

Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación

ENRIQUE BACIGALUPO

Catedrático de Derecho penal.
Magistrado del Tribunal Supremo

I

En la teoría de los derechos fundamentales y del Derecho procesal moderno, el principio «in dubio pro reo» (1) es considerado como un componente sustancial del derecho fundamental a la presunción de inocencia. En este sentido dice *Roxin* (2) 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 (2 bis). 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* (3)— desarrolló, para el caso de inseguridad en la prueba, la pena por sospecha y la “absolutio ab instan-

(1) Vid., en la bibliografía española, entre otros: MARTÍNEZ VAL, J. M.^a: *El principio «in dubio pro reo»*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1956. SENTÍS MELERO, S.: *El principio in «dubio pro reo»*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1971. GUERRA SAN MARTÍN, J.; BELLOCH JULBE, J. A., y TORRES Y 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.

(2) *Strafverfahrensrecht*, 19.^a ed., 1985, p. 59.

(2 bis) Cfr. BAUMANN, *Strafrecht*, 7.^a 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*, 23.^a ed., § 261, 112. TRECHSEL: *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, núms. 20 y 21/81, pp. 317 y ss., 335 y ss., respectivamente. KÜHNE: *Strafprozesslehre*, 2.^a ed., 1982, p. 339. HANACK: *Löwe-Roenberg, StPO*, 24.^a 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.

(3) *Loc. cit.*, p.82.

tia» 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» (4).

A su vez Beccaria (5), 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.

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» (6).

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 (7), 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 (8).

En la jurisprudencia española la vinculación del principio «in dubio pro reo» con el derecho a la presunción de inocencia, de todos modos, no resulta tan clara como en los otros países europeos (9).

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

(4) Sobre la «pena de sospecha» y «absolución de instancia», vid. también ROXIN: *loc. cit.*, p. 403.

(5) *Dei Delitti e delle pene*, 1764, ed. de G. Pisapia, 1973, XIII.

(6) Cfr. XII *Congres International de Droit Pénal*, 1979, Actes du Congrès, pp. 554, 560 y 566.

(7) «*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.

(8) 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 Angel Escudero del Corral.

(9) Cfr. TOMÁS Y VALIENTE: *ob. cit.*, con una amplia documentación.

públicos y que es de aplicación inmediata». El mismo concepto se expresó con toda claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional 55/1982 (10), 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 Angel 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 afirma en la sentencia, desde su constitucionalización en el 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» (11). 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 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 (12) o que «la presunción de inocencia tiene naturaleza procesal» (13), o que el principio «in dubio pro reo» «no se integra en precepto sustantivo alguno» (14). 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

(10) De 26 de julio («BOE» núm. 197, de 18 de agosto), Sala Segunda, recurso de amparo núm. 30/82, ponente: Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra, deniega el amparo.

(11) Cfr. *Jurisprudencia Constitucional*, ed. conjunta del Tribunal Constitucional y «Boletín Oficial del Estado», T. II, p. 222.

(12) SSTs 21-5-1979, 31-1-1983 y 6-2-1987.

(13) SSTs 14-1-1987, 21-1-1987 y 23-1-1987.

(14) STS 6-5-1986.

de carácter sustantivo», ni ante una hipótesis del quebrantamiento de forma de los artículos 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en éstos no se contempla expresamente la vulneración de aquel principio (15).

De esta manera, el Tribunal Supremo ha extendido 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, sólo procederá comprobar «la existencia formal de una actividad probatoria con independencia de su posible fuerza dialéctica o argumentativa» (voto del Magistrado don Angel Escudero del Corral), o sea: quedará excluida la verificación de si *de la prueba* de cargo se puede deducir la culpabilidad del procesado, 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 inocencia (16) a la que se amputa expresamente el principio «in dubio pro reo», difiere sustancialmente no sólo 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» (17).

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.

(15) Cfr. SSTS 4-3-1971 y 25-5-1979; vid., asimismo, en detalle, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo TOMÁS Y VALIENTE: *ob. cit.*, pp. 9 y ss.

(16) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS: *La Ley*, 1983, núm. 818.

(17) FROWEIN/PEUKERT: *loc. cit.*, p. 164. TRECHSEL: *loc. cit.*

II

¿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 Angel 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.

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 penales (18) (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,

(18) 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».

sobre todo, en las sentencias 174/1985 (19), 175/1985 (20), 169/1986 (21), 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 (22).

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 109/1986 (23) y 126/1986 (24). En la primera de estas sentencias, al definir el alcance del derecho a la presunción 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

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

(20) 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.

(21) 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.

(22) 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*» (subrayado del autor).

(23) 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.

(24) 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 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 al 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 (25), ni es posible deducir de este supuesto límite el contenido de la presunción de inocencia (26).

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 del Derecho, no se podría justificar de ninguna manera en el principio del *judicial self-restraint*, 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 legitimidad 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 (27). 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

(25) Así acaso, la STC 126/1986.

(26) Así acaso, la STC 109/1986.

(27) Cfr. DREIER: *Recht, Moral, Ideologie*, 1981, pp. 126 y ss.

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?

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 que 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 (28), 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 poderación de la prueba (29). 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 fundamenta-

(28) NOBILI: *Il principio del libero convincimento del giudice*, 1974.

(29) Cfr. DEDES: *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, 1986, pp. 929 y ss.

ción, mientras 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» (30). 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 el resultado de la prueba recibida decide el Tribunal según su libre convicción formada a partir del conjunto del juicio oral» (31). 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 la 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 permite una conclusión racional sobre la autoría del acusado» (32) y, además, que «el acusado tiene que ser protegido de las falsas apreciaciones del Juez en la formación de su convicción» (33). Los defensores alemanes del principio de la libre valoración han acentuado siempre el aspecto racional de la misma (34).

¿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» (35) partiendo de una clara distinción entre libre convicción y arbitrariedad (36). 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 (37). De esta manera se puede excluir del concepto de libre convicción aquello que sólo es arbitrariedad (38).

En este sentido se afirma fundamentalmente que «la formación de la convicción judicial sobre los hechos es un *suceso complejo* cu-

(30) DEDES: *loc. cit.*, p. 934.

(31) Cfr. sobre este parágrafo GOLLWITZER: *Löwe-Rosenberg StPO*, 23.^a ed., 1978, § 261, con más bibliografía. MEURER: *Gedächtnisschrift, f. H. Kaufmann*, 1986, pp. 947 y ss.

(32) ROXIN: *Strafverfahrensrecht*, 1985, pp. 77.

(33) ROXIN: *loc. cit.* También PETERS: *Strafprozess*, 3.^a ed., 1981, p. 282. GOLLWITZER: *loc. cit.*, § 261, núm. 12.

(34) MAYER, H.: *Fes. f. Mezger*, 1954, pp. 445 y ss., 457. También vid. GREGER: *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978, pp. 6 y ss.

(35) ROXIN: *loc. cit.*

(36) Cfr. ROXIN: *loc. cit.* GREGER: *loc. cit.*

(37) Cfr. ALBRECHT: *NSZ*, 1983, P. 486.

(38) Cfr. GOLLWITZER: *loc. cit.*, § 261, núm. 52.

yos elementos interdependientes se componen de afirmaciones de probabilidad no cuantificables» (39).

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 inmediación. 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 (40). La deducción, ante todo, no debe ser *lógicamente contradictoria*: de testigos que no saben no es posible deducir conocimiento; de peritos que 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» (41). En esta categoría entran en consideración también los juicios de probabilidad que frecuentemente son fundamento de la prueba (42). 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 (43). 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 exi-

(39) GOLLWITZER: *loc. cit.*, § 261, núm. 12.

(40) Cfr. GOLLWITZER: *loc. cit.*, núms. 12 y 56.

(41) SCHWELING: *ZStW* 83, pp. 345 y ss., 436.

(42) Cfr. críticamente, GREGER: *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978.

(43) Cfr. GOLLWITZER: *loc. cit.*, núms. 59 y ss. HANACK: *Löwe-Rosenberg StPO*, 24.^a ed., 1985, § 337, núm. 11.

gencia de motivación inclusive en lo referente a la cuestión de hecho. En tal sentido se afirma que «el control de la motivación no es solamente 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» (44). 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» (45). 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» (46).

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 (47)— 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» (48).

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 (49).

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 (50) 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

(44) BORÉ, J.: *La cassation en matière pénale*, 1985, pp. 601.

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*.

(47) *Loc. cit.*, p. 603.

(48) En el mismo sentido en Alemania, PETERS.

(49) BORÉ: *loc. cit.*, pp. 610 y 611. Nótese la diferencia de estas premisas con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que excluye el quebrantamiento de forma en los casos de incongruencia omisiva en relación a los «supuestos fácticos» (SSTC 30-1-1987, 25-2-1987, 19-2-1987, 4-3-1987 y 6-6-1987).

(50) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS: *ZStW* 72, 1960, p. 635. Vid. SILVA MELERO: *La prueba procesal*, 1963, T. 1, pp. 71 y ss.

la verdad y, como última consecuencia, inclusive el encubrimiento de la violación de tales principios» (51).

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 (52).

La fundamentación de estas consecuencias en la doctrina alemana se completa con otros dos puntos de vista no menos importantes: el «método de rendimiento» y el de «la responsabilidad compartida» (53). 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 porqué 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 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 despejables en favor del acusado» (54).

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

(51) VOLCKMANN-SCHLUCK: *Der Spanische Strafprozess zwischen Inquisitions-und Parteiverfahren*, 1979, p. 137.

(52) Cfr. GOLLWITZER: *loc. cit.*, núms. 57 y 59 y ss. HANACK: *loc. cit.*, núms. 11 y 14. ROXIN: *loc. cit.*, pp. 336 y ss.

(53) Cfr. HANACK: *loc. cit.*, Vor § 333, núm. 5.

(54) TRECHSEL: *loc. cit.*, p. 322.

del juicio sobre la prueba permite, además, disponer de medios técnicos para llevar a cabo este control.

III

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 suficientemente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional». A la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 la cuestión debería quedar resuelta, pues ni 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 razones para configurar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un recurso de casación en el que no se diera cabida a cuestiones como ésta.

Es claro que ante todo cabría preguntar qué razones podría haber tenido el legislador para excluir de la casación la vulneración del principio «in dubio pro reo», o en otras palabras, qué razones le habrían obligado a dotar de las menores seguridades al aspecto 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 es garantizar, ante todo, que no se condenará inocentes. Por tanto, una interpretación teleológica de las disposiciones que autorizan 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 fricción con esta finalidad del sistema, como intentaremos demostrar.

Parece claro que en el Derecho español el control del respeto del principio «in dubio pro reo» en la casación no tiene perspectiva alguna por la vía del quebrantamiento de forma (55).

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»?

a) 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 (56): «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 lesiones del Derecho procesal (...). Si el Juez condena sin observar este principio, aplicará falsamente el Derecho de fondo».

b) 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 de la prueba», o como «principio de carga y valoración de la prueba» (57).

Este punto de vista ha sido criticado con razón, pues «el principio no regula la prueba como tal, dado que no dice qué 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» (58). 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.

c) Otra fundamentación del principio «in dubio pro reo» ha sido

(55) 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).

(56) Löwe-Rosenberg *StPO*, cit. § 337, núm. 14.

(57) Cfr. TRECHSEL: *loc. cit.* PETERS: *Strafprozess*, 2.ª ed., 1966, p. 247.

(58) FRISCH: *Fest. f. Henkel*, 1974, pp. 273 y ss. (275). En el mismo sentido STREE: *In dubio pro reo*, 1962, p. 56.

formulada por Sarsted, en su conocida obra sobre la casación penal (59) y seguida por otros prestigiosos especialistas del tema (60). El precepto penal que sanciona el homicidio —afirma Sarsted— sólo se referie «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” —agrega— 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» (61).

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» (62). 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 referente 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 a sus consecuencias —cosa que Frisch no ha hecho— pero no en el plano teórico-normativo (63).

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.

d) Roxin (64) y otros autores (65) 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

(59) SARSTED: *Die Revision in Strafsachen*, 4.ª ed., 1962, 5.ª ed. SARSTED-HAMM: 1983.

(60) Cfr. HANACK: *loc. cit.*, § 337, núm. 14.

(61) SARSTED-HAMM: *loc. cit.*, p. 298.

(62) FRISCH: *loc. cit.*, p. 277.

(63) Cfr. BACIGALUPO: *Rev. de la Fac. de Derecho de la Univ. Complutense*, núm. 11, 1986, pp. 61 y ss.

(64) *Loc. cit.*, p. 81.

(65) Por ejemplo, STREE: *loc. cit.*, p. 19.

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).

e) 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» (66) o como «un principio del Derecho material que se debe observar en la aplicación de la Ley» (67).

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 conciencia», 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 (68). 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 penal (69) y brindar una «protección jurídica realista» (70). En el lo-

(66) FRISCH: *loc. cit.*, p. 283.

(67) HANACK: *loc. cit.*, § 337, núm. 14.

(68) PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., pp. 396 y 397. Cfr. también FENECH: *El proceso penal*, 1978, núms. 338 y 339, donde opone Leyes sustantivas y procesales. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Penal*, 9.ª ed., 1981, p. 305, que parece recoger el contenido del art. 524 del Código Procesal Penal italiano. Interesantes reflexiones en ALVAREZ-VALDÉS, F.: *Rev. de Derecho Público*, núm. 26/1934, pp. 39 y ss.

(69) Cfr. sobre este punto HANACK: *loc. cit.*, § 333, núm. 7.

(70) Cfr. ROXIN: *loc. cit.*, p. 332. SCHÜNEMANN: *JA*, 1982, p. 73.

gro de esta finalidad —como es sabido (71)— 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 (72). 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 adjetiva (73). 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 (74). «Mientras el principio de la legalidad —dice Jescheck (75)— 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

(71) Cfr. HANACK: *loc. cit.*, § 333, núm. 8.

(72) Cfr. PETERS: *Strafprozess*, 3.^a ed., 1981, pp. 565 y ss. HANACK: *loc. cit.*, § 337, núm. 14. ROXIN: *loc. cit.*, p. 335.

(73) SSTC 32 y 34/1987, de 12 de marzo («BOE» núm. 71, de 24 de marzo).

(74) JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.^a ed., Berlín, 1978.

(75) *Ibidem*.

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.).

IV

¿Cómo se deben llevar a la práctica las 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 (76)— en lo referente a la observancia de las *reglas del pensamiento o los principios generales de la experiencia* y de los *conocimientos científicos*».

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 del 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.

(76) *Loc. cit.*, p. 335, una jurisprudencia de varias décadas del BGH. Cfr. también HANACK: *loc. cit.*, Vor § 333, núm. 4.

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.

V

¿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 la 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 (77).

Sin embargo, este punto de vista no es hoy inconmovible, 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* (78).

La opinión dominante en la doctrina alemana ha llegado, de todos modos, a una *conclusión sintética* (79): 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.

(77) Cfr. FAIRÉN: *Temas del ordenamiento procesal*, I, pp. 205 y ss.

(78) Cfr. BELING: *Fest. f. Binding*, 1911, II, pp. 87 y ss.

(79) Cfr. HANACK: *loc. cit.*, Vor § 333, núm. 7. ROXIN: *loc. cit.*, p. 332.

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 (80)— es, según la voluntad del legislador, la de otorgar una *protección jurídica realista*» (81).

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 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 otogue tanta importancia a la unidad de la aplicación del Derecho, pero se negara a corregir la arbitrariedad, sobre todo cuanto ésto 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 artícu-

(80) *Loc. cit.*, p. 332.

(81) Crr. también SCHÜNEMANN: *Zur Geschichte, Dogmatik und Reform de Revision in Strafsachen*, 1986; del mismo, en JA 1982, pp. 407 y ss.

lo 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 del Código penal es falsa. Se trata, como lo señala Roxin (82) 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 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 intermediación con esas declaraciones que el Tribunal de casación no puede tener.

Lo mismo que ocurre en relación a la *verdadera prueba documental* (83), 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

(82) *Loc. cit.*, p. 332.

(83) Se debe excluir de ésta toda aquella que, en forma infudada, 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.

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 a 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 (84).

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. *Tambien es función de la casación la interdicción de la arbitrariedad en el sentido del artículo 9.3 de la Constitución.*

(84) 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.