

## Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e *in dubio pro reo* \*

Rafael Alcácer Guirao

Universidad Rey Juan Carlos

---

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e *in dubio pro reo*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-09, pp. 1-47.

<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-09.pdf>

RESUMEN: A partir de una concepción persuasiva del razonamiento probatorio, basada en una versión subjetiva de la libre convicción, la jurisprudencia ha venido excluyendo el *in dubio pro reo* del contenido del derecho a la presunción de inocencia, así como, con ello, de su ámbito de revisión sobre la valoración de la prueba. Ello ha motivado cierta confusión entre el papel de la duda razonable en el juicio de valoración y los estándares de suficiencia que permiten llegar a una decisión probatoria. Partiendo de un modelo de valoración racional de la prueba, la relevancia de la duda en el razonamiento probatorio exige diferenciar tres aspectos: (i) si, como regla de valoración, el juicio debe abarcar las dudas razonables emanadas de la hipótesis de descargo; (ii) si, como regla de decisión, el estándar de suficiencia debe consistir en la superación de toda duda razonable; (iii) y si debe existir una regla de segundo orden que obligue a absolver en caso de que se susciten dudas razonables.

PALABRAS CLAVE: Presunción de inocencia, valoración de la prueba, estándar de prueba, *in dubio pro reo*.

TITLE: **Some doubts about reasonable doubt: Evidence on the defense, standards of proof, *in dubio pro reo***

ABSTRACT: Based on a persuasive notion of evidentiary reasoning, and a subjective conception of the free conviction, the High Courts have excluded the *in dubio pro reo* principle from the content of the right of presumption of innocence, and thus from its scope of review on the assessment of evidence. Based on a model of rational assessment of evidence, the relevance of doubt in evidentiary reasoning requires a distinction to be made between three aspects: (i) whether the assessment must cover the reasonable doubts arising from the hypothesis of acquittal; (ii) whether the burden of proof must be the standard beyond any reasonable doubt; (iii) and whether the outcome must be an acquittal in the event that reasonable doubts are raised.

KEYWORDS: Presumption of innocence, evidentiary reasoning, burden of proof, *in dubio pro reo*.

Fecha de recepción: 15 enero 2021

Fecha de publicación en RECPC: 9 junio 2021

Contacto: [rafael.alcacer@urjc.es](mailto:rafael.alcacer@urjc.es)

**SUMARIO:** 1. *Introducción. Presunción de inocencia, in dubio pro reo y suficiencia de la prueba.* 2. *La libre convicción de la prueba y el modelo subjetivo de valoración.* 2.1. *La convicción íntima como criterio de valoración probatoria.* 2.2. *In dubio pro reo y presunción de inocencia.* 3. *Valoración racional de la prueba y duda razonable.* 3.1. *Un modelo racional de valoración de la prueba.* 3.2. *Concepción objetiva del in dubio pro reo: la duda razonable y la valoración de la prueba de descargo.* 4. *Criterios de revisión en segunda instancia y derecho al doble grado de jurisdicción.* 5. *Dimensiones de la duda razonable.* 5.1. *Estándares de suficiencia y criterios de revisión de la valoración probatoria.* 5.2. *Valoración de la prueba de descargo y racionalidad del estándar probatorio.* 5.3. *¿Superación de toda duda razonable o probabilidad preponderante?* a. *El estándar de probabilidad preponderante en la jurisprudencia.* b. *El estándar de probabilidad preponderante en la doctrina: crítica a la tesis de Nieva Fenoll.* c. *Razones para un estándar cualificado.* 5.4. *Algunas concreciones del juicio de suficiencia probatoria.* 6. *Conclusiones. Bibliografía. Jurisprudencia citada.*

---

\* Agradezco a Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y a Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno por sus sugerencias sobre una versión inicial del trabajo.

## 1. **Introducción. Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y suficiencia de la prueba**

Como regla de juicio, el derecho a la presunción de inocencia impone al Estado la carga de acreditar la responsabilidad del ciudadano sometido al *ius puniendi* a partir de pruebas lícitas, válidas y suficientes. El conjunto de garantías que emanan de esa triple exigencia establece una íntima vinculación con otros derechos fundamentales, tanto sustantivos (cuya vulneración en la obtención de diligencias de investigación conllevará *prima facie* la ilicitud de las pruebas obtenidas, ex artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) como procesales (vulnerándose también el derecho a un proceso con todas las garantías cuando se llevan al proceso pruebas ilícitas o cuando la prueba se practica sin la debida contradicción o intermediación). Dada la relación estructural que presenta con otros derechos fundamentales, puede decirse que el derecho a la presunción de inocencia configura el estatuto jurídico del acusado en el proceso penal, pues, como tempranamente afirmó el Tribunal Constitucional, "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio)<sup>1</sup>.

No es pretensión de este trabajo abordar todas las dimensiones del derecho fundamental. En las líneas que siguen me ocuparé únicamente del requisito de la suficiencia de la prueba, atendiendo a las diferentes vertientes que presenta la *duda* en la valoración y revisión de la prueba.

La concreción de la suficiencia probatoria puede enfocarse desde dos perspectivas complementarias entre las que, como veremos, existe un considerable grado de conexión, y de confusión. La *primera* pasa por determinar el objeto de enjuiciamiento

<sup>1</sup> O, en palabras, de SÁNCHEZ-VERA, 2012, p. 37: "la presunción de inocencia no es un principio más del proceso, es el proceso mismo". Véase también NIEVA FENOLL, 2013: "principio básico de todo el proceso penal" (p. 17); "clave de bóveda de todo el proceso penal" (p. 36).

en la valoración y la revisión de la suficiencia probatoria; en particular, si basta para ello con que el razonamiento probatorio no sea irrazonable ni arbitrario —o, en positivo, si se basa en máximas de experiencia y reglas de la lógica—, o si es preciso, además, haber valorado la prueba de descargo y, con ello, descartado alternativas razonables de inocencia. Esta controversia es particularmente relevante en la revisión que han de acometerse en segunda instancia, estando por ello íntimamente conectada con el derecho al doble grado de jurisdicción. Como veremos, en la Sala Segunda del Tribunal Supremo coexisten dos concepciones enfrentadas acerca del grado de densidad que debe darse a esa revisión, y que se concretan en esa alternativa enunciada. La *segunda* consiste en establecer el estándar probatorio a partir del cual se legitima la condena penal; en síntesis: si para considerar suficiente la prueba basta con que la tesis inculpativa sea preponderante o si ha de alcanzarse el umbral de superación de toda duda razonable. Y tras ambas perspectivas aparece, implícito, el *in dubio pro reo*; principio que, en la confusión citada, ha sido considerado desde núcleo del derecho a la presunción de inocencia a cláusula accesorias y prescindible de la valoración de la prueba.

Más concretamente, la finalidad esencial del estudio es deslindar tres dimensiones del razonamiento probatorio que en ocasiones aparecen confundidos o entremezclados, dado el papel que en todos ellos juega la *duda*. Anticipando algunas conclusiones, será preciso, así, distinguir la función de la duda como *regla de valoración* —si debe o no incorporarse a las bases del razonamiento probatorio la prueba de descargo, a fin de descartar dudas razonables—, como *regla de decisión* —cuál es el *estándar de suficiencia* que permite confirmar la hipótesis acusatoria, y, en particular, si debe ser el de superación de toda duda razonable—, y como *regla de decisión de segundo orden* —qué debe hacer el juez en caso de duda sobre si se ha alcanzado ese estándar de suficiencia: *in dubio pro reo*—.

## 2. La libre convicción de la prueba y el modelo subjetivo de valoración

### 2.1. La convicción íntima como criterio de valoración probatoria

La valoración de la prueba practicada, como regla general, en el acto del juicio oral constituye el paso necesario para la determinación del relato de hechos, que a su vez es presupuesto de la posterior calificación jurídica de tal *factum* que habrá de realizar el juez penal para decidir la condena o absolución. A diferencia de esta segunda evaluación, y pese a la trascendencia que conlleva para el ciudadano sometido al *ius puniendi*<sup>2</sup>, la relativa a la valoración de los hechos ha recibido menor atención

<sup>2</sup> Cfr. FRISCH, 2016, p. 170: “Los principios de la valoración de la prueba resultan significativos en muchos más casos que todas las teorías del derecho material, que sólo adquieren relevancia en alguno que otro caso. Aun para el acusado la valoración de la prueba tiene mucha mayor importancia que muchas teorías del derecho material. Por regla general, es la valoración de la prueba la que decide acerca de si un acusado debe

por parte de la teoría jurídica (continental)<sup>3</sup>. Esa ausencia de desarrollo teórico se debe, en buena medida, a que el proceso de valoración de la prueba ha venido siendo considerado hasta tiempos recientes como una operación enteramente dependiente de la libertad de criterio y discrecionalidad del juez del caso y, en tal medida, exenta de reglas.

La desaparición del sistema de prueba tasada y el pleno arraigo del basado en la libre convicción judicial conllevó, en efecto, que la valoración probatoria pasara a ser contemplada, en buena medida, como un proceso subjetivo, intuitivo o “íntimo” que, al carecer de pautas objetivables y no estar sometido a normas, había de quedar excluido del objeto de conocimiento de la dogmática jurídica. Ese nuevo sistema supuso también un giro radical en el sistema de justicia penal<sup>4</sup>. De una parte, la libertad que el nuevo sistema asignaba al juez para determinar la suficiencia de la prueba —debiendo valorarla *según su conciencia* (artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento Criminal [LECrím])— planteaba un serio dilema para el Estado de Derecho: pese a estar ante un pronunciamiento decisivo para la libertad del ciudadano, el legislador ya no tenía nada que decir al respecto, generándose una suerte de *rechts-freier Raum* que quedaba enteramente en manos del convencimiento subjetivo del juez<sup>5</sup>. De otra parte, la valoración probatoria pasaba a ser contemplada, en buena medida, como un proceso interno a la conciencia del juez penal que, al carecer de pautas objetivables y no estar sometido a reglas, era difícilmente fiscalizable por un órgano superior, al no ser entendido “meramente como una liberación de las reglas legales de valoración, sino como la liberación de toda regla, incluidas las de la lógica o las leyes científicas”<sup>6</sup>.

Hasta tiempos recientes, esta concepción ha sido interpretada, en efecto, como un modelo *subjetivo* de valoración probatoria, desde el que se asume que las conclusiones a que llega el juez *a quo*, en su privilegiada atalaya de la inmediatez, son producto de un proceso psicológico interno y, por ello, apenas transmisible. En este modelo, el juez de primera instancia es soberano en el juicio sobre los hechos, careciendo por tanto el órgano *ad quem* de los mecanismos epistemológicos para pronunciarse al respecto<sup>7</sup>. Como afirmaba el Tribunal Supremo en 1993 (sentencia

ser condenado a una pena o absuelto. Esto resulta mucho más fundamental que cuando lo que se discute es si el condenado debe ser declarado culpable por autoría, instigación o participación”.

<sup>3</sup> Así, entre otros, FRISCH, 2016, p. 171; SÁNCHEZ-VERA, 2012, p. 113; ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009b, p. 48, destacando el “histórico vacío” que presenta nuestra cultura procesal en esa materia, y el “agujero negro” que se advierte en los manuales de la procesalística al uso sobre la valoración de la prueba. Ello no obsta a poner de manifiesto el auge que, en los últimos años y sobre todo de la mano de la filosofía del derecho, está teniendo el estudio sobre el razonamiento probatorio.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, SÁNCHEZ-VERA, 2012, pp. 113 ss. Ampliamente sobre esa evolución, TARUFFO, 2011, pp. 387 ss.

<sup>5</sup> Semejante, FRISCH, 2016, p. 176.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p. 52. O, en palabras de TARUFFO, 2011, p. 396, “cuando cae el sistema de la prueba legal, éste no se sustituye por una nueva racionalidad, sino por el vacío”.

<sup>7</sup> Como afirma FERRER BELTRÁN, 2007, p. 144-145, el estándar de la íntima convicción -por oposición al de la superación de la duda razonable- “tiene la indeseable consecuencia de convertir al juez en un sujeto

de 12 de febrero), la convicción probatoria depende “de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación”<sup>8</sup>. Ello implica —tal como críticamente advertía Andrés Ibáñez— que la “mística de la inmediación”<sup>9</sup> inherente a este modelo supondrá que la decisión judicial sobre los hechos no es susceptible de argumentación en términos racionales, puesto que es fruto de un proceso psicológico intuitivo y, en buena medida, arbitrario<sup>10</sup>. Por ende, el carácter subjetivo y, por ello, inescrutable de la valoración probatoria que preside esa concepción, así como la imposibilidad de exteriorizar tal convicción íntima en un discurso argumentado llevará necesariamente a que, salvo que el mismo juzgador haya exteriorizado sus dudas, la convicción de la culpabilidad mantenida por el juez *a quo* no será susceptible de revisión en la segunda instancia<sup>11</sup>.

En resumen, y siguiendo a Ferrer Beltrán, las características esenciales de esta concepción “persuasiva” de la valoración probatoria serían las siguientes<sup>12</sup>: a) la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; b) la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación; de modo que se reserva casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba; c) exigencias de motivación muy débiles o inexistentes respecto de la discusión sobre los hechos; y d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias.

## 2.2. *In dubio pro reo y presunción de inocencia*

Desde esta concepción, por tanto, la suficiencia de la prueba —esto es, si el razonamiento probatorio resulta adecuado para enervar la presunción de inocencia— carecerá de un cauce racional de revisión, con lo que el derecho al doble grado de jurisdicción —mandato constitucional *ex* artículo 24.2 CE— tendrá un contenido muy restringido.

infalible respecto de la determinación de los hechos (puesto que estos son, judicialmente, los que el juez afirma que son)”.

<sup>8</sup> Esa concepción parece ser mantenida en la actualidad por algunos autores. Véase por ejemplo, DE LA OLIVA/ARAGONESES/HINOJOSA/MUERZA/TOMÉ, 2007, p. 550: “Y tampoco parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable”. Crítico con la concepción de este autor, FERRER BELTRÁN, 2007, p. 64.

<sup>9</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, p. 58. Véase también RUSCONI, 10098, p. 46, quien habla de una característica “fantasmal” del favor rei.

<sup>10</sup> Como destaca SÁNCHEZ-VERA, p. 115, “el criterio de la libre valoración de la prueba choca frontalmente con la proscripción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3 *in fine* CE). Si no hay baremo alguno —pues la ‘conciencia’ es de libre arbitrio— es claro que no puede haber más que arbitrariedad”.

<sup>11</sup> RUSCONI, 1998, p. 46; SÁNCHEZ-VERA, 2012, p. 118; GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p. 53. Como afirma ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, p. 90, tal concepción “intimista” del principio de la libre convicción, “aplicado al tratamiento de la presunción de inocencia (...) ha servido para dar cobertura a ejercicios de discrecionalidad incontrolable y de decisionismo inmotivado y autoritario cargados de arbitrariedad”. Crítico también TARUFFO, 2009, p. 23, calificando esa concepción de la valoración probatoria como “radicalmente irracionalista”.

<sup>12</sup> FERRER BELTRÁN, 2007, pp. 62-64. Vid. también TARUFFO, 2009, pp. 30 ss.

Ello es así porque desde ese modelo el *in dubio pro reo* quedará excluido del derecho a la presunción de inocencia. Al entenderse la valoración probatoria como un acto radicalmente subjetivo del juez, el planteamiento de dudas es prerrogativa exclusiva del órgano *a quo*; por ello, a menos que el juzgado haya manifestado expresamente una duda sobre la condena en la sentencia —caso de nuda arbitrariedad: pese a que dudo, condeno—, el control sobre el *dubio* queda excluido del derecho a la presunción de inocencia, no siendo posible confrontar la convicción subjetiva del órgano *a quo* con la eventual existencia de razones para dudar.

Esa concepción ha sido asumida, hasta tiempos recientes y con más o menos matices, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, y es defendida también por un sector de la doctrina procesalista<sup>13</sup>. El punto de partida en la comprensión de ambos tribunales es que la presunción de inocencia, como regla de juicio, opera únicamente ante la inexistencia de prueba, pero no cuando, por la alegada insuficiencia de la misma, quepa formular dudas sobre la culpabilidad; ámbito este propio del *in dubio* que, al ser inherente a la valoración probatoria en conciencia, se reserva a la libre convicción del juzgador y no es revisable en la segunda instancia.

Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, ya desde su primer pronunciamiento sobre presunción de inocencia, la STC 31/1981, de 28 de julio, se pondría de manifiesto dicha controversia, si bien inicialmente, a partir de dicha sentencia y durante casi una década, se consideró que el *in dubio pro reo* sí formaba parte del derecho fundamental. Así, afirmó el Tribunal en la citada resolución que “(u)na 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”; por tal razón, el Tribunal Constitucional reclamaba para sí el enjuiciamiento, por vía de amparo, sobre si la condena se había fundado en una actividad probatoria de cargo y de la que podía deducirse, por ello, la culpabilidad de la persona acusada<sup>14</sup>.

Frente a esa línea mayoritaria, el voto particular emitido de contrario apelaría a la íntima convicción como criterio de valoración de la prueba para rechazar, por ello, que el juicio sobre la suficiencia probatoria pudiera ser objeto de revisión por el Tribunal Constitucional en respuesta a la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia:

“La valoración de la prueba, y, por tanto, el pronunciamiento sobre si ha quedado desvirtuada la presunción *iuris tantum* de inocencia del acusado en un proceso concreto, es una operación necesaria para la fijación de la premisa fáctica de la Sentencia penal, que al formar parte del juicio, es de la exclusiva competencia del Tribunal llamado a fallar sobre los hechos del proceso; nadie

<sup>13</sup> Véase por ejemplo DE LA OLIVA/ARAGONESES/HINOJOSA/MUERZA/TOMÉ, 2007, p. 490; MONTAÑÉS PARDO, 1999, pp. 45 ss.; VEGAS TORRES, 1993, 207 ss.; ORTEGO PÉREZ, 2013, pp. 26-27.

<sup>14</sup> Sobre ello, véase BACIGALUPO, 1988, p. 367.

puede sustituir su íntima convicción psicológica en la formación de su estado de conciencia, en la forma como establece el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...); por ello, sólo el juez penal llamado por la Ley previamente a conocer del proceso y ante el que, con observancia de la inmediación, se desarrollan las pruebas y con respecto al cual se pretende un determinado convencimiento íntimo, personal, en conciencia, e inviolable, puede pronunciarse sobre el efecto que en su ánimo se ha producido dicha actividad procesal, sin que por exclusión, ningún control sobre el valor de ésta puede atribuirse al Tribunal Constitucional”.

Sin embargo, años después el Tribunal Constitucional desterraría el *in dubio* del contenido del derecho fundamental, considerando que la posible existencia de dudas razonables sobre la condena no había de ser objeto de revisión constitucional. El punto de inflexión lo constituiría la STC 44/1989, de 20 de febrero, a partir de la cual el *in dubio pro reo* dejará de ser entendido como parte del haz de garantías del derecho a la presunción de inocencia<sup>15</sup>:

“(A)unque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico *favor rei*, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales, y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia ‘subjetiva’ del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso”.

Tal concepción continúa vigente en pronunciamientos más recientes del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, se afirma en la STC 147/2009, de 15 de junio, que

“con la perspectiva constitucional, el principio *in dubio pro reo*, ‘en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial’, ni está dotado de la protección del recurso de amparo, ‘ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter inculpatório de las pruebas practicadas’ (SSTC 63/1993, de 1 de marzo, FJ 4; 103/1995, de 3 de julio, FJ 4;

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, pp. 170 ss. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia, véase ampliamente SÁNCHEZ TOMÁS, 2018.

16/2000, de 16 de enero, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 5; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 4; y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3)”.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido excluyendo el *in dubio pro reo* del derecho a la presunción de inocencia, en una línea uniforme —aunque no unánime— que se mantiene prácticamente hasta la actualidad<sup>16</sup>. Con arreglo a esta concepción, en consecuencia, la revisión sobre la existencia de dudas razonables en la valoración desplegada por el juzgador *a quo* quedará excluida del control casacional, quedando el *in dubio* restringido a su vertiente subjetiva. Claro exponente de esa línea jurisprudencial es la STS 53/2011, de 10 de febrero\*, cuyo esfuerzo analítico en deslindar los distintos elementos en juego merece ser citado *in extenso*<sup>17</sup>:

“El proceso de análisis de las diligencias en un proceso penal obliga a deslindar dos fases perfectamente diferenciadas.

1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas (...)

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetivo, para la que habría que reservar ‘strictu sensu’ la denominación usual de ‘valoración del resultado o contenido integral de la prueba’, ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio *in dubio pro reo*. Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (STC 31.5.85) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo.

El principio *in dubio pro reo*, presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr) (...)

Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio *in dubio pro reo* forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (...) dicho principio únicamente puede

<sup>16</sup> Sobre la jurisprudencia más antigua, véase monográficamente BACIGALUPO, 1988.

\* Al final del artículo puede encontrarse una relación de la jurisprudencia citada, ocn la relación de ponentes y el código ECLI.

<sup>17</sup> Una enunciación muy semejante puede encontrarse en multitud de sentencias (entre otras: SSTS 1218/2004, de 2 de noviembre; 108/2005, de 31 de enero; 705/2006, de 28 de junio; 168/2008, de 29 de abril; 53/2011, de 2 de noviembre; 277/2013, de 24 de octubre; 64/2014, de 11 de febrero; 415/2016, de 17 de mayo; 817/2017, de 13 de diciembre).

estimarse infringido, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo o la participación del acusado, opta por la solución más perjudicial para éste, pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna (...)

Muchas otras sentencias recientes, siguiendo ese mismo esquema de delimitación, asumen con ello que el análisis de la duda queda fuera del control casacional, al no formar el *in dubio pro reo* parte del derecho a la presunción de inocencia:

“...el principio ‘in dubio pro reo’ sólo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales; mientras que el principio de presunción de inocencia está protegido a través del cauce casacional hoy incorporado al art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el principio “in dubio pro reo”, como perteneciente al convencimiento del órgano judicial, además de no estar dotado de la misma protección, no puede en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas” (STS 549/2018, de 13 de noviembre).

Con arreglo a la concepción subjetiva del *in dubio*, herencia de esa concepción irracionalista de la *intime conviction*, la duda solo podría operar como criterio de impugnación en segunda instancia cuando el juzgador *a quo* haya manifestado dudas sobre la culpabilidad y, pese a ello, condene<sup>18</sup>; supuesto que, sin duda, podría equipararse a una decisión arbitraria, como advertíamos, por lo que con ello no se incorpora realmente un criterio adicional de revisión. Desde esta concepción, en realidad resulta irrelevante que, desde un plano conceptual o teórico, el *in dubio* se considere incluido en el derecho a la presunción de inocencia; lo determinante es que, ante tal comprensión subjetiva, limitada a los casos en que el juzgador albergó dudas —y, por ello, no pudo sostener su convicción—, lo que queda excluido del contenido del derecho fundamental —y del control casacional— es el juicio sobre la existencia de *dudas razonables* en la valoración probatoria. Tal como ha repetido la jurisprudencia de la Sala Segunda:

“La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación,

<sup>18</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, pp. 175-176. Vid., por ejemplo, y entre muchas, STS 76/2006 de 31 de enero: “En casación sólo vale el principio ‘in dubio pro reo’ cuando el tribunal de instancia manifiesta su duda y la resuelve de un modo que no es el más favorable para el acusado”. O la STS 943/2009, de 29 de septiembre: “Ya decíamos en nuestra STS 999/2007, 26 de noviembre, con cita de la STS 939/1998, 13 de julio, que el principio **in dubio pro reo** sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio **in dubio pro reo** no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (cfr. SSTS 1186/1995, 1 de diciembre, 1037/1995, 27 de diciembre y 705/2006, 28 de junio)”.

dado que el principio *in dubio pro reo* no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda” (STS 53/2011, antes citada).

O bien, en los términos de la 277/2013, de 13 de febrero:

“El principio *in dubio* opera en casación cuando la sala que presencié las pruebas condena pese a tener dudas, pero no sitúa al órgano de fiscalización en la posición de interrogarse si él tiene dudas; solo deberá comprobar que el Tribunal de instancia condenó sin tener dudas”.

Tal concepción mantenida por la Sala Segunda no llega a asumir la irracionalidad inherente a un modelo persuasivo puro, propio de la *intime conviction* —y a la consiguiente imposibilidad de revisar el pronunciamiento de primera instancia sobre el *factum*—. Pero la concepción subjetiva del *in dubio pro reo* que aún preside esta línea jurisprudencial restringe considerablemente el ámbito de enjuiciamiento de la valoración probatoria en la segunda instancia. Concretamente, al identificar el campo de acción de tal principio con la duda subjetiva del juzgador, tiende a excluir de la revisión por el órgano *ad quem* el análisis de la duda razonable. De ese modo, el marco de revisión queda limitado a la existencia de prueba de cargo y a la ausencia de arbitrariedad en el razonamiento probatorio<sup>19</sup>. En los términos de la STS 1132/2011, de 27 de octubre, acudiendo a doctrina del Tribunal Constitucional para fijar los límites del control casacional:

“En cuanto a los límites del control casacional que nos incumbe, constituye también doctrina consolidada que no nos corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (cfr. STC 68/2010, 18 de octubre). Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad, nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril)”<sup>20</sup>.

Esa línea jurisprudencial convive desde hace un buen número de años con otro sector de la jurisprudencia de la Sala Segunda que, en clara divergencia con aquella,

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, BACIGALUPO, 1988, p. 366 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, 2020, p. 86.

<sup>20</sup> Véase también, en sentido semejante, SSTS 553/2008, de 18 de septiembre; STS 158/2010, 2 de febrero de 2010: “No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia”;

considera incluido bajo la presunción de inocencia el enjuiciamiento de la duda razonable, e incorpora en el juicio de revisión casacional el análisis sobre la prueba de descargo. La expondremos a continuación. Pero es preciso destacar que la primera concepción jurisprudencial sigue vigente, quizá de modo mayoritario, en la actualidad. Además de las resoluciones ya citadas, podemos también mencionar la reciente 646/2019, de 20 de diciembre, en la que se insiste en que el principio *in dubio pro reo*

“no tiene acceso a la casación (SS 10-4-92 y 17-2-95). Solo entra en juego cuando efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia (STC 1-3-93). El principio "in dubio pro reo" pertenece a las facultades del juzgador de instancia. No constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir, conforme señala la sentencia de este Tribunal de 1 de diciembre de 1992 ‘en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda’ (sentencias núm. 70/98, de 26 de enero y 699/2000, de 12 de abril)”.

Más claramente, si cabe, la STS 365/2019, de 16 de julio:

“el principio ‘in dubio pro reo’ solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si hubiese condena pese a que el Tribunal expresara o mostrara sus dudas respecto a tal pertinencia, pues lo que el principio integra es una regla de valoración probatoria que conduce a adoptar la alternativa más favorable al acusado cuando el Tribunal de enjuiciamiento no ha alcanzado una certeza exenta de dudas razonables. Dicho de otro modo, el principio no obliga a dudar, sino a absolver cuando, valorada toda la prueba, persistan dudas en el Tribunal respecto de la culpabilidad del acusado”.

### 3. Valoración racional de la prueba y duda razonable

#### 3.1. *Un modelo racional de valoración de la prueba*

Si frente a esa concepción subjetiva o persuasiva se acoge un modelo racionalista de la valoración de la prueba<sup>21</sup>, ningún obstáculo existe en incorporar al contenido del derecho a la presunción de inocencia la exigencia de valoración de la duda razonable. Antes al contrario, tal valoración resulta prácticamente inherente a su propio fundamento pues, como manifiesta Ferrer Beltrán, “la concepción racionalista basa la justificación de la decisión en el método de la corroboración de las hipótesis, no

<sup>21</sup> La oposición entre dos modelos de valoración de la prueba es desarrollada por FERRER BELTRÁN, 2007, *passim*; TARUFFO, 2010, pp. 184 ss. (quien distingue dos concepciones sobre el *in dubio pro reo*); o por GONZÁLEZ LAGIER, 2013, pp. 51 ss. Como partidarios de esta línea en la doctrina penal-procesalista puede considerarse, entre otros, a BACIGALUPO, 1988, pp. 365 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, pp. 82 ss.; LÓPEZ ORTEGA, 2009, p. 113; PÉREZ MANZANO, 2010, p. 64; SÁNCHEZ-VERA, 2012, pp. 113 ss.

en la creencia de sujeto alguno, sino en si está suficientemente corroborada la hipótesis sobre lo ocurrido que se declara probada”<sup>22</sup>.

Ello impone una motivación de las conclusiones probatorias basada en parámetros de argumentación racional, no en la obtención intuitiva de certezas personales. Desde este esquema, el grado de suficiencia de la prueba para justificar la condena ya no se basa en la “confianza subjetiva” del juzgador, en su “firme creencia”, sino en la objetiva plausibilidad o razonabilidad de la confirmación de la hipótesis incriminatoria<sup>23</sup>. Inversamente, la *duda* que impediría la condena ya no estará basada en el criterio subjetivo de que el juzgador haya tenidos dudas, sino en el criterio objetivo de que del conjunto del acervo probatorio emane una duda razonable<sup>24</sup>.

Si así quiere expresarse, el *dubio* no es ya subjetivo, sino objetivo: “la duda no puede concebirse en sentido subjetivo como un estado mental de la conciencia individual de un juez, sino como una condición objetiva racional predicable de la relación entre las pruebas y los hechos imputados. La duda no es sino la insuficiente conexión racional entre las pruebas practicadas en juicio y los hechos objeto de la acusación”<sup>25</sup>. Frente a lo que afirmaba la STS 365/2019, antes citada, la exigencia de que la condena se base en una valoración que haya descartado la duda razonable sí impone al juez *a quo*, en consecuencia, el *deber de dudar*: el deber de confrontar su convicción (motivada en términos de razonabilidad) con versiones alternativas de los hechos que pueda oponer el acusado.

Lo de menos es si, terminológicamente, se reserva la noción de *in dubio pro reo* para los supuestos en lo que el juez manifiesta una duda (noción subjetiva) —tal como hacen las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas— o si, en una noción objetiva de ese *dubio*, se asimila tal noción con la exigencia de exclusión de dudas razonables<sup>26</sup>. Lo de más, lo determinante, es que tanto uno como otro criterio deben formar parte del derecho a la presunción de inocencia<sup>27</sup>. Como se ha puesto de

<sup>22</sup> FERRER BELTRÁN, 2007, p. 65. Vid. también p. 146: “El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales”. En igual sentido, VIVES ANTÓN, 2011, p. 884.

<sup>23</sup> TARUFFO, 2010, p. 247: “el principio de libre convencimiento del juez (...) no implica en ningún caso que el juez esté desvinculado de los criterios de racionalidad que deben regir su razonamiento: ese principio admite que el juez valore las pruebas haciendo uso de un amplio poder discrecional, pero esto no significa que él pueda confiar en una intuición subjetiva —que sería sustancialmente arbitraria— al determinar si la hipótesis referida a un hecho ha resultado o no ha resultado confirmada por las pruebas disponibles”. Ampliamente también, IGARTUA SALABERRÍA, 1995, pp. 65 ss., p. 90: “el juez está libre de ataduras legales pero no de criterios de valoración racional”.

<sup>24</sup> LAUDAN, 2005, p. 99; IGARTUA SALABERRÍA, 2001, p. 460.

<sup>25</sup> PÉREZ MANZANO, 2010, p. 64. En igual sentido, LÓPEZ ORTEGA, 2009, p. 113.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, SÁNCHEZ-VERA, 2012, pp. 233 ss., acoge una concepción subjetiva del *in dubio* pero considera, correctamente, que la valoración de la duda razonable es parte de la presunción de inocencia y debe ser revisado en segunda instancia.

<sup>27</sup> En igual sentido, MIRANDA ESTRAMPES, 1997, p. 612; BACIGALUPO, 1988, pp. 365 ss.; IGARTUA, 2001, p. 460; ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, p. 83: “...de otro modo se llegaría a la distinción

manifiesto, la regla de absolución en caso de duda conforma en realidad el *contenido genuino* del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, porque es el único elemento del mismo —frente a las exigencias de licitud y validez en la obtención y práctica de la prueba— que no puede vincularse a otro derecho fundamental ni a la idea de proceso equitativo<sup>28</sup>.

Como anticipábamos en la introducción, dicha controversia se proyecta en realidad no tanto en relación con el propio contenido de la presunción de inocencia, sino sobre todo en el alcance que deba tener la revisión de la condena en segunda instancia esto es, en el ejercicio del derecho al doble grado de jurisdicción. La exclusión del *in dubio* objetivo del ámbito de revisión casacional —que hasta el año 2015 había de garantizar ese derecho fundamental— implica limitar el control sobre la prueba a un mero criterio de no arbitrariedad, pero sin entrar a analizar si el órgano *a quo* valoró debidamente las pruebas de descargo. Frente a ello, un modelo racional de valoración de la prueba, al estar basado en la confirmación o refutación racional de las hipótesis de culpabilidad o inocencia y no en convicciones íntimas, impone la revisión de la valoración desde parámetros *intersubjetivos* y, con ello, el debido control racional por el órgano *ad quem*. Citando de nuevo a Ferrer, “el control es, ahora sí, posible debido al juego ordenado de las exigencias de esta concepción: se pueden conocer las razones por las que se ha decidido, porque se dispone de una motivación detallada de la decisión que da cuenta del proceso de corroboración de la hipótesis que se declara probada y de las que, si es el caso, se hayan refutado”<sup>29</sup>. Ciertamente, esta comprensión de la valoración de la prueba presupone la exigencia de una detallada motivación sobre la decisión adoptada. A tal efecto, no es relevante “el *iter* psicológico del juez que lo llevó a la decisión, sus creencias o prejuicios”; por el contrario, “la motivación debe basarse en las pruebas que justifican su decisión. Es un razonamiento fundado en los elementos de juicio disponibles en el proceso que permitan corroborar de forma suficiente la hipótesis aceptada como probada”<sup>30</sup>.

### 3.2. *Concepción objetiva del in dubio pro reo: la duda razonable y la valoración de la prueba de descargo*

Desde un modelo de valoración racional de la prueba, como acabamos de exponer, el *in dubio pro reo* ya no se identifica con la duda subjetiva, sino —como *regla de valoración*— con la necesidad de descartar la existencia de dudas razonables como

inaceptable de una absolución por inexistencia de pruebas y otra sólo por insuficiencia de éstas, y, como consecuencia, a establecer categorías de inocentes”.

<sup>28</sup> PÉREZ MANZANO, 2010, pp. 55-56. En similar sentido, CAAMAÑO, 2002, p. 640: “la presunción de inocencia como derecho fundamental no es más, en su vertiente intraprosesal, que la constitucionalización subjetivizada del antiguo principio *in dubio pro reo*”; p. 643. También, RUSCONI, 1998, p. 45; FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. 188; VIVES ANTÓN, 2011, p. 884 ss.; NIEVA FENOLL, 2013, pp. 14, 41, 63.

<sup>29</sup> FERRER BELTRÁN, 2007, p. 66. Cfr. también FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. 241-242.

<sup>30</sup> FERRER BELTRÁN, 2007, p. 65-66.

presupuesto de justificación de la condena. El *dubio* pasa necesariamente a formar parte del derecho a la presunción de inocencia, puesto que al contenido del razonamiento probatorio se incorpora la exigencia adicional del control de la duda razonable, consistente en el necesario análisis de la *prueba de descargo*, a fin de determinar si de la misma puede descartarse una versión alternativa razonable de los hechos que, poniendo en duda la tesis de culpabilidad, deba conducir a la inocencia.

Esta concepción ha adquirido carta de naturaleza en diversos textos legales recientes. Así, la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, establece su art. 6.2 que “Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto”, lo que implica que, al menos desde la perspectiva del Derecho de la Unión, el principio *in dubio pro reo* es un contenido genuino del derecho a la presunción de inocencia.

También los Anteproyectos de reforma de la LECrim que se han sucedido en España en los últimos años incorporan dicha comprensión del derecho a la presunción de inocencia, llegando a introducir, además —y a diferencia de la Directiva citada— un determinado estándar de suficiencia probatoria. Así, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado en el año 2011 regulaba la presunción de inocencia (artículo 32) en los siguientes términos:

“Nadie podrá ser condenado sino en virtud de pruebas de cargo válidas y suficientes, que permitan al tribunal alcanzar, más allá de toda duda razonable, la convicción sobre la culpabilidad del acusado”.

Además, en la regulación del recurso de apelación contra sentencias condenatorias se establecía que la revisión de la valoración de la prueba no solo debía abarcar “la suficiencia de la prueba, así como su validez y licitud”, sino además lo que la Exposición de motivos denominaba el “control de la duda razonable”, consistente en “descartar la existencia de otras tesis alternativas racionales que habrían debido llevar a un pronunciamiento absolutorio”. Expresado según el tenor del artículo 630, que “la culpabilidad del recurrente se ha establecido después de refutar, conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, las hipótesis alternativas más favorables al reo que le hayan sido alegadas”.

De similar modo, la propuesta de Código Procesal Penal elaborada en 2013 recoge en su artículo 6 el derecho a la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, disponiendo en su apartado tercero que “Cualquier duda razonable sobre los hechos debatidos que sean penalmente relevantes debe resolverse a favor del encausado”. Consecuentemente, en el recurso de apelación contra sentencias condenatorias el condenado podrá hacer valer, entre otras cuestiones, “la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas” (artículo 592).

E idéntica comprensión de la valoración probatoria acoge el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, en cuyo artículo 8 —regulando la presunción de inocencia como “regla de juicio y regla probatoria”— se dispone que “La condena penal solo podrá fundarse en pruebas suficientes que permitan a un tribunal imparcial alcanzar, más allá de toda duda razonable, una convicción fundada sobre la culpabilidad del acusado”. Dicho precepto no solo establece un estándar de suficiencia probatoria, sino que también impone que por el órgano judicial se valore “la verosimilitud de la versión de la defensa”. Además, en la regulación del recurso de apelación se dispone que la persona condenada “podrá denunciar que la culpabilidad ha sido establecida sin refutar suficientemente, conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, las hipótesis alternativas más favorables que hubieran sido objeto de debate en la instancia” (artículo 733).

También el Tribunal Constitucional, en una línea doctrinal que surgiría con la STC 81/1998, de 2 de abril, y que ha convivido en el tiempo con la que excluye el *in dubio* —entendido en sentido subjetivo— del derecho fundamental, ha incluido el control de la duda razonable dentro del contenido del derecho a la presunción de inocencia. Así, se afirma en dicha sentencia que la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio “opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”<sup>31</sup>.

Junto a ello, otras sentencias del Tribunal constitucional no solo incorporan una concepción objetiva del *in dubio* basada en la duda razonable sino que parecen incorporarlo dentro de su propio canon de revisión. Ejemplo de ello es la STC 145/2015, de 6 de junio<sup>32</sup>, en la que, tras destacar que el Alto Tribunal no tiene como función la valoración de la prueba, asevera no obstante que su cometido revisor “consiste en supervisar que la actividad judicial se llevó a cabo con respeto a las reglas que forman el contenido de este derecho y que suponen, en primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, que cuando el juez llegó a la conclusión fáctica que expresa lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable y, en segundo lugar, desde una perspectiva objetiva, que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables”.

Por otra parte, como anticipábamos, esa concepción ha sido asumida por un sector de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con arreglo a cuyos planteamientos el control casacional de la presunción de inocencia exigirá analizar no solo si el razonamiento probatorio mediante el que se alcanza la convicción judicial es racional y

<sup>31</sup> Entre otras muchas que siguen esa línea —al menos en la enunciación programática del canon—, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre; 141/2001, de 17 de julio; 155/2002, de 22 de julio; 12/2011, de 28 de febrero; 78/2013, de 8 de abril; 185/2014, de 4 de diciembre.

<sup>32</sup> Véase, además, SSTC 262/2006, de 11 de septiembre; 70/2007, de 16 de abril; y 245/2007, de 10 de diciembre.

razonable, sino también el peso probatorio de las pruebas de descargo, a fin de descartar la existencia de dudas razonables.

Junto a resoluciones más antiguas como las SSTS 39/1999, de 26 de enero, o 1625/2000, de 31 de octubre —en la que se aprecia una infracción del *in dubio pro reo* “dado que no eran de excluir posibilidades de los hechos más favorables al acusado”<sup>33</sup>—, ejemplo de esta corriente es, entre otras<sup>34</sup>, la STS 22/2011, de 26 de enero, decisión paradigmática no solo por el llamativo periplo procesal que, debido a las divergencias sobre el contenido de la presunción de inocencia, siguió la causa<sup>35</sup>, sino por el debate suscitado sobre ello entre la ponencia y el voto particular<sup>36</sup>. Afirma dicha sentencia que la enervación de la presunción de inocencia exige que pueda justificarse objetivamente la certeza de la hipótesis de la acusación, justificación que no reclama una “verdad indiscutible”, pero sí el cumplimiento de dos premisas esenciales:

“La primera que la sentencia condenatoria no parte del vacío probatorio. Se excluye éste cuando la interpretación del resultado de la actividad probatoria - con el presupuesto indicado de validez en su obtención y producción- ofrece unas proposiciones que, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez adquiriera sobre su credibilidad, pueda objetivamente interpretarse de contenido incriminador. La revisión crítica de la decisión no sustituye la valoración del juez sobre la aceptación como veraces de esas proposiciones. Centrada en un

<sup>33</sup> Citadas según FERNÁNDEZ LOPEZ, 2005, pp. 185-186.

<sup>34</sup> SSTS 1159/2010 de 27 de diciembre; 1160/2010, de 30 de diciembre; 103/2012, de 27 de febrero; 776/09 de 7 de julio; 714/09 de 17 de junio; 690/09 de 25 de junio; 622/09 de 10 de junio; 489/09 de 14 de mayo; 449/09 de 6 de mayo; 440/09 de 30 de abril; 65/2009 de 5 de febrero; 225/2009 de 2 de marzo; 248/2009 de 11 de marzo; o 242/2009 de 12 de marzo; 900/2008 de 10 de diciembre; 797/2008, de 27 de noviembre; 331/2008 de 9 de junio.

<sup>35</sup> Los hechos se refieren al fallecimiento de una mujer tras un accidente sufrido por el vehículo que conducía su marido, imputado por asesinato y estafa, quien poco tiempo antes había suscrito hasta ocho pólizas de seguro sobre la vida de su mujer. Después de ser declarada en un primer momento la absolución por no existir indicios lo suficientemente intensos para descartar totalmente una producción accidental del resultado, tal pronunciamiento fue anulado por la STS 548/2009, de 1 de junio, bajo el reproche de haber incurrido en un “apreciable desenfoco sobre las pautas valorativas de la prueba indiciaria”, porque el derecho a la presunción de inocencia no exige tal grado de certeza. Devuelta la causa a la Audiencia Provincial, dicta esta nueva sentencia condenatoria, considerando probado que el acusado provocó el accidente, golpeó a su mujer en la cabeza e incendió el vehículo con el fin de matarla para cobrar las indemnizaciones de los seguros contratados. Y esta segunda sentencia, esta vez condenatoria, es anulada por la sentencia del TS mencionada en el texto, al haber apreciado la Sala Segunda que la versión alternativa de los hechos del acusado (que el incendio del vehículo fue accidental) era razonable.

<sup>36</sup> Voto firmado por Andrés Martínez Arrieta, en el que plantea una discrepancia sobre el contenido de la expresión “alternativa razonable” empleado en la sentencia. La razón del disenso radica en que “para la sentencia de la mayoría basta con comprobar que la alternativa es razonable para entender que la condena ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Por mi parte, es posible que exista una alternativa, y que esa alternativa sea razonable, desde la expresión de su razonamiento, en el sentido de exposición ordenada del hilo conductor de la conclusión. Sin embargo, la razonabilidad que supone declarar no enervado el derecho a la presunción de inocencia es aquella que se declara como resultado del análisis de la actividad probatoria. Por lo tanto, la alternativa razonable que determina la no enervación del derecho a la presunción de inocencia, es aquella que superando la consideración de conjetura permite cuestionar el carácter de prueba de cargo, estadio intermedio entre la conjetura y la prueba y afecta al “dubio” y, por ende, a la presunción de inocencia”.

momento anterior a esa valoración subjetiva, debe contrastar si las afirmaciones de los medios probatorios, objetivamente, justificarían lógicamente como aceptable la veracidad de la proposición formulada por la acusación. O, si se quiere, que puede excluirse que tal acusación sea mendaz.

La segunda es la inexistencia de alternativas a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. No bastará cualquier objeción a la verdad de la imputación para deslegitimar la condena. Pero no puede decirse que sea razonable la certeza respecto de la imputación si existen motivos racionales que justifiquen dichas objeciones. Solo en ausencia de tales motivos puede decirse que el resultado probatorio excluye, objetivamente, es decir para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables”.

En relación con la segunda exigencia, manifiesta a continuación que “de la misma manera que cabe justificar la condena aun cuando no se acredite una veracidad absolutamente indiscutible de la acusación, tampoco se requiere que se justifique la indudable falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obstan a aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Esas buenas razones para avalar conclusiones alternativas a la imputación, hacen intrascendente la subjetiva certeza del juzgador. No se trata de si existieron o no esas dudas subjetivas. Lo trascendente no es si el Juez dudó subjetivamente, sino si objetivamente le era exigible dudar”.

A esta línea de razonamiento corresponde también la más reciente STS 731/2018, de 1 de febrero, en la que se explicitan las diferencias con la concepción alternativa<sup>37</sup>:

“La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a

<sup>37</sup> En sentido semejante, ya la STS 515/2015, de 20 de junio.

partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

(...)

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar”.

Por ende, puede invocarse también la STS 203/2019, de 12 de abril, en la que se estima el recurso de casación y se absuelve al recurrente tras valorar la razonabilidad de la prueba de descargo y concluir que de ella surgía una duda razonable que impedía enervar la presunción de inocencia. Se pone de manifiesto en dicha sentencia que el control casacional ha de limitarse a supervisar “la estructura racional del discurso plasmado por el Tribunal sentenciador, cuestionando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, o, en definitiva, arbitrarias”; pero acto seguido enfatiza que ese control incluye la duda razonable:

“(E)s importante reseñar que ese control de la prueba en casación ha de extenderse a los distintos elementos probatorios, tanto desde una perspectiva individualizada de los medios de prueba como también atendiendo al conjunto del cuadro probatorio en el que se integran los elementos de convicción. De modo que si se aprecian fisuras en la verificación racional de los hechos que permitan aflorar dudas razonables sobre la certeza del contenido de las imputaciones fácticas, debe primar o prevalecer la presunción de inocencia del acusado. Pues ha de tenerse siempre muy en consideración que el grado de la duda y su razonabilidad no se configura mediante argumentos subjetivos basados en un criterio singular o particular del Tribunal, sino atendiendo a baremos intersubjetivos que se ajusten a pautas de objetividad controlables socialmente”.

Y el criterio para evaluar la razonabilidad de esa duda será analizar el peso de la prueba de descargo:

“Resulta determinante para establecer la irrazonabilidad de la duda que en el caso concreto queden excluidas otras hipótesis fácticas alternativas que favorezcan al reo y que contengan una plausibilidad de cierta consistencia, única forma de poder concluir que las inferencias en que se basa la condena no resultan excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas y que la presunción de inocencia ha sido por tanto observada”.

#### 4. Criterios de revisión en segunda instancia y derecho al doble grado de jurisdicción

Hasta el momento hemos venido mostrando que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional conviven dos concepciones opuestas sobre los criterios de valoración de la prueba y sobre el contenido de la presunción de inocencia. Como comentábamos en la introducción, esas concepciones se proyectaban sobre todo en relación con la *revisión* de la prueba; esto es, con el ámbito del control que el Tribunal Supremo y, por vía de amparo, el Tribunal Constitucional, ejercían ante alegaciones basadas en la vulneración del derecho o, más genéricamente, en una incorrecta valoración de la prueba por el órgano *a quo*. Desde tal premisa, cuando el Tribunal Supremo sostiene que *su* criterio de análisis consiste en la racionalidad y ausencia de arbitrariedad de la valoración, o cuando el Tribunal Constitucional opta por excluir el control de la duda razonable, no se estaría definiendo el contenido del derecho a la presunción de inocencia, sino determinando los márgenes de la revisión casacional o, respectivamente, del recurso de amparo.

El problema es, precisamente, que en la jurisprudencia española se ha venido incurriendo en cierta confusión entre la determinación del contenido del derecho a la presunción de inocencia y las facultades de revisión que, por razones tanto institucionales como epistemológicas, deben asumir el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional<sup>38</sup>. Así, en la recíproca conformación de alcance de la revisión sobre la valoración probatoria se ha producido un curioso fenómeno de ida y vuelta entre ambos tribunales. Por una parte, el Tribunal Constitucional modificó su inicial concepción y excluyó el *in dubio pro reo* del contenido del derecho a la presunción de inocencia influenciado por la tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>39</sup>; por otra, el alcance de la revisión casacional de la valoración probatoria que ha venido acogiendo el sector mayoritario de la Sala Segunda –y la exclusión del mismo de la duda razonable– se ha sostenido en la doctrina constitucional sobre el citado derecho fundamental<sup>40</sup>. El problema inherente a esa mutua influencia es que la delimitación del contenido del derecho se ha configurado a partir de los límites de revisión fáctica (auto)asignados por uno y otro Tribunal, confundiéndose con ello, como decía, el contenido del derecho con las facultades jurisdiccionales de revisión<sup>41</sup>. Ello ha sido advertido por más de un autor. Así, por ejemplo, tempranamente advirtió Miranda que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo confunde la relación existente entre

<sup>38</sup> Sobre las siguientes consideraciones, remito a ALCÁCER GUIRAO, 2020, pp. 53 ss.

<sup>39</sup> Así, MIRANDA ESTRAMPES, cit., p. 610.

<sup>40</sup> Cfr. especialmente CAAMAÑO, cit., passim.

<sup>41</sup> Como destaca FERRER BELTRÁN, 2010, p. 17: “Inicialmente, el Tribunal [Constitucional] consideró el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución española como la constitucionalización de aquel principio. En cambio, por motivos estrictamente pragmáticos encaminados a restringir el acceso a través del recurso de amparo a la jurisdicción constitucional en reclamación de la violación de la presunción de inocencia, en su faceta de regla de juicio, posteriormente se modificó esa doctrina para pasar a sostener una radical diferencia entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*”.

presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* con las posibilidades o facultades de control casacional que le corresponden; es decir, está confundiendo lo que puede ser objeto de control por parte del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en los casos en que se alega la infracción de la presunción de inocencia, con el propio significado y contenido de ese derecho fundamental”<sup>42</sup>.

Esa confusión ha conllevado que el Tribunal Supremo haya terminado por definir el contenido del derecho y, con ello, del ámbito de revisión de los hechos *en casación*, a partir de los límites establecidos por el Tribunal Constitucional de *su propio ámbito de control en el recurso de amparo*<sup>43</sup>. Para más *inri*, también las Audiencias Provinciales han acogido el contenido del derecho perfilado por el Tribunal Supremo como marco de revisión del recurso de apelación, con la perniciosa consecuencia de que los límites de un recurso excepcional y subsidiario como el de amparo —del que, decíamos, proviene el contenido del derecho asumido por el Tribunal Supremo— termina por convertirse en el contenido de la presunción de inocencia en segunda instancia; esto es, del derecho fundamental al doble grado de jurisdicción. La perniciosa consecuencia de esa confusión es la citada exclusión del control de la duda razonable en segunda instancia, y la consiguiente restricción del contenido del derecho fundamental.

El propio Tribunal Constitucional, en algunos de sus pronunciamientos, sí ha diferenciado entre el límite de revisión sobre la prueba inherente al recurso de amparo y los deberes de enjuiciamiento de la jurisdicción ordinaria que conforman el derecho al doble grado de jurisdicción. Así, es importante a este respecto la STC 81/1998, de 2 de abril, a la que ya hemos aludido *supra*. Se afirma en dicha sentencia, recordemos, que la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio “opera, *en el ámbito de la jurisdicción ordinaria*, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la *jurisdicción constitucional* no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex art. 117.1 (...) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad” [cursivas añadidas].

<sup>42</sup> MIRANDA ESTRAMPES, cit., p. 613; en igual sentido, CAAMAÑO, cit., p. 640 ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, cit., p. 187. SÁNCHEZ TOMÁS, cit., p. 14, hace a mi entender una lectura correcta de la jurisprudencia constitucional, poniendo de manifiesto ambas vertientes y destacando también la confusión aludida en el texto: “cabe afirmar que, si bien se incluye el principio del *in dubio pro reo* como una garantía más del derecho a la presunción de inocencia entendida como regla de aplicación del órgano sancionador vinculada a su carácter de presunción *iuris tantum* queda excluida de su contenido como regla de control. No obstante, una confusión de ambas perspectivas es lo que parece haber llevado a cierta jurisprudencia constitucional a señalar que el principio del *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia”.

<sup>43</sup> Incide en ello CAAMAÑO, cit., pp. 650 ss. Lo mismo afirma Rodríguez de Santiago respecto del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito civil. (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2005, p. 263).

Así, lo que hace el Tribunal Constitucional en esa y otras sentencias<sup>44</sup> es distinguir entre el contenido del derecho a la presunción de inocencia exigible a la jurisdicción ordinaria y el nivel de revisión que ejerce el Tribunal en el recurso de amparo sobre la potencial vulneración de dicho derecho fundamental. El control de la duda razonable forma parte indudable de lo primero, aunque no tiene por qué formar parte de lo segundo. Entender esa diferenciación es fundamental para evitar la confusión entre el contenido del derecho —y el nivel de protección exigible a la jurisdicción ordinaria en segunda instancia— y el grado de revisión, menos intenso, que en función de sus propios cometidos institucionales han de ejercer el Tribunal Constitucional o, en la actualidad, el Tribunal Supremo, órgano que, tras la reforma de la LECrim con la Ley 41/2015, ya no tiene encomendado garantizar el derecho al doble grado de jurisdicción.

Con la introducción de una tercera instancia, se incrementa el número de escalones en la potencial revisión del pronunciamiento condenatorio, generando con una mayor estratificación de los niveles de protección del derecho a la presunción de inocencia, y modificando sustancialmente el cometido de la casación, que puede ya retomar su principal cometido de unificación exegética de las normas penales. El sistema procesal vigente impone, por tanto, diferentes niveles de enjuiciamiento y revisión de la valoración de la prueba.

Así, la valoración de la prueba a realizar por el órgano *a quo* ha de venir presidida por la plenitud de las garantías de inmediación y contradicción a través de la prueba practicada en el acto del juicio oral, debiendo valorar la totalidad de la prueba y quedando obligado, por ello, a analizar y descartar la plausibilidad de otras alternativas fácticas que hayan podido ser planteadas por las partes o surgidas del debate procesal. La revisión en la apelación habrá de ser de idéntico contenido, por cuanto el órgano *ad quem* tiene constitucionalmente encomendado el derecho fundamental al doble grado de jurisdicción, que exige una revisión plena de la valoración de la prueba en la que se funda la condena<sup>45</sup>.

Por lo que respecta a la *casación*, ya no tiene encomendada la garantía del doble grado de jurisdicción, sino que, como decíamos, su función será la de unificación de la interpretación sobre la legalidad ordinaria. Como razona la STS 476/2017, de 26 de junio, ello “debe suponer (...) una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho”, aplicando un margen de revisión menos intenso que el de la apelación, semejante al que ya ejerce la casación, como tercera instancia, en el procedimiento de jurado. Según esa misma sentencia expone, la revisión casacional

<sup>44</sup> El estándar de duda razonable proyectado a la jurisdicción ordinaria puede encontrarse también, por ejemplo, en las SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; 12/2011, de 28 de febrero, FJ 10.

<sup>45</sup> La limitación con respecto a la valoración del órgano *a quo* será epistemológica, en la medida en que el órgano de apelación no gozará de la garantía de inmediación; pero ello no será obstáculo para garantizar el doble grado de jurisdicción, entendida como la revisión de las inferencias lógicas y racionales plasmadas en la motivación de la sentencia condenatoria

sobre la presunción de inocencia se concretaría "en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas"; en lo tocante a la suficiencia de la prueba, la revisión ha de concretarse en, primero, si se ha satisfecho debidamente la exigencia constitucional de la motivación de la valoración de la prueba y, segundo, "si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos". La revisión de la duda razonable —la revisión sobre el valor de la prueba de descargo— no tendría acceso, por tanto, a la casación, salvo en el sentido restringido de analizar si, primero, por los órganos de primera y segunda instancia se ha entrado a analizar y descartar las alternativas razonables de inocencia y, segundo, si las inferencias que han sostenido la exclusión de la duda son racionales y razonables. Dicho de otro modo: en casación la revisión sobre la presunción de inocencia no incluye el *deber de dudar*, sino tan solo el de revisar si los tribunales inferiores dudaron y si dudaron razonablemente.

## 5. Dimensiones de la duda razonable

### 5.1. *Estándares de suficiencia y criterios de revisión de la valoración probatoria*

Hasta el momento hemos enfrentado dos modelos genéricos del *in dubio pro reo* y, con ello, de la presunción de inocencia: uno de índole subjetiva que, a partir de un criterio de valoración probatoria basado en el grado de convicción del juez, excluye el *in dubio* del contenido del derecho a la presunción de inocencia, y otro de índole objetiva —o intersubjetiva— que, a partir de un criterio de valoración basado en la racionalidad del argumento probatorio, incorpora el *in dubio*, entendido como duda razonable, en el contenido nuclear del derecho fundamental. Además, hemos mostrado que la confusión entre el contenido del derecho y el grado de revisión asumido por el Tribunal Constitucional ha llevado a excluir el control de la duda razonable del derecho al doble grado de jurisdicción.

La recepción de ambos modelos teóricos por la jurisprudencia ha venido dando lugar a diversos *criterios de control sobre la valoración de la prueba*. Concretamente, pueden distinguirse tres alternativas: (i) un criterio basado en la convicción interna del juez; (ii) un criterio de mera racionalidad, basado en el sometimiento del razonamiento probatorio a reglas de la lógica y máximas de experiencia; (iii) y un criterio, más reforzado, que, además de la racionalidad del razonamiento probatorio, exige la ausencia de dudas razonables, con la consiguiente necesidad de evaluar la prueba de descargo.

Lo que me interesa indagar en este momento es si resulta posible establecer una correspondencia o vinculación entre tales criterios o reglas de revisión probatoria y

los diversos estándares que, como reglas de decisión probatoria, pueden adoptarse en el proceso penal. Así, con arreglo al análisis jurisprudencial efectuado hasta ahora, *prima facie* podría establecerse la siguiente relación:

- i) Un estándar de suficiencia basado en la libre convicción del juez se corresponde con un criterio de revisión también basado en parámetros subjetivos.
- ii) El criterio de revisión de mera racionalidad (ausencia de arbitrariedad) se correspondería *grosso modo* con un estándar de prevalencia o preponderancia.
- iii) El criterio de revisión basado en el control adicional de la prueba de descargo se correspondería *grosso modo* con el estándar de superación de toda duda razonable<sup>46</sup>.

Como asevera Ferrer Beltrán, el derecho a la presunción de inocencia presupone un estándar de prueba pero no predetermina un estándar *determinado*, sino que es compatible con estándares distintos<sup>47</sup>. Tal decisión, la selección de uno u otro estándar, no vendrá dada tanto por condicionamientos epistemológicos como por presupuestos valorativos. Es, como se ha afirmado, una decisión político-criminal basada en la forma de distribuir las cargas derivadas de los riesgos de error en el enjuiciamiento<sup>48</sup>.

Lo que sí ha de exigirse de todo estándar de suficiencia, como requisito esencial inherente a su garantía como regla de decisión, es que sea intersubjetivamente controlable<sup>49</sup> -a fin de poder ser revisado y garantizar, con ello, el derecho a un doble grado de jurisdicción<sup>50</sup>- y que, por ello, esté basado en un modelo racional. Esa exigencia permite descartar de antemano un estándar basado en la convicción íntima del juez, tal como ya he expuesto. Sentado este presupuesto, la decisión pasará por seleccionar el grado de probabilidad que debe exigirse para derrotar la presunción de

<sup>46</sup> Así parecen asumirlo quienes identifican el estándar de decisión basado en la superación de la duda razonable con la necesidad de valorar y descartar la prueba de descargo. Véase, por ejemplo, FERRER BELTRÁN, 2007, pp. 144 ss.; ACCATINO, 2011, pp. 507 ss.; SÁNCHEZ-VERA, 2012, pp. 169 s.

<sup>47</sup> FERRER BELTRÁN, 2007, p. 145, nota 128; FERRER BELTRÁN, 2016, pp. 267 y 268, nota 33.

<sup>48</sup> LAUDAN, 2013, pp. 111 ss.; GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130; FERRER BELTRÁN, 2007, pp. 83 y 143, citando a Stein y a Laudan; PÉREZ MANZANO, 2009, p. 1507 ss.; ACCATINO, 2011, p. 488-489- Por tal razón pueden establecerse diferentes estándares probatorios según las consecuencias jurídicas inherentes a cada rama del ordenamiento, hasta el punto de que por algunas voces se propone incluso establecer diferentes estándares dentro del proceso penal según el tipo de delito y la pena a que se enfrente el sujeto (Véase, con carácter general y más referencias, LAUDAN, 2013, pp. 93 ss., 133 ss.; FERRER BELTRÁN, 2007, p. 140-141; FERRER BELTRÁN, 2018b, p. 410); algo que, no obstante, es rechazado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 172/2020, de 10 de junio: “Pero ni la gravedad del hecho, ni la duración de las penas asociadas a estos comportamientos permiten, desde luego, rebajar el estándar de garantías exigible, siempre y en todo caso, en la jurisdicción penal. El derecho a la presunción de inocencia no conoce modulaciones en su vigencia en función de la naturaleza del hecho que está siendo objeto de investigación y de enjuiciamiento”). Por lo demás, ello es precisamente lo que acontece en las diferentes fases del proceso penal y las respectivas consecuencias de las diversas resoluciones; así, el estándar de prueba de una medida cautelar de carácter real –una fianza, un embargo- no es el mismo que el de una prisión provisional, y este a su vez no es el mismo que el de la sentencia condenatoria (FERRER BELTRÁN, 2018b, p. 414 s.)

<sup>49</sup> LAUDAN, 2013, pp. 126 ss.; FERRER BELTRÁN, 2016, p. 246; FERRER BELTRÁN, 2018b, p. 405.

<sup>50</sup> Sobre ello, ALCÁCER GUIRAO, 2013, pp. 97 ss.; ALCÁCER GUIRAO, 2020, pp. 52 ss.

inocencia<sup>51</sup>. Como es sabido, sobre esta cuestión se han vertido ríos de tinta, y se han ensayado multitud de propuestas, muchas de ellas de gran sofisticación matemática, aunque de discutible utilidad práctica<sup>52</sup>.

Aun a riesgo de simplificar en exceso el análisis<sup>53</sup>, para los fines del presente trabajo podemos servirnos de los dos estándares antes citados, el estándar de probabilidad preponderante y el de superación de toda duda razonable<sup>54</sup>. Entre ellos existe una relación gradual, de menos a más probabilidad: con arreglo a la probabilidad preponderante, una hipótesis fáctica podrá declararse probada cuando sea “más probable que no”, esto es, más probable que una hipótesis alternativa<sup>55</sup>. El de superación de toda duda razonable, por su parte, constituye un estándar de “probabilidad reforzada”<sup>56</sup>, para el que una hipótesis solo podrá declararse probada cuando pueda descartarse la plausibilidad de hipótesis alternativas razonables. Ciertamente, esa formulación no proporciona un estándar taxativo, ni cierra las incertidumbres inherentes a un criterio probabilístico<sup>57</sup>: si, en este contexto, el grado de razonabilidad puede equipararse a un grado de probabilidad<sup>58</sup>, la cuestión que inmediatamente surge es la relativa al grado de probabilidad de la hipótesis alternativa: ¿cómo de probable, cómo de “razonable” ha de ser la hipótesis de inocencia para considerar no confirmada la hipótesis de culpabilidad? ¿Basta la formulación de cualquier versión alternativa, por irracional o inverosímil que resulte?<sup>59</sup> Para intentar responder a tales cuestiones, algunos autores se sirven de baremos estadísticos; Fletcher, por ejemplo, afirma que el estándar de superación de la duda razonable exige un 99% de probabilidad de que los hechos probados hayan sucedido como se afirma en la sentencia, mientras que en el canon propio del Derecho civil (probabilidad preponderante) bastaría con un 51%<sup>60</sup>. Tampoco esta opción proporciona criterios sólidos a los jueces para

<sup>51</sup> Como afirma GASCÓN ABELLÁN, 2005, “la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional” (p. 130); por ello, “la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de medir la probabilidad” (p. 129). Véase también GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p. 47.

<sup>52</sup> Destaca en este sentido GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 133, que “racionalizar la valoración de la prueba no exige necesariamente la aplicación del cálculo matemático-estadístico”. Más rotundo, FERRER BELTRÁN, 2018b, p. 403, aseverando que el tipo de probabilidad capaz de estructurar el razonamiento probatorio no admite el cálculo matemático. Crítico también, por ejemplo, GONZÁLEZ LAGIER, 2020, p. 92.

<sup>53</sup> Véase FERRER BELTRÁN, 2018b, pp. 416 ss., quien enuncia hasta seis estándares distintos.

<sup>54</sup> Distinción que es, por lo demás, habitual en la doctrina. Véase por ejemplo GASCÓN ABELLÁN, 2005, pp. 130 ss.; FERRER BELTRÁN, 2007, p. 140, calificándola como la “gran división”; TARUFFO, 2010, pp. 249-250; ACCATINO, 2011, pp. 486 ss.; RIVERA MORALES, 2011, pp. 307 ss. Un estándar intermedio entre ambos sería el de la “prueba clara y convincente”, que no manejaremos en el texto.

<sup>55</sup> GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130 ss.; TARUFFO, 2010, p. 250; o ACCATINO, 2011, p. 487, destacando todos ellos que es el estándar habitualmente empleado en el proceso civil.

<sup>56</sup> GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130.

<sup>57</sup> Especialmente crítico con la vaguedad e indefinición de ese criterio, si bien desde la óptica de un tribunal de jueces legos, LAUDAN, 2013, pp. 61 ss.

<sup>58</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p. 47.

<sup>59</sup> Véase en particular, LAUDAN, 2013, pp. 74 ss.; NIEVA FENOLL, 2013, pp. 78 ss.

<sup>60</sup> FLETCHER, 1997, pp. 36-37; RIVERA MORALES, 2011, p. 306.

determinar el grado de confirmación de la tesis condenatoria<sup>61</sup>, y quizá resulte excesiva esa exigencia de 99%<sup>62</sup>; en todo caso, tiene la virtud de mostrar gráficamente las diferencias entre ambos estándares, que es lo que ahora nos interesa. En palabras de Taruffo, pese a las incertidumbres a que puede dar pie, y pese a las dificultades para fijar un estándar preciso y objetivo<sup>63</sup>, “el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: éste requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas ‘irrazonables’, con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena a un inocente”<sup>64</sup>.

## 5.2. Valoración de la prueba de descargo y racionalidad del estándar probatorio

Manifestábamos en páginas anteriores que presupuesto ineludible de un estándar de prueba es que sea intersubjetivamente controlable y que, por ello, esté basado en un modelo racional de valoración de la prueba. Más allá del refuerzo garantístico que ello supone, ese *prius* de racionalidad es inherente a la propia noción de estándar probatorio, en tanto constituye un patrón o criterio de evaluación basado en reglas aplicables *erga omnes* y sostenido en un razonamiento inductivo. Por ello un “estándar” subjetivo basado en la íntima convicción constituye una contradicción en los términos: la intuición subjetiva de cada juez no puede erigirse en criterio de racionalidad intersubjetiva.

Como veíamos, el razonamiento probatorio es necesariamente un razonamiento probabilístico. Desde esta óptica, la mayor o menor probabilidad del juicio probatorio —“está probado que X”— podrá enunciarse en términos de mayor o menor razonabilidad: más razonable será ese juicio sobre el *factum* cuanto más probabilidad pueda predicarse del pretérito acaecimiento del hecho<sup>65</sup>. Estando por ello ante una entidad graduable, y asumiendo como punto de partida que la certeza, si bien inexigible a la decisión judicial, es a lo que debe aspirarse, podríamos también afirmar la mayor o menor racionalidad de un estándar cuanto mayor grado de probabilidad arroje, cuanto más seguro sea<sup>66</sup>.

Seguir el hilo de estos planteamientos nos llevaría más lejos de lo deseado en estas páginas. Lo que me interesa es únicamente analizar cuáles serían las consecuencias de esa exigencia de racionalidad para la fijación del estándar. En particular, la cuestión a la que quiero asomarme brevemente es si esa exigencia de racionalidad impone necesariamente la valoración y refutación de las pruebas de descargo y, a su vez, si

<sup>61</sup> Véase LAUDAN, 2013, pp. 79 ss.

<sup>62</sup> Pues, como suele destacarse, en el ámbito de las inferencias probatorias no existe la certeza (FERRER BELTRÁN, 2018b, p. 402; GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p. 509).

<sup>63</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2020.

<sup>64</sup> TARUFFO, 2010, p. 249. En semejante sentido, ACCATINO, 2011, p. 492.

<sup>65</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p. 47; GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 129.

<sup>66</sup> Así, GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130.

esa exigencia se identifica realmente con el estándar de superación de toda duda razonable. Si se asume esta premisa, un estándar probatorio de probabilidad preponderante, que admitiría declarar probado un relato incriminatorio aunque existan versiones alternativas plausibles, debiera ser rechazado *a priori* dada su irracionalidad.

En páginas anteriores, recuérdese, habíamos identificado como hipótesis el *estándar* de superación de duda razonable con el criterio de revisión sobre la valoración de la prueba de descargo -de la duda suscitada por la defensa-, equiparando a su vez el criterio de revisión basado en la “mera racionalidad” (propia de la línea mayoritaria del Tribunal Supremo) con el estándar de probabilidad preponderante. Esa equiparación parece ser asumida también por Javier Sánchez-Vera cuando, criticando la línea del Tribunal Supremo, antes expuesta, que se conforma con la ausencia de arbitrariedad para confirmar la condena (el citado criterio de la “mera racionalidad”), afirma que una valoración probatoria “racional solo lo es, desde un taxativo punto de vista lógico, si han sido descartadas otras posibles alternativas, motivadamente, no si lo plasmado en la sentencia, por y ante sí, es *racional* aisladamente”<sup>67</sup>. Ello le lleva, en consecuencia, a rechazar, por irracional, el estándar de probabilidad preponderante, que expresamente vincula con el de la mera racionalidad –o ausencia de arbitrariedad- empleado por el Tribunal Supremo en el control casacional de la presunción de inocencia.

Así, asevera con rotundidad que para contrastar que el razonamiento probatorio exteriorizado en la sentencia no es arbitrario “lo único consecuente para que tal contraste esté lógicamente cerrado, es comprobar todas las hipótesis planteadas de contrario, pues la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable. De este modo, no es suficiente con que un determinado relato de hechos probados no sea ‘arbitrario’ aisladamente considerado, sino que además habrá de comprobarse que han sido descartadas correctamente otras hipótesis alternativas, que siendo igual de racionales, pudieran haber conducido a otra resultancia fáctica (...) en otras palabras, en realidad es arbitrario un razonamiento con el que convivan, empero, otros posibles razonamientos alternativos si los mismos no han sido expresa y motivadamente descartados, pues ello querrá decir que no han sido tenidas en cuenta todas las máximas de experiencia, de una forma lógica, que entraban en consideración. Como ha sido dicho, ello es sustituir el principio de que la prueba lo fue ‘más allá de toda duda razonable’ por el principio ‘de preponderancia de la razonabilidad’”<sup>68</sup>.

A mi modo de ver, tal equiparación entre criterios de revisión en segunda instancia y estándares de suficiencia no es correcta. Es decir, que debe rechazarse la hipótesis de que habíamos partido, consistente en la equiparación de estándares de suficiencia y criterios de valoración. Para desentrañar esa confusión, resulta preciso diferenciar dos aspectos. Por una parte, puede concluirse que, en efecto, la valoración de las

<sup>67</sup> SÁNCHEZ-VERA, 2012, p. 169.

<sup>68</sup> SÁNCHEZ-VERA, 2012, p. 169.

pruebas de descargo —de la hipótesis de inocencia construida con tales pruebas y propuesta como “verdad” por la defensa en el proceso— sí constituye un requisito de racionalidad en la valoración de la prueba. Pero, sin embargo, no creo que esa exigencia sea privativa del estándar de superación de toda duda razonable, sino que realmente es independiente del estándar elegido.

La valoración de la prueba de descargo es, en efecto, un presupuesto de racionalidad exigible a todo proceso de valoración probatoria<sup>69</sup>. Ello es así porque un razonamiento que solo tomara en cuenta una parte del acervo probatorio —la prueba presentada por la acusación— pecaría de incompletud y llevaría a un desenlace irracional, puesto que, al haberse ignorado algunos de los elementos de juicio, permanecería la incertidumbre de si el resultado probatorio supera el estándar de suficiencia exigido<sup>70</sup>. Ahora bien, frente a lo que parece entenderse por el autor antes citado, ese requisito de la *valoración* racional de la prueba no predetermina una determinada regla de *decisión*: un determinado estándar. Sea cual sea el estándar que se adopte, será preciso haber valorado la fuerza probatoria de las pruebas de descargo como condición previa y necesaria para determinar si se supera el grado de probabilidad correspondiente a cada estándar. Dicho de otro modo, el enjuiciamiento probatorio de las hipótesis alternativas pertenece a la fase previa de *valoración*; y es una vez valorada la prueba —toda la prueba— cuando entra en juego la fase de *decisión*, en la que se determina, de la mano del estándar elegido, si el grado de confirmación de la hipótesis incriminatoria obtenido de esa valoración es suficiente para tenerla por probada<sup>71</sup>.

Así, ya sea para concluir que el relato incriminatorio alcanza una probabilidad preponderante (por simplificar, más que un 55%), ya para concluir que alcanza una probabilidad rayana en la certeza (más que un 95%), será necesario analizar si la entidad probatoria de las pruebas de descargo permite confirmar o refutar esa hipótesis probabilística<sup>72</sup>. Ello es así porque el razonamiento inductivo inherente a la valoración probatoria presupone por lo general la comparación entre varias hipótesis —las que las partes procesales defienden en juicio—, a fin de determinar cuál de ellas presenta mayor probabilidad; expresado más sintéticamente, si según el estándar de probabilidad preponderante una hipótesis resultará probada “cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho

<sup>69</sup> En palabras de la STS 258/2010, de 12 de marzo, “la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto sine qua non para la racionalidad del desenlace valorativo”.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, GONZÁLEZ LAGIER, 2013, pp. 60 s., considerando la refutación de la hipótesis incriminatoria y la eliminación de las hipótesis alternativas como requisitos de la solidez de la inferencia probatoria. Más recientemente, GONZÁLEZ LAGIER, 2020, p. 84.

<sup>71</sup> Sobre las diferencias entre la fase de valoración y la de decisión, véase GONZÁLEZ LAGIER, 2020, pp. 87 ss.

<sup>72</sup> Manifiesta FERRER BELTRÁN, 2018a, p. 159, que “corroborar la hipótesis de culpabilidad exige refutar las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia”

manejadas o consideradas en el proceso”<sup>73</sup>, necesariamente habrá de valorarse el grado de probabilidad de esas otras hipótesis alternativas<sup>74</sup>.

La diferencia entre ambos estándares manejados no radica, por tanto, en si han de valorarse o no las pruebas de descargo, sino en el grado de probabilidad que debe exigirse a la hipótesis de cargo; y, con ello, también en el grado de probabilidad que ha de exigirse a la prueba de descargo para descartar la confirmación de la hipótesis inculpativa. Así, mientras en el estándar de superación de toda duda razonable – probabilidad rayana en la certeza- basta con que la hipótesis de descargo sea meramente plausible para impedir un pronunciamiento condenatorio, puesto que ello es suficiente para suscitar dicha duda, en el estándar de probabilidad preponderante esa mera plausibilidad no será suficiente, sino que para impedir la condena será preciso que una hipótesis de descargo resulte muy posible o considerablemente probable – en torno a un 30 o 40%, si se quiere-, pues solo en ese caso podrá suscitarse la duda de que la tesis inculpativa es más probable que una hipótesis alternativa de inocencia.

En conclusión, entiendo que la regla de *valoración* que exige analizar las hipótesis alternativas de descargo —y que, como vimos, debe también presidir la revisión en segunda instancia— no se corresponde con un estándar de *decisión* determinado, sino que constituye un presupuesto lógico de racionalidad de la valoración probatoria, por lo que debe exigirse con independencia del estándar que se maneje. Por ello, no cabe identificarlo únicamente con el estándar de superación de la duda razonable, ni cabe tampoco, por ello, considerar menos “racional” el estándar de probabilidad preponderante por entender que prescinde de ese criterio de valoración. La diferencia entre tales estándares estará, como decimos, en el grado de probabilidad exigido para poder descartar la hipótesis de descargo y, con ello, confirmar la hipótesis inculpativa<sup>75</sup>.

La mayor o menor racionalidad del estándar de prueba no depende, por tanto, de si se opta por incluir la valoración de las hipótesis de descargo, puesto que esa es una exigencia previa independiente del estándar elegido. ¿Puede, en todo caso, evaluarse la mayor o menor “racionalidad” de los distintos estándares? Como antes habíamos

<sup>73</sup> GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130.

<sup>74</sup> Criticando la identificación entre la valoración de la prueba de descargo y la fijación de un estándar de prueba, afirma en esta línea González Lagier que “la refutación es también una comparación entre varias hipótesis, es también gradual y de nuevo requiere un estándar de prueba. Es más, si refutar las hipótesis compatibles con la inocencia es mostrar que otra hipótesis (la de la culpabilidad) es más plausible, entonces se podría pensar que la refutación de las hipótesis absolutorias no es más que la otra cara de la moneda de la confirmación de la hipótesis condenatoria, y no un criterio distinto” (GONZÁLEZ LAGIER, 2020, p. 95).

<sup>75</sup> Todo ello no obsta a que el propio estándar de suficiencia probatoria pueda formularse a partir de la satisfacción de determinados criterios de valoración, tal como implícitamente asumen quienes vienen a identificar la valoración de las hipótesis de descargo con el estándar de superación de duda razonable (véase supra nota 52), o como explícitamente hace FERRER BELTRÁN, 2018b, *passim*. Afirma en este sentido GONZÁLEZ LAGIER, 2020, p. 94, que “la estrategia de Ferrer consiste en formular el estándar de prueba a partir de determinados criterios de valoración de la prueba”.

visto, algunos autores consideran *más* racional el estándar de duda razonable, identificando la racionalidad con la mayor probabilidad exigida para declarar probada la hipótesis. Así, afirma Gascón Abellán que “cuando más exigente sea el estándar para probar un hecho, más racional será la decisión que declara probado ese hecho, pues un SP [estándar de prueba] muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto”<sup>76</sup>. Por ello, concluye que ,aunque el estándar de prueba preponderante es racional, resulta más racional un estándar cualificado, como el de superación de la duda razonable.

Esa conclusión es discutible, a mi parecer, pues la racionalidad práctica del estándar depende de la finalidad que se pretenda conseguir. Un estándar muy reforzado no minimiza *per se* la posibilidad de error; minimiza un determinado tipo de error: los falsos positivos (condenas a inocentes), pero incrementará el riesgo de incurrir en falsos negativos (culpables absueltos). Por ello, ni siquiera desde la finalidad de búsqueda de la verdad asignada al proceso penal es el estándar reforzado más racional *per se*, dado que puede incrementar determinado tipo de errores<sup>77</sup>. El estándar cualificado es más racional solo desde una previa opción axiológica, referida a una determinada forma de distribuir la carga de los errores, considerando preferibles los errores que llevan a la libertad de los culpables que los que llevan a la privación de libertad de los inocentes<sup>78</sup>. Pero no debe perderse de vista que, como ha sido destacado<sup>79</sup>, un estándar muy reforzado de presunción de inocencia conllevará una merma en la eficacia preventiva de las normas jurídico-penales, por lo que, contemplado desde dicha finalidad preventivo-general, podría entenderse más racional adoptar un estándar menos reforzado. En definitiva, como toda decisión político-criminal, en última instancia nos hallamos ante un conflicto entre prevención y garantías<sup>80</sup>, que al incorporar un elemento de racionalidad valorativa, hace más compleja la opción por uno u otro estándar.

### 5.3. ¿Superación de toda duda razonable o probabilidad preponderante?

Existe un consenso generalizado en que el estándar de suficiencia probatoria en materia penal es el de superación de toda duda razonable. La razón de ser es, como acabamos de exponer, valorativa, político-criminal: parte de la premisa normativa de que en un Estado de garantías, ante la gravedad de la consecuencia jurídica para los derechos individuales, es preferible incurrir en falsos negativos (un culpable absuelto) que en falsos positivos (un inocente condenado)<sup>81</sup>. La opción por un estándar

<sup>76</sup> GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130

<sup>77</sup> Agradezco a Íñigo Ortiz de Urbina que me haya llamado la atención sobre este extremo.

<sup>78</sup> Ello es también destacado por la misma autora (GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130). Véase también, por ejemplo, LAUDAN, 2013, pp. 106 ss.

<sup>79</sup> MALARINO, 2017, pp. 247 ss.; FERRER BELTRÁN, 2018b, pp. 410-411

<sup>80</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2002, pp. 139 ss.

<sup>81</sup> Sobre el arraigo histórico de ese presupuesto, véase LAUDAN, 2013, p. 103. Véase también SCHAUER, 1978, pp. 19-20.

muy exigente implicará, así, un mayor beneficio de la duda en favor del acusado, en favor de la inocencia<sup>82</sup>.

No obstante, ese principio ha sido cuestionado por algunos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales recientes.

### 5.3.1. *El estándar de probabilidad preponderante en la jurisprudencia.*

En primer lugar, puede destacarse una línea del Tribunal Constitucional que, iniciada con la STC 145/2005, de 6 de junio, parece haber asumido como estándar de suficiencia el de la probabilidad prevalente. Se afirma en dicha sentencia lo siguiente:

“En el análisis de razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probado hemos de precisar ahora que sólo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos era más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas del canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente (‘más allá de toda duda razonable’), bien la convicción en sí”<sup>83</sup>.

De ese modo, si la presunción de inocencia se vulnera “cuando la versión judicial de los hechos era más improbable que probable”, *sensu contrario* puede concluirse que bastará para enervar la presunción de inocencia con que el relato condenatorio sea *más probable que improbable*; dicho de otro modo, para el juzgador será suficiente con acreditar que la hipótesis inculpativa resulta preponderante a la de la inocencia<sup>84</sup>.

Ciertamente, puede discutirse si el Tribunal Constitucional está asumiendo ese estándar como contenido del derecho a la presunción de inocencia —exigible, por ello, a la valoración que deba hacer el órgano *a quo* y el tribunal de apelación—, o si está describiendo su propio criterio de revisión en amparo. El problema es, de nuevo, la confusión que se ha venido generando entre esos estratos de valoración, asumiendo muchos órganos judiciales tales pronunciamientos del Tribunal Constitucional como reglas de valoración de la jurisdicción ordinaria. Así, por poner un significativo ejemplo, en el desarrollo de los “20 criterios orientativos para valorar la suficiencia de la prueba indiciaria en los casos en que no existe prueba directa” establecidos en la STS 532/2019, de 4 de noviembre (que veremos a continuación), el Tribunal Supremo invoca esa doctrina del Tribunal Constitucional —citando la STC 300/2005—

<sup>82</sup> LAUDAN, 2013, pp. 106.

<sup>83</sup> En idénticos o semejantes términos, SSTC 263/2005, de 24 de octubre; 123/2006, de 24 de abril; 70/2007, de 16 de abril; 209/2007, de 24 de septiembre.

<sup>84</sup> Crítico con esa línea, ya ALCÁCER GUIRAO, 2013, p. 107.

para determinar *sus propios criterios* de revisión en casación, y ello con independencia de si actúa como órgano de segunda o de tercera instancia.

Ese mismo estándar ha venido asumiendo la Sala Segunda del Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos. Lo encontramos con claridad, por ejemplo, en la STS 548/2009 de 1 junio:

“Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamenta sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante”.

Menos clara es, sin embargo, la fundamentación de la STS 700/2009, de 18 de junio, pues parece entremezclar ambos estándares. Así, después de reiterar en su literalidad el párrafo de la sentencia anterior, afirma a continuación lo siguiente:

“En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante”<sup>85</sup>.

Es la propia dificultad de fijar un umbral claro de suficiencia lo que en ocasiones amenaza con generar confusiones entre ambos estándares genéricos; ciertamente, si el grado de probabilidad es tan elevado que prácticamente elimina cualquier hipótesis viable de inocencia, no dejará de ser “preponderante”, pero se ubicará ya en los márgenes del estándar que exige la superación de toda duda razonable. De igual modo, si solo son inferencias presuntivas “mucho más débiles” las que –como parece

<sup>85</sup> Acogen esa misma doctrina jurisprudencial, con cita textual de ambos párrafos, las SSTS 732/2013, 16 de octubre, y 577/2014 de 12 julio (ambas con ponencia de Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

afirmar la primera de las resoluciones citadas- impiden afirmar la inocencia, estaremos más cerca de un estándar cualificado que de uno meramente preponderante. Por tal razón, en ocasiones las diferencias de criterio son antes retóricas o estilísticas que sustantivas. Como he sugerido en páginas anteriores, más importante que fijar una ratio probabilística o intentar precisar el umbral de suficiencia con fórmulas estipulativas, es tener clara la *vocación* del estándar de superación de toda duda razonable de imprimir un criterio muy exigente, tendente a minimizar el riesgo de falsos positivos<sup>86</sup>; y, segundo, acentuar la exigencia de valorar las pruebas de descargo y motivar su fuerza para suscitar la duda.

Confusa es también la reciente propuesta del Tribunal Supremo plasmada en los “20 criterios orientativos para valorar la suficiencia de la prueba indiciaria en los casos en que no existe prueba directa”, establecidos en la STS 532/2019, de 4 de noviembre, de la que es ponente D. Vicente Magro Servet. Si bien en el cuerpo de la sentencia se invoca en un par de ocasiones el estándar de superación de toda duda razonable, en la relación de los 20 puntos —comunicados, por cierto, como nota informativa por el CGPJ y con *vocación*, por tanto, de “unificación de doctrina”—, tal estándar de suficiencia brilla por su ausencia, optándose decididamente por el de la probabilidad preponderante<sup>87</sup>. Así, en el punto 19 se establece que “la conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada”; pero ese punto es desarrollado en la sentencia con la cita de una resolución anterior (STS 151/2010, de 22 de febrero), en la que se refleja un estándar de mera preponderancia:

"En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante".

Y por si quedara alguna duda, el punto número 20, que culmina la relación, establece ese estándar de modo inequívoco:

“20.- Para que la tesis acusatoria pueda prosperar, consiguiéndose la enervación de la presunción de inocencia, se la debe exigir una «probabilidad prevaleciente» con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo”.

<sup>86</sup> Véase GONZÁLEZ LAGIER, 2020, p. 96: pese a mostrarse crítico con las distintas formulaciones del estándar y pese a ser muy escéptico con la posibilidad de fijar estándares precisos y objetivos, no deja de resaltar que “el estándar de duda razonable no es inútil”.

<sup>87</sup> Crítico con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo y, en particular, con la confusión en que incurre a la hora de sentar el estándar de suficiencia probatoria, MUÑOZ ARANGUREN, 2020.

### 5.3.2. *El estándar de probabilidad preponderante en la doctrina: crítica a la tesis de Nieva Fenoll*

Como anunciaba, también en la doctrina se ha propuesto ese estándar para el proceso penal. Destaca a este respecto la concepción de Jordi Nieva Fenoll. Si no interpreto mal la propuesta desarrollada en su obra *La duda en el proceso penal*, pese a considerar que la presunción de inocencia constituye la clave de bóveda de todo el proceso, y que está dirigida en primer lugar a combatir el prejuicio de culpabilidad, el autor resta trascendencia a su vertiente de regla de juicio. En sus propias palabras: “la presunción de inocencia es la irrenunciable piedra angular del proceso penal, durante toda su celebración. Pero llegados al momento de la sentencia, convertir a la presunción de inocencia en una regla de juicio –*in dubio pro reo*– puede llegar a ser antiepistémico, ya que una vez celebradas todas las pruebas, el mantenimiento a ultranza de la presunción puede chocar con la resultancia empírica de las pruebas practicadas”<sup>88</sup>.

El autor aboga por intentar despejar la duda todo lo que sea posible, debiendo agotarse todas las posibilidades de prueba, incluso las que el juez pueda y deba adoptar de oficio<sup>89</sup>. Una vez realizado ese esfuerzo probatorio, y reducida al mínimo posible la existencia de dudas, no será ya preciso, afirma, acudir a “soluciones simplistas, tales como concluir por defecto la inocencia –o la culpabilidad–”, sino que bastará con decidir según determine la probabilidad preponderante: “Ante la duda, el esfuerzo probatorio debe realizar en todo caso, hasta que una vez se ha realizado ese esfuerzo, efectivamente, la posibilidad preponderante nos lleve a concluir la inocencia. O la culpabilidad”<sup>90</sup>.

Nieva rechaza, así, la necesidad de establecer una *norma de cierre* para los casos en que exista una duda; partiendo de cierta optimista confianza en la capacidad “científica” de alcanzar la verdad procesal –y la eliminación de la duda–, y también de cierta resignación ante la imposibilidad de establecer estándares probabilísticos –de cuantificar la duda–, concluye que en la decisión final habrá que estar a la “resultancia empírica de las pruebas practicadas”, bastando con que el juez justifique su convicción en la motivación argumentando el grado de confirmación de las hipótesis.

Es, en efecto, esa resignación mencionada la que parece llevarle a adoptar un estándar de probabilidad preponderante y a negar la necesidad de la regla del *in dubio pro reo*:

“(L)a pregunta correcta es: ¿es posible cuantificar el *dubium*? (...) Además, esa pregunta encierra una ulterior imprecisión epistemológica de base (...) Si a ese mismo jurista se le pregunta qué porcentaje considera que está más allá de toda duda razonable, lo más probable es que responda que sería necesario

<sup>88</sup> NIEVA FENOLL, 2013, p. 167.

<sup>89</sup> NIEVA FENOLL, 2013, pp. 136 ss., 143 ss.

<sup>90</sup> NIEVA FENOLL, 2013, p. 161.

poseer una certeza del 90 por 100. Pero si esto último es así, lo cierto es que para absolver es suficiente con tener una certeza de inocencia de un 11 por 100, lo que sin duda resulta absurdo. El resultado sería exactamente el mismo si la certeza para romper la presunción de inocencia fuera menor, es decir, de un 80 o un 70 por 100. En todo caso estaríamos declarando inocente a alguien con solamente un 20 o un 30 por 100 de las posibilidades de serlo, lo que es anti-epistémico. Una cosa es que el derecho a la presunción de inocencia sea un principio guía que advierta al juez contra el prejuicio social de la culpabilidad durante todo el proceso (...) Y otra muy distinta es que el juez, libre de ese prejuicio durante toda la práctica de la prueba, y una vez observada la misma, deba absolver a quien empíricamente tiene más posibilidades de ser culpable que inocente, pudiendo motivarlo debidamente”<sup>91</sup>.

Por ello afirmaba que convertir a la presunción de inocencia en una regla de juicio —*in dubio pro reo*— puede llegar a ser antiepistémico. Si se asume —afirma el autor— “que en cualquier proceso penal bastará con juzgar en favor de la probabilidad preponderante, no existe realmente una situación de duda”. Y concluye: siendo esto así, se cierra el círculo. La presunción de inocencia no es una regla de la carga de la prueba (...) porque la situación de duda se resuelve en favor de la probabilidad preponderante, sea de inocencia o sea de culpabilidad, según la resultancia probatoria. En consecuencia, no parece ser precisa una norma de cierre del sistema en el proceso penal”<sup>92</sup>.

Nieva niega la necesidad del *in dubio pro reo* como norma de cierre en la fase de fijación de los hechos, pero al mismo tiempo reconoce que en la decisión del juez siempre existirá un margen de duda<sup>93</sup>. Si ello es así —y es irremediable que sea así, moviéndonos en un marco de probabilidad—, necesariamente ha de existir esa *regla de segundo orden*, a fin de evitar el *non liquet*<sup>94</sup>. Como se ha afirmado, “se hace necesaria una regla de segundo orden, que establezca qué debe realizarse en caso de duda sobre el cumplimiento del estándar”<sup>95</sup>. La existencia de esa regla constituye un presupuesto lógico del proceso de decisión, proporcionando al juez un criterio para resolver en caso de duda. Por ello, y por más que se pretenda reducir el error amplificando el número de pruebas admisibles, no puede prescindirse de ella, so pena de quebrar la racionalidad del sistema de valoración.

El planteamiento de Nieva parte de una opción binaria: o “ha quedado probado que X” (con el grado de suficiencia que asume: mera preponderancia), y entonces procede la condena, o “ha quedado probado que Y” (una concreta hipótesis

<sup>91</sup> NIEVA FENOLL, 2013, p. 162.

<sup>92</sup> NIEVA FENOLL, 2013, p. 164.

<sup>93</sup> NIEVA FENOLL, 2013, p. 160: “Pero la duda, por pequeña que sea, seguirá existiendo, pese a todo”.

<sup>94</sup> Véase especialmente GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 166. En sentido semejante, RIVERA MORALES, 2011, pp. 307-308.

<sup>95</sup> FERRER BELTRAN, 2016, p. 270. En igual sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, pp. 198, 208 ss., BAYÓN MOHINO, 2020, p. 69.

alternativa de inocencia) y entonces procede la absolución. Así parece asumirlo cuando afirma que si se establece un estándar del 90%, entonces “para absolver es suficiente con tener una certeza de inocencia de un 11 por 100”. Tal como él mismo asevera, esa conclusión resulta absurda, pero ello es así porque parte, a mi entender, de un cierto desenfoque<sup>96</sup>.

Lo cierto es que en la valoración y decisión probatoria no solo pueden concurrir esas dos alternativas, sino que puede darse también una tercera: “no ha quedado probado que X”, que es, lógicamente, algo distinto que probar Y; y una cuarta: el juez puede *dudar* si ha quedado probado que X<sup>97</sup>. Y frente a lo que parece entender Nieva, para la absolución no ha de concurrir el segundo supuesto —el inocente no debe probar su inocencia—, sino que bastará con que concurra el tercero; asimismo, *deberá* absolverse también en el cuarto supuesto: en el caso de que se dude si concurre el primer o el tercer supuesto.

Nieva Fenoll manifiesta en favor de su propuesta que el principio de absolución en caso de duda es antiepistémico. Pero eso es así precisamente porque la regla de segundo orden que establece el beneficio de la duda es *contraepistémica*: no depende de la prueba de un estado de cosas, sino que es un mandato normativo para el juez. Tal como se ha afirmado, la regla que “exige la absolución en caso de insuficiencia de las pruebas, contiene y se explica exclusivamente como una garantía de libertad individual, pues no impone condición epistemológica alguna a la proposición fáctica que funda la absolución. Es decir, para absolver no resulta necesario que la hipótesis de inocencia esté sustentada en elementos de confirmación —de prueba—, ni menos aún que se sustente en elementos de confirmación suficiente como se exige para considerar probada la hipótesis de culpabilidad del acusado”<sup>98</sup>.

La conclusión de Pérez Manzano funciona como crítica directa al planteamiento de Nieva:

“En consecuencia, cuando se afirma que el grado de confirmación de la verdad de la hipótesis de culpabilidad es el del 80%, no significa que, paralelamente, dicha hipótesis sea falsa con un grado de confirmación del 20%, pues no hay una relación causal ni lógica entre los grados de confirmación de las dos hipótesis. Esto es, un nivel de probabilidad de culpabilidad del 80% no implica un nivel de probabilidad de inocencia del 20 % (...) En definitiva, si la declaración de culpabilidad tiene la naturaleza de enunciado fáctico que expresa una verdad probable, la absolución en caso de duda carece de la condición de

<sup>96</sup> Tal como lo expresa Taruffo, esa idea de la complementariedad numérica de la hipótesis negativa responde a un modelo de probabilidad cuantitativa, que resulta inadecuado para caracterizar la valoración de la prueba. “Esta representación parece forzada en el caso de las dos hipótesis contrapuestas —afirma el autor italiano— porque no hay necesidad lógica alguna por la que el grado de confirmación de una de ellas deba ser inversamente proporcional al de la otra”. (TARUFFO, 2011, pp. 250-251).

<sup>97</sup> En sentido semejante, TARUFFO, 2011, p. 251; BAYÓN MOHINO, 2020, p. 69. Véase también FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, pp. 208 ss.

<sup>98</sup> PÉREZ MANZANO, 2009, p. 1516.

enunciado fáctico, constituyendo tan solo la aplicación de una norma jurídica, plasmación de la preeminencia de la libertad de los inocentes, a una situación de incertidumbre fáctica”<sup>99</sup>.

Esa regla de segundo orden es independiente del concreto estándar de suficiencia por el que se opte<sup>100</sup>, si bien este sí determinará el supuesto de hecho de la regla: la duda se proyecta sobre la suficiencia de la prueba, por lo que, aunque su aplicación no precisa la prueba de un *factum* de inocencia, el estándar establecerá el grado de certeza probatoria a partir del que haya de surgir la duda que da pie a la aplicación de la regla. Así, si se exige un estándar de superación de toda duda razonable, el *beneficio de la duda* –el deber de absolver– entrará ya en juego cuando exista una hipótesis meramente plausible de descargo; sin embargo, si el estándar de suficiencia se fija, como hace Nieva, en una probabilidad preponderante, la obligación de absolver se dará solo cuando se dude si la hipótesis de inocencia se aproxima a esa probabilidad preponderante. Es decir, el *dubio* que ha de llevar a absolver surgirá con más facilidad en el primer caso que en el segundo, pues un determinado resultado probatorio puede considerarse insuficiente en el primer caso y suficiente en el segundo.

### 5.3.3. Razones para un estándar cualificado

Por ello, y más allá de las citadas dudas de índole lógica o metodológica, lo más discutible del planteamiento de este autor es, a mi modo de ver, que desatiende la dimensión valorativa o político-criminal inherente a la selección del estándar. Interesado primordialmente en la vertiente epistémica de la valoración de la prueba, y considerando que, desde esa perspectiva, el estándar de superación de toda duda razonable no puede ofrecer herramientas de decisión al juez, con la opción por un estándar de mera preponderancia termina por redimensionar a la baja, me parece, el estatuto garantístico del acusado en el proceso penal.

El estándar de probabilidad preponderante puede ser razonable en el proceso civil, en el que rige un principio dispositivo y una absoluta horizontalidad entre las posibilidades y cargas de defensa que enfrentan las partes. En esa relación de igualdad de armas es coherente que la decisión judicial pueda inclinarse en favor de la versión de los hechos más probable, y que no se establezca *a priori* el beneficio de la duda en favor de ninguna de las partes; o, dicho de otro modo, que ese beneficio se determine en función de la carga de la prueba que les corresponda<sup>101</sup>.

Sin embargo, en el proceso penal no se da tal horizontalidad: en el proceso penal no debe haber tal igualdad de armas, sino, antes bien, una *asimetría* entre las cargas

<sup>99</sup> PÉREZ MANZANO, 2009, p. 1518-1519.

<sup>100</sup> Enfatiza en este sentido BAYÓN MOHÍNO, 2020, p. 68, citando a Fernández López, que esa regla de segundo orden existe en todo tipo de procesos, por lo que no implica ningún estándar probatorio en particular. Véase también FERRER BELTRÁN, 2016, p. 183.

<sup>101</sup> BAYÓN MOHÍNO, 2020, p. 69.

y posibilidades de defensa del acusado frente al acusador<sup>102</sup>. Y la base de esa asimetría es precisamente el derecho a la presunción de inocencia, de exclusiva titularidad del acusado<sup>103</sup>.

Esa asimetría garantística ha sido reconocida por el Tribunal constitucional. Así, la STC 141/2006, de 8 de mayo, ha enfatizado que el derecho a la presunción de inocencia “sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal (SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso (STC 41/1997, de 10 de marzo)”. Tal presupuesto es lo que explica “la notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas” (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4; también, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5). Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues ‘al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales’ (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7)”. “En efecto, en cuanto que pueden sufrir la intervención punitiva del Estado, el imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso”<sup>104</sup>.

También el Tribunal Supremo ha sido rotundo en afirmar que “todo acusado, sea cual fuera el delito del que se le acusa, tiene una situación asimétrica y superior a la del resto de las partes en el proceso” (STS 647/2014, de 2 de octubre).

Esa asimetría en favor del acusado impregna todo el sistema penal. Es lo que justifica que muchos derechos procesales sean de exclusiva titularidad del acusado — todos los emanados del principio acusatorio, o el derecho a guardar silencio y no confesarse culpable—, que el acusado tenga un derecho al doble grado de jurisdicción, mientras que el acusador sea titular de un —más débil— derecho al recurso<sup>105</sup>,

<sup>102</sup> En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, 2013, pp. 73 ss.; CUERDA RIEZU, 2014, p. 5.

<sup>103</sup> Como, en este sentido, afirma RUSCONI, 1998, p. 44, la finalidad político criminal del in dubio es precisamente compensar la superioridad de fuerzas del Estado.

<sup>104</sup> Véase también el ATC 467/2006, de 20 de diciembre: “Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio; 178/2001, de 17 de septiembre), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que ‘el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso’ (SSTC 41/1997, FJ 5; 285/2005, de 7 de noviembre, FJ 4)”.

<sup>105</sup> Véase ALCÁCER GUIRAO, 2013, pp. 76-77.

y que el actual modelo de apelación penal permita que el órgano de segunda instancia pueda absolver por *error facti* pero no pueda condenar, teniendo, todo lo más, que anular y retrotraer<sup>106</sup>. Es lo que justifica también que la motivación de la condena deba ser más exigente que la motivación de la inocencia<sup>107</sup>; o que el estándar de suficiencia deba ser superior para la prueba de hechos incriminatorios que para hechos exoneratorios o atenuantes<sup>108</sup>. Y es lo que justifica, en última instancia, que solo el acusado sea titular del derecho a la presunción de inocencia —del que en última instancia emanan todas las garantías anteriores— y no exista un “derecho a la presunción de inocencia invertido”.

En palabras del Tribunal Constitucional:

“Al igual que no existe ‘un principio de legalidad invertido’, que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4), tampoco existe una especie de ‘derecho a la presunción de inocencia invertido’, de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas”.

Pues bien, de igual modo, considero que esa asimetría ha de llevar también, frente a lo que se sostiene por Nieva Fenoll, a sentar un estándar reforzado para la prueba

<sup>106</sup> Artículo 791 LECrim. Véase ALCÁCER GUIRAO, 2013, pp. 92 ss., favorable a la regulación del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2010.

<sup>107</sup> En los términos del Tribunal Constitucional (STC 169/2004, de 6 de octubre: “Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible ex art. 120.3 CE “siempre”, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales -y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (...). Por el contrario las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias”. En el Voto particular formulado a dicha sentencia, tres Magistrados del Tribunal postularon que no era necesario motivar la absolución, afirmando que “exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. Es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia”, y concluyendo que para absolver “con dudar razonablemente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena”. En igual sentido que el voto discrepante se manifiestan PÉREZ MANZANO, 2009, p. 1516, citando a Vives Antón; o CUERDA RIEZU, 2014, p. 12. Coincido con esta posición, si bien ello no implica que no deba motivarse un pronunciamiento absolutorio. Ciertamente, esa motivación no ha de estar fundada en la acreditación de hechos de descargo, porque, como hemos objetado a las tesis de Nieva Fenoll, la absolución no exige que se pruebe la inocencia. Pero un pronunciamiento absolutorio sí debe en todo caso dar razones acerca de por qué, frente a la pretensión acusatoria, concurre una duda razonable (En este sentido, ya, ALCÁCER GUIRAO, 2013, p. 75, nota 108: no es preciso probar la inocencia, pero sí dar razones de la absolución). Si la duda que absuelve es la duda razonable, es preciso razonar la existencia de la duda. Eximir al juez de esa obligación de motivar la absolución nos llevaría nuevamente a un modelo basado en la “íntima convicción”, legitimaría absoluciones arbitrarias y vulneraría, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva de las acusaciones.

<sup>108</sup> En favor de esta asimetría, CUERDA RIEZU, 2014, p. 12; FERRER BELTRÁN, 2016, p. 271; BAYÓN MOHINO, 2020, pp. 71-72. Frente a ello, el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo la exigencia de que “las bases fácticas de las eximentes deben estar tan acreditadas como el hecho mismo” (sobre ello, con más referencias, véase críticamente, CUERDA RIEZU, 2014, pp. 6 s.)

de los hechos que fundan la responsabilidad, más exigente, desde luego, que el necesario para suscitar la duda razonable<sup>109</sup>. El estándar de mera preponderancia implica, como decíamos, que la inocencia exigiría una hipótesis fáctica considerablemente probable, cercana al 50%, por cuanto para que se dé el supuesto inverso, el de la condena, bastará con que supere ese 50% -umbral de la preponderancia-. Desde esa premisa, una duda sobre la culpabilidad, aun razonable, no bastaría para fundar la inocencia. La consecuencia es, a mi entender, un sustancial incremento del riesgo de incluir falsos positivos y, por ende, un importante debilitamiento de las garantías del acusado en el proceso penal.

#### 5.4. *Algunas concreciones del juicio de suficiencia probatoria*

A la hora de delimitar el ámbito y criterios de valoración del órgano de primera instancia debemos partir del principio, reiterado por el Tribunal Constitucional desde la seminal STC 31/1981, de que “sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral”<sup>110</sup>, pues es en esa fase cuando operan con plenitud las garantías de la correcta valoración probatoria: inmediación y contradicción<sup>111</sup>. La plenitud cognoscitiva que se deriva de su necesaria presencia en la práctica contradictoria de la prueba<sup>112</sup>, y de la consiguiente posibilidad de intervenir en los debates<sup>113</sup>, permitirá al juez *a quo* una valoración

<sup>109</sup> En semejante sentido, afirma FERRER BELTRÁN, 2007, p. 146, que requisito esencial de un estándar de prueba en el proceso penal es que “debe incorporar la preferencia por los errores negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas”.

<sup>110</sup> Por ejemplo, y entre muchas: SSTC 195/2002, de 28 de octubre; 206/2003, de 1 de diciembre; 345/2006, de 11 de diciembre.

<sup>111</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2011, *passim*. Sobre esa exigencia de “prueba plenaria”, véase también, por ejemplo, SÁNCHEZ-VERA, 2012, pp. 76 ss.

<sup>112</sup> El debate contradictorio no sólo forma parte estructural del derecho de defensa del acusado, sino que también posee un notable valor epistemológico como instrumento para la búsqueda de la verdad, por lo que toda excepción a la garantía de contradicción supone reducir la seguridad de la valoración probatoria. Así lo entiende FERRER BELTRÁN, 2007, pág. 87, nota 50, poniendo de manifiesto atinadamente que “resulta desencaminada la tendencia, especialmente para supuestos de delitos graves en el proceso penal, a admitir pruebas producidas con sacrificio del principio de contradicción en nombre de la búsqueda de la verdad”. Sobre ese doble fundamento del principio de contradicción, cfr. también ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, págs. 131 y ss.; TARUFFO, 2011, pp. 427 ss.

<sup>113</sup> El Tribunal Constitucional ha considerado inherente a la garantía de inmediación la citada posibilidad de intervenir en el debate del Juez a quo. Así, en la STC 120/2009, de 18 de mayo, se rechaza que la reproducción en segunda instancia de la grabación audiovisual del juicio oral pueda satisfacer la exigencia del TEDH de que la apelación se practique con las debidas garantías, concibiendo la inmediación como una “garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron; permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho” (subrayados añadidos). Sobre esa vertiente “dinámica” o “interactiva” de la inmediación, cfr. CABEZUDO, 2010, pp. 19 ss., 31 ss. Ampliamente sobre la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre las garantías de la segunda instancia y la relevancia de dicha sentencia, ALCÁCER GUIRAO, 2013, pp. 85 ss., y *passim*.

completa y exhaustiva de la prueba, sin más limitaciones en la búsqueda de la verdad procesal que las que las partes hayan determinado con la propia confección del acervo probatorio.

Sobre este último aspecto, lo cierto es, como es sabido, que tales limitaciones de proposición de prueba aparecen considerablemente matizadas por la propia ley procesal, que faculta al juez a decidir la práctica sobrevenida de diferentes medios de prueba en el acto del juicio oral (artículo 729 LECrim). Dentro del necesario respeto al derecho a la imparcialidad judicial —con el que, indudablemente, tal previsión legal puede llegar a generar tensiones—, desde la finalidad institucional de la búsqueda de la verdad, nada ha de obstar a que el órgano judicial acuerde de oficio la práctica de las diligencias de prueba que estime necesarias para alcanzar la mayor seguridad posible en la decisión sobre la prueba —probabilidad rayana en la certeza—. En este sentido, un modelo de valoración racional de la prueba debe partir de un *principio de máxima aportación de medios de prueba*, sobre todo a partir de una generosa comprensión del derecho a utilizar los medios de prueba, con arreglo al cual el juez ha de admitir (y garantizar la práctica de) todos los medios de prueba solicitados por las partes que sean relevantes<sup>114</sup>, pero también posibilitando la aportación de oficio por parte del juez *a quo*, como un vehículo para minimizar la duda<sup>115</sup>.

Tal como anticipábamos, la valoración de la prueba efectuada por el órgano de primera instancia debe incluir, como presupuesto de racionalidad, el enjuiciamiento de las pruebas de descargo, aquellas que abonan la hipótesis de inocencia. En relación con esta exigencia, surge la duda de si el órgano judicial debe proceder a descartar las hipótesis alternativas de descargo presentadas por el acusado, o si, además, debe indagar “de oficio” la posible existencia de hipótesis de descargo, estando obligado a refutarlas para poder confirmar la hipótesis de culpabilidad aun cuando la defensa no hubiera alcanzado a formularla<sup>116</sup>.

A mi modo de ver, el derecho a la presunción de inocencia impone al órgano de enjuiciamiento un *deber de dudar* que, de modo coherente con la citada facultad de acordar la práctica de pruebas no solicitadas por las partes, ha de llevar al órgano judicial a descartar toda hipótesis de inocencia que razonablemente se derive del

<sup>114</sup> Véase al respecto, FERRER BELTRÁN, 2007, pp. 52 ss.; FERRER BELTRÁN, 2016, p. 406, nota 12, destacando que la teoría general de la prueba debe buscar la máxima reducción de errores, para lo que hay que diseñar “mecanismos procesales que maximicen la incorporación del mayor número de pruebas relevantes al acervo probatorio del proceso y la mayor información sobre su fiabilidad”. Indudablemente, ello abarcará no solo los medios de prueba dirigidos a probar el hecho que apoya la pretensión de la parte, sino también aquellos que sirvan para acreditar la fiabilidad —o su ausencia— de otros medios de prueba (la “prueba sobre la prueba”), así como aquellos que persigan la finalidad de refutar los hechos que sustentan la pretensión de la otra parte.

<sup>115</sup> NIEVA FENOLL, 2013, pp. 136 ss., 143 ss.

<sup>116</sup> Establece esa diferenciación Ferrer Beltrán como una vía para modular el grado de exigencia del estándar de prueba (ya hemos visto que este autor se sirve de criterios de valoración para conformar el estándar de decisión). Véase al respecto ya FERRER BELTRÁN, 2007, p. 148, nota 133, así como, en un desarrollo de esa idea, FERRER BELTRÁN, 2018b, pp. 417 s., donde establece hasta seis estándares distintos, de mayor a menor exigencia, diferenciándose el primero del segundo únicamente en el aspecto reseñado.

debate contradictorio. No obstante, lo cierto es que —al menos en el enjuiciamiento de primera instancia— en la práctica existirá poca diferencia entre ambas opciones. Frente a lo que afirma Nieva Fenoll<sup>117</sup>, la existencia de dudas razonables —de hipótesis de descargo— no queda al albur de la creatividad del juez de turno; por el contrario, tales hipótesis deberán estar mínimamente probadas, en el grado exigible, como vimos, por el estándar de suficiencia elegido. Dicho de otro modo, habrá tenido que existir una “mínima actividad probatoria” de esos elementos de descargo<sup>118</sup>, y ello dependerá en buena medida de la propuesta de medios de prueba y la estrategia de defensa de la parte acusada, que es quien tiene la carga de probar la hipótesis de descargo que suscite la duda<sup>119</sup>. En todo caso, y siquiera para los casos residuales en que pudiera darse el supuesto, es indudable que sobre la duda razonable no rige el principio de aportación de parte, por lo que, si de la valoración probatoria se le suscita al juez una duda razonable al plantearse de oficio una hipótesis plausible de descargo, estará obligado a absolver. Así lo impone el *in dubio pro reo*.

Por último, el estándar de prueba que debe guiar la decisión del órgano de primera instancia es el de superación de la duda razonable. Como hemos visto, ese estándar impone un umbral reforzado y muy exigente para declarar confirmada la hipótesis de culpabilidad. Así, con arreglo al mismo bastará con que una hipótesis de descargo presente cierta plausibilidad para sentar una duda razonable que impida justificar la condena. Ciertamente, ni las hipótesis inverosímiles ni las que resulten imposibles de contrastar a partir del acervo probatorio obrante podrán justificar el *in dubio*<sup>120</sup>. Como acabamos de afirmar, no bastará con que la defensa se limite a alegar esa hipótesis de descargo, sino que le corresponderá probarla, a partir de los elementos de juicio obrantes en el acervo probatorio. Pero, ciertamente, en este modelo el “estándar de prueba” de la hipótesis de descargo será muy bajo: bastará con la mera plausibilidad, como decimos.

El umbral de la prueba de la hipótesis de descargo (la mera plausibilidad) puede proyectarse sobre dos aspectos distintos, pero complementarios: la idoneidad de la hipótesis de descargo para refutar el relato incriminatorio y el grado de confirmación de la hipótesis en sí misma. Así, por ejemplo, ante el relato acusatorio “A mató a B en la casa del primero a las 23:00 h. del día 3 de febrero”, la hipótesis de descargo consistente en que A estaba a 30 kilómetros del lugar del crimen a las 22:00 h. de esa misma noche puede presentar un muy elevado grado de confirmación —tres testigos directos vieron a B a esa hora en ese lugar, y una cámara de seguridad situada en ese lugar captó la imagen de B a esa hora—, pero no ser idónea para suscitar la duda,

<sup>117</sup> NIEVA FENOLL, 2013, p. 83.

<sup>118</sup> Similar FERRER BELTRÁN, 2007, p. 149.

<sup>119</sup> Lógicamente, en el grado necesario para suscitar la duda que impida la confirmación de la hipótesis de condena. Frente a lo sostenido por CUERDA RIEZU, 2014, p. 11, comparto con BAYÓN MOHINO, 2020, p. 74, nota 46, que no basta con que la defensa alegue la existencia de la duda para que la carga de probar su inexistencia recaiga sobre la acusación.

<sup>120</sup> En sentido semejante FERRER BELTRÁN, 2007, p. 148-149.

porque su acaecimiento es compatible con la hipótesis acusatoria (B tuvo tiempo para hacer 30 km. en una hora y matar a A en su casa). También puede darse el caso opuesto, en el que la hipótesis de descargo es incompatible con el relato acusatorio pero su grado de confirmación es considerablemente precario. Ejemplo: B estaba a 300 km. de la casa de A las 22:30 h., pero la única prueba de ese hecho es el testimonio de la mujer del acusado. Lógicamente, cuanto más idónea sea la hipótesis de descargo para refutar la hipótesis inculpativa y más probada esté, más razonable será la duda y menor la justificación de la condena, pero para suscitar una duda *razonable* será suficiente, como digo, un cierto grado de plausibilidad, pudiendo existir ciertos déficits de acreditación tanto en un aspecto como en otro sin que ello impida justificar la razonabilidad de la duda.

## 6. Conclusiones

En la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo conviven en la actualidad dos concepciones diversas de la relación entre el derecho a la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*. La primera, basada en una versión subjetiva de la libre convicción, identifica el *in dubio* con la duda del juez, considerando con ello que el único ámbito de revisión de la duda en el razonamiento probatorio se dará en los casos en los que el órgano judicial condena pese a manifestar sus dudas. La duda razonable, sin embargo, queda excluida del contenido del derecho y, con ello, del ámbito de revisión en segunda instancia de la valoración de la prueba. Por ello, tal juicio de revisión —identificado con el contenido del derecho— queda circunscrito a la ausencia de arbitrariedad e irrazonabilidad del razonamiento probatorio, excluyendo el control de las hipótesis de descargo en las que plasma esa duda razonable. La segunda concepción, en cambio, acoge una noción objetiva del *in dubio*, considerando parte nuclear del derecho a la presunción de inocencia la duda razonable y asumiendo, con ello, que el alcance del control de la prueba en segunda instancia debe abarcar también la prueba de descargo.

En la contraposición de ambos modelos se entremezclan diferentes aspectos del razonamiento probatorio que, dado el papel que en todos ellos juega la duda, pueden dar lugar a confusiones. Así, en primer lugar, y como parece hacer la propia jurisprudencia, el control de la prueba de descargo se identifica con el principio *in dubio pro reo*. En segundo lugar, esa exigencia de valoración y revisión de la prueba de descargo —de la duda suscitada por la defensa frente a la hipótesis inculpativa—, asumida como condición de racionalidad de la valoración probatoria, se asocia con el estándar de suficiencia basado en la superación de toda duda razonable, concluyéndose con ello que solo este estándar puede considerarse racional en términos epistemológicos. Y en tercer lugar, ese estándar de suficiencia se identifica, a su vez, con el principio *in dubio pro reo*, con la consecuencia de que quien rechaza dicho

estándar como umbral de suficiencia probatoria —optando por uno basado en la probabilidad preponderante—termina por declarar innecesario el principio *in dubio pro reo*.

A lo largo del presente trabajo hemos intentado mostrar que tales identificaciones son erróneas. En aras a evitar esa confusión es preciso distinguir tres aspectos del razonamiento probatorio y el respectivo papel que en cada uno de ellos juega la duda razonable:

En primer lugar, como *regla de valoración*, la confirmación de la hipótesis de culpabilidad exige la valoración de las pruebas de descargo, a fin de evaluar la razonabilidad de la duda. Esa exigencia constituye un presupuesto de racionalidad del razonamiento probatorio, que impone la valoración de la totalidad de las pruebas e hipótesis que se presenten sobre el *factum*.

Esa regla de valoración debe distinguirse de la *regla de decisión* basada en el estándar de suficiencia, con el que se determina el umbral de probabilidad a partir del que puede declararse probada una hipótesis. Sea cual sea el estándar elegido —ya el de probabilidad preponderante, ya el de superación de toda duda razonable—, será preciso, como paso previo, haber valorado la totalidad de los medios de prueba dispuestos por las partes o el juez y haber evaluado la probabilidad de todas las hipótesis verosímiles sobre los hechos. Es una vez valorada la prueba —toda la prueba— cuando entra en juego la fase de decisión, en la que se determina, de la mano del estándar elegido, si el grado de confirmación de la hipótesis incriminatoria obtenido de esa valoración es suficiente para tenerla por probada.

La racionalidad del estándar no depende solo de factores epistemológicos, sino también de decisiones de cariz valorativo. En un modelo de proceso penal dirigido a la búsqueda de la verdad, puede afirmarse que el estándar más racional —en tanto más acorde a esa finalidad— será el que más se aproxime al ideal de certeza. Pero un estándar de superación de la duda razonable, que minimiza el riesgo de falsos positivos —inocentes condenados—, puede aumentar el riesgo de falsos negativos— culpables absueltos—, lo que puede ser disfuncional para la función preventivo-general de la pena y, en ese sentido, irracional. El estándar preferible en Derecho penal, que entiendo que ha de ser el de superación de toda duda razonable, responde a una opción político-criminal.

En tercer lugar, sea cual sea el estándar por el que se opte, es imprescindible adoptar una *regla de segundo orden* que determine qué debe hacer el juez cuando, practica la prueba, exista una duda sobre si se ha alcanzado el umbral de probabilidad exigido por el estándar que se considere adecuado. Por más que se amplíe el elenco de pruebas a practicar, y por más que se perfeccione científicamente la valoración de la prueba, seguirá existiendo la posibilidad de la duda, por lo que no puede prescindirse del *in dubio pro reo*, entendido como un mandato normativo dirigido al juzgador que le impone absolver en caso de duda. Esa regla de segundo orden, como vía para evitar

el *non liquet*, ha de concurrir con independencia del estándar de suficiencia elegido, si bien dicho estándar demarcará el mayor o menor ámbito de juego del *dubio*: el deber de absolver surgirá con más facilidad si basta cualquier duda razonable que si es preciso un cierto grado de probabilidad de la hipótesis de descargo.

## Bibliografía

- ACCATINO, D. (2011), “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 37 (2011), pp. 483 ss.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2020), “El control de la presunción de inocencia: niveles de revisión”, en: Pérez Manzano, M. *et alii*, *Libro Homenaje a Susana Huerta Tocildo*, Madrid, pp. 47 ss.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2013), *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Valencia.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012), “El silencio de los coimputados” *La Ley*, nº 7827.
- ALCÁCER GURAO, R. (2002), “Prevención y garantías. Conflicto y síntesis”, *Doxa* 25 (2002), pp. 139 ss.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2020), “En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales”, *Qaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* 1 (2020), pp. 75 ss.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2009) *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2009), “Sobre prueba y motivación”, en: Taruffo/Andrés Ibáñez/Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, pp. 47 ss. (Citado 2009b).
- BAYÓN MOHÍNO, J.C. (2020), “Presunción de inocencia y carga de la prueba”, en: Cancio Meliá, M. *et alii*, *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid, Volumen I, pp. 61 ss.
- CAAMAÑO, F. (2002) “Palabras para un culpable. De la duda razonable a la razonabilidad de la duda”, en: *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, 2010.
- CUERDA RIEZU, A. (2014), “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, *Indret* 2/2014.
- DE LA OLIVA/ARAGONESES/HINOJOSA/MUERZA/TOMÉ (2007), *Derecho procesal penal*, Madrid (8ª edición).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005) *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid.
- FERRER BELTRÁN, J. (2018), “Los hechos en la casación penal”, *Actualidad Penal* (Perú) 48 (2018), pp. 153 ss. [cit. 2018a].
- FERRER BELTRÁN, J. (2018), “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en: Papayannis, D./Pereira Fredes, E., *Filosofía del Derecho Privado*, Madrid, pp. 401 ss. [cit. 2018b].
- FERRER BELTRÁN, J. (2016), *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima.

- FERRER BELTRÁN, J. (2010), “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho procesal* 4 (2010).
- FERRER BELTRÁN, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid.
- FLETCHER, G.P. (1997), *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Valencia.
- FRISCH, W. (2016), “Valoración de la prueba y convicción judicial”, *En Letra: Derecho penal* II (2016), pp. 170 ss.
- FRISTER, H. (2011), “La certeza personal como presupuesto”, *Indret* 3 (2011).
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2005) “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa* 28 (2005), pp. 127 ss.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2020), “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho* nº 23, 2020, pp. 79 ss.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2013), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Méjico.
- IGARTUA SALABERRÍA, J. (2005), “Prolongaciones a partir de Laudan”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005), pp. 141 ss.
- LAUDAN, L. (2005), “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005), pp. 95 ss.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J. (2009), “El control de los hechos en el juicio de apelación”, *Jueces para la Democracia* 66 (2009).
- MALARINO, E. (2017), “Sobre el descuido de la prevención en la distribución del error en el juicio penal”, en: Ambos/Malarino/Pastor, *Prevención e imputación*, Buenos Aires, pp. 247 ss.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997) *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona.
- MONTAÑÉS PARDO, M.A. (1999), *La presunción de inocencia*, Madrid.
- MUÑOZ ARANGUREN, R. (2020), “La valoración judicial de la prueba de indicios: una lectura crítica de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, n.º 532/2019, de 4 de noviembre”, *La Ley* nº 9586, 4 de marzo de 2020.
- NIEVA FENOLL, J. (2013), *La duda en el proceso penal*, Madrid.
- ORTEGO PÉREZ, F. (2013), “La delimitación entre el principio «in dubio pro reo» y la presunción de inocencia en el proceso penal español”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 4 (2013), pp. 11 ss.
- PÉREZ MANZANO, M. (2010), “Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda”, *Jueces para la democracia* 67 (2010).
- PÉREZ MANZANO, M. (2006), “El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena”, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid.
- RIVERA MORALES, R. (2011), *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2005), “El artículo 24.1 CE como ‘norma de conducta’ para jueces y tribunales y ‘norma de control’ para el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 74 (2005), pp. 261 ss., p. 263).
- RUSCONI, M. (1998), “Principio de inocencia e ‘in dubio pro reo’”, *Jueces para la Democracia* 33 (1998), pp. 44 ss.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (2018), “La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional”, *La Ley* nº 9310, 3 de diciembre de 2018.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2012), *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Madrid.

- SCHAUER, F. (1978), “Fear, risk, and the First amendment. Unraveling the ‘Chilling Effect’”, *Boston University Law Review* 58 (1978), pp. 685 ss.
- TARUFFO, M. (2011), *La prueba de los hechos*, Madrid (4ª edición).
- TARUFFO, M. (2010) *Simplemente la verdad*, Madrid.
- TARUFFO, M. (2009), “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en: Taruffo/Andrés Ibáñez/Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, pp. 17 ss.
- VEGAS TORRES, J. (1993), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid.
- VIVES ANTÓN (2011), *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Valencia.

## Jurisprudencia citada

### Tribunal Constitucional

Número	Fecha	Ponente ( <i>Excmo. Sr. D. /Excma. Sra. Dña.</i> )	ECLI:
31/1981	28 de julio	Gloria Begué Cantón	ES:TC:1981:31
56/1982	26 de julio	Francisco Rubio Llorente	ES:TC:1982:56
66/1984	6 de junio	Jerónimo Arozamena Sierra	ES:TC:1984:66
105/1988	8 de junio	Luis Díez-Picazo y Ponce de León	ES:TC:1988:105
81/1998	2 de abril	Tomás Salvador Vives Antón	ES:TC:1998:81
129/1998	16 de junio	Pablo García Manzano	ES:TC:1988:129
189/1998	28 de septiembre	Carles Viver Pi-Sunyer	ES:TC:1988:189
44/1989	20 de febrero	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	ES:TC:1989:44
141/2001	18 de junio	Vicente Conde Martín de Hijas	ES:TC:2001:141
217/2001	29 de octubre	Rafael de Mendizábal Allende	ES:TC:2001:217
155/2002	22 de julio	Tomás S. Vives Antón y E. Gay Montalvo	ES:TC:2002:155
169/2004	6 de octubre	María Emilia Casas Baamonde	ES:TC:2004:169
263/2005	24 de octubre	María Emilia Casas Baamonde	ES:TC:2005:263
123/2006	24 de abril	Vicente Conde Martín de Hijas	ES:TC:2006:123
262/2006	11 de septiembre	María Emilia casas Baamonde	ES:TC:2006:262
467/2006 ( <i>Auto</i> )	20 de diciembre	María Emilia Casas Baamonde	ES:TC:2006:467A
70/2007	16 de abril	María Emilia Casas Baamonde	ES:TC:2007:70
209/2007	24 de septiembre	María Emilia Casas Baamonde	ES:TC:2007:209
245/2007	10 de diciembre	María Emilia Casas Baamonde	ES:TC:2007:245
120/2009	18 de mayo	Jorge Rodríguez-Zapata Pérez	ES:TC:2009:120
147/2009	15 de junio	Elisa Pérez Vera	ES:TC:2009:147
12/2011	28 de febrero	Javier Delgado Barrio	ES:TC:2011:12
78/2013	8 de abril	Francisco Pérez de los Cobos Orihuel	ES:TC:2013:78
185/2014	4 de diciembre	Fernando Valdés Dal-Ré	ES:TC:2014:185
45/2015	6 de junio	María Emilia Casas Baamonde	ES:TC:2015:45

### Tribunal Supremo (Sala Segunda)

Número	Fecha	Ponente ( <i>Excmo. Sr. D. /Excma. Sra. Dña.</i> )	ECLI:
39/1999	26 de enero	Gregorio García Ancos	ES:TS:2000:419
1625/2000	31 de octubre	Enrique Bacigalupo Zapater	ES:TS:2000:7905
1218/2004	2 de noviembre	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2004:7040
108/2005	31 de enero	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2005:441
76/2006	31 de enero	Joaquín Delgado García	ES:TS:2006:490
705/2006	28 de junio	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2006:4194
168/2008	29 de abril	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2008:1598
331/2008	9 de junio	Luciano Varela Castro	ES:TS:2008:2888

553/2008	18 de septiembre	Manuel Marchena Gómez	ES:TS:2008:4876
797/2008	27 de noviembre	Luciano Varela Castro	ES:TS:2008:6781
900/2008	10 de diciembre	Luciano Varela Castro	ES:TS:2008:7250
65/2009	5 de febrero	Luciano Varela Castro	ES:TS:2008:7250
225/2009	2 de marzo	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:1631
242/2009	12 de marzo	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:1266
248/2009	11 de marzo	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:1163
440/2009	30 de abril	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:3004
449/2009	6 de mayo	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:2697
489/2009	14 de mayo	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:3644
548/2009	1 de junio	Manuel Marchena Gómez	ES:TS:2009:3656
622/2009	10 de junio	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:3669
690/2009	25 de junio	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:4838
700/2009	18 de junio	Manuel Marchena Gómez	ES:TS:2009:4628
714/2009	17 de junio	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:3933
776/2009	7 de julio	Luciano Varela Castro	ES:TS:2009:4835
943/2009	29 de septiembre	Manuel Marchena Gómez	ES:TS:2009:6067
151/2010	22 de febrero	Manuel Marchena Gómez	ES:TS:2010:913
158/2010	2 de Febrero	Adolfo Prego de Oliver Tolivar	ES:TS:2010:925
1159/2010	27 de diciembre	Luciano Varela Castro	ES:TS:2010:7691
1160/2010	30 de diciembre	Luciano Varela Castro	ES:TS:2010:7554
22/2011	26 de enero	Luciano Varela Castro	ES:TS:2011:352
53/2011	2 de noviembre	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2011:355
254/2011	29 de marzo	Manuel Marchena Gómez	ES:TS:2011:1861
1132/2011	27 de octubre	Manuel Marchena Gómez	ES:TS:2011:7375
103/2012	27 de febrero	Luciano Varela Castro	ES:TS:2012:1132
277/2013	24 de octubre	Antonio del Moral García	ES:TS:2013:1881
732/2013	16 de octubre	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2013:5466
64/2014	11 de febrero	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2014:477
515/2015	20 de junio	Luciano Varela Castro	ES:TS:2015:3807
415/2016	17 de mayo	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2016:2216
817/2017	13 de diciembre	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	ES:TS:2017:4464
549/2018	13 de noviembre	Julián Sánchez Melgar	ES:TS:2018:3878
731/2018	1 de febrero	Luciano Varela Castro	ES:TS:2019:184
203/2019	12 de abril	Alberto Jorge Barreiro	ES:TS:2019:1305
365/2019	16 de julio	Pablo Llarena Conde	ES:TS:2019:2573
532/2019	4 de noviembre	Vicente Magro Servet	ES:TS:2019:3504
646/2019	20 de diciembre	Carmen Lamela Díaz	ES:TS:2019:4220