

«IN DUBIO PRO REO», LIBRE APRECIACION DE LA PRUEBA Y PRESUNCION DE INOCENCIA

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL «IN DUBIO PRO REO» DURANTE EL ANTIGUO RÉGIMEN.—III. «IN DUBIO PRO REO» Y LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DESDE EL HUMANITARISMO DE LA ILUSTRACIÓN HASTA LA JURISPRUDENCIA PRECONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.—V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO Y CERTEZA DE LA CULPABILIDAD.—VI. POSIBILIDAD Y LÍMITES DEL CONTROL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA POR EL JUEZ PENAL.

I. PLANTEAMIENTO

El Tribunal Constitucional se ha ocupado de la presunción de inocencia con inusitada frecuencia. Para comprobarlo y para comprender las muy variadas facetas desde las que ha desarrollado la escueta enunciación constitucional de este derecho fundamental basta con consultar la voz correspondiente en el tomo Índice de la *Jurisprudencia Constitucional*. En las páginas que siguen no pretendo realizar un examen completo de todo lo que el Tribunal ha dicho al respecto. No voy a tratar aquí (pero quiero llamar la atención sobre ellos por su notable importancia) problemas tales como la extensión del derecho a la presunción de inocencia, más allá del Derecho procesal penal, en relación con «la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos (STC 13/82, fundamento jurídico 2); o su posible repercusión en materia civil (STC 13/82, fundamentos jurídicos 3 y 4) en casos muy singulares; ni tampoco su proyección sobre

otras instituciones procesales y en particular sobre la casación penal (STC 56/82, fundamento jurídico 2); ni voy a glosar alguna definición muy amplia de su «proyección como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes» (STC 109/86, fundamento jurídico 1); ni voy a analizar dos recientes sentencias del Pleno en sendos recursos de amparo en las que se roza o se declara expresamente su relación con los derechos del artículo 17 de la Constitución y con la regulación legal de la prisión provisional (STC 32/87 y STC 34/87, fundamentos jurídicos 3 y 2, respectivamente); ni, menos aún, trataré del problema de la presunción de inocencia como referente constitucional para medir la posible inconstitucionalidad de determinada norma del ordenamiento, el artículo 509 del Código Penal, sobre la que se han planteado al Tribunal varias cuestiones de inconstitucionalidad todavía no resueltas. Esta relación conscientemente incompleta de aspectos parciales del citado derecho fundamental y de su proyección sobre el ordenamiento debe servir para poner al lector interesado en la pista de las múltiples perspectivas desde las que el Tribunal ha ido examinando el derecho enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución. Las resoluciones del Tribunal han construido un *corpus* doctrinal bastante preciso sobre lo que no es la presunción de inocencia (de modo especial en numerosísimos autos de inadmisión) y también sobre cuál es su contenido y qué consecuencias se derivan de éste. Mi propósito es estudiar la jurisprudencia del Tribunal en relación con un solo punto, que paso a plantear.

Antes de la promulgación de la Constitución no existía en nuestro ordenamiento la presunción de inocencia ni como simple derecho subjetivo ni, obviamente, como derecho fundamental. La doctrina y la jurisprudencia hablaban del principio *in dubio pro reo*. Pretendo estudiar: *a*) qué función podía cumplir este tópico jurídico en el Derecho procesal penal del Antiguo Régimen; *b*) qué valor tuvo a partir de los nuevos principios del Estado liberal y más en concreto en relación con los artículos 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, L. E. Cri.), para lo cual examinaré algunas sentencias del Tribunal Supremo alusivas al *in dubio pro reo*, y *c*) qué relación guardan entre sí el citado axioma jurídico y el vigente derecho fundamental a la presunción de inocencia y, a su vez, cómo opera este derecho en conexión con la libre apreciación de la prueba por el juez penal, y en qué medida puede controlar el Tribunal Constitucional, invocándose ante él el derecho a ser presumido inocente, la valoración de la prueba realizada por el juez penal.

II. EL «IN DUBIO PRO REO» DURANTE EL ANTIGUO REGIMEN

Suele defenderse la tesis de que también durante el proceso penal inquisitivo, propio del Derecho preliberal, tenía vigencia y aplicación reales el principio *in dubio pro reo*, en apoyo de lo cual se citan no sólo algunos textos del Derecho romano, todos ellos incluidos en el título XVII, «Sobre las diversas reglas del Derecho antiguo», del libro L del *Digesto* —50, 17, 9; 50, 17, 20; 50, 17, 56; 50, 17, 122, y 50, 17, 155—, aunque en realidad sólo el último texto o regla es pertinente a la materia que nos ocupa, al decir que «en las causas penales debe seguirse la interpretación más benigna» («In poenalibus causis benignius interpretandum est», D. L, 17, 155), sino también una ley de las Partidas (P. VII, 31, 9), a la que se remite, entre otros, HEVIA BOLAÑOS para sostener en su muy leída *Curia Philipica* la tesis en cuestión (1).

Dice la ley de Partidas que

«... los Judgadores todavia deuen estar mas inclinados e aparejados para quitar omes de pena, que para condenarlos, en los pleytos que claramente non pueden ser provados o que fueren dudosos; ca mas santa cosa es e mas derecha quitar al ome de la pena que mereciese por yerro que ouiese fecho, que darla al que non la meresciesse nin ouisse fecho alguna cosa por qué.»

Así, pues, en la duda o a falta de prueba, «mas santa cosa es» absolver que condenar. No está en juego ningún derecho del individuo a quien se juzga, sino la virtud del juzgador.

Dentro de este mismo enfoque se sitúa un precioso texto de CASTILLO DE BOVADILLA que conviene recordar aquí. Aquel buen juez y excelente jurista, en un capítulo dedicado a reflexionar sobre la piedad como virtud del buen corregidor, dice así:

«33. Tengan por regla general los juezes en todas las cosas dudosas, así de entendimientos de leyes, como doctrinas de Docto-

(1) El texto íntegro de P. VII.31.9 no interesa aquí porque trata de otro asunto. Sólo importa el párrafo final, que comienza con «E aun dezimos que...» y sigue con lo transcrito en el texto. JUAN HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, ed. de Madrid, 1825 p. 242, se refiere a ella, aunque sin duda por error material la ley aparece citada como perteneciente al título XXXII y no al XXXI de la Séptima Partida.

res, seguir la opinión mas piadosa, que inclina a absolver o a imponer pena menor: y si huviere diversas leyes o ley y ordenança para el castigo de algun delito, juzguen por la mas benigna, y sino huviere decision o derecho expreso y huviere de arbitrar, proceda guardando la equidad inclinándose a la parte mas piadosa, atentas las causas y las personas y los tiempos. Y si el acompañado en la recusación diere la sentencia mas piadosa, aquella execute siendo exequible, y no la suya mas rigurosa, pues el derecho con razon lo dispone assi: y en las cosas arbitrarias en que no hay decision de ley, siempre (como dice Bessio) se incline a la piedad. Y en las doctrinas y opiniones controversas qual se aya de seguir decimos mas adelante.

Ay algunos juezes que les parece que sino condenan siempre a los reos, no quedan satisfechos, ni los tendran en nada, y no aciertan a absolver a ninguno contra lo que dispone una ley de partidas (P. 3, 22, 17) mayormente en denunciaciones y negocios de su aprovechamiento; no considerando que se gana mayor gloria y honra en absolver que en condenar, y que es mejor pecar en la misericordia y dar cuenta de ella que del rigor, como queda dicho» (2).

Es decir, lo que con estas moralizantes consideraciones se pretendía era mover al juez a la misericordia con preferencia al rigor, a la piedad y benignidad como mejores que la severidad, ya que incluso la honra y gloria del buen juez ganaban más con ellas que con sus opuestos. Los textos citados se insertan en la retórica y en la ética y no en el Derecho, ya que ninguna norma prescribe con precisión cuándo hay que actuar así ni qué ocurre si el juez desoye tan benévolas advertencias.

Por otra parte, ni las Partidas ni la doctrina de los juristas ofrecen dudas respecto a que la inclinación hacia la benignidad sólo cabe en aquellos pleitos que no están claramente probados. Ahora bien: el sistema de probanzas y presunciones del Derecho de los siglos XIII a XVIII estaba construido precisamente para condenar tan sólo con indicios de culpa, para lo cual, por un lado, los indicios servían como base para poner en práctica el mecanismo tendente a obtener la confesión del reo indiciado, bien de modo espontáneo o bien por medio del tormento; y, por otro lado, podían considerarse como bastantes para producir la *semi-plena probatio*, en virtud de la

(2) J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y señores de vasallos*, ed. del INAP, Madrid, 1978, con prólogo de S. MARTÍN RETORTILLO y estudio preliminar de B. GONZÁLEZ ALONSO; cfr. lib. II, cap. III, núm. 23, tomo I, p. 257.

cual el juez no podía imponer al reo la pena legal ordinaria prevista para el delito, que sólo se imponía tras la *plena probatio*, pero sí podía imponerle una pena extraordinaria, moderada según el arbitrio del juez («pena arbitraria»), aunque menor que la ordinaria (3).

Existía entonces una gradación ternaria constituida por los conceptos inocencia-semiculpabilidad-culpabilidad, a los que correspondía una paralela adecuación de medios probatorios, pues la culpabilidad era el resultado del éxito probatorio de las pruebas con valor legalmente tasado; la inocencia el resultado improbable del fracaso completo de la actividad inquisitiva, incluida la tortura sin confesión, o, las menos veces, del éxito positivo de la actividad probatoria del reo; y la semiculpabilidad era la consecuencia de la actividad probatoria de cargo incompleta, o bien porque dejaba en pie ciertos indicios de culpa que convenía purgar, incluso en ocasiones en relación con el atormentado inconfeso, o bien porque sólo habían podido utilizarse contra el reo medios probatorios imperfectos (*testes unus*). Nótese también que la regulación de determinados delitos, en concreto los que implicaban un mayor riesgo contra las instituciones clave del sistema, iba acompañada del sistema de «prueba privilegiada», en virtud de la cual medios probatorios imperfectos, como el ya citado del *testes unus*, podían, sin embargo, producir un resultado pleno o de *plena probatio*, que llevaba aparejada la imposición de la pena legal ordinaria (4).

Por último, gracias al principio de desigualdad en y ante la ley penal (5), los integrantes de los estamentos privilegiados, amparados por la fama u honra que les deparaba el hecho de serlo, gozaban ciertamente de una presunción protectora contra los indicios de culpabilidad (salvo en los delitos de lesa majestad divina y humana), pero por el mismo mecanismo la simple existencia de algún indicio de culpa contra los miembros del estado llano implicaba para ellos una verdadera presunción de culpabilidad, difícilmente convertible *de facto* y *de iure* en una sentencia penal plenamente absolutoria.

En conclusión: el sistema de pruebas legales tasadas, el concepto de

(3) MARÍA PAZ ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, ed. Universidad de Salamanca, 1982, pp. 221 y ss. y 244-255.

(4) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XIII a XVIII)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1967, pp. 178 y ss. y pp. 153 a 200; *Id.*, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 227 y ss.; MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 48.

(5) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho Penal...*, pp. 317 y ss.; cfr. como muestra P. VII.30.3 y leyes siguientes.

semi-plena probatio, el mecanismo protector-represivo de la prueba privilegiada y la desigualdad jurídico-formal apenas dejaban lugar para la aplicación del *in dubio pro reo* o de otros *topoi* o *loci communi* semejantes. En verdad, el principio inherente al sistema procesal-penal inquisitivo era éste: en la duda, condena a pena arbitraria.

III. «IN DUBIO PRO REO» Y LIBRE APRECIACION DE LA PRUEBA DESDE EL HUMANITARISMO DE LA ILUSTRACION HASTA LA JURISPRUDENCIA PRECONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con la Ilustración cambia la actitud respecto al acusado-condenado-penado. La nueva sensibilidad se manifiesta, antes que en principios o instituciones formulados con precisión jurídica, en un vago humanitarismo hacia el acusado, en la desconfianza respecto al sistema procesal inquisitivo y en un claro rechazo del arbitrio judicial. Los jueces, sí, deben constituir un poder distinto al legislador, pero sometido a éste, meras bocas de la ley (6).

En el medio siglo que va desde BECCARIA al Código Penal francés cambia la «microfísica del poder» en lo que se refiere al proceso y al Derecho penal: «Es la época en que fue redistribuida en Europa y en los Estados Unidos toda la economía del castigo» (7). En BECCARIA (8), en la *Leopoldina* (9), en MABLY (10), en los ilustrados-españoles (11) aparecen los nuevos tópicos de la época: leyes penales suaves; castigos, sí, pero también premios; no a la tortura; restricción, cuando no abierto rechazo, a la pena de muerte; dura crítica al sistema penitenciario; voluntad de regenerar al delincuente; crítica al sistema probatorio; defensa del proceso acusatorio y rechazo del proceso inquisitivo. No veo aparecer ni el principio *in dubio pro reo* ni,

(6) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, VI.

(7) MICHEL FOUCAULT, *Vigilar...*, pp. 15 y ss.

(8) C. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1967, esp. pp. 81 a 108.

(9) *La «Leopoldina». Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del Settecento europeo*, Università degli Studi di Siena, Incontro Internazionale di Studio, vols. I y II, Siena, 3-6 de diciembre de 1986.

(10) *Oeuvres complètes de l'abbé...*, tome neuvième, Paris, 1972, en especial capítulo VI, pp. 267-296.

(11) Cfr. las obras citadas en la nota 4 y mi comunicación sobre JUAN PABLO FORNER al simposio mencionado en nota 9, *ibidem*, vol. II, pp. 1176 a 1208.

menos aún, la presunción de inocencia hasta la Declaración de 1789, cuyo artículo 9 comienza diciendo: «Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable...» (12).

Un año después, PASTORET, en su famosísimo tratado *Des lois pénales*, declara que toda su obra deriva de estos tres «axiomas»: «Premier Axiome: La condamnation des innocents est un plus grand mal que l'absolution des coupables. Second Axiome: Jusqu'au moment de la condamnation le coupable est réputé innocent. Troisième Axiome: La preuve n'existe pas tant qu'elle n'est pas complete» (13).

Los tres axiomas de PASTORET ponen de manifiesto que la idea ético-retórica de la benignidad del juez es diferente (axioma primero, equivalente a los textos antes citados de Partidas y de CASTILLO DE BOVADILLA) al principio de presunción de inocencia. Al mismo tiempo revelan que esta presunción era incompatible con el binomio prueba incompleta-pena arbitraria, y por ello el axioma segundo va seguido del rechazo de la prueba incompleta.

En España no hubo precepto alguno de las sucesivas Constituciones equivalente al artículo 9 de la Declaración francesa de 1789, aunque sí, ya desde la Constitución de 1812, el reconocimiento constitucional expreso de derechos que consistían en otras tantas garantías del individuo en el marco del proceso penal.

La centenaria y vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, como es perceptible a partir de la lectura de su exposición de motivos (14), un proceso penal predominantemente acusatorio. En el juicio oral y no en el sumario es donde hay que practicar las pruebas, y sólo las practicadas en él son verdaderamente tales (15). Por otra parte, y este punto es clave, «a diferencia del sistema de prueba legal del proceso inquisitivo, el proceso acusatorio y oral se basa en el principio de la libre valoración», según pone de

(12) Art. 9. «Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, tout rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimé par la loi».

(13) M. DE PASTORET, *Des lois pénales*, I y II, París, 1790; cfr. I, pp. 20-21.

(14) Sobre el eco de tal «Exposición» en el momento actual, cfr. STC 173/1985, fundamento jurídico 1. Cfr. también STC 56/82, fundamento jurídico 2, JC IV, pp. 163 y ss. En términos semejantes, M. GARCÍA CARRERO, «La apreciación de la prueba en conciencia en el proceso penal y la protección constitucional de la presunción de inocencia», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, diciembre 1982, pp. 67-72, en concreto pp. 67-68.

(15) L. E. Cri., art. 741: «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio...» (el subrayado es mío).

relieve el artículo 741 de la L. E. Cri., al decir que «el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio... dictará sentencia» (16).

Comentando esto, y con una muy lúcida relación entre los artículos 741 y 717 de la L. E. Cri., hay unas páginas de un texto académico clásico entre nosotros que no me resisto a reproducir y a glosar; dicen en ellas GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA lo siguiente:

«El sistema de la prueba tasada suponía que el propio ordenamiento jurídico recogiese en forma legal una serie de 'máximas de experiencia', con arreglo a las cuales los hechos valiesen como probados, con independencia del convencimiento del juzgador, una vez cumplidos unos determinados requisitos o formas. Libre valoración no quiere decir que el juzgador sea libre de seguir su capricho, sus impresiones o sus sospechas, etc., sino supone una deducción lógica, partiendo de unos datos fijados con certeza. O como dice acertadamente el artículo 717, es apreciar las percepciones del juez durante el juicio 'según las reglas del criterio racional'.

Por ello, la expresión 'según su conciencia' del artículo 741 puede resultar equívoca. Porque sugiere indebidamente una operación íntima o secreta de que no hubiese que dar cuenta. La palabra 'conciencia' procede del artículo 342 del Code d'instruc. crim. francés, donde figura en la recomendación que se hace a los jurados antes de comenzar a deliberar. Pero incluso en ese texto histórico aparece con claridad que una cosa es que la ley no prescriba reglas de que se haga depender la plenitud o suficiencia de una prueba y otra distinta que la ley no pida cuentas al que juzga de los medios por que se haya convencido. Y aun en esa disposición lo que se recomienda a los jurados es que 'en silencio y recogimiento busquen en la sinceridad de su conciencia qué impresión han dejado en su razón las pruebas'» (17).

Dentro de este sistema probatorio de libre apreciación y de pleno convencimiento del juez no queda, como es obvio, fijado legalmente el valor de cada prueba (pruebas tasadas), pero tampoco queda excluida «la prueba por

(16) E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, 9.ª ed., Madrid, 1981, p. 274.

(17) *Op. y loc. cit.* en nota anterior.

indicios, prácticamente la más frecuente de todas las pruebas del proceso penal, o sea, el convencimiento logrado deduciendo racionalmente de un hecho distinto el que se necesita fijar» (18). A ello cabe añadir que tampoco se valora legalmente esta prueba por indicios, que es desde luego susceptible de constituir el fundamento probatorio de una sentencia condenatoria, siempre que de ella haya obtenido el órgano judicial penal el pleno y racional convencimiento de la culpabilidad y no, desde luego que no, la simple sospecha o duda.

Dentro de este marco legal, el principio *in dubio pro reo* se ha considerado como una consecuencia indudable del principio *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine culpa*, y se ha interpretado por la mejor doctrina como la exigencia de que la condena vaya precedida de la certidumbre de la culpa, pues la duda en el ánimo del juzgador debe conducir a la absolución. Esto es: «El juez penal no puede condenar por un hecho que, según su libre convencimiento, es posiblemente no punible», porque «la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia» (19).

Junto a esta interpretación doctrinal del alcance del principio citado, ¿cómo lo valoró y lo aplicó el Tribunal Supremo? (20).

El *in dubio pro reo* ha sido reiteradamente calificado como «principio» o «principio jurídico» (auto de 18 de enero de 1973, R. Azdi. 241), o como «principio jurídico general» o «principio general del Derecho (STS de 31 de enero de 1983, R. Azdi. 76); es, dice la STS de 4 de mayo de 1976, por mano del ponente ANGEL ESCUDERO DEL CORRAL, un «humanitario principio» que «se fundamenta en la eficacia activa de la equidad dentro del ámbito del Derecho», de manera que, al aplicarlo, «se eliminan las hermenéuticas odiosas, presuntivas o rigoristas y se efectúa la interpretación *in bonam partem*, que protege los intereses personales del hombre que sufre, sometido al proceso penal» (R. Azdi. 2131); frases que se habían ya escrito por el mismo ponente años antes (STS de 2 de noviembre de 1971, R. Azdi. 4014). A veces el *in dubio pro reo* como principio en orden a la valoración dudosa de la prueba y a la consiguiente absolución, se enuncia en términos más amplios, esto es, como equivalente al *favor rei* (STS de 14 de mayo de 1974,

(18) *Ibidem*, p. 275.

(19) *Ibidem*, p. 280.

(20) El análisis que sigue está hecho sobre sentencias de la Sala 2.^a fechadas en su mayoría entre 1970 y 1978. Agradezco al letrado del Tribunal Constitucional MIGUEL ANGEL MONTAÑÉS su inestimable ayuda en la recopilación y clasificación de las resoluciones que a continuación cito.

R. Azdi. 2296) o al *principio pro reo* (STS de 30 de noviembre de 1971, R. Azdi. 5189), y en alguna ocasión se destaca «su condición humanística» (STS de 5 de octubre de 1973, R. Azdi. 3555) o se lo califica de «axioma forense» (STS de 15 de abril de 1975, R. Azdi. 1637).

La anterior terminología no oculta, pese a los matices diversificadores perceptibles a lo largo de los años, contradicción alguna en lo fundamental, esto es, en lo concerniente a lo que el *in dubio pro reo* no era (se entiende, antes de la Constitución). A estos efectos conviene reproducir un inequívoco párrafo del considerando 3.º de la STS de 21 de mayo de 1979 (R. Azdi. 2136; ponente BENJAMÍN GIL SÁEZ) por su propia rotundidad y por su expresa remisión a otras sentencias; se dice allí que «el principio invocado (el *in dubio pro reo*) sólo es una orientación o norma moral de conducta y equidad dirigida a la conciencia del juzgador de instancia, sin vinculación alguna (*quíérese decir, sin carácter o fuerza vinculante*), que pueda servir de base al recurso (*de casación*) interpuesto, porque dicho *principio pro reo* no constituye precepto penal sustantivo ni norma jurídica del mismo carácter». La claridad del texto hace innecesaria su glosa.

Por todo lo dicho, se concluye que el *in dubio pro reo* no podía ser invocado como motivo de casación. Así lo señala la STS de 4 de marzo de 1971 (R. Azdi. 859) al afirmar que «el *principio pro reo* no puede aducirse en casación, según doctrina de esta Sala». En el mismo sentido, el ya citado auto de 18 de enero de 1973 declaraba no haber lugar a la admisión de un motivo en el que se invocaba como vulnerado el mencionado principio, «toda vez que la cita de preceptos penales sustantivos o de normas jurídicas del mismo carácter como supuestamente conculcados no puede ser sustituida por la de principios jurídicos aunque hayan sido acogidos por la doctrina...». En otra ocasión la Sala repitió que «lo que la doctrina de esta Sala tiene declarado con reiteración es que el recurso de casación por infracción de principios generales del Derecho no tiene cabida y encaje en este recurso de carácter extraordinario y formalista...» (STS de 21 de mayo de 1979, ya citada).

De hecho, el Tribunal Supremo aplicó con amplitud y frecuencia el *in dubio pro reo*, primordialmente en su «lugar natural», esto es, en materia de apreciación de la prueba (21). Es más, no se circunscribió a este campo,

(21) La STS de 15 de abril de 1975 (R. Azdi. 1637) indica que «en el ámbito procesal de la prueba despliega toda su fuerza, como es debido, el axioma forense *in dubio pro reo*», y poco después la Sala declaraba que el citado principio «tiene su actuación necesaria e indeclinable dentro del campo de la interpretación de las pruebas, en el

sino que también hizo aplicación del principio, siempre en sentido favorable al reo, en la determinación del tipo penal (22), o en lo concerniente a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (23).

Todo ello pone de manifiesto, por un lado, que en un sistema de libre apreciación de la prueba, el principio *in dubio pro reo* tenía plena cabida, en contraposición con lo ocurrido durante siglos en un sistema procesal penal inquisitivo, con admisión de la *semi plena probatio*, de la prueba privilegiada y de la pena arbitraria. Pero, por otra parte, la naturaleza del *in dubio pro reo* como principio y no precepto, como «orientación o norma moral», pero no como norma jurídica, lo reducía a la esfera «de la conciencia del juzgador de instancia», no controlable por el ciudadano. De aquel principio no derivaba para éste ningún derecho subjetivo. Ni era invocable, como hemos visto, en casación, ni, como se ha escrito recientemente, «disponía el condenado de ningún medio legal para reaccionar contra unos hechos probados condenatorios aunque la acusación no hubiera cumplido con su carga probatoria» (24). El ciudadano podía beneficiarse de su aplicación si el juez de instancia o el Tribunal Supremo lo utilizaba; pero no podía exigir su cumplimiento.

Si durante el Antiguo Régimen fue una recomendación dirigida a estimular la benevolencia del juez virtuoso, dentro de un sistema procesal penal construido; sin embargo, para condenar incluso en la duda, desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta la promulgación de la

sentido de proporcionarle el alcance más beneficioso o favorable para el inculpado en el caso de que se presenten dudas o sean diversas las consecuencias que de ello puedan derivarse» (STS de 4 de mayo de 1976, R. Azdi. 2131). Y es que, «en caso de duda sobre los hechos objeto de enjuiciamiento ha de estarse, por aplicación del *principio pro reo*, a lo más favorable para el acusado» (STS de 14 de abril de 1971, R. Azdi 1734), porque «la demostración de los hechos delictivos no puede ser suplida por presunciones sin violar los principios de legalidad e *in dubio pro reo*» (STS de 16 de marzo de 1979, R. Azdi. 1153). En la misma línea, pueden verse STS de 30 de junio de 1970 (R. Azdi. 4380), 2 de noviembre de 1971 (R. Azdi. 4401), 23 de febrero de 1972 (R. Azdi. 772), 13 de noviembre de 1973 (R. Azdi. 4312), 14 de mayo de 1974 (R. Azdi. 2296), 15 de abril de 1975 (R. Azdi. 1637) y 22 de enero de 1977 (R. Azdi. 66).

(22) STS de 11 de marzo de 1975 (R. Azdi. 1059), STS de 20 de marzo de 1970 (R. Azdi. 1471) y STS de 2 de julio de 1974 (R. Azdi. 3045).

(23) Cfr., por todas, la muy importante STS de 5 de octubre de 1973 (R. Azdi. 3555; ponente, ANGEL ESCUDERO).

(24) JOSÉ GUERRA SAN MARTÍN, JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE, ENRIQUE TORRES Y LÓPEZ DE LA CALLE, «El derecho a la presunción de inocencia», *La Ley*, núm. 4, 1982, pp. 1183-1206, en especial pp. 1184 y 1185.

vigente Constitución fue un principio jurídico doctrinal y jurisprudencialmente admitido y aplicado, pero no una norma jurídica de cumplimiento exigible por los ciudadanos, para quienes no nacían de aquel axioma o tópico jurídico derechos materiales ni remedios procesales.

IV. LA CONSTITUCION DE 1978 Y LA PRESUNCION DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El inciso final del artículo 24.2 de la Constitución declara que todos tienen derecho a la presunción de inocencia. Esta norma debe ser interpretada, en virtud de la remisión del artículo 10.2 CE, de conformidad, entre otras, con el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el 6.2 del Convenio de Roma y con el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.

Por vez primera en nuestra historia, la presunción de inocencia es un derecho de rango constitucional. Digámoslo con palabras de la muy importante sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981: «Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata» (25).

En cuanto tal derecho fundamental debe ser tutelado por todos los jueces y tribunales integrantes del poder judicial y goza de la protección extraordinaria del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53 CE y arts. 41 y 44 de la LOTC). Su contenido esencial no es disponible por el legislador, que en todo caso ha de respetarlo (art. 53.1 CE), razón por la cual importa definir en qué consiste, como en efecto lo ha hecho el Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia que vamos a analizar. Sin querer formular aquí el régimen de los derechos fundamentales, sí conviene recordar, para que se pueda apreciar la importancia de la transformación operada de lo que era un principio al actual derecho a la presunción de inocencia, que éste sólo puede ser desarrollado por medio de ley orgánica (art. 81 CE), que goza de la máxima rigidez ante una posible reforma constitucional (art. 168.1 CE) y que tanto la presunción de inocencia como todos

(25) STC 31/81, fundamento jurídico 2, JC II, pp. 213 y ss.

los otros derechos fundamentales no sólo son derechos públicos subjetivos de cada individuo, sino además «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto ésta se configure como marco de una convivencia humana, justa y pacífica» (STC 25/81, fundamento jurídico 5).

V. PRESUNCION DE INOCENCIA, ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO Y CERTEZA DE LA CULPABILIDAD

Nuestra atención se va a centrar desde ahora sobre el problema de cómo puede amparar el Tribunal Constitucional la presunción de inocencia sin quebrar ni el precepto procesal penal de libre valoración de la prueba ni la prohibición que le impone el artículo 44.1, b), de la LOTC en orden a no entrar a conocer en ningún caso los hechos que dieron lugar al proceso *a quo* en el que, a juicio del recurrente en amparo, se ha violado su derecho a la presunción de inocencia.

Desde su primera sentencia al respecto, el Tribunal ha señalado que teniendo la presunción de inocencia el carácter de presunción *iuris tantum* sólo puede quedar desvirtuada merced a una «mínima actividad probatoria» (26). Ello implica que no puede imputarse al acusado «la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que se demuestre lo contrario» (27), de donde se infiere que la «actividad probatoria» (28) o «carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste» (29). La prueba producida ha de ser tal «que de alguna forma pueda entenderse de cargo» (30); ha de haberse practicado en el juicio (31), para de ese modo hacer posible la contradicción (32); y ha de haberse producido con las debidas garantías procesales (33), lo que a

(26) STC 31/81, fundamento jurídico 3, JC II, pp. 213 y ss.

(27) STC 124/83, fundamento jurídico 1, JC VII, pp. 522 y ss.

(28) La expresión «mínima actividad probatoria» de la STC 31/81 fue poco a poco sustituida en autos y en sentencias por esta otra; cfr. como ejemplo STC 36/83, fundamento jurídico 2, JC VI, pp. 28 y ss.

(29) STC 77/83, fundamento jurídico 2, JC VII, pp. 1 y ss.

(30) STC 31/81, fundamento jurídico 3, JC II, pp. 213 y ss.

(31) STC 31/81, fundamento jurídico 3, JC II, pp. 213 y ss.

(32) STC 101/85, fundamentos jurídicos 6 y 7, JC XIII, pp. 25 y 26. STC 173/85, fundamento jurídico 2, JC XIII, p. 517.

(33) STC 31/81, fundamento jurídico 2, JC II, pp. 213 y ss.

su vez implica en primer lugar que los medios probatorios traídos al proceso no pueden hacerse valer ni pueden ser admitidos por el juzgador si se han obtenido «violentando derechos o libertades fundamentales» (34). Partiendo, pues, «de la obligada distinción entre medio y resultado» (35), el Tribunal Constitucional, en caso de recurso de amparo, debe examinar si se produjo la actividad probatoria de cargo, esto es, «si se da el presupuesto necesario para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de inocencia» (36). Todo esto concierne al control, por el Tribunal Constitucional en vía de amparo, de la existencia de la prueba como medio y de los caracteres o requisitos de dicha actividad probatoria de cargo. En lo hasta aquí sintetizado puede decirse que ha habido casi unanimidad (37) y que la doctrina del Tribunal ha ido perfilándose sin saltos, sino caso a caso, y sin conflictos entre las sentencias de cada Sala.

Ahora bien, comprobada en amparo la existencia de una actividad probatoria ajustada a los requisitos expuestos, ¿el Tribunal Constitucional no tiene ya nada que decir respecto a la valoración de la prueba —la prueba como resultado—? En principio, así parece haberlo entendido el Tribunal, cuya primera sentencia sobre presunción de inocencia ya sentó la afirmación de que «el principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 741 de la L. E. Cri. supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia» (38). No obstante, el reconocimiento explícito de tal principio, unido al de los límites de la jurisdicción constitucional (39), no han impedido que el Tribunal haya formulado interesantes consideraciones para precisar en qué consiste la libre apreciación de la prueba, cómo hay que entender y respetar tal principio sin por ello vulnerar la presunción de inocencia y, finalmente, hasta dónde puede

(34) STC 107/85, fundamento jurídico 2, JC XIII, p. 77, y la STC 114/84, allí citada (fundamentos jurídicos 3, 4 y 5, JC X, pp. 301 a 305).

(35) STC 55/82, fundamento jurídico 2, JC IV, p. 161.

(36) STC 101/85, fundamento jurídico 7, JC XIII, p. 26.

(37) Como excepción puede considerarse el voto particular de ANGEL ESCUDERO en la STC 31/81 (JC II, pp. 221 a 224); pero compárese luego con la STC 107/83, de la que fue ponente este magistrado, y con otras muchas sentencias de la Sala de que formaba parte.

(38) STC 31/81, fundamento jurídico 3, ya citada.

(39) Cfr., a título de ejemplo, STC 36/86, fundamento jurídico 2, JC VI, pp. 28 y ss., así como numerosísimos autos de inadmisión.

llegar el Tribunal Constitucional en defensa de la presunción de inocencia sin revisar por su parte la valoración de los resultados probatorios, es decir, sin alterar el *factum* declarado como probado por el o los órganos judiciales.

Es muy frecuente el reconocimiento explícito de la necesidad de respetar la valoración de la prueba hecha por el juzgador porque es de su exclusiva incumbencia. Al llevarla a cabo el juez penal, «superando caducos sistemas de prueba legal, asume en libertad, según su conciencia, o íntima convicción, la comprometida función de fijar los hechos probados, a los que se anuda, en su caso, la calificación penal y los efectos inherentes a la misma» (40).

En alguna sentencia el respeto a la libre apreciación judicial de la prueba va unido a la glosa de otros preceptos constitucionales o de la Ley Orgánica del Tribunal; véase a tal efecto el muy rotundo texto siguiente: «... correspondiendo a aquellos órganos judiciales, al sentenciar, apreciar y valorar las pruebas efectivamente practicadas, *con arreglo a su conciencia o convencimiento íntimo y personal*, según determina el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *que no fija tasa legal o ponderativa distinta*, sin que en tal supuesto pueda el Tribunal Constitucional subrogarse en la valoración efectuada de dicha prueba, convirtiéndose en un órgano revisor o tercera instancia, ya que el artículo 44.1, *b*), de la LOTC le impide conocer de los hechos que dieron lugar al proceso en todo caso, por ser campo específicamente atribuido con exclusividad a la jurisdicción ordinaria —artículo 117.3 de la CE—, *correspondiendo únicamente a aquél comprobar* si ante la alegación de la virtualidad de la presunción de inocencia ha existido una mínima actividad probatoria de cargo que pudiera desvirtuarla, *pero respetando el criterio con que la misma fue valorada por el Tribunal Penal*» (41). Luego volveremos sobre algunas de las expresiones que me he permitido destacar en esta sentencia, cuyo párrafo transcrito insiste, por una parte, en que la apreciación del resultado probatorio corresponde a los órganos judiciales ex artículo 117.3 de la CE, con exclusión del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 44.1, *b*), de su Ley; y, por otro lado, en que libre apreciación en conciencia significa «convencimiento íntimo y personal», limitando la intervención del Tribunal Constitucional *únicamente* a comprobar si ha habido actividad probatoria.

Lo dicho en esta sentencia no ha sido contradicho por ninguna. Sin em-

(40) STC 55/82, fundamento jurídico 2, JC IV, p. 161. En términos semejantes, STC 103/85, fundamento jurídico 2, JC XIII, p. 41.

(41) STC 107/83, fundamento jurídico 2, JC VII, pp. 335-336.

bargo, el Tribunal no se ha limitado, como podría inferirse de tan rígida diferenciación de competencias, a la única comprobación indicada. Veámoslo.

En primer término, el Tribunal ha reiterado tanto en autos de inadmisión como en alguna sentencia, que no tiene nada que ver con una posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia la simple discrepancia del recurrente condenado con la apreciación de la prueba libremente efectuada por el juez cuando en el juicio ha habido «varios actos probatorios», y no se ha subrogado en la valoración judicial, respetando su jurisdicción y su libertad de apreciación (42).

El mismo respeto a la libre apreciación conduce al Tribunal a no actuar como juez de revisión de la valoración de la prueba cuando el Tribunal de instancia absuelve y el de apelación condena: «Sucede, sin embargo, que si con los mismos elementos probatorios otro Tribunal, el de apelación, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio (art. 741 L. E. Cri.), llega a un resultado contrario y, en este caso, *al convencimiento razonable y razonado* de la culpabilidad de los antes absueltos, no por ello puede afirmarse violación alguna contra la presunción de inocencia, *siempre que las pruebas practicadas en el juicio sean las que le proporcionen fundamento para su convicción*» (43). El texto, aun sin contradecir en modo alguno sentencias anteriores aquí citadas, pone el acento en otro matiz: el convencimiento, razonable y razonado, ha de tener como fundamento la actividad probatoria.

De la libertad de apreciación de la prueba se infiere también que si el juez penal absuelve a un acusado por no haber alcanzado para él grado de «certeza plena» la comisión de un hecho delictivo por aquél, ello no obstante, esa misma conducta no merecedora de sanción penal puede, sin embargo, ser considerada como relevante para el juez del orden laboral, con tal de que no haya contradicción en una y otra sentencia sobre la realidad o no de unos mismos hechos (44).

Conviene, por último, señalar dentro de esta serie de pronunciamientos, en los que se precisa la relación entre valoración libre y presunción de inocencia, que el Tribunal, una vez ha comprobado la existencia de actividad probatoria en un caso, no ha entrado a valorar si las pruebas eran o no abundantes o suficientes para extraer de ellas un determinado resultado (45).

(42) Cfr., por todas, STC 36/83, fundamento jurídico 2, JC VI, p. 33.

(43) STC 124/83, fundamento jurídico 1, JC VII, pp. 524-525.

(44) STC 24/84, fundamento jurídico 3, JC VIII, pp. 298 a 300.

(45) STC 159/85, fundamento jurídico 2, JC XIII, p. 411.

Tampoco ha aceptado desmenuzar cada una de las pruebas practicadas para ver si de ellas se infería o no la existencia de cada uno de los hechos probados: por el contrario, el Tribunal considera que la actividad jurisdiccional debe ser tomada en conjunto, y también ha de merecer una consideración global la existencia del «conjunto probatorio practicado» (46) sobre el que se produjo «la formulación del juicio de valor».

«Para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba» (47). Como es la inocencia la que «se presume cierta», si el juez no tiene «certeza de la autoría» debe absolver, porque sólo la certeza desvirtúa la presunción de inocencia (48). Sólo desde el convencimiento firme se puede condenar, no desde la duda.

Es en este punto donde el derecho fundamental a la presunción de inocencia conserva la proscripción de la duda como base para condenar, pero desde un planteamiento y con una construcción muy distintos. No se trata ahora, cómo en la retórica y la ética del Antiguo Régimen, de una opción entre virtudes (es preferible la benignidad al rigor, la piedad y la misericordia a la severidad), ni de que al retrato del buen juez le acomode mejor la indulgencia que la inflexibilidad, la tendencia a absolver que la inclinación a condenar. Tampoco nos encontramos ante un mecanismo o criterio que, partiendo de una benignidad objetivada en una regla hermenéutica, establezca el beneficio de la duda en favor del acusado (*favor rei*), pero sin base normativa en el ordenamiento ni control *a posteriori* en caso de vulneración. La consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribire la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente. La interdicción de la condena dubitativa (esto es, de la formulada por el juez que no tenga certeza de la culpabilidad del acusado) forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del que constituye el núcleo (49). De la certeza inicial sobre la inocencia el juez puede llegar a la contraria, pero sólo dentro del proceso, merced a una actividad probatoria que reúna los requisitos ya analizados y tras una valoración o apreciación libre de aquélla. «Se trata, pues, de una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por pruebas

(46) STC 77/83, fundamento jurídico 2, JC VII, p. 7, y STC 105/83, JC VII, pp. 322-323.

(47) STC 55/82, fundamento jurídico 2, JC IV, p. 161.

(48) Recuérdese el texto antes transcrito de GÓMEZ ORBANEJA, *supra*, notas 16 a 19.

(49) STC 124/83, fundamento jurídico 1, JC VII, p. 525; STC 24/84, fundamento jurídico 3, JC VIII, p. 299; STC 55/82, fundamento jurídico 2, JC IV, p. 161.

en contra, pero sólo por pruebas, esto es, no por impresiones o apariencias no contrastadas en juicio con arreglo a las normas que regulan la actividad probatoria y con todas las garantías inherentes a un proceso público» (50). De una certeza a otra, el proceso como camino y la duda como imposible jurídico.

Certeza y duda, en cuanto fenómenos de conciencia, se resisten a ser definidas en términos precisos y objetivos. Como el Derecho requiere la existencia de referentes convencionales que eviten un estéril y asocial solipsismo, es necesario arriesgar alguna conceptualización de la certeza, y a tal efecto entiendo que continúa siendo útil el texto clásico de BECCARIA: «... la certeza moral no es rigurosamente más que una probabilidad, pero una probabilidad tal que es llamada certeza porque todo hombre de buen sentido asiente necesariamente a ella por una costumbre nacida de la necesidad de obrar y anterior a toda especulación. La certeza que se requiere para declarar a un hombre culpable es, pues, la que determina a todo hombre en las operaciones más importantes de la vida» (51).

VI. POSIBILIDAD Y LIMITES DEL CONTROL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA APRECIACION DE LA PRUEBA POR EL JUEZ PENAL

Pero ¿puede el Tribunal Constitucional controlar si el juzgador ha condenado desde la certeza o si, por el contrario, lo hizo desde la duda? ¿Puede el Tribunal comprobar si la certeza estaba fundada racionalmente? ¿Puede considerar como correcto o incorrecto, suficiente o no el grado de certeza alcanzado por el juzgador al condenar? ¿Debe el Tribunal apreciar no sólo si hubo actividad probatoria, sino si ésta fue la adecuada?

Con ocasión de la sentencia de 28 de julio de 1981 y de algunas posteriores algunos juristas entendieron que el principio de libre apreciación de la prueba del artículo 741 de la L. E. Cri. debería ser objeto de reformulación por el propio Tribunal y a través de una construcción profunda del derecho fundamental en cuestión (52). Por su parte, JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO, en un excelente estudio monográfico sobre un tema más amplio

(50) STC 173/85, fundamento jurídico 1, JC XIII, pp. 516-517.

(51) C. BECCARIA, *De los delitos...*, pp. 83-84.

(52) J. GUERRA SAN MARTÍN y otros, «El derecho...», cit. en nota 24, pp. 1202 a 1204.

dentro del cual insertó el tratamiento de la presunción de inocencia y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, afirmaba en un pasaje notable que la citada sentencia «ha supuesto el hundimiento de los viejos dogmas sobre los que férreamente se venía apoyando la jurisprudencia», dogmas todos ellos extraídos, a su entender, del artículo 741, y que eran: a) el dogma de la «íntima convicción» entendido como equivalente a «la más absoluta e irrefrenable soberanía» en la apreciación; b) «el dogma de la inmotivación de esa apreciación probatoria», y c) «el dogma de la inatacabilidad de la narración fáctica realizada por el Tribunal» (53). En otro momento habla de la «insuficiencia de la construcción» del Tribunal Constitucional con base en la sentencia de 28 de julio de 1981, para llegar a la conclusión de que «parece inevitable que si el TC quiere amparar eficazmente la presunción de inocencia tendrá que acabar por exigir que obre en la causa la prueba adecuada que racionalmente enerve y desplace la presunción, aunque ello pueda decirse que implica una valoración de la prueba realizada por el TC» (54).

La insuficiencia evidente de la doctrina contenida en aquella primera sentencia, a la que, como es no menos evidente, no se le podía exigir lo contrario, ha sido completada en buena medida, a mi modo de ver, por las sentencias aquí citadas y aun por otras que quedan al margen del campo acotado. La reinterpretación del principio de libre apreciación se ha llevado a cabo a través de «fases» o de concreciones no muy distintas a las que apuntaban GUERRA, BELLOCH y TORRES en su muy ponderado trabajo (55). El Tribunal ha reiterado que la valoración de la prueba concierne al juzgador en la instancia, ha repetido su respeto a la libre apreciación y ha afirmado que no le concierne revisar la valoración de la prueba (56).

Sin embargo, dos recientes y casi simultáneas sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional obligan a replantearse las preguntas que nos formulamos al comienzo de los apartados V y VI (57).

(53) JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 357.

(54) *Op. cit.*, pp. 409-414 (el subrayado es mío).

(55) *Op. cit.* en nota 24, p. 1202 *in fine*.

(56) Véanse la casi totalidad de las sentencias hasta aquí citadas. En el mismo sentido, cfr. el trabajo de GUERRA, BELLOCH y TORRES, p. 1203.

(57) Hasta el cambio operado en febrero de 1986, la Sala 1.^a, presidida por GARCÍA-PELAYO, estaba integrada por los magistrados LATORRE, DÍEZ DE VELASCO, BEGUÉ, GÓMEZ-FERRER y ESCUDERO. Las sentencias son la 174 y 175 de 1985 y pueden consultarse en el BOE de 15 de enero de 1986, suplemento, pp. 16 a 23. Para evitar excesi-

Expondré en síntesis su contenido para reflexionar después sobre su significado.

Ambas sentencias se dan en sendos recursos de amparo frente a sentencias penales condenatorias basadas en pruebas indiciarias. Siendo del mismo órgano (Sala 1.^a) y de la misma fecha (17 de diciembre de 1985), sus respectivos razonamientos no ofrecen diferencias importantes ni casi matices relevantes salvo en un punto, que en el momento oportuno indicaré. Su esquema es el siguiente:

a) Se reitera la vigencia del artículo 741 L. E. Cri. y, por consiguiente, se señala que al juez penal le corresponde apreciar en conciencia la prueba.

b) Al Tribunal Constitucional no le corresponde «revisar la valoración de la prueba hecha por el juzgador».

c) Tal valoración ha de versar sobre una actividad probatoria de cargo. *«El resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse de cargo, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado»* (STC 174/85, fundamento jurídico 2).

d) Cuando las pruebas practicadas son directas, «es decir, cuando la prueba recae inmediatamente sobre los hechos relevantes para la condena del acusado» (STC 174/85, fundamento jurídico 3), la delimitación de la competencia del Tribunal Constitucional no presenta dificultades, pero éstas surgen cuando en el juicio penal sólo hubo «prueba indiciaria o circunstancial, es decir, aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferir éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar» (STC 174/85, fundamento jurídico 3).

e) Si sólo ha habido prueba indiciaria, ¿qué sucede? El Tribunal Constitucional no puede revisar, como se ha dicho, la valoración de la prueba que haga el Tribunal penal, pero debe verificar si esa prueba ha existido y si puede calificarse como prueba de cargo. Cuando la única prueba practicada es la indiciaria puede surgir el problema de si nos encontramos ante una verdadera prueba de ese tipo, es decir, ante una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al

vas citas reproduciré textos de una y otra indicando sólo entre paréntesis la sentencia a la que corresponden (174/85 o 175/85). No hubo en ellas votos particulares. Pueden verse ambas sentencias en JC XIII, pp. 519 a 530 (STC 174) y pp. 531 a 542 (STC 175).

acusado, o si las conclusiones a que se pueda llegar por esta vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la Constitución. El Tribunal Constitucional debe enfrentarse en estos casos con la difícil tarea de verificar si ha existido una verdadera prueba indiciaria o si lo único que ha producido es una actividad que, a pesar de su finalidad probatoria, no ha logrado más que arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado.

f) Es decir, «en este caso surge la cuestión de determinar si el órgano judicial debe razonar su actividad deductiva» (STC 175/85, fundamento jurídico 5). La respuesta es afirmativa, porque el artículo 120.3 de la Constitución exige que las sentencias sean motivadas, y el Tribunal ha reiterado que en virtud del artículo 24.1 CE las resoluciones judiciales han de ser fundadas en Derecho. De no ser expreso el razonamiento, y no «meramente interno», no «habría manera de que el Tribunal Constitucional determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo», hipótesis en que se habría vulnerado la presunción de inocencia «al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo» (STC 175/85, fundamento jurídico 5).

g) Esto es así, a pesar del silencio al respecto del artículo 242 de la L. E. Cri., porque la motivación exigida por el artículo 120.3 de la CE ha de entenderse que «en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, *si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia*» (STC 174/85, fundamento jurídico 7).

h) Todo lo dicho hasta aquí «no se opone al principio de libre valoración de la prueba ni tan siquiera a su valoración en conciencia», porque ésta «no equivale a valoración de indicios carente de razonamiento alguno» (STC 175/85, fundamento jurídico 5), y, asimismo, porque «no se impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba, es decir,

no se vuelve a ningún sistema de prueba legal o tasada, *sino que se le pide únicamente* que exprese los criterios que han presidido la valoración de los indicios» (STC 174/85, fundamento jurídico 7).

i) Como en las sentencias impugnadas no se recogió tal razonamiento, la Sala las anuló, otorgó el amparo y retrotrajo las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, para que se pronunciaran de nuevo.

Ahora bien: en la fase final de su propio razonamiento las sentencias 174 y 175 difieren entre sí, como ya anuncié, en un punto importante. La primera de ellas no basa la exigencia del razonamiento de valoración de la prueba indiciaria en el artículo 24.1 de la CE, sino sólo en el 120.3 y en el 24.2 y, por lo mismo, en el fundamento jurídico 8 sólo considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, porque, dice, «de lo que se trata es de asegurar a la acusada *la garantía formal de que* el razonamiento hecho por el Tribunal ha formado su convicción sobre *una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia*». Es de notar que en el fallo el único derecho que se reconoce a la recurrente es el de obtener un fallo con ese razonamiento.

Por su parte, la sentencia 175 concluye (fundamento jurídico 6) que «la subsunción de la conducta probada en el tipo penal no se encuentra debidamente fundada, lo que vulnera el artículo 24.1 de la Constitución y, asimismo, se vulnera el artículo 24.2 de la Constitución, por no resultar garantizado que se haya desvirtuado la presunción de inocencia, «al no estar fundada la prueba indiciaria». Coherentemente, en el punto b) del fallo se reconoce que han violado a los recurrentes su derecho a la tutela judicial efectiva y su derecho a ser presumidos inocentes.

Hasta aquí el análisis de estas dos importantes sentencias en las que el Tribunal se ha esforzado, como en tantas otras, por dotar a los derechos fundamentales de un contenido real, efectivo y con proyección sobre el ordenamiento infraconstitucional. En este último aspecto es de destacar la exigencia de que la apreciación en conciencia del artículo 741 de la L. E. Cri. vaya acompañada de la obligatoriedad (al menos cuando la prueba practicada sea toda ella indiciaria, supuesto que se da en las dos sentencias penales que están en la base de los dos procesos de amparo) por parte del juez penal de razonar su proceso de convicción de la culpabilidad del acusado.

El primer fundamento jurídico constitucional de ambas sentencias es el artículo 120.3, pero como de su exigencia de motivación no se puede inferir directamente en caso de incumplimiento una lesión de un derecho fundamental merecedor del otorgamiento del amparo, se busca un enlace con al-

guno de los derechos fundamentales. La STC 175/85 lo encuentra en el artículo 24.1. El Tribunal ha dicho con reiteración que el derecho a la tutela judicial efectiva implica el de obtener una resolución fundada en Derecho, y ya había conectado, al menos en una ocasión, esta exigencia con el derecho a la presunción de inocencia (58). Sobre esa doble base, la STC 175/85 concluye que el razonamiento en virtud del cual el Tribunal *a quo* pasa de los indicios a la conclusión de que el acusado ha realizado la conducta en que consiste el tipo delictivo «no puede ser meramente interno», sino que ha de constar expresamente en la sentencia. Si no se expresa en ésta, «la subsunción de la conducta probada en el tipo penal *no se encuentra debidamente fundada*, lo que vulnera el artículo 24.1 de la Constitución».

Con tal construcción el razonamiento de la STC 175/85 se desliza desde la exigencia de que la sentencia impugnada esté *fundada en Derecho* a la de que el juicio de subsunción esté *debidamente fundado*. Como se reconoce al Tribunal Constitucional competencia para declarar si la fundamentación existente es o no *debida*, parece claro que en este punto su función se aproxima mucho a la de un recurso de casación.

Pero como la STC 175/85 no hace mayor hincapié en el artículo 24.1 de la CE y la STC 174/85 omite toda referencia a él y se centra en una construcción más limpia en el artículo 24.2, volvamos a la presunción de inocencia y a la exigencia de razonamiento expreso del juicio de certeza sobre los hechos.

Llama la atención que esta exigencia se predica al parecer sólo en el caso de la prueba indiciaria y constituye una «peculiaridad» de la eficacia de tales pruebas (STC 174/85, fundamento jurídico 3 *in fine*), ya que se dice que «en este tipo de pruebas es imprescindible una motivación expresa» (*ibidem*, fundamento jurídico 7). Si la expresión del juicio de certeza es una exigencia del derecho a la presunción de inocencia, acaso tuviera más lógica exigirlo en todo tipo de pruebas, aunque cupiera pensar que en caso de prueba directa su expresión fuese más fácil o más convincente. De otro modo se establecería una diferencia poco justificada entre ambos géneros de prueba, que, por otra parte, pueden coexistir en un mismo proceso, aunque en la práctica sean más frecuentes las pruebas circunstanciales o de indicios. Parece partirse también de una consideración de la prueba de indicios como dotada de menor fuerza de convicción, lo que justificaría la necesidad de razonar expresamente la certeza de culpabilidad obtenida sobre su sola base.

(58) STC 108/84, fundamento jurídico 2, JC X, pp. 211 y ss.

Pero tal valoración sería, cuando menos, discutible por su generalidad, ya que de una serie de indicios convergentes puede obtener el juzgador mayor grado de certidumbre que de una sola prueba directa. En la exigencia del juicio expreso del paso de la sospecha a la certeza se percibe el eco de la vieja construcción de la prueba indiciaria, como *semi plena probatio* o prueba incompleta o prueba de la duda, siendo así que de ella o se obtiene certeza o lo que se infiere es irrelevante a efectos probatorios. Es cierto, como se advierte en el fundamento 7 de la STC 174/85, que con la exigencia de un razonamiento expreso del juicio de certeza sobre los hechos en caso de pruebas indiciarias no se va en contra del principio de libre valoración ni se «impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba», volviendo con ello al sistema de prueba tasada; pero no es menos cierto que este requisito impuesto al juzgador sólo en cuanto a la prueba de indicios, la diferencia en un punto importante y con gran relevancia práctica. Cabe pensar que la delimitación de la construcción a la prueba de indicios (por lo demás difícilmente diferenciable en la práctica de la prueba directa) sólo se debe al hecho fortuito de que en los procesos penales de los que ambos recursos de amparo traen causa sólo se dieran ese género de pruebas.

El problema más difícil es, con todo, el de si con la exigencia de que el juzgador razone su certeza se ha avanzado demasiado o no por el camino que conduce a convertir al Tribunal Constitucional en un juez de revisión de la apreciación del resultado de la actividad probatoria.

Hasta ahora el Tribunal había distinguido con claridad entre actividad probatoria y resultado de la misma (59). La distinción quizá se debilita en el fundamento 2 de la STC 174/85, donde, después de repetir lo dicho en la sentencia de 28 de julio de 1981 sobre la actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, se añade lo transcrito en el punto c) de estas páginas. Si «el resultado de la prueba» ha de ser tal que los hechos cuya *certeza* resulte de la prueba practicada «acrediten la culpabilidad del acusado», ¿quién valora esa certeza, quién distingue si el resultado produce sólo sospechas o verdadera y firme certeza? ¿Sólo el juez penal o también el Tribunal Constitucional?

Como las sentencias anuladas por el Tribunal en ambos recursos de amparo no contenían ese razonamiento de la propia certeza, puede en principio pensarse que el Tribunal Constitucional sólo exige la expresión de aquél,

(59) Cfr. como ejemplo de sentencia que se detiene en el límite de tal distinción STC 101/85, fundamentos jurídicos 6 y 7, JC XIII, pp. 25 y 26.

y sólo anula las sentencias impugnadas por la carencia de tal razonamiento. A esa momentánea convicción conduce la primera mitad del párrafo final de la STC 174/85: «De lo que se trata es de asegurar a la acusada la garantía formal de que el razonamiento hecho por el Tribunal conste expresamente en la sentencia...» Si nos detenemos ahí parece admisible la hipótesis de que el Tribunal Constitucional sólo impone como condición *sine qua non* para estimar desvirtuada la presunción de inocencia la existencia de un juicio expreso de la certeza del juez penal. De ser así, el control del contenido de tal razonamiento escaparía al Tribunal, que se contentaría con comprobar la existencia de aquel razonamiento aunque éste fuese de modo patente ilógico o absurdo o desmesurado. La relevancia protectora para los titulares del derecho a la presunción de inocencia de una construcción que llegase sólo a la exigencia de la expresión del razonamiento sería en verdad muy escasa y aquél muy pronto podría convertirse en frases rituales, en mera cláusula de estilo.

De la lectura completa de ambas sentencias no se desprende esta interpretación. Por el contrario, la expresión del razonamiento de la certeza se requiere para comprobar si hay «criterios racionales que han guiado su valoración» o, dicho de otro modo, si la actividad probatoria «conduce razonablemente a dar por ciertos» los hechos, o si de la prueba sólo resultan «sospechas» o «conjeturas» (STC 174/85). Con mayor claridad, la STC 175/85 declara que la operación deductiva a partir de la prueba indiciaria es necesario que se exprese, porque de no ser así no «habría manera de que el Tribunal Constitucional determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo» (60), en cuyo caso tampoco podría considerarse desvirtuada la presunción de inocencia. De donde parece extraerse la conclusión de que la interpretación del derecho a la presunción de inocencia contenida en las dos sentencias glosadas conduce no sólo a la exigencia de que el juez penal exprese el razonamiento de su certeza sobre los hechos que resultan probados a raíz de prueba indiciaria, sino a la de que, expresada dicha «garantía formal», su contenido no sea «arbitrario, irracional o absurdo», a juicio del Tribunal Constitucional.

Con esta construcción el Tribunal Constitucional no se convierte en juez

(60) STC 175/85, fundamento jurídico 5, con previa invocación de la STC 140/85, de 21 de octubre, fundamento jurídico 3, JC XIII, pp. 202 a 204; en esta sentencia citada se trata de anular o no un auto de la Sala 2.ª del TS, versa sobre la interpretación del art. 849.2 de la L. E. Cri. y refiere al Tribunal de Casación la tarea de revisar si el juez penal había realizado o no injerencias «arbitrarias, irracionales o absurdas».

de los hechos, pues no los califica ni enjuicia, ni en revisor de la valoración de la prueba, pues no la sustituye por otra, pero es innegable que al poder rechazar por «arbitrario, irracional o absurdo» el proceso deductivo construido sobre la actividad probatoria y expresamente contenido en la sentencia penal condenatoria, el Tribunal Constitucional llega hasta el límite de su función definitoria del derecho fundamental, sin entrar a ser lo que no puede ser, esto es, un juez sobre los hechos, cuyo conocimiento (en el sentido de enjuiciamiento) le está vedado [art. 44.1, b), LOTC]. Por este camino el Tribunal parece haber llegado hasta donde podía ir.

Por último, conviene reflexionar sobre dos dificultades derivables de la exigencia contenida en estas dos sentencias relativa a la explicitación del razonamiento concerniente a la valoración de la prueba. La primera creo que puede plantearse en los órganos judiciales penales colegiados, y consiste, en mi opinión, en el diferente proceso mental que cada juez puede recorrer para llegar a la certeza, aun apreciando unas mismas pruebas y aun llegando a la convicción de la culpabilidad del acusado. Ante unas mismas pruebas practicadas un juez puede llegar a la certeza condenatoria porque le convenga lo que a otro no, y éste puede valorar como decisivo el resultado de una prueba que a aquél o a un tercero puede haber dejado indiferente o sumido en la duda. La segunda dificultad que preveo guarda relación con la anterior, pero quizá resulte agravada cuando la necesaria expresión del proceso lógico desde la prueba hasta la certeza de la culpa deba referirse al juez de los hechos y de la prueba en el juicio por jurados.