaer condena en concreto y, por ende, ese grupo de hechos será el más favorable. De este modo, si una de las posibilidades fácticas conduce a un delito por el que no ha existido acusación, aunque sea más grave que el realmente acusado, esa deberá ser la alternativa adecuada. En todos

²⁹ Cfr. también Huertas Martín, El sujeto pasivo del proceso penal, págs. 41 y s. STS 2-11-2011, violencia justificada por la detención *vs.* torturas.

³⁰ Cfr. STS 29-5-1995: “*en la medida en la que no consta el momento del comienzo de la tenencia, la suposición del Tribunal a quo de que el procesado decidió la misma en una situación de plena capacidad de culpabilidad constituye una evidente vulneración del principio in dubio pro reo*”.

³¹ Ya desde Stree, *In dubio pro reo*, págs. 92 y ss.

³² Cfr. Stree, *In dubio pro reo*, págs. 34 y s.; en todo caso, habrá que comprobar –así por ejemplo las particularidades de la legislación alemana– si la legislación de menores en ocasiones particulares podría entenderse como más gravosa (vid., Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, núm. marg. 122).

estos supuestos de alternatividad, en los cuales la elección no es entre unos hechos –posibles– que conducen a la culpabilidad y otros –también posibles– que conducen a la no culpabilidad, es decir, que no están en discusión los hechos base de *la culpabilidad*, la justificación de aplicación del in dubio en gran medida también tiene que ver con lo que *infra* expondremos sobre la extensión del principio a cuestiones denominadas procesales. Allí nos remitimos ahora.

8. El principio in dubio pro reo no rige como máxima para tomar decisiones en resoluciones anteriores a la sentencia,³³ y en este grupo se ha querido incluir la decisión, por ejemplo, sobre la prisión provisional: si existe o no riesgo de fuga³⁴ o de ocultación de pruebas. Efectivamente, un principio que tiene su sede tras la valoración probatoria no es aplicable a cuestiones de pronóstico, porque ellas, *per se*, son hipótesis. El in dubio no rige para la hipótesis en sí misma, pero en ello no hay ninguna diferencia con las que *supra* denominamos cuestiones de derecho. Sí, empero, debe regir para los datos fácticos que están en la base de la hipótesis.³⁵ En otras palabras, que un imputado con un arraigo determinado vaya o no a sustraerse al proceso, como cuestión jurídica de subsunción (y pronóstico) que es, no cae en el sistema del in dubio pro reo, porque entonces el pronóstico quedaría siempre vacío de contenido; pero si las dudas se extienden a los hechos que el juzgador tiene en cuenta a la hora de hacer su pronóstico –dudas sobre si tiene más o menos arraigo–, naturalmente que entonces no debe existir ningún inconveniente en aplicar el in dubio pro reo. Ello se olvida con cierta frecuencia.

Distintas de lo anterior son, como decíamos, las decisiones previas a la sentencia, en las que efectivamente ni siquiera sobre su soporte fáctico rige el principio. Del motivo se ocupa la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal: en esta fase previa al enjuiciamiento, se conforma con los denominados “indicios racionales de criminalidad”, o con “que aparezcan en la causa *motivos bastantes para creer*

³³ Por todos, Kühne, en: Löwe-Rosenberg StPO, Einleitung Abschn. I, Rdn. 52; Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 106.

³⁴ Cfr. Rusconi, Principio de presunción de inocencia e “in dubio pro reo”, págs. 50 y s.

³⁵ Correctamente destacado por Eisenberg, Beweisrecht der StPO, núm. marg. 126; Lüderssen/Jahn, en: Löwe-Rosenberg StPO, Einleitung Abschn. M, Rdn. 63 y s.; Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 11; al menos así, algunos de los peligros de la prisión provisional (Andrés Ibañez, Presunción de inocencia y prisión sin condena, www.enj.org), podrían ser minimizados, pues lo cierto es que esta intervención –¡que la tiene!– del principio in dubio pro reo en la decisión sobre la prisión provisional se olvida casi siempre por parte de los jueces, fiscales y abogados.

responsable criminalmente del delito a la persona” (art. 503.3.^a LECrim), etc. Por ello, si sólo son exigibles una creencia o unos indicios, las dudas son intrínsecas a tales conceptos. Precisamente esas dudas, ese estar en el aire la decisión final del proceso, constituyen la verdadera esencia de la presunción de inocencia: tan sólo una metáfora que significa que el resultado del proceso, condena o absolución, se encuentra abierto hasta que sea dictada la sentencia, porque, de otro modo, no estaríamos ante un proceso, sino ante un mero ritual; como ha sido señalado, es la presunción de inocencia la protección del proceso mismo; es el proceso mismo.³⁶

Ello no significa, obviamente, que pueda y deba decirse que en el sumario rige un principio *contra reum*, sino, simplemente, que los criterios decisorios en la instrucción son bien distintos a los que presiden el juicio oral y la sentencia. En la instrucción no hay valoración de la prueba –salvo cuando es solicitado el sobreseimiento–, sino meras diligencias de investigación.

9. Por fin, no resultan problemáticos, en cambio, los supuestos en los cuales la duda no hace variar en nada el tipo a aplicar, por ejemplo, no ha podido ser despejado si la muerte fue causada por el primero o por el segundo de los disparos realizados por el mismo autor, o se duda si la muerte fue a las 7 o a las 8 de la tarde, careciendo todo ello de relevancia en el ámbito de la tipicidad. Pero ello sí será sintomático, en su caso, de afectación de una correcta determinación del hecho, aunque entonces ya no se trata de una cuestión o no de *in dubio pro reo*, sino de vigencia del principio de la presunción de inocencia.

III. In dubio pro reo y pluralidad de hechos o delitos

1. El principio *in dubio pro reo* también rige cuando son juzgados varios delitos a la vez o a varios intervinientes en un mismo delito, y ello, incluso, aun cuando parezca que la aplicación *pro reo* conduce a consecuencias contradictorias desde un punto de vista de la impropriadamente denominada justicia material. En caso de que la incertidumbre en los hechos conduzca a la duda sobre quiénes han sido

³⁶ Como ya fue expuesto pormenorizadamente en el primer capítulo de este trabajo; nos remitimos ahora allí, y recuérdese solamente desde el punto de vista bibliográfico: Stuckenberg, *Die normative Aussage der Unschuldsvermutung*, ZStW 111 (1999), págs. 422 y ss. (452 y ss.), a cuya concepción se han adherido Roxin y otros.

autores y quiénes han sido cómplices, deberá ser aplicado el in dubio: que todos ellos han realizado aportes menores –cómplices–, a pesar de que “materialmente” esta construcción dogmática resulta imposible, pues la complicidad presupone que hay al menos un autor. De todas formas, si existen esas dudas sobre dicho elemento esencial de la tipicidad, puede que lo que realmente corresponda sea la absolución.³⁷ Hay que analizar el caso concreto. Otro ejemplo: si está claro que los dos acusados dispararon a la víctima, pero no de quién de los dos partió el disparo mortal –siempre desde un punto de vista probatorio, no de imputación objetiva (*ergo*: coautoría)–, ambos habrán de ser condenados por homicidio en grado de tentativa (arts. 138 y 16 CP). Es más, podría ocurrir incluso que todos los intervinientes deban ser absueltos, a pesar de que se sepa que uno de los acusados tuvo que cometer un determinado hecho:³⁸ un dinero ha sido sustraído –sobre ello no hay duda alguna–, hay varios acusados, pero respecto de todos y cada uno de ellos persiste la duda de su autoría, si bien este aspecto ha de ser tratado de forma conjunta para todos y no individualizadamente, uno a uno, como a continuación veremos.

La previsión legislativa del art. 31 bis CP de que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada (...)” en principio parece posible, pues la duda no se cierne sobre la responsabilidad de la persona jurídica y su responsabilidad por organización (por ejemplo: certeza sobre la ausencia de programa de *compliance*), sino únicamente sobre la de las personas físicas, pero en todo caso deberá constatararse –entonces: muy dificultosamente– que ha sido un trabajador de la persona jurídica (directivo o empleado); precisamente esa falta de identificación podrá ser sintomática de la inadecuada organización empresarial, pero sin identificación es sumamente complejo poder concluir, a la vez, que sí se trató de

³⁷ Así, por ejemplo, STS 23-3-2011: dudas sobre la autoría, planteadas mediante una alternativa (o el condenado u otra persona), lo que obliga a casar la sentencia (in dubio pro reo) y dicta segunda absolutoria.

³⁸ Cfr. Roxin, *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch*, 15/32. Vid. STS 19-10-2009, absolución de ambos acusados de homicidio intentado; aunque hemos de decir respecto del caso concreto que el mismo ciertamente presenta notables dificultades y no es descartable otra solución (condenatoria), ajena al in dubio pro reo, a la luz de una moderna concepción de la coautoría imbuida de la teoría de la imputación objetiva.

un empleado de la persona jurídica y no de alguien ajeno a la misma, interviniendo, aquí también el *in dubio pro reo*.

2. El principio *in dubio* debe ser aplicado una sola vez a unos mismos hechos enjuiciables, porque la justificación de este la encontramos, como vimos, en reducir complejidad de tal modo que el juzgador tenga tras el proceso de valoración únicamente unos *solos* hechos probados respecto de los que así poder tomar una *sola* decisión. Si el *in dubio* fuese aplicado varias y repetidas veces a un mismo hecho enjuiciable, entonces el efecto que tratábamos de lograr, de que el juzgador tenga univocidad en los hechos que ha de subsumir, desaparecería, erróneamente.³⁹

Con un ejemplo de la jurisprudencia alemana:⁴⁰ El acusado, debido a ciertas disputas previas, empujó hasta tres veces a su compañero de colegio mayor por unas escaleras, ya que la víctima volvía a subirlas para continuar la discusión que estaban manteniendo. Respecto del primer empujón, el tribunal de instancia estableció que lo había hecho sin dolo de matar, sino con *animus laedendi*. El compañero, que se hallaba en estado de embriaguez, cayó rodando por las escaleras y volvió a subir por las mismas, procediendo el acusado a empujarle de nuevo –por segunda vez–, en esta ocasión –así fue determinado por el tribunal de instancia– con dolo eventual de matar pues ya había visto y conocía la grave caída sufrida por su compañero la vez anterior. La víctima de la agresión, de nuevo, volvió a rodar por las escaleras y, una vez más, subió las mismas, siendo una tercera vez empujado por el acusado, también nuevamente –según el tribunal– con dolo de matar (la subsunción de su comportamiento en el dolo eventual se basaba, de nuevo, en que ya había visto las consecuencias sumamente peligrosas para la vida de su oponente a resultas de sus dos anteriores

³⁹ Cfr. aquí y en lo siguiente, Peters, *Strafprozess – Ein Lehrbuch*, págs. 287 y s.; vid., también, Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, pág. 71, y Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, núm. marg. 132, para un grupo parecido de problemas: el acusado de poseer una cosa mueble ajena ilícitamente, o ha cometido hurto o ha cometido receptación, sin que pareciera poder determinarse sin dudas la base fáctica de ninguno de ambos delitos; pues cuando se imputa el hurto, el sujeto se defiende señalando que ya tenía la cosa, siendo así que, como poco, la tendría como receptor, y cuando se imputa receptación, el sujeto se defiende alegando las bases fácticas de un hurto; solución: como se expone en el texto, debe analizarse el supuesto global y no sectorialmente, de modo tal que la aplicación del principio *in dubio* no conduce a la absolución por ambos delitos, sino “sólo” a la condena por el más benigno.

⁴⁰ Cfr. BGH StV 1984, pág. 186.

empujones). La víctima falleció un cierto tiempo después. La autopsia determinó que la causa de la muerte fue un traumatismo craneoencefálico, pero, lógicamente, no pudo concretar en cuál de las tres caídas se habría producido el mismo, o, lo que es lo mismo, el traumatismo pudo producirse tanto en la primera caída, cuando el autor tuvo –sólo– *animus laedendi*, como en cualquiera de las otras dos posteriores, cuando el autor tenía ya dolo de matar.

Hay que proceder como hemos indicado, global y no individualizadamente. Aunque aquí parezca que se trata de tres acciones delictivas diferentes, lo cierto es que están indefectiblemente unidas entre sí formando un todo –puesto que la duda planea a la misma vez no sobre una, sino sobre las tres caídas–, de tal modo que debe ser aplicado el principio in dubio pro reo de forma unitaria y no varias veces, es decir, no hay que tomar, cada vez, el hecho probado más beneficioso de entre los posibles, sino hacerlo desde una perspectiva global, una vez valorado el conjunto de la prueba. De hacerlo separadamente, respecto del primer empujón se trataría tan sólo de unas lesiones dolosas, pues, según hemos dicho, había *animus laedendi*; y el resultado de muerte no se tendría en cuenta puesto que si aplicásemos el in dubio, habría que considerar que el traumatismo mortal no había acaecido todavía (lo habría hecho en la segunda o tercera caída). Por su parte, en el segundo empujón por las escaleras, estaríamos ante un homicidio en grado de tentativa, pues, si bien según los hechos probados ya hay dolo de matar, aplicando el in dubio no podría concluirse que el mortal traumatismo se produjo en ese momento, sino que habría que decir, pro reo y separadamente, que pudo haberse producido en el primer empujón o en el tercero. Por último, respecto del tercer empujón, sucede exactamente igual si aplicásemos sectorialmente el principio in dubio pro reo: nos hallaríamos ante un homicidio en grado de tentativa, pues si bien, igual que en el segundo empujón, hay dolo de matar, sin embargo, el mortal traumatismo, en supuesta aplicación del principio habría que situarlo en el primer o segundo empujón. En suma, la aplicación individualizada –y errónea– del principio in dubio pro reo, daría como resultado que el acusado sería responsable de un delito de lesiones dolosas en concurso con dos tentativas de homicidio.

Esta solución, empero, no respeta en realidad las bases doctrinales sobre las que debe asentarse el in dubio: que el juzgador sólo puede decidir coherentemente sobre unos únicos hechos, y no sobre varios, y en esta –errónea– propuesta de solución habría de decidir sobre varios; cuando decide la primera parte, ha de

presuponer que la muerte la produjo el segundo o tercer empujón; y -a la vez: otro hecho- cuando decide sobre el segundo empujón, ha de presuponer que la muerte la produjo la primera agresión o la tercera, y así sucesivamente, *ergo*: tiene siempre al menos dos hechos probados sobre los que tener que decidir cumulativamente, esto es, precisamente el corolario fáctico que el principio in dubio pro reo trata de evitar.

Por ello, la solución correcta consiste en aplicar de forma conjunta e integral el principio, es decir, una sola vez. De este modo, y puesto que se duda sobre cuál de los tres empujones provocó a la víctima el mortal traumatismo craneoencefálico, hemos de adoptar -de forma global- la solución fáctica más beneficiosa para el reo, que consiste en considerar que ya en el primero de los empujones causó el mortal traumatismo: lesiones dolosas en concurso ideal con un homicidio imprudente, más dos tentativas de homicidio, frente a lesiones dolosas más un homicidio doloso y una tentativa de homicidio.⁴¹

3. Las anteriores reflexiones deben ser útiles para la similar cuestión en la denominada prueba de indicios. Como es sabido, objeto de la prueba no sólo son los comportamientos típicos según vienen redactados en el tipo, por ejemplo, que un testigo viese o no como A disparaba, es decir, mataba a B, sino también otros comportamientos que vienen siendo considerados como parte de la llamada prueba de indicios y que no se refieren al hecho principal, sino a una serie de hechos colindantes que unidos conducen al principal, como, por ejemplo, la prueba sobre el automóvil que se conducía en el tiempo de los hechos, la de las huellas dactilares encontradas en el lugar del suceso, etc. Pues bien, señalan la doctrina y jurisprudencia mayoritarias,⁴² que el principio in dubio pro reo sólo tiene vigencia respecto de la prueba de los hechos principales, pero no de los indicios. A la prueba de indicios no sería aplicable, puesto que éstos no serían sino partes de una completa valoración de la prueba, de tal modo que en la valoración probatoria no deben ser analizados de forma aislada. De este modo, si los indicios que han sido probados, en conjunto, tienen más peso que la parte

⁴¹ Véase también sobre estas complejas aplicaciones del principio in dubio, Wolter, *Contra 'in dubio pro reo'*, MDR 1981, págs. 441 y ss., comentando otra sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán con similar problemática (BGH MDR 1979, 279 bei Holtz).

⁴² Cfr., por todos, las referencias bibliográficas y jurisprudenciales en: Löffeler, *In dubio pro reo, - Einheitliche Antwort auf alle Zweifelsfragen?*, JA 1987, págs. 77 y ss., 79.

del hecho sobre la que hay dudas, las dudas se hallan superadas y no es necesario recurrir al principio in dubio pro reo. En otras palabras, que no sería correcto ir indicio por indicio confrontando con el resto, a la luz del principio in dubio pro reo, sino que han de ser valorados todos en bloque. El Tribunal Supremo español es de la misma opinión.

IV. In dubio pro reo y las llamadas cuestiones procesales

1. Sumamente controvertido resulta si el principio in dubio pro reo rige también para los presupuestos o cuestiones denominadas procesales⁴³ –dando por buena aquí, a efectos expositivos, una más que dudosa radical distinción entre cuestiones de Derecho penal material y otras de Derecho procesal penal, que no compartimos más allá de los puros efectos de sistematización de la materia, en su caso–.⁴⁴

Se trata, por ejemplo, de aquellos supuestos en los cuales no puede ser establecido con precisión –se duda–, si un hecho ocurrió en un momento u otro, con la consecuencia según la decisión que sea adoptada, de la concurrencia o no de la prescripción del delito (si es que esta cuestión es tratada como una cuestión “procesal”), o, por ejemplo también, si sobre una acusación pende o no la excepción de cosa juzgada, o si el acusado está en condiciones de salud de ser sometido a juicio oral (art. 383 LECrim.), etc. Son mencionados también presupuestos impeditivos como la amnistía y los requisitos de procedibilidad, reinando fuerte polémica al respecto.⁴⁵

⁴³ Cfr., aquí y en lo siguiente, Vegas Torres, Presunción de inocencia, págs. 205 s., con nota 209; Roxin, Strafverfahrensrecht, 15/38; Kühne, en: Löwe-Rosenberg StPO, Einleitung Abschn. I, Rdn. 51, quien señala que tanto en doctrina como en jurisprudencia debe considerarse doctrina mayoritaria la que afirma la aplicación del principio; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, núms. margs. 128 y ss.; Lüderssen/Jahn, en: Löwe-Rosenberg StPO, Einleitung Abschn. M, Rdn. 59 y s.

⁴⁴ Como aquí, Quintero Olivares/Morales Prats, PG, págs. 94 y ss.; Armenta Deu, El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas, Poder Judicial 41-42, 1996 (I), págs. 53 y s.; Beulke, Strafprozessrecht, núm. marg. 8; Schroeder, Strafprozessrecht, 2/6; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Aspectos para una reforma del Derecho procesal penal español, Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid n.º 2 (2000), 139 y ss. (ídem, Revista Canaria de Ciencias Penales, n.º 4 (1999), págs. 166 y ss.).

⁴⁵ Cfr. Stree, In dubio pro reo, págs. 53 y ss., 60 y ss.; probablemente hoy –Roxin– la discusión que muestra la monografía de Stree pueda entenderse, al menos en parte superada, en favor de la completa extensión del principio in dubio pro reo a estas “cuestiones procesales”. Vid. también, Többsen, Die Freibeweis und die Prozessvoraussetzungen im Strafprozess, NStZ 1982,

En estos casos, la regla debiera ser clara: en tanto la duda afecte a la facticidad, por ejemplo, al día en que supuestamente habrían sido cometidos los hechos, y, por tanto, al día a partir del cual comienza a contarse el cómputo para una prescripción, debe ser aplicable el principio *in dubio pro reo*.⁴⁶

2. En ocasiones, ha sido negado por sectores de la doctrina que el *in dubio pro reo* tenga aplicación en estos casos. La explicación quieren verla en que el principio *in dubio pro reo* se constituyó históricamente como reflejo de una duda sobre la *culpabilidad* del encausado, y aquí, ciertamente, al respecto no habría dudas: la culpabilidad del acusado estaría en sí libre de duda, pues la incertidumbre se refiere a requisitos procesales de perseguibilidad u otros, no a la culpabilidad misma, sobre la que ni tan siquiera, en su caso, se habría entrado a debatir.⁴⁷

Sin embargo, parece mucho más correcto considerar el principio *in dubio pro reo* como una máxima que responde a la consideración democrática más amplia de que nadie puede ser condenado cuando existe duda sobre si su hecho cae (todavía) bajo el poder punitivo del Estado, sea porque de entre los hechos sobre los que existen dudas los hay que no deben llevar a la subsunción en un delito (cuestiones del llamado derecho penal material), o sea porque de entre los hechos sobre los que existen dudas los hay que *procesalmente* conducen al no enjuiciamiento o a la absolución. Desde esta concepción democrática más amplia,

págs. 184 y ss., quien aboga por la aplicación de las estrictas reglas probatorias no solo para la declaración de la culpabilidad/inocencia, sino también para las denominadas cuestiones procesales.

⁴⁶ Así, ya al menos desde Henkel, *Strafverfahrensrecht*, págs. 352 y s.; López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho procesal penal*, págs. 140; Romero Arias, *La presunción de inocencia - Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, pág. 20, con cita de la STS de 15 de octubre de 1962 (debe estimarse la atenuante de devolución de lo estafado cuando se duda si el reo conocía o no la apertura del procedimiento); y, en otro contexto, también, STS 30 de enero de 1965 (las circunstancias agravantes deben aparecer claras).

⁴⁷ Por ello, también se negaba por cierta doctrina alemana (fundamentalmente desde Peters) la posibilidad de la mano del *in dubio pro reo* de reabrir un proceso mediante el recurso extraordinario de revisión, pues mediante tal remedio procesal no se estaría discutiendo la culpabilidad del encausado -ella sería, antes bien, cosa juzgada-, sino las mayores o menores posibilidades o probabilidades de que existan nuevas pruebas, nuevos hechos, etc.; en cambio, una cada vez más pujante doctrina, acepta la aplicación del *in dubio pro reo* en estos casos (ya desde Wasserburg, *Die Funktion des Grundsatzes "in dubio pro reo" im Aditions- und Probationsverfahren*, *ZStW* 94 [1982], págs. 915 y ss., 925 y ss., en particular con más referencias bibliográficas a la tesis coincidente, Schünemann y otros).

cuando surgen dudas como en los casos de prescripción o cosa juzgada, la única solución posible es la más beneficiosa para el reo, es decir, el sobreseimiento o la absolución. Esta última solución es la seguida por parte de la doctrina italiana y española,⁴⁸ así como por la jurisprudencia alemana.⁴⁹

Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido también alguna oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión de la aplicación del *in dubio pro reo*, respecto de una cuestión procesal –no directamente sobre la culpabilidad–, en concreto sobre el derecho o no a la presentación de un recurso de casación anunciado pero aún no formalizado, en el que la duda se cernía sobre el trascurso o no del plazo habilitante para ello.⁵⁰ Tras haber anunciado la parte condenada la intención de recurrir en casación, ante la Audiencia Provincial de Alicante, fue pasando el tiempo sin que la parte recibiera la oportuna cédula de emplazamiento con la certificación de la sentencia, trámite éste que inicia el cómputo de 15 días para formalizar el Recurso, pero resultó que dicha cédula sí había sido librada y entregada a las otras partes. Así, tras dicho largo paso del tiempo, al Tribunal Supremo sí había llegado dicho libramiento de la cédula de emplazamiento, el cual en vano había esperado la formalización del recurso que, debido a este desconocimiento de la parte, lógicamente no se había realizado; por ello, la defensa, extrañada, interesó ante la Audiencia Provincial verbalmente la cédula de emplazamiento, la cual fue librada (nuevamente, pues). Así las cosas, cuando –con esa (nueva) cédula de emplazamiento– se intentó la personación para la formalización, el Tribunal Supremo dictó Providencia de 6 de marzo de 2006 en la que se señalaba: “el anterior escrito de la Procuradora Sra. S.-V G.-T. en el que pretende personarse como parte recurrente, no ha lugar a la admisión y estese a lo acordado en el Auto de fecha veinticinco de septiembre de dos mil cinco en el que se tenía a la condenada ante la Audiencia Provincial Dña. María Elena C.

⁴⁸ Cfr. Vegas Torres, Presunción de inocencia, nota 209 en pág. 206; en la conclusión, también, Caamaño, La garantía constitucional de la inocencia, págs. 154 y ss., insertando la razón última en el derecho fundamental a la seguridad personal del art. 17.1 CE: “cuando se trata de delimitar esferas de libertad individual, incluida aquella que se deriva de la seguridad personal por los hechos cometidos en un pasado lo bastante alejado como para que la necesidad del castigo pierda su razón de ser, la inocencia que la Constitución atribuye al ciudadano opera como una regla de interpretación vinculante para el juzgador, de suerte que, ante la duda, siempre ha de inclinarse por la interpretación más favorable a la seguridad del ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi*” (pág. 166).

⁴⁹ Véase BGHSt 18, 274.

⁵⁰ Rollo de Casación Recurso n.º 002/0000807/2005.

[como] desierta por no haber comparecido en tiempo ante esta Sala, constando, a cuyo efecto se acompaña copia del emplazamiento en forma de fecha 24 de junio de dos mil cinco". Así las cosas, la Procuradora que había actuado ante la citada Audiencia Provincial de Alicante y que aseguraba no haber recibido la primera cédula de emplazamiento a la que se refería el Tribunal Supremo, obtuvo, tras petición al Ilmo. Sr. Presidente de la Audiencia, certificación en la que se señalaba expresamente que al menos quizás (duda) puede que en efecto no se hubiera notificado a la Procuradora la primera cédula de emplazamiento: "el anterior escrito únase, y pudiendo ser ciertas las alegaciones hechas por la Procuradora Sra. O. M., dado el volumen de trabajo que pesa sobre esta Sala, líbrense los testimonios y certificaciones necesarias, emplazándole por término de quince días, para que pueda comparecer ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo a usar de su derecho, y una vez emplazada, remítase con atento oficio, adjuntándose testimonio del escrito y de este proveído". La situación era clara: La propia Audiencia que tenía que emplazar a la Procuradora dudaba de si lo había hecho o no en forma y, por ello, lo realizaba en su caso nuevamente, abriéndose el plazo de 15 días conforme a Ley.

Debía operar, pues, plenamente, el principio *in dubio pro reo* también para esta cuestión "procesal": el Tribunal Supremo no podía entender, en contra del criterio de la Audiencia Provincial de Alicante, pero con menos datos, que el primer emplazamiento fue hecho correctamente (por mucho que la Sala Segunda sí hubiera recibido que la cédula había sido librada), y por ello fue dictado Auto de fecha 29 de junio de 2006, acogiendo el recurso de súplica interpuesto contra la supra citada providencia de 3 de marzo, "atenidas las razones que señala la recurrente en su súplica, pues ciertamente la propia Audiencia Provincial expresó sus dudas sobre si el emplazamiento por término de quince días para que aquélla pudiera comparecer (...) había tenido lugar o no en debida forma". Las razones esgrimidas en el recurso habían sido las propias del *in dubio pro reo*: atenta a las reglas de la lógica que si en las premisas del silogismo –entre las que se encuentra lo dicho por la Audiencia de Alicante–, hay dudas, puede ser que en la conclusión del silogismo (alcanzada por el Tribunal Supremo) no aparezcan dichas dudas (¡!). Antes bien, era claro que las dudas –sobre si el emplazamiento fue hecho correctamente o no– habían de ser resueltas *pro reo* pues el principio también tiene aplicación para este tipo de cuestiones procesales.

V. In dubio pro reo y alegaciones exonerantes

1. Respecto de las alegaciones de defensa y el *in dubio pro reo*, ha de ser recordado, en primer lugar, que por supuesto también aquí rige el principio general de que ha de tratarse de verdaderas situaciones de duda: el abogado alega que uno de los magistrados durmió durante alguna de las sesiones plenarias; insta la nulidad; sin embargo, no aporta prueba alguna de ello, luego en verdad no se ha generado una situación de duda sobre tal evento y no será de aplicación el *in dubio pro reo*. Probablemente uno de los sentidos de la institución de la “protesta” en el juicio oral, tenga que ver con este tipo de casos. Otro supuesto: el mero alegato de error no hace caer en dudas de su existencia con la consecuencia de la aplicación del art. 14.1 o 3 CP, sino que primeramente habrá que aportar un motivo plausible para que dicho –simplemente alegado– error pueda entrar en consideración.⁵¹

2. También en orden al tratamiento de alegaciones de descargo, parte de la doctrina ha cuestionado la solución que deben recibir aquellos supuestos en los que la duda recae sobre la existencia o no de irregularidades probatorias, por ejemplo, sobre las bases fácticas de una prueba con pretensión de ilícitamente obtenida. El Tribunal Supremo parece haberse mostrado favorable en alguna ocasión.⁵² Un sector amplio pretende que para tales supuestos no regiría el *in dubio pro reo*. Con Roxin, en cambio, quien recuerda la importancia de los intereses en juego, ha de concluirse que no deben ser establecidas diferencias con los supuestos que acabamos de describir, ni, en general, respecto de ningún otro en el que la duda aparezca en la fase decisoria y verse sobre la fijación de los hechos. Ejemplo: si un acusado alega que fue coaccionado durante su declaración, y tras valorar la prueba al respecto, el juzgador duda sobre la concurrencia o no de este extremo, lo único correcto es, *pro reo*, considerarlo probado.⁵³ Y ello, no sólo por los intereses en juego, que también: además, como

⁵¹ Vid. también, fundamental, Córdoba, La evitabilidad del error de prohibición, *passim*; Díaz y García Conlledo/Olaizola Nogales, El error de prohibición, pág. 131.

⁵² Cfr. STS 1-12-2006: “El Tribunal a quo no pudo despejar la duda sobre la conexión causal de las pruebas ilegalmente obtenidas de las demás que se produjeron en el proceso. Consecuentemente ha infringido el principio *in dubio pro reo* (...)”; también, STS 23-10-1996: la duda creada sobre si el auto de entrada y registro es de fecha anterior o posterior al mismo, debe resolverse *pro reo*.

⁵³ Cfr., por todos, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 15/40; se trata de la consideración democrática amplia del principio *in dubio pro reo*, de la que ya hablamos *supra*; por ello, el principio debe ser también extendido, desde luego, a la valoración de “la prueba sobre la prueba”,

ya señalamos, el principio *in dubio pro reo* establece una máxima que vela porque nadie sea condenado si hay duda de que su hecho caiga bajo el poder punitivo del Estado, definición amplia en la que también deben ser subsumidos supuestos como el que acabamos de plantear; la duda sobre la coacción durante la declaración es, si esa supuesta confesión resultó ser la única prueba de cargo, la duda sobre el hecho mismo. No solo no hay impedimento alguno para alegar el principio –como expone Roxin–, es que su fundamento impone su aplicación. En estos casos, de otro modo, no existiría culpabilidad probada, sino presunción de culpabilidad.

Cosa distinta es cuando, como apuntábamos *supra* –pero conviene insistir en ello– el procesado alega que su confesión fue obtenida mediante torturas, pero no aporta indicio alguno de ello, es decir, no lo convierte en un hecho dudoso. El Tribunal Supremo Federal alemán⁵⁴ y la bibliografía histórica⁵⁵ parecen decidir “contra reo”, pero en realidad, la discusión no debe ser centrada en si en estos supuestos es aplicable o no el principio *in dubio pro reo* (¿qué hacer ante las dudas?), sino en si el órgano jurisdiccional tenía base o no para dudar (¿realmente, había dudas?), pues para poder siquiera abrir la discusión sobre la aplicación del principio lo primero que tiene que producirse es la situación de incertidumbre. Si la mera alegación no aporta dato alguno –empero: un indicio tal puede ser ya simplemente un testimonio del denunciante si resulta verosímil– entonces no hay duda alguna sobre la realidad de lo denunciado –que es descartado sin más–, luego no es de aplicación el *in dubio pro reo*. Piénsese que la policía también tiene derecho a la presunción de inocencia, y, en caso de que no sea aportado indicio alguno, esa presunción no puede verse quebrada sin más en el ejemplo que estamos proponiendo. En todo caso, las dudas en uno y otro proceso operan de forma independiente, *pro reo* respectivamente. Ejemplo: dadas las concretas circunstancias, existe duda sobre las torturas, lo cual dará lugar a un enjuiciamiento de los policías; en el proceso –llamémoslo– principal, sobre la declaración supuestamente obtenida bajo torturas, la duda opera *pro reo*, absolviendo al acusado; en el proceso contra los policías, la duda puede operar

como con acierto concluye Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, págs. 48 y ss., 56.

⁵⁴ BGH 16, 164 (167).

⁵⁵ Cfr. Henkel, Strafverfahrensrecht, págs. 352 y s.

nuevamente pro reo, es decir, absolviendo a los policías.⁵⁶

3. La alegación de una coartada o –sin el lastre terminológico de la expresión– de una tesis explicativa o exonerante habrá de intentar ser probada por el juzgador. Ello viene impuesto por el tantas veces olvidado art. 2 LECrim.: “Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo (...)”. La versión exonerante ha de ser valorada con el conjunto de la prueba; si, tras esa valoración conjunta, a pesar de ello, surgen dudas respecto de la prueba de la coartada, ello puede dar lugar a dos situaciones diferentes de las que pueden derivarse, al menos en teoría, tres posibles consecuencias. Ante las dudas, considerar, pro reo, (i) probada la coartada, en cuyo caso habrá que absolver, y esta es la primera consecuencia posible; o no aplicar a este tipo de supuestos el principio in dubio pro reo y tener la coartada por no probada, de tal modo que ante esa falta de prueba conviven dos en teoría posibles consecuencias jurídicas: (ii) que la falta de prueba sobre la versión exonerante sea considerada como neutral, sin consecuencia jurídica alguna, o (iii) que sea entendida como que la coartada es falsa. Piénsese que como quiera que el acusado no necesita probar su inocencia, tampoco pareciera que deba ser él quien deba probar su coartada.

La discusión en Alemania nace ya desde una antigua sentencia del Tribunal Supremo Federal,⁵⁷ en la cual fue afirmado que el principio in dubio pro reo no regía para este tipo de supuestos. Se trató de un caso en el que A era acusado de un incendio, principalmente con base en una confesión durante la instrucción y diversos testimonios de testigos. Fue absuelto en la instancia porque un testigo señaló que el acusado estaba todavía en su bar en un momento en el que ya había sido divisado el fuego por otros testigos. El tribunal de instancia creyó que debía

⁵⁶ Véase STS 2-11-2011, si bien es cierto que la habitual alegación (falsa) de torturas por los miembros de ETA, a la que están obligados como militantes de la organización terrorista, no se suele extender a intentar su prueba en el proceso principal en la Audiencia Nacional, sino, exclusivamente, a iniciar un proceso autónomo contra los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que practicaron la detención; vid. también: STEDH 2-11-2004 (Martínez Sala vs. España), sobre las necesidades –según el Tribunal– de iniciar una investigación, según la sospecha existente (159), así como la STC 63/2010, de 18 de octubre.

⁵⁷ BGH 25, 285 ss.; vid. también, aquí, STC 229/88, de 1 de diciembre, así como Martínez Arrieta, La prueba indiciaria, en: La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales, vol. 12, Madrid 1993, págs. 63 y s.

valorar este testimonio bajo los principios del *in dubio pro reo*, cosa que el Tribunal Supremo Federal alemán rechaza categóricamente: según el alto Tribunal, el error se encuentra en que no se habría comprendido bien la naturaleza de la llamada coartada. En efecto, el tribunal de instancia habría considerado que la autoría del acusado no habría sido probada, cuando, en realidad, si se aceptó su coartada, lo que sucede es que la posibilidad de autoría se excluye por completo, es decir, si se acepta la coartada “el acusado sería probadamente inocente”, pero esto –entiende el BGH– no podía ser afirmado. En realidad, señala el Tribunal Supremo Federal alemán, sólo la coartada *probada* (no la dudosa o no probada) puede tener influencia en la valoración de la prueba. Si no, se llegaría al resultado absurdo de que cualquier tipo de afirmación del acusado en el sentido de que no estuvo en el lugar de los hechos, y que no pudiera ser probada, llevaría a la absolución. Las dudas en cuanto a la coartada, pues, no benefician necesariamente al acusado, sino que poseen pues un mero efecto neutral. Además, la sentencia termina haciendo una acotación importante para el nuevo plenario que, tras su sentencia, ordena que sea celebrado, para los supuestos de la coartada fallida: "Para el nuevo plenario se quiere llamar la atención, de que el fracaso de la prueba de la coartada, por sí solo, no hace prueba de la culpabilidad del acusado". Así, el BGH señaló su postura, tanto para la versión exculpatoria alegada pero no probada, como para aquella otra probada como incierta.

La solución más correcta debe ser la siguiente, pues: las dudas sobre la coartada han de conducir a que sea escogida la solución más beneficiosa para el reo, pero ello no significa, como pudiera parecer *prima facie*, que ésta consista en tener la coartada por probada. En efecto, ello llevaría al absurdo –como acabamos de ver– de que el reo pudiese alegar la coartada más exótica, de tal modo que el juzgador no pudiese probarla, y al caer pues en una supuesta duda (si es que se considera que la misma debe surgir por la falta de prueba de lo contrario), tuviese que aceptar dicha coartada como válida. Antes bien, la solución pasa, sí, desde luego, por considerar probado lo más beneficioso para el reo, pero ello es, simplemente, que no ha quedado probada la coartada como mendaz (ni como verdadera). En otras palabras, en virtud del *in dubio pro reo* no se tendrá por probado que la coartada es mendaz, a pesar del intento de prueba sobre ella, pero tampoco es necesario tener por probado que la coartada es verdadera.⁵⁸ Que no se tenga por

⁵⁸ Cfr. Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 63, 115, con amplias referencias de la jurisprudencia alemana; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, núm. marg. 125.

probada la cortada fallida, es decir, que no sea considerada falsa a efectos probatorios, nace directamente el derecho fundamental a la defensa: en muchos supuestos no compensaría plantear una tesis exonerante, pues de quedar la misma sin prueba, la situación procesal del encausado sería de peor derecho que si no hubiera sido intentada su defensa.⁵⁹

En pocas palabras, por tanto, no es que no deba ser aplicada a la cuestión de la versión exonerante el *in dubio*, es que, como siempre, sólo se aplica el principio en tanto en cuanto haya dudas sobre la coartada después de valorar la completa prueba, es decir, como sabemos, no es un criterio de valoración de la prueba, sino un criterio para aplicar después de valorar la prueba. Y, en el caso concreto, tras valorar la completa prueba, es decir, tras los otros testigos, era claro que el testigo de la coartada estaba equivocado o mentía. La cuestión negativa de no haber estado en el lugar, la coartada, es un indicio en el sentido antes expresado, que, por tanto, habrá de ser analizado en bloque.

4. En épocas pasadas fue diferenciado si se estaba ante la prueba de la culpabilidad o ante la prueba de la inocencia.⁶⁰ La prueba de la culpabilidad debería ser plena, en tanto que para la prueba de elementos exonerantes bastaría una probabilidad. De este modo, no sería necesario probar que no existen circunstancias que exoneran, como el desistimiento, la inimputabilidad, etc., sino que su no concurrencia sigue un sistema de regla-excepción: mientras que no se pruebe lo contrario, se presupone que no concurren. Esta diferenciación entre la prueba de la culpabilidad y la de la inocencia fue superada con el tiempo, y ya a partir del siglo XX no volvió a ser mantenida.

⁵⁹ En muchas ocasiones, empero, la valoración del alegato de la coartada puede obtener respuesta directamente desde la presunción de inocencia, sin necesidad de acudir al *in dubio pro reo*, es decir, puede obtener adecuada solución en la valoración probatoria y no tras ella; cfr., por ejemplo, STS de 21 de noviembre de 2003: *“La Sala de instancia, en su apreciación de la prueba, claramente, descartó –sin considerarlos– todos aquellos datos favorables a la defensa que pudieron servir para cuestionar la hipótesis de la acusación. Pero la obligada reintroducción de éstos en el cuadro probatorio ha hecho posible comprobar que los elementos que fueron valorados como inobjetables e inequívocamente de cargo presentan serias quiebras en su valor convictivo; y que, en la misma medida que obligan a cuestionar la versión acogida en la Sentencia, otorgan fundada plausibilidad a la pretensión del imputado, abriendo, cuando menos, un importante margen de duda, más que razonable, que la Sala debería haberse planteado, de haber procedido con el rigor exigible. Y que sólo puede valorarse en el sentido del art. 24.2 CE, esto es, haciendo prevalecer el principio de inocencia”*.

⁶⁰ Cfr. Stree, *In dubio pro reo*, pág. 4.

Ciertamente, no es que deban tenerse como concurrentes ciertas circunstancias, gracias al *in dubio pro reo*, sino que no puede descartarse que no concurrieran, de tal modo que no pueden ser extraídas las consecuencias negativas que implican la no concurrencia. Y ello, como siempre, en cuanto a su base fáctica, no a la relativa a la subsunción. Como ya expusimos, el *in dubio pro reo* tuvo en sus orígenes sólo aplicación a la prueba de la culpabilidad, y no tenía aplicación, en cambio, para la prueba exonerante o de circunstancias limitadores de la responsabilidad; la concepción democrática más amplia del principio que ya hemos referido (entre otros: Roxin), deja esta discusión vacía de contenido.

VI. Revisión por la superioridad de la decisión *favor rei*

1. Interesante es la cuestión de la capacidad de revisión por el tribunal superior de la aplicación o no del principio *in dubio pro reo*. La jurisprudencia viene entendiendo que al tratarse de un criterio que sólo afecta al juez de instancia –él duda o no duda–, el mismo queda excluido de la segunda instancia, en particular de la casación: “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 en 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”.⁶¹

Lo cierto es que en estos supuestos estamos ante un aparente problema, que encuentra su solución no en el *in dubio pro reo*, sino a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tal y como hoy día es entendida la capacidad de revisión del mismo por el Tribunal Supremo frente a épocas pasadas.⁶² Si la superioridad considera que el juzgador de instancia debería haber dudado, pero no dudó, es –en efecto– correcto que la sala superior no puede “dudar por él”, pero de todas formas, procederá la absolucón: entonces, la

⁶¹ Por todas, ya desde las SSTs 21-1-1997, 18-9-1997, 24-1-1998, 26-5-1999, 22-3-2001; por lo que hace al Tribunal Constitucional, en parecido sentido, cfr. crítico Cuerda Riezu, Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia, pág. 12 (SSTC 44/1989, 138/1992, 63/1993, 133/1994, 103/1995); Caamaño, La garantía constitucional de la inocencia, págs. 221 y ss.; así también en la jurisprudencia alemana: véase Eisenberg, Beweisrecht der StPO, núms. margs. 136 y s.; Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 104; crítico, Bassatt Torres, La duda razonable en la prueba penal, págs. 74 y ss.

⁶² Por ello probablemente decaiga ya la acertada crítica de Rusconi, Principio de presunción de inocencia e “*in dubio pro reo*”, pág. 48.

segunda instancia está considerando que no hay prueba de cargo suficiente (por eso debería haber dudado el juzgador de instancia), de tal modo que puede y debe anular la sentencia porque con todo ello está afirmando implícitamente que el juicio de valoración probatoria que ha conducido a la condena tiene que haber sido irracional.

2. Cuestión distinta es si de los hechos probados o la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia puede ser inferido que el juzgador dudó, y, a pesar de ello, no absolvió. Aquí, no es necesario acudir a la anterior solución vía presunción de inocencia: el juzgador superior habrá de aplicar directamente el principio *in dubio pro reo*, no porque sea él quien dude, sino porque extrae la consecuencia jurídica correcta de la duda ya revelada por el juzgador de instancia y que éste no extrajo, erróneamente.⁶³

En otras palabras, el principio *pro reo* quiebra no cuando el juez debería haber dudado –supuestamente considerado *ex post*–, sino cuando, a pesar de las acreditadas dudas –*ex ante*–, condenó:⁶⁴ “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 en 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”.⁶⁵

⁶³ Cfr., por todas, últimamente, STS 23-3-2011: “El sexto motivo (...) por infracción del derecho a la presunción de inocencia (...). Motivo éste que viene a completarse con el motivo segundo (...) argumentando que no obstante las dudas expresadas por la Sala sobre hechos esenciales, la Sentencia los declara probados en perjuicio del reo. (...) No es una inferencia razonable concluir, como hace la Sala de instancia, que el vaciado de la casa hubo de realizarse, permitiendo el acceso desde el interior del chalé, ‘por su propietario o persona afín’ (...). Si por persona ‘afín’ entiende la Sala quien actúa obedeciendo al acusado, ningún indicio conduce necesariamente a afirmar tal obediencia, y si entiende por ‘afín’ quien, por pertenecer al ámbito de sus dependientes, podía permitir desde el interior el acceso a la vivienda a quienes la desvalijaron, tal hipótesis planteada como alternativa a la de la actuación del acusado, expresa una duda entre ambos términos de la alternativa que no puede resolverse optando en perjuicio del reo por la que le perjudica”.

⁶⁴ Bacigalupo, La presunción de inocencia, pág. 163 y *passim*; Martínez Arrieta, Recurso de casación y de revisión penal, págs. 170 y ss.; Jaén Vallejo, Derechos fundamentales en el proceso penal, págs. 251 y s.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 15/31; Corigliano, El principio *in dubio pro reo* y su control en casación penal, en: www.monografias.com/trabajos14/indubioproreo/indubioproreo.shtml; vid. también, Frister, La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal, InDret 3/2011, págs. 21 y ss., 23.

⁶⁵ Por todas, STS 1-12-1995; vid., también, v. gr., STS 26-10-1996.

Al hilo de la cita, debemos añadir: la afirmación de que el principio, además, no puede ser invocado para “pedir a los jueces que no duden” debe ser bien entendida; es así, en efecto, y ello no es ámbito del principio *in dubio pro reo*; ahora bien: pedir a los jueces que no duden es, desde posiciones acusatorias, tachar de irracional la valoración probatoria o alegar la vulneración de la tutela judicial efectiva por no haberse recogido prueba practicada desfavorable al acusado, lo cual por supuesto que sí puede ser *pedido*. En otras palabras, una sentencia de instancia no queda blindada –por así decir– respecto de la casación, por ejemplo, por el hecho de que la Sala a quo haya expresado que absuelve por haber dudado, si dichas dudas se deben a una ausencia de tutela judicial efectiva respecto de las tesis acusatorias, por ejemplo, porque no han sido tenidas en cuenta ciertas pruebas practicadas, desfavorables al acusado.⁶⁶

3. La cuestión sobre si, a la luz de las anteriores reflexiones, una absolución resulta de la aplicación del *in dubio pro reo* o de la conclusión de que la inocencia del acusado no ha quedado destruida, podría tener una trascendencia práctica si la fórmula para absolver fuese distinta en cada caso, como ocurría en la antigua regulación procesal italiana.⁶⁷ En efecto, si en el segundo supuesto la absolución fuera plasmada con una cláusula del tenor “su inocencia ha quedado demostrada”, y en el primero, simplemente *pro reo*, aseverando que “su culpabilidad no ha podido ser demostrada”, es claro que ambos supuestos, aun teniendo la misma consecuencia jurídica –la no condena– tendrían muy distinta repercusión social. El acusado absuelto en virtud del principio *in dubio pro reo* permanecería “por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa”, como ya denunciase Alonso Martínez en la elegante Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la denominada absolución en la instancia.⁶⁸

⁶⁶ Cfr. también, Stuckenberg, JA 2000, pág. 572. Sobre la cuestión más amplia pero conexas, de la necesidad de motivar y en qué amplitud, las sentencias absolutorias, cfr. las SSTC 169/2004 y 192/2005, así como sus votos particulares, e Igartua Salaverría, Dos usos desviados de la “presunción de inocencia”, Anuario de Derechos Humanos, 7 (2006), págs. 419 y ss.; también, el mismo, Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, “*in dubio pro reo*”, en: www.ucm.es/BUCM/revistas/der/02120364/articulos/ANDH0101110459A.PDF.

⁶⁷ Cfr. Vegas Torres, Presunción de inocencia, págs. 209 y s.

⁶⁸ Véase también López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal, págs. 139 y s.

Sin embargo, estas distinciones entre tipos de absoluciones, a saber: aquellas que afirmarían categóricamente la inocencia del acusado, y aquellas otras que no concluirían la culpabilidad, pero parecieran poner en duda tácitamente la inocencia en el sentido visto, no tienen cabida en nuestro derecho. Un sistema acorde con el derecho a la inocencia no deja lugar a terceras vías: tras todas las sentencias, la inocencia que estaba abierta durante el proceso habrá quedado ratificada; si no, lo único que procede es la condena: *tertium non datur*. Una manifestación más, todo ello –y con esto cerramos nuestras reflexiones–, del principio *in dubio pro reo* como derecho fundamental.