

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Julio

CARGA DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Burden of proof and presumption of innocence

Realizado por la alumna Claudia Ortega Molina

Tutorizado por la Profesora Alicia González Navarro

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Procesal

ABSTRACT

This work addresses the existing problems in the criminal process regarding the burden of proof's norms, starting from some general notions, and analyzing each of the cases in which the general norm regarding the burden of proof seems to be infringed: its membership to the accusation.

In this sense, the relationship between the burden of proof and presumption of innocence is brought up, starting from a conceptual analysis, where the relationship between both concepts is studied, and the possible violation of the presumption of innocence is explained in the assumptions where the burden of proof is distributed.

Therefore, the criterion of the jurisprudence on the proof of the favorable facts to the defense, the existence of presumptions-legal and de facto- in our criminal procedural law is analyzed. And, finally, the possible legal consequences of the approval of the new "Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual".

Key Words: proof, presumption of innocence, burden of proof.

RESUMEN

Este trabajo aborda la problemática existente en el proceso penal sobre las normas de la carga de la prueba, partiendo de unas nociones generales, y analizando cada uno de los supuestos en los que parece infringirse la norma general sobre la carga de la prueba: su pertenencia a la acusación.

En este sentido, se relaciona la carga de la prueba y la presunción de inocencia, partiendo de un análisis conceptual, donde se estudia la relación entre ambos conceptos, y se explica la posible infracción de la presunción de inocencia en los supuestos donde se reparte la carga probatoria.

Se analiza por tanto, el criterio de la jurisprudencia sobre la prueba de los hechos favorables a la defensa, la existencia de presunciones -legales y de facto- en nuestro derecho procesal penal y, por último, se estudian las posibles consecuencias jurídicas de la aprobación del nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

Palabras clave: prueba, presunción de inocencia, carga de la prueba.

Índice

1. Introducción	pág. 5
2. La prueba	pág. 6
2.1 Nociones generales.....	pág. 7
2.2 El objeto de la prueba.....	pág. 8
2.2.1 Delimitación negativa del objeto de la prueba: hechos notorios, máximas de la experiencia, hechos presumidos y hechos no controvertidos.....	pág. 9
2.2.2 Delimitación positiva del objeto de la prueba.....	pág. 11
3. La carga de la prueba	pág. 12
3.1 Análisis comparativo entre el proceso civil y el proceso penal.....	pág. 12
3.2 Presunción de inocencia y carga de la prueba.....	pág. 15
3.3 “La inversión” de carga de la prueba y las presunciones iuris tantum.....	pág. 16
4. La presunción de inocencia	pág. 21
4.1 La presunción de inocencia como verdad interina.....	pág. 22
4.2 “Presunción de inocencia” e “in dubio pro reo”.....	pág. 24
4.3 La suficiente prueba de cargo.....	pág. 26
5. La prueba de los hechos favorables a la defensa	pág. 27
5.1 El criterio del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre la prueba de las eximentes.....	pág. 28
5.2 Presunción de inocencia y la prueba de las eximentes.....	pág. 30
6. Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Análisis de las consecuencias jurídicas de su aprobación	pág. 32

7. Conclusiones.....pág. 36

8. Bibliografía.....pág. 39

1. INTRODUCCIÓN

La presunción de inocencia constituye dentro del proceso penal, la última pieza del puzzle, pues está presente a lo largo de todas sus fases como una garantía que asiste al imputado con el derecho a que se presuma su inocencia hasta que no recaiga contra él una sentencia penal firme de condena. En relación con esta afirmación, no cabe debate, pues es una realidad que incluso trasciende lo jurídico.

La carga de probar en el proceso penal, como consecuencia directa de la aplicación del principio de presunción de inocencia, es de la acusación, y en relación con esta afirmación también parece existir un consenso generalizado, debido a que, si no fuera así, la presunción de inocencia se vería vulnerada en la fase probatoria, otorgando a la parte acusada, la carga de probar su inocencia. Se parte, por lo tanto y como tendré ocasión de explicar, de la premisa de la inexistencia de hechos excluyentes dentro del proceso penal.

No obstante, las amenazas a este derecho fundamental son cada vez mayores pues, existen supuestos donde sí se reparte la carga probatoria: la existencia de las presunciones -legales y de facto- en nuestro derecho, convalidadas con frecuencia por la jurisprudencia del TEDH, parecen atentar contra el contenido esencial de la presunción de inocencia al proyectar en determinadas ocasiones, nada más y nada menos, que una “inversión de la carga de la prueba”. Sin embargo, esta infracción no es fruto solo de un desacierto del legislador, pues, nuestra jurisprudencia, también parece haber desestimado el principio general de la carga de la prueba en el proceso penal, cuando otorga la carga probatoria a la parte acusada, partiendo de que “las bases fácticas de las circunstancias eximentes y atenuantes deben estar tan acreditadas como el hecho mismo”.

Es objeto de este trabajo analizar aquellos supuestos en los que se produce una distribución de la carga de la prueba, mermando el carácter absoluto de la presunción de inocencia, y estudiar la actual coyuntura que existe en relación con la carga de la prueba y la presunción de inocencia del imputado. Para ello, se parte de unas nociones generales sobre la prueba y se ahonda en la problemática subyacente en relación con la carga de la prueba y la presunción de inocencia. Asimismo, se estudian las posibles consecuencias jurídicas del nuevo Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral

de la Libertad Sexual, utilizando como base para su análisis el informe elaborado por el CGPJ.

2. LA PRUEBA

El concepto de la prueba no tiene un sentido unívoco según CORTÉS DOMÍNGUEZ debido a que es posible afirmar “que estamos realizando la prueba”, para referirnos a la prueba como actividad; “que quedó probado por el testigo”, refiriéndonos a la prueba como medio y “que se probó” cuando se ha llegado a un resultado positivo en la prueba¹. Lo que nos obliga a partir de una definición de la prueba dividida en tres sentidos: prueba como actividad, prueba como medio y prueba como resultado.

La prueba se inicia mediante una actividad desplegada por las partes, y excepcionalmente también por el juez, con el objeto de alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de unos hechos que han sido aportados al proceso o bien fijarlos conforme a una norma legal². Por tanto, entendemos que la actividad probatoria tiene por objeto convencer al juez para que tome una serie de hechos *como verdaderos* incluso con independencia de que lo sean. Esta afirmación no supone renunciar a alcanzar la verdad, sino que se trata en todo caso, de la única verdad que podemos llegar a conocer³.

La actividad probatoria no se puede desarrollar sino realizando actos que permitan la introducción de la fuente en el proceso. Estos instrumentos se denominan medios de prueba. Como ha afirmado MONTERO AROCA, los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. No hay que confundir *el medio de prueba* con la *f fuente de prueba*. La fuente es una realidad extrajurídica anterior al proceso (persona o cosa) que se introduce en el mismo a través de los medios de prueba. La fuente de prueba existe con independencia del inicio de la actividad probatoria.

Nuestro derecho positivo, a pesar de no recoger un concepto de aquello que puede entenderse como prueba, sí nos ofrece una enumeración enunciativa de los

¹ ROMERO PRADAS, M^a I, GONZALEZ CANO, M^a I., *La prueba: Tomo I, La Prueba en el Proceso*

² MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 214.

³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2015. pág. 34.

medios de prueba en el art. 299 LEC: 1.º) Interrogatorio de las partes, 2.º) Documentos públicos, 3.º) Documentos privados, 4.º) Dictamen de peritos, 5.º) Reconocimiento judicial, y 6.º) Interrogatorio de testigos. Además, de los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como cualquier otro medio por el cual pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes.

2.1 Nociones generales

Como se ha adelantado, la finalidad de la prueba es, por un lado, el convencimiento judicial y por otro lado, la obtención de la verdad; tratándose en todo caso de una *verdad jurídica*⁴. Coincide la doctrina en rechazar la *verdad a toda costa* que se apreciaba en las instituciones procesales del S. XIX donde se entendía que la colaboración del procesado constituía un deber jurídico aun a costa de declarar contra sí mismo y confesarse autor de los hechos en el proceso penal⁵.

Con posterioridad a esa concepción de la verdad absoluta, la doctrina pasó a sostener que, según el proceso, podíamos distinguir entre dos clases de verdad. Mientras que la finalidad de la prueba en el proceso penal consistía en alcanzar la verdad material, entendiendo como tal a aquella que se corresponde con la realidad de los hechos; en el proceso civil era suficiente con una verdad formal, o, en otras palabras, aquella verdad que puede llegar a probarse⁶.

Esta distinción fue evidenciada por CARNELUTTI, quien sin embargo concluye, que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad⁷. Por tanto, además del convencimiento judicial y la obtención de la verdad, la finalidad de la actividad probatoria concierne también la fijación formal de los hechos, rompiendo de esta manera con la distinción entre la verdad formal y la verdad material.

⁴ MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pág. 217.

⁵ VÁZQUEZ SOTELO, J., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, BOSCH, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1984, pág. 64.

⁶ HUNG CAVALIERI, R., “¿Son verdad procesal y verdad material verdaderamente diferentes? Carnelutti 103 años después”, *Cultura jurídica*, 2018. Disponible en: <https://culturajuridica.org/son-verdad-material-y-verdad-procesal-verdaderamente-diferentes-carnelutti-103-anos-despues/>

⁷ MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pág. 217.

La ruptura entre el viejo método de enjuiciar y el de nuestros días se basa en la adecuación de la verdad a los principios del proceso. Consciente el juzgador de la imposibilidad de alcanzar la verdad metafísica y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las partes⁸, la verdad alcanzada en el proceso será en todo caso, una *verdad jurídica*.

Por tanto, en relación con la prueba como resultado, podemos hablar de un resultado positivo en la prueba cuando la actividad probatoria resulta favorable y se logra como consecuencia, tomar como verdadero un hecho aportado al proceso o, por otro lado, nos referimos a un resultado negativo cuando el ejercicio de la actividad probatoria haya resultado desfavorable.

2.2 El objeto de la prueba

Definida la prueba en sus tres principales acepciones, se debe atender al objeto de la misma; dicho en otras palabras, debemos referirnos a aquello que debe ser probado.

El art. 281. 1 de la LEC no da lugar a dudas estableciendo que: “la prueba tendrá como objeto *los hechos* que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”, sin embargo, como ha afirmado FERNÁNDEZ LÓPEZ, no es pacífica la idea de cuál es el objeto de la prueba, esto es, si el mismo está constituido por los hechos o si, por el contrario, son las afirmaciones relativas a dichos hechos las que lo conforman.

Según esta interpretación, se entiende que no es posible probar la verdad o falsedad de un hecho debido a que se trata de acontecimientos pasados e irrepetibles, “los hechos no son verdaderos o falsos, sino que ocurren o no”⁹. Por lo tanto, el objeto de la prueba lo conforman las afirmaciones o alegaciones que las partes realizan sobre unos hechos ocurridos.

⁸ Finalidad a la que se refiere CARNELUTTI: “Cada una de las partes tiene interés en que el proceso concluya de un modo determinado: el imputado tiende a ser absuelto; quien pretende ser acreedor, aspira a la condena del deudor y éste a su vez, a que se le absuelva. Es natural, por tanto, que la parte ofrezca al juez las pruebas y razones idóneas para determinar la solución por él deseada”. ALVARADO VELLOSO, A., *Cómo se hace un proceso*. Francesco Carnelutti, Juris, pág. 72

⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *op. cit.* pág. 38.

Sin embargo, existe una mayoría doctrinal que considera que son las cuestiones fácticas las que conforman el objeto de la prueba¹⁰. Por un lado, los hechos que integren la fundamentación fáctica y, por otro lado, aquellos que guarden relación con la pretensión en tanto sirvan indirectamente para su satisfacción. Por tanto, son hechos los que constituyen el objeto de la prueba, pero son alegados por los sujetos.

Fuera del ámbito del objeto de la prueba quedan las normas jurídicas, por tanto, la existencia de la norma legal que se alega como base de las pretensiones no hay que probarla conforme al principio de *iura novit curia*. Tampoco hay que olvidar que, aunque la norma general sea que el objeto de la prueba está conformado por hechos, existen hechos que por diversas razones no requieren de actividad probatoria.

2.1.1. Delimitación negativa del objeto de la prueba: hechos notorios, máximas de la experiencia, hechos presumidos y hechos no controvertidos

En el proceso penal rigen los principios de necesidad y oficialidad, por tanto, las partes no tienen el monopolio sobre la configuración del objeto del proceso¹¹, y como consecuencia, tampoco del objeto de la prueba. Esto se traduce en que todos los hechos que constituyen el objeto del proceso tienen la naturaleza de controvertidos y todos pueden ser sometidos a actividad probatoria, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil regido por el principio dispositivo.

Sin embargo, también en el proceso penal existe una delimitación negativa del objeto de la prueba, es el caso en primer lugar de *los hechos notorios* que, siendo conocidos por las partes y por el Juez en tanto miembros de una determinada comunidad en la que el hecho es conocido, no requieren de prueba. “La notoriedad es esencialmente un concepto relativo, pues en términos absolutos no existen hechos notorios sin limitación de tiempo y espacio. La notoriedad de un hecho no supone que todos los pertenecientes al grupo tengan un efectivo conocimiento de aquel, sino que lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio, entre los cuales tiene que estar necesariamente el juez”¹².

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., “El objeto del proceso penal” en AA.VV (MONTERO AROCA J., Dir.): *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 114.

¹² MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pág. 222.

En segundo lugar, y junto con los hechos notorios, también quedan excluidas de la práctica de la prueba, con carácter general, las *máximas de la experiencia*. Se trata de juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso y procedentes de la experiencia. Un juez no puede ser ajeno a las máximas de la experiencia porque las mismas son ajenas a la voluntad y forman parte del conocimiento privado del juez. No obstante, las mismas pueden ser objeto de la prueba, “siempre que naturalmente sean pertinentes en relación con la materia del proceso y relevantes en la posible decisión judicial”¹³.

Se excluyen asimismo del objeto de la prueba los *hechos presumidos*, que son aquellos que se dan por ciertos como consecuencia de la existencia de un primer hecho probado denominado hecho base; naturalmente es necesario que exista un nexo causal entre ambos hechos. El ejemplo más recurrente en el proceso civil es el del art. 149. 2º CC, que establece que procede la declaración de fallecimiento de los tripulantes y pasajeros de una nave naufragada de quienes no se hubiere tenido noticia después de la comprobación del naufragio. Por tanto, probado el naufragio, se presume el fallecimiento. En el proceso penal, la regulación de las presunciones supone controversia, pues, es posible que las mismas vayan en contra del principio de presunción de inocencia. No obstante, las estudiaremos en el epígrafe dedicado a las mismas.

Tampoco son objeto de prueba los *hechos no controvertidos*. Sin embargo, como ha quedado establecido al principio de este subepígrafe, en el proceso penal todos los hechos tienen la naturaleza de controvertidos, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, por tanto, cualquiera que sea la posición que adopten las partes sobre un hecho, debe ser sometido a actividad probatoria¹⁴. Para que los hechos no controvertidos queden exentos de prueba, debe producirse una admisión de los hechos por parte del denunciado, que se traduce en una conformidad. Hay que recordar que esta conformidad no puede prestarse en todos los casos (art. 787 LECrim).

¹³ BARONA VILAR, S., “Concepto y objeto de la prueba” en AA.VV (MONTERO AROCA J., Dir.): *op. cit.*, pág. 387.

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *op. cit.* pág. 40.

2.1.2 Delimitación positiva del objeto de la prueba

Nuestro derecho procesal penal es garantista y, por tanto, al acusado le asisten una serie de derechos que le eximen de realizar actividad probatoria alguna (derecho a guardar silencio, derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable...), además de verse protegido por uno de los pilares fundamentales dentro del proceso penal: el principio de presunción de inocencia. Esta protección implica para la parte acusadora la iniciativa de la actividad probatoria; en otras palabras, será la acusación la que deba traer al proceso los hechos constitutivos de su pretensión con la finalidad de convencer al juez o tribunal de la culpabilidad del acusado, otorgando a la misma, la carga probatoria.

La protección que otorga la presunción de inocencia no es absoluta y, por tanto, cuando exista prueba suficiente de cargo para desvirtuarla, el acusado se verá con la carga de desplegar alguna actividad probatoria para evitar ver perjudicada su defensa, que, naturalmente va a ser la de una sentencia absolutoria. Es importante señalar que la prueba propuesta por la defensa no tendrá por objetivo inicial, convencer al juez de su inocencia, pues su inocencia es la única verdad existente dentro del proceso hasta que se demuestre lo contrario.

Según lo establecido en el art. 656 LECrim, el Ministerio Fiscal y las partes manifestarán en sus respectivos escritos de calificación las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia. Si bien en el procedimiento abreviado se permiten cambios respecto de la tipificación penal de los hechos (art. 788. 4º LECrim).

Cuando se habla de *tema* de la prueba, se está haciendo referencia a qué debe probarse en un proceso concreto. Es importante añadir que ha de atenderse al tema de la prueba desde la singularidad de cada proceso, por tanto, la necesidad de prueba que se derive de cada proceso será diferente, según los sujetos que intervengan en la conformación del objeto de la prueba, los medios de prueba solicitados etc.¹⁵

¹⁵ BARONA VILAR, S., “Objeto de la prueba y principios esenciales de la actividad probatoria” en AA. VV (GONZALEZ CANO, Mº. I., Dir.): *La prueba: Tomo II, La Prueba en el proceso penal*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 80.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA

El onus probandi o carga de la prueba no se puede definir como un concepto unívoco, pues el mismo comporta dos acepciones, por un lado, se ha de determinar cuál de las partes debe traer la prueba al proceso y, por otro lado, quién debe asumir las consecuencias de que una afirmación sobre un determinado hecho no se haya probado. No entienden unos y otros autores por carga de la prueba la misma cosa. De hecho, este equívoco ha llegado a clasificar esta distinción entre carga de la prueba en sentido formal y carga de la prueba en sentido material.

La carga de la prueba en sentido formal va dirigida a las partes, indicando a quién le corresponde la carga de probar los hechos alegados, mientras que el sentido material de la carga de la prueba tiene al juez como destinatario, señalándole cuál debe ser el sentido de la sentencia en los casos en los que algún hecho relevante permanezca incierto o no quede probado¹⁶.

A continuación, se conceptualiza la carga de la prueba y sus matices dentro del proceso penal; concepto que requiere un análisis comparativo con las normas de la carga de la prueba dentro del proceso civil, pues, para una gran parte de la doctrina, la idea de la carga de la prueba es consustancial al principio dispositivo¹⁷.

3.1 Análisis comparativo entre el proceso civil y el proceso penal

El proceso está regido, entre otros principios, por el de aportación de parte, que determina que son las partes quienes deben traer la prueba al proceso. Este principio, sin embargo, no nos dice qué parte debe aportar la prueba sobre un determinado hecho en el proceso (carga de la prueba en sentido formal) ni quién debe asumir las consecuencias de que una afirmación sobre un determinado hecho no se haya probado (carga de la prueba en sentido material); por ello, se han establecido unas normas para la distribución de la carga de la prueba.

No hay que olvidar que en el proceso civil son hechos constitutivos aquellos que fundamentan la pretensión; pues “conforman el supuesto fáctico de la norma cuya

¹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *op. cit.* pág. 75.

¹⁷ GOMEZ ORBANEJA, E., “*Derecho procesal penal*”, Madrid, 1972, pág. 122.

alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que pide”¹⁸ (traídos al proceso necesariamente por el actor); y son hechos excluyentes, aquellos hechos que excluyen la pretensión (traídos al proceso necesariamente por el demandado). También se distingue entre hechos impeditivos (ej. la nulidad de un contrato), que “impiden desde el principio que los hechos constitutivos desplieguen su eficacia normal”¹⁹ y hechos extintivos entendidos como aquellos que extinguen la eficacia del hecho constitutivo (ej. pago de una deuda).

Los hechos impeditivos y extintivos pueden ser tenidos en cuenta por el tribunal, aunque no sean alegados por el demandado, siempre que hayan sido introducidos en el proceso. Esto es así porque ni excluyen ni conforman la pretensión. Por ejemplo, si la nulidad de un contrato (hecho impeditivo) se traduce en una falta de causa y esa falta de causa puede desprenderse de la demanda, el tribunal podrá apreciar el hecho sin necesidad de que lo alegue el demandado, mientras que la prescripción (hecho excluyente) del derecho del demandante para reclamar el pago habrá de ser alegada expresamente por el demandado.

Pues bien, en el proceso penal, como regla general “corresponde exclusivamente a las partes acusadoras y no a la defensa, proponer y ejecutar una prueba válida y suficiente para demostrar la participación del acusado en el hecho punible. Por tanto, a la acusación corresponde, pues, y no a la defensa (la que se vería sometida a una *probatio diabólica* de los hechos negativos) la realización de esa actividad probatoria de cargo necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia”²⁰.

Sin embargo, no hay que olvidar que cabe distinguir también en el proceso penal entre hechos constitutivos, hechos impeditivos y hechos extintivos²¹. Los hechos constitutivos de la acción penal serán los delitos²², los hechos impeditivos serán la legítima defensa o el estado de necesidad y los hechos extintivos serán las llamadas circunstancias de exclusión de la pena²³ también conocidas como excusas absolutorias. No cabe hablar de hechos excluyentes debido a que no existe en el proceso penal la carga de probar la inocencia contra un hecho constitutivo, pues la misma se presume como cierta. Esto es porque la inocencia del acusado actúa en el proceso como verdad

¹⁸ MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pág. 157.

¹⁹ *Idem*, pág. 340.

²⁰ MONTERO AROCA, J., “El derecho a la presunción de inocencia”, pág. 207.

²¹ En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, E., *op. cit.* pág. 123

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

interina y por tanto, esa inocencia debe ser desvirtuada necesariamente por el acusador y no debe ser probada por el acusado.

Sabemos que dentro del proceso civil existen dos partes con intereses privados contrapuestos, por ello es natural determinar que es el actor el que ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión (probar la existencia del contrato de compraventa) y que el demandado debe hacer lo propio con los hechos excluyentes (como el pacto de no exigir el pago en un plazo determinado). Exigir al actor que pruebe la existencia de un hecho excluyente de su propia pretensión sería cargarlo con una prueba diabólica de los hechos negativos. Conforme a esta afirmación, resulta lógico pensar, trasladando las normas de la carga de la prueba del proceso civil al proceso penal, que corresponde a la parte acusadora la prueba de los hechos constitutivos o, en otras palabras, la existencia del delito, y que, por otro lado, corresponde a la parte acusada la prueba de los hechos impositivos siempre que no hayan sido introducidos al proceso, tal y como ocurre en el proceso civil. Sin embargo, el proceso civil está compuesto por dos partes parciales, no ocurriendo lo mismo en el proceso penal.

El proceso penal ha de estar conformado por dos partes con intereses contrapuestos que defenderán su pretensión desde su posición jurídica; así, por un lado, la parte acusada, y, por otro lado, la parte acusadora; pero la no parcialidad del proceso penal se manifiesta en la situación de presunta inocencia en la que se encuentra el acusado frente a la acusación. Esto quiere decir que el acusado no debe verse nunca con la carga de ostentar la iniciativa probatoria, sino que solamente se verá en la necesidad de desplegar su actividad probatoria una vez haya sido practicada por la acusación una prueba de cargo suficiente capaz de desvirtuar esa garantía. Y esto es importante, debido a que, en caso de duda, incluso de una duda razonable también se debe fallar a favor del acusado, obedeciendo al principio del “in dubio pro reo”.

Por último, en relación con la carga de la prueba en sentido material, cuando por falta de prueba o por falta de éxito de la misma queden como inciertos hechos relevantes para la decisión judicial en la sentencia, ¿cuál de las partes se verá perjudicada? La necesidad de decisión del juez sobre quién debe cargar con un fallo desfavorable es común a ambos procesos²⁴.

²⁴ En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, E., *op. cit.* pág. 123

En relación con el proceso civil, establece el art. 217. 1 de la LEC que, cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o de reconviniente, o del demandado reconvenido, según corresponda a unos o a otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. Sin embargo, ¿qué ocurre en el proceso penal? “La respuesta es que la función que cumple la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil, la asume en el penal el principio “in dubio pro reo”. Lo cual significa, pura y simplemente que, en caso de duda, hay que preferir la impunidad de un culpable a la condena de un inocente”²⁵.

Por tanto, en el proceso civil, los hechos dudosos que sean relevantes para la decisión judicial tendrán como consecuencia la desestimación de la pretensión de aquella parte que tenía la carga de probarlos, mientras que, en el proceso penal, la existencia de hechos dudosos supondrá una valoración benigna a favor del acusado.

3.1 Presunción de inocencia y carga de la prueba

La pregunta que debemos hacernos a continuación es si una posible distribución de la carga de la prueba en el proceso penal podría atentar contra el principio de presunción de inocencia. Hemos visto que la carga de la prueba en sentido estricto la tiene el que acusa, siendo la presunción de inocencia un “obstáculo infranqueable para realizar una distribución de la carga de la prueba entre la acusación y el acusado”²⁶. Esta afirmación supone un consenso generalizado también en nuestra jurisprudencia; a título de ejemplo, la STC 258/2003, de 25 de febrero, ha señalado que la presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable.

El hecho de que el acusado pueda verse en la necesidad de aportar medios de prueba sobre los que apoyar sus alegaciones, implica para algunos autores²⁷ una distribución de la carga de la prueba en sentido formal, y esto se debe a que, si bien es cierto que la presunción de inocencia impone a la acusación la carga de probar los hechos constitutivos, no significa que ésta tenga que probar también la inexistencia de

²⁵ *Idem*, pág. 125

²⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *op. cit.* pág. 281.

²⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *op. cit.*, en “la presunción de inocencia como límite a la distribución de la carga de la prueba”.

todas y cada una de las circunstancias que podrían actuar en beneficio del acusado²⁸. Por tanto, según esta interpretación, no debe dársele un sentido estricto a la presunción de inocencia, debido a que, si fuera así, la acusación se vería con una carga de probar metafísica que debiera cubrir todos los supuestos.

No obstante, para otros autores, las normas de la carga de la prueba son consustanciales al principio dispositivo, y, por tanto, no cabe hablar de distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, pues una interpretación estricta del significado de carga de la prueba en sentido formal, regula la relación entre las partes y el juez, dispensando a éste de informarse de oficio, y en el proceso penal, tal dispensa no existe²⁹. Ya hemos visto que la carga de la prueba en sentido material dentro del proceso penal se ve resuelta por la máxima “in dubio pro reo”.

Por tanto, ambas interpretaciones penden del sentido que se le da al significado de “carga de la prueba”. Lo que sí está claro es que la admisión de la existencia de hechos excluyentes en el proceso penal supone una vulneración al principio de presunción de inocencia, y es éste el límite que, desde mi punto de vista, ha de tener la distribución de la carga de la prueba, si queremos hablar de ella, para referirnos a la distribución que ha de otorgársele a los hechos impositivos y extintivos.

3.2 “La inversión” de la carga de la prueba y las presunciones *iuris tantum*

La inversión de la carga de la prueba implica una excepción al principio general. La Ley de Enjuiciamiento Civil contempla en el art. 217, además de la regla general ya estudiada, aquellos supuestos en los que debido a los hechos alegados por el demandado se produce una inversión de la carga de la prueba. A título de ejemplo, el apartado 5 establece que en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Sin embargo, para que esa inversión cumpla con todas las garantías del proceso y no falte a los derechos del demandado, el mismo artículo dispone en el apartado 7 que

²⁸ *Idem*, pág. 285.

²⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E., *op. cit.* pág. 123

para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

En el derecho procesal penal, hay que tener en cuenta que a pesar de que la regla general es clara, cada vez es más habitual que se prevean presunciones que hagan recaer en los acusados la carga de probar algún elemento del tipo del delito que se le acusa. Sin embargo, esto no comporta una verdadera inversión de la carga de la prueba, sino más bien, podemos hablar de supuestos en los que la carga de la prueba es “compartida”³⁰, pues el peso de probar el hecho base en que se apoya la presunción sigue recayendo en la acusación. No obstante, esta afirmación supone aceptar la concurrencia de normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal, y como hemos visto, en relación con esta afirmación no existe un consenso generalizado.

Es importante determinar cómo han de regularse estas presunciones para que afecten en la menor medida posible al derecho a la presunción de inocencia. En este sentido, existe una falta de fijación de parámetros claros que sirva de guía al legislador, convirtiéndose de este modo en un problema que va más allá de las fronteras nacionales y que la Unión Europea ha intentado paliar con la aprobación de la Directiva 2016/243/UE.

La aprobación de esta Directiva nace de la jurisprudencia del TEDH; una de las sentencias más relevantes sobre esta materia es el asunto de 7 de octubre de 1988, núm 10519/83 *Salabiaku vs. Francia*. Según el cual, el Sr. Salabiaku, nacido en el Zaire y residente en Francia, se encontraba en el aeropuerto en París en busca de un paquete proveniente de su país que contenía comida africana. Allí recogió un paquete que no se había llevado nadie y al ser retenido por los agentes aduaneros, se descubrió que el paquete que había recogido el Sr. Salabiaku contenía en un falso fondo diez kilos de cannabis. Él alegó que había sido una equivocación al recoger el paquete y que no lo sabía. Los tribunales franceses castigaron su conducta como un delito de importación ilegal de narcóticos y de una infracción de la normativa aduanera por introducir sustancias prohibidas.

³⁰ VILLAMARÍN LÓPEZ, M., “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm 94, 2017, pág. 96.

El Tribunal de apelación de París lo absolvió del primer cargo (importación ilegal de narcotráfico) pero mantuvo la condena del segundo por entender que “cualquier persona en posesión de cosas que haya introducido en Francia sin declararlo se presume legalmente responsable salvo que pueda probar fuerza mayor como causa de exculpación”. Salabiaku acudió al TEDH alegando la violación del derecho al juicio justo y a la presunción de inocencia recogidos respectivamente en el art. 6.1 y 6.2 del CEDH porque “se le había impuesto una presunción de culpabilidad “casi irrefutable” que “operaba a favor de las autoridades aduaneras”. El TEDH desestimó lo alegado por Salabiaku estableciendo que los tribunales franceses “dedujeron del hecho material de la tenencia una presunción que no fue destruida por la existencia de ningún hecho ajeno al autor de la infracción o inevitable” y que, además, el acusado sí contaba con los medios suficientes para defenderse contra dicha presunción.

El Tribunal sentó su doctrina en los siguientes términos: “Todos los sistemas legales conocen las presunciones de hecho o de derecho. Es claro que el Convenio (CEDH) no se opone, en principio, a dichas presunciones, pero en materia penal obliga a los Estados contratantes a mantenerse dentro de dichos límites. Si el apartado 2 del artículo 6 (*toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*) se limitase a establecer una garantía que deben respetar los Jueces durante el desarrollo de los procedimientos judiciales, sus exigencias se confundirían de hecho, en gran parte con el deber de imparcialidad del apartado 1 del artículo 6. Sobre todo, el legislador nacional podría libremente privar al Juez de instancia de una auténtica facultad de apreciación y dejaría sin contenido a la presunción de inocencia si las palabras “legalmente declarada” implicasen un reenvío incondicional al Derecho interno...- y continúa el Tribunal.- el art. 6. 2 no es ajeno, por tanto, a las presunciones de hecho o de Derecho que se formulan en las leyes penales. Exige a los Estados que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa (...)”³¹

Por tanto, puede concluirse que el TEDH está a favor de regular este tipo de presunciones porque no entiende el derecho a la presunción de inocencia como una garantía que deba contemplarse de forma absoluta, debido a que, si fuera así, no cabría margen de decisión por parte de los jueces de instancia nacionales. Sin embargo, para

³¹ Asunto de 7 de octubre de 1988, núm 10519/83 *Salabiaku vs. Francia*, Considerando 28º.

que sea proporcional la aplicación de una presunción legal, han de cumplirse una serie de requisitos: que la presunción sea rebatible y se aplique con flexibilidad, que se respete el derecho a la defensa del acusado y que el tribunal mantenga la facultad de evaluar libremente la prueba³².

A esta doctrina del TEDH se ha acomodado la jurisprudencia española, que ha establecido que “sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”³³. Esa presunción debe nacer como consecuencia de la prueba de un hecho base “coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”³⁴.

Esta idea jurisprudencial trató de trasladarse a la Directiva 2016/343/UE, que tiene por objeto regular la presunción de inocencia como garantía y que establecía en su considerado 32º que “el TEDH ha admitido que en ciertos supuestos, específicos pueda invertirse y trasladarse al acusado la carga de la prueba”. La finalidad de la Comisión era alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés público y el derecho a la defensa.

El artículo que se pretendía incluir se expresaba en los siguientes términos: “Los Estados miembros velarán por que toda presunción que traslade la carga de la prueba a los sospechosos o acusados tenga la importancia suficiente para justificar una excepción a este principio y sea refutable. Para refutar la presunción, basta que la defensa aporte pruebas suficientes que susciten una duda razonable sobre la culpabilidad de los sospechosos o acusados”³⁵. Este artículo fue objeto de varias críticas por ser demasiado amplia su definición y temiendo no poder asegurar que los principios de presunción de inocencia e “in dubio pro reo” fueran salvaguardados.

Finalmente la Comisión omitió lo establecido en el precepto, sin embargo, la Directiva no deja de amparar este tipo de presunciones pues en su considerando 22

³² VILLAMARÍN LÓPEZ, M., *op. cit.* pág. 101.

³³ STC 155/2002, de 22 de julio FJ 7º.

³⁴ En este sentido, STC 169/1986, FJ 2º

³⁵ VILLAMARÍN LÓPEZ, M., *op. cit.* pág. 102.

establece lo siguiente “...se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones *de facto* o *de iure* relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Dichas presunciones deben ser *iuris tantum* y, en cualquier caso, sólo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa”³⁶.

Nuestros órganos jurisdiccionales se han ocupado de definir el alcance de la presunción *iuris tantum* estableciendo que “el derecho de presunción de inocencia única y exclusivamente se vulnera cuando en la causa penal existe un auténtico vacío probatorio; constituyendo una presunción inicial “*iuris tantum*” que únicamente puede ser desvirtuada cuando a través del procedimiento y especialmente durante la celebración del juicio aprovechando las ventajas de la inmediación para el juez que preside las pruebas, aparezca una mínima actividad probatoria suficientemente incriminatoria obtenida con las debidas garantías legales sin violentar derecho fundamental alguno y que posea entidad y significación suficientes tanto respecto de los elementos objetivos de la infracción como de los componentes subjetivos de la misma” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 1771/2020, de 2 de octubre).

De esta afirmación se desprende que según la jurisprudencia, la presunción *iuris tantum* no supone una verdadera inversión de la carga probatoria debido a que, en primer lugar, debe existir un hecho base o constitutivo que traiga consigo una mínima actividad probatoria por parte del acusador; en segundo lugar, hemos dicho que el hecho de que el acusado se vea en la obligación de probar los hechos constitutivos no significa que sea necesario cubrir con su prueba todos los supuestos posibles para lograr desvirtuar el principio de presunción de inocencia, por tanto, el acusado en ocasiones se verá en la necesidad de traer al proceso una contraprueba. Además, no hay que olvidar

³⁶ 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. Considerando 22.

que se ha insistido en que esas presunciones serán en todo caso proporcionales, adaptadas a las circunstancias de cada supuesto y respetando los derechos de la defensa y de la acusación, donde la libre valoración de la prueba de los jueces y tribunales juega un papel esencial.

Lo que se debe analizar es si una presunción *iuris tantum* puede alcanzar valor suficiente para desvirtuar por sí sola a la presunción de inocencia. La clave está en que el acusado no se vea nunca en la obligación inicial de convencer al juez o al tribunal de su inocencia, pues la misma se ha de presumir en todo caso. Sin embargo, pese a todos los estudios realizados por diferentes autores, se está muy lejos de haber alcanzado conclusiones definitivas, pues no deja de ser interpretable y controvertido. Lo que queda claro es que la carga inicial de probar ha corresponder, en todo caso, a la acusación, y que una inversión de la carga de la prueba supone rotundamente una infracción del principio de presunción de inocencia. Por ello, habrá de atenderse a la singularidad de cada caso concreto.

4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La razón de ser de la presunción de inocencia recae en los excesos y abusos de las viejas instituciones procesales del procedimiento penal donde se pretendía la búsqueda de la “verdad a toda costa” o la ya explicada verdad material. Estas instituciones procesales estaban dirigidas a lograr una confesión del reo, y para ello se hacía uso de diferentes medios de prueba que buscaban una confesión culpable, como la indagatoria o la confesión con cargos, acudiendo en última instancia al tormento; el tormento se concebía como “una pena para averiguar los delitos, precisamente utilizando como fuente probatoria al propio reo cuya confesión espontánea se trata de forzar”³⁷. Era en todo caso una diligencia sumarial y su ejecución consistía en el uso de la fuerza, procediendo por grados hasta lograr una confesión que posteriormente debía ratificarse³⁸.

Hoy se persigue la búsqueda de un método de enjuiciamiento criminal que, por un lado, sea eficaz a la hora de encontrar al autor de los hechos que constituyan una determinada conducta delictiva y que, por otro lado, sea garantista con los derechos del

³⁷ VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *op. cit.* pág. 49.

³⁸ *Idem*, pág. 60.

imputado que se encuentra sometido al proceso, protegiendo su inocencia por encima de toda duda razonable.

La presunción de inocencia se proclama en el texto constitucional de 1978 por primera vez como un derecho fundamental, sin embargo, la idea de la presunción de inocencia se remonta a la antigua Roma con la máxima de *satius est impunium relinque facinus nocentes quam innocentem damnari* planteada por Ulpiano, que, desde mi punto de vista, se traduce en el debate existente entre la justicia material y la justicia formal “es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”.

En la actualidad, la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 de nuestra Constitución y así debe ser tutelado. Establece la STS de 27 de diciembre de 1982, entre otras que: “el derecho constitucional a la presunción de inocencia debe ser acatado por todos los Poderes públicos, y entre ellos el Judicial, abriéndole vías de penetración en todas las instancias y recursos procesales”. Por tanto, la presunción de inocencia no sólo comporta una garantía que ha de respetarse hasta una sentencia desfavorable, sino que esa sentencia ha de ser necesariamente firme y como consecuencia, irrecurrible. No se trata sólo de un “criterio informador” o inspirador; se trata de un “criterio normativo directo”, lo que supone que no hay que esperar a que se produzca su desarrollo mediante leyes ordinarias, sino que su aplicación es directa y actúa como una garantía exigible frente a los órganos jurisdiccionales³⁹.

4.1 La presunción de inocencia como verdad interina

Ahora bien, ¿ha de entenderse la presunción de inocencia como una verdadera presunción? En nuestro derecho se distingue a las presunciones como absolutas (*iuris et de iure*) y relativas (*iuris tantum*) según la vinculación que tengan éstas mismas con el hecho base. Mientras en las absolutas la prueba del hecho base supone una consecuencia que no puede separarse del mismo, pues, no cabe prueba en contrario, en las relativas, la vinculación entre el hecho base y el hecho consecuencia es flexible, cabiendo en todo caso, prueba en contrario.

³⁹ *Idem*, pág. 266.

En este sentido, la STC 31/1981, de 28 de julio en su voto particular único, hacía alusión a la presunción de inocencia como si de una presunción *iuris tantum* se tratase. Sin embargo, hemos visto que, para constituir una verdadera presunción en nuestro derecho, se requiere de un hecho base, del que se deriva un hecho consecuencia, y de un nexo causal entre tales hechos. No obstante, esta interpretación no es aislada, pues durante mucho tiempo se hacía una equiparación doctrinal y jurisprudencial entre la presunción de inocencia y las presunciones legales.

La presunción de inocencia no puede comportar una verdadera presunción, ni absoluta ni relativa, por la ausencia de los tres elementos que componen cualquier presunción legal (hecho base, hecho consecuencia y nexo causal) pues, la presunción de inocencia se impone como una verdad provisional y no como un hecho presumido. Por lo tanto, “la falta de prueba de la culpa equivale a la prueba legal de la inocencia, que la ley establece y anticipa para todos los ciudadanos, a reserva de lo que resulte para cada caso concreto”⁴⁰.

El término “presunción” para referirnos a la inocencia del imputado supone para varios autores un error de técnica legislativa. Cuando estamos ante una verdad interina, “no hace falta que el dato o hecho del que parte el legislador esté acreditado o constatado en el proceso, ni tampoco es necesario utilizar ningún expediente, procedimiento lógico o criterio experimental para alcanzar el segundo hecho. Mientras que para establecer una presunción (relativa) el legislador se basa en el cálculo de probabilidades, para establecer una verdad provisional, el legislador se apoya en el ser natural y corriente de las cosas”⁴¹. Las verdades provisionales suponen lo que su propio nombre indica y, por tanto, exime de toda prueba al sujeto favorecido.

Sin embargo, la presunción de inocencia no supone en nuestro ordenamiento jurídico la única verdad interina; así, a título de ejemplo, la doctrina considera como verdades interinas la presunción de buena fe respecto a la celebración del matrimonio o la presunción de que la causa existe en los contratos, aunque no se exprese. No obstante, es la única verdad interina reconocida como un derecho constitucional y fundamental.

⁴⁰ *Idem*, pág. 273.

⁴¹ *Idem*, pág. 274.

4.2 “Presunción de inocencia” e “in dubio pro reo”

Durante el Antiguo Régimen, inocencia y culpabilidad no eran las únicas conclusiones a las que el juez podía llegar tras la valoración de la prueba, pues existía una tercera situación consistente en una semiculpabilidad, que giraba en torno a la duda judicial sobre la culpabilidad del acusado. La duda se ha proyectado siempre en los campos de decisión de los jueces y tribunales; motivo por el cual se entiende el principio “in dubio pro reo” como precedente inmediato de la presunción de inocencia. Sin embargo, la primera concepción del principio “in dubio pro reo” era la de una norma moral sin carácter vinculante desde un punto de vista jurídico, pues se percibía como un mero consejo dirigido a los jueces en caso de duda y no así una norma imperativa; no suponía una garantía para el acusado, sino una potestad discrecional para el juez. De hecho, esta idea se mantuvo hasta la regulación constitucional del principio de presunción de inocencia⁴².

Como consecuencia de la máxima “in dubio pro reo” gracias a la proclamación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, aparecen los primeros debates doctrinales y jurisprudenciales acerca del ámbito de aplicación y la identidad entre ambas figuras.

Así, cuando se declaró la presunción de inocencia como una garantía constitucional, el Tribunal Constitucional entendió que se fundían ambos principios en una sola identidad, pues hacía alusión al “in dubio pro reo” como una de las manifestaciones de la presunción de inocencia entendiendo que la misma tenía un alcance muy amplio. En este sentido, la STC 24/1984, de 23 de febrero (FJ 3º), propone abandonar la expresión “in dubio pro reo” en favor de la presunción de inocencia expresándose en los siguientes términos: “...declara a éste inocente, en virtud, dice el Juez, del principio “in dubio pro reo”, aunque debió decir, porque es norma directamente aplicable por cualquier Juez, en virtud del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2”.

Sin embargo, el cambio de criterio no tardó en llegar, pues, en la STC 44/1989, de 20 de febrero, (FJ 2º), el Tribunal Constitucional recogía que “aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia

⁴² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *op. cit.* pág. 162.

sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de jugar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate”. Los argumentos utilizados por el Tribunal para la distinción entre ambos criterios se basaron en que la duda es un estado subjetivo en la medida en que surge en la mente del juez, mientras que el criterio para determinar la presunción de inocencia es objetivo (inexistencia de pruebas de cargo)⁴³.

La idea de distinción entre ambos principios en la que se ha apoyado el Tribunal Constitucional ha sido utilizada para negar relevancia constitucional al principio “*in dubio pro reo*” y vetar así su acceso al mismo por la vía del recurso de amparo⁴⁴. En relación con el recurso de amparo, recoge el artículo 44.1 b) LOTC que para acudir al mismo es necesario, entre otros dos requisitos, “que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”. El principio “*in dubio pro reo*” tiene una relación directa con la valoración de la prueba y conforme a la prohibición de revisión de los hechos, entiende el Tribunal Constitucional que el mismo no puede examinarse en amparo; sin embargo, algunos autores consideran que la prohibición que señala el precepto no es incompatible con un examen sobre la racionalidad de la valoración de la prueba. Siendo la duda un elemento subjetivo que está en la mente del juzgador es muy difícil examinar la racionalidad con la que se valoró una prueba en relación con unos hechos; la valoración que le merezca al tribunal de instancia no es revisable, salvo que resulte ilógica o carente de todo fundamento⁴⁵; lo que sí debe examinar el Tribunal es si existió prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, pues, se trata en todo caso de un elemento objetivo.

⁴³ VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *op. cit.* pág. 293.

⁴⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *op. cit.* pág. 162.

⁴⁵ *Idem*, pág. 180.

4.3 La suficiente prueba de cargo

Esta materia es objeto de un grave vacío legal, dada la ausencia de norma procesal alguna que desarrolle el marco concreto de actuación del derecho a la presunción de inocencia⁴⁶; sin embargo, no hay controversia a la hora de afirmar que la existencia de duda sobre alguno de los hechos constitutivos aportados por la acusación debe tener como resultado una sentencia absolutoria. Así, en relación a la suficiente prueba de cargo y a la presunción de inocencia, la STC 43/2003, de 3 de marzo (FJ 4º), entre otras⁴⁷ se expresaba en los siguientes términos: “el derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que toda sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que sustenta la declaración de responsabilidad penal; además, dichas pruebas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado normalmente en el juicio oral y haberse valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de tal modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable”. Por tanto, la prueba más allá de toda duda razonable es el nivel de referencia que ha introducido la jurisprudencia en nuestro ordenamiento para desvirtuar la presunción de inocencia y, por tanto, para determinar el alcance que ha de tener la “suficiente prueba de cargo”.

Para condenar se precisa de un quantum de prueba “más allá de toda duda razonable”; sin embargo, resulta pertinente en este punto distinguir entre la duda objetiva y la duda subjetiva. La duda meramente subjetiva es fruto del juzgador y la misma no ha de tenerse en cuenta, pues es el resultado de lo que subjetiva e irracionalmente piense el juez. La objetividad de la duda es la única que puede dar lugar a una sentencia absolutoria. Por tanto, la duda razonable asume una dimensión objetiva, y esa objetividad se aprecia en la existencia efectiva de pruebas que justifiquen una duda⁴⁸

En este sentido, diferentes autores señalan que es precisamente la exigencia jurisprudencial de que la prueba sea suficiente, la que determina que sea imposible

⁴⁶ *Idem*, pág. 192.

⁴⁷ En este sentido se ha pronunciado el TC en las SSTC 246/2004 de 20 de diciembre; 209/2002 de 11 de noviembre; 155/2002, de 22 de julio; el Tribunal Supremo se ha manifestado en el mismo sentido en las SSTS 258/2003 de 25 de febrero; 1515/2002, de 16 de septiembre. j

⁴⁸ IGARTUA SALAVERRÍA, J., en AA.VV “Duda razonable, prueba científica”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 71.

distinguir entre “in dubio pro reo” y presunción de inocencia⁴⁹. No obstante, supone una cuestión residual en el objeto de este trabajo, pues, como se ha señalado, existe un acuerdo entre doctrina y jurisprudencia al considerar que la culpabilidad del acusado ha de quedar lo suficientemente acreditada, pues lo contrario supondría una sentencia absolutoria, y de este modo, tanto la completa inexistencia de prueba como la falta de actividad probatoria se equiparan respecto al resultado, aun tratándose de situaciones diferenciadas.

5. LA PRUEBA DE LOS HECHOS FAVORABLES A LA DEFENSA

Hemos visto hasta ahora que el proceso penal está compuesto por hechos constitutivos, hechos impositivos y hechos extintivos. Sin embargo, cabe la posibilidad de introducir hechos que excluyan la antijuricidad y la culpabilidad. Estos hechos son las llamadas eximentes recogidas en el art. 20 del CP. Las causas de exclusión de culpabilidad en la medida en que excluyen la imputabilidad son: las anomalías o alteraciones psíquicas, el estado de intoxicación plena, el síndrome de abstinencia, las alteraciones de la percepción; asimismo, también lo son por cuanto elimina la antijuricidad: la legítima defensa, el miedo insuperable, el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.

Haciendo alusión a lo ya estudiado, los hechos impositivos y extintivos no han de ser necesaria y exclusivamente probados por el acusado, pues los mismos pueden ser apreciados por el juez o tribunal una vez hayan sido introducidos al proceso. Sin embargo, conforme a esta afirmación, existe una salvedad respecto a la prueba de las eximentes, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha determinado que los supuestos de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación (art. 21 CP) han de ser probados por la defensa.

⁴⁹ *Idem*, pág. 191.

5.1 El criterio del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la prueba de las eximentes

El Tribunal Supremo ha utilizado como premisa la exigencia de que “las bases fácticas de las circunstancias eximentes y atenuantes deben estar tan acreditadas como el hecho mismo”⁵⁰; así, se ha pronunciado en los siguientes términos: “cuando se trata de circunstancias eximentes o atenuantes la regla de juicio halla su presupuesto en el principio general que late en nuestro Código Penal al estructurar las causas de imputabilidad de forma negativa, de modo que debemos siempre entender que una persona disfruta de las facultades mínimas de comprender y querer, salvo que se pruebe lo contrario. Esto es, las causas de exención o restricción de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad deben hallarse tan acreditadas como el hecho principal mismo sobre el que inciden. La carga de la prueba, en el que se postula la estimación de una atenuante cualificada, compete a la defensa que la alega, que no ha probado la base fáctica que propiciaría su acogimiento” (STS 531/2007, de 18 de junio (FJ 9º)).

El Tribunal Supremo basa su argumento en que se ha de partir de la base de que las eximentes no existen salvo que se demuestre lo contrario; en otras palabras, configura la prueba de las eximentes como hechos negativos. Los hechos negativos se basan en una afirmación contraria a la “realidad” que se sostiene; si el acusador alega, por ejemplo, que a la hora de cometer los hechos el acusado estaba cuerdo, no se le puede exigir que pruebe esa cordura mediante la prueba de que el acusado no estaba loco, ya que, además de constituir una prueba imposible para el acusador, según el criterio del Tribunal Supremo, la cordura se presupone. En un ejemplo más gráfico: imaginemos que la parte acusadora alega unos hechos constitutivos de un delito de conducción temeraria; exigir a la misma que pruebe que en el momento de los hechos el acusado no se encontraba bajo los efectos del alcohol, sería someterla a una prueba negativa de los hechos y es lo que pretende evitar el Tribunal Supremo, pues, la prueba negativa de los hechos constituye una *probatio diabólica*, o, en otras palabras, una prueba imposible.

El criterio del Tribunal Constitucional, por su parte, se asemeja al del Tribunal Supremo, pues, declara con rotundidad que la concurrencia y prueba de una causa de

⁵⁰ STS 376/1998, de 25 de noviembre, en el mismo sentido, STS 415/2006, de 18 de abril.

justificación, en contra de lo sostenido por los demandantes, no corresponde a la acusación, sino a la defensa (STC 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5º). Sin embargo, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que “la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de éstos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea”⁵¹.

Si buscamos alguna explicación que nos indique por qué respecto de las eximentes y atenuantes rigen distintos criterios en materia probatoria, ninguno de los tribunales dedica palabra alguna a la correlación entre regla y excepción⁵². De hecho, esta doctrina traslada las normas de la carga de la prueba del proceso civil al proceso penal, pues, implica aceptar la existencia en el proceso penal de hechos excluyentes, por cuanto las eximentes y atenuantes han de ser traídas al proceso exclusivamente por el acusado, sin que quepa una apreciación de oficio por el tribunal.

El motivo por el cual se exige la prueba de las eximentes a la acusación puede descansar en el principio de economía procesal, pues, es más práctico suponer que cualquiera de las eximentes no concurre, salvo que se demuestre lo contrario, que admitir como cierto que el acusado no actuaba cuerdo o que se encontraba en un estado de necesidad, o en estado de ebriedad, etc...⁵³.

Es evidente que no se puede someter a la acusación a una prueba negativa sobre aquello que alega; en otras palabras, si la acusación alega como hecho constitutivo la concurrencia de un homicidio, no se le puede exigir que también pruebe la inexistencia de la legítima defensa como causa excluyente de responsabilidad criminal, pues, se vería sometido a una *probatio diabólica* y en este sentido, es lógico otorgar la carga probatoria de la legítima defensa a la acusación; sin embargo, como hemos visto durante el desarrollo de este trabajo, la posición en las que se encuentra cada una de las partes no es parcial; y ya no solo por la regla de juicio de la que goza la presunción de inocencia, sino por la mera actuación del Ministerio Fiscal como parte.

⁵¹ STC 5/2010, de 7 de abril, FJ 7º, refiriéndose a las SSTC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 5º; 133/1994, de 9 de mayo, FJ 4º; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 11º; 239/2006, de 17 de julio, FJ 5º.

⁵² CUERDA RIEZU, A., “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2014, pág. 8.

⁵³ *Idem*.

El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público⁵⁴, por tanto, como defensor de la legalidad debe alegar e incluso probar la presencia de cualquier eximente o atenuante que favorezca al acusado. Por tanto, otorgar la prueba de aquellas exclusivamente a la acusación supone una excepción que parece alcanzar incluso el sometimiento del Ministerio Fiscal a la defensa de la legalidad.

5.2 Presunción de inocencia y la prueba de las eximentes

Recordemos que en el proceso penal puede hablarse de hechos constitutivos, hechos impositivos y hechos extintivos, pero no de hechos excluyentes. Aceptar el criterio de ambos tribunales implica reconocer la existencia de hechos excluyentes en el proceso penal, pues la doctrina jurisprudencial defiende que las eximentes y atenuantes han de ser probadas necesariamente por el acusado, y por tanto, sólo podrán ser apreciadas por el juez o tribunal cuando hayan sido traídas al proceso por la parte acusada; sin embargo, no es posible hablar de hechos excluyentes en el proceso penal porque este reconocimiento atenta contra el principio de la carga de la prueba y sobre todo, contra el principio de presunción de inocencia. En este sentido, a pesar de que el Tribunal Supremo es claro a la hora de establecer que “las bases fácticas de las circunstancias eximentes y atenuantes deben estar tan acreditadas como el hecho mismo”, RODRIGUEZ ZAPATA, magistrado del Tribunal Constitucional, en su voto particular a la STC 155/2009, de 25 de junio se plantea la siguiente pregunta “¿Acaso no puede todo Tribunal apreciar una circunstancia eximente o atenuante aun no habiendo sido alegada por las partes?”

Sabemos que la presunción de inocencia debe proteger al acusado de la carga de probar cualquier hecho que pretenda acreditar su inocencia, pues, la misma debe ser desvirtuada necesariamente por el acusador, sin embargo, conforme a la interpretación jurisprudencial, desde mi punto de vista, parece que la presunción de inocencia protege una “verdad neutral” entremedio de los hechos constitutivos y las causas excluyentes de responsabilidad criminal. Es decir, parece que se es inocente hasta que se demuestre lo

⁵⁴ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

contrario, pero sin embargo, también se es culpable hasta que se demuestre la legítima defensa.

Además, la tesis de ambos tribunales podría suponer una completa inversión de la carga de la prueba, pues, “si se impone al acusado la carga de probar la presencia de una eximente, correlativamente se está descargando de la prueba a la acusación respecto al requisito genérico del delito excluido por la eximente”⁵⁵.

Sin embargo, no hay que olvidar que el objetivo de la doctrina jurisprudencial no es, ni mucho menos, atentar contra la presunción de inocencia, sino descargar a la acusación de la prueba de hechos negativos; no obstante, la calificación de hecho positivo o hecho negativo a veces es intercambiable⁵⁶. Imaginemos que se pide a la acusación que pruebe la ausencia de alguna de las causas de inimputabilidad, como, por ejemplo, el estado de intoxicación plena. Esto supone la prueba de un hecho negativo, pues, se está pidiendo a la acusación que pruebe que no existe un estado intoxicación, pero si cambiamos la perspectiva y le pedimos a la acusación que pruebe, conforme a una alegación previa de la parte acusada, la falta de requisitos para apreciar la intoxicación plena, ya no estamos ante la prueba de unos hechos negativos, pues han sido alegados previamente por la parte acusada, por tanto, se convierten en hechos positivos, correspondiendo la carga de probar a la acusación y no produciéndose así la inversión de la carga de la prueba.

En este sentido, la tesis planteada por CUERDA RIEZU es la de otorgar la alegación de los hechos al acusado y la prueba a la acusación. De este modo, el acusado se limitará a alegar, por ejemplo, la legítima defensa, y la acusación deberá desacreditar esa alegación mediante una prueba que rechace que se cumplen los requisitos para apreciarla. Sin embargo, en esta tesis se aprecian dos inconvenientes; en primer lugar la presunción de inocencia no deja de verse afectada, pues, si bien es cierto que se extingue la carga probatoria de la acusación, no deja de existir la carga de alegar unos hechos con el objetivo de proteger la inocencia del acusado, que debiera verse desvirtuada en todo caso por el acusador; y, en segundo lugar, supondría problemas para la acusación respecto a la prueba de determinadas eximentes, como por ejemplo, la prueba de que no existe una anomalía o alteración psíquica. Otorgar a la acusación, entendiendo como tal al acusador particular, esa actividad probatoria, podría suponer

⁵⁵ CUERDA RIEZU, A., *op. cit.* pág. 10.

⁵⁶ *Ídem*, pág. 9.

una *probatio diabólica*, y no por constituir un hecho negativo, sino por constituir una prueba casi imposible cuando, por ejemplo, el acusado se niegue a someterse a una prueba pericial de normalidad psico-biológica.

Por tanto, debemos entender que la solución está en la participación del Ministerio Fiscal en el proceso, que debe verse obligado, no sólo a actuar como parte acusadora en el proceso, sino conforme al sometimiento del principio de legalidad e imparcialidad, a alegar y probar las circunstancias favorables a la defensa cuando de los hechos constitutivos, se desprendan, o cuando tenga conocimiento de aquellas. Lo mismo ocurre con los jueces y tribunales, que, respondiendo a la pregunta de RODRIGUEZ ZAPATA, no es que el Tribunal pueda apreciar una circunstancia eximente o atenuante aun no habiendo sido alegada por las partes; es que debe hacerlo, pues “toda vulneración del principio de presunción de inocencia implica y simultáneamente una vulneración del principio de legalidad penal”⁵⁷.

6. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU APROBACIÓN

El anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual ha sido fruto de debate en los últimos tiempos; es conocida como la Ley del “solo sí es sí” y tiene por objeto constituir el régimen jurídico de la tutela y garantía de la libertad sexual con la principal intención de eliminar toda distinción entre agresión y abuso sexual, considerando agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona. El anteproyecto pretende la modificación del Código Penal, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La medida más polémica es la que pretende la derogación del tipo de abuso sexual y su conversión en agresión sexual, y esto es debido a que se habla de una posible inversión de la carga de la prueba que descansa en la dificultad probatoria del consentimiento exigido. No obstante, entre otros aspectos, también se plantea la creación de una agravante específica por razón del vínculo conyugal o afectivo, la

⁵⁷ Idem, pág. 13.

atribución específica de estos delitos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, una formación especializada en materia de prevención y la respuesta a las violencias sexuales, para miembros de la Carrera Judicial, Fiscal, LAJ y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como en el ámbito docente y educativo, sanitario y sociosanitario etc...

Conforme a lo dispuesto en el art. 561. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el anteproyecto ha sido sometido a Informe del CGPJ, según el cual se evidencian solapamientos y duplicidades en ciertos preceptos de la ley proyectada respecto de otros textos vigentes, en el sentido de que o bien, contiene enunciados meramente descriptivos, sin contenido jurídico propiamente dicho o se limita, sin embargo, a reproducir facultades o derechos que ya estaban reconocidos en otras normas; ejemplo de ello es la atribución específica a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ya reconocida en el artículo 87 ter de la LOPJ, en su redacción dada por la LO 1/2004. Ocurre lo mismo con la introducción de la agravante por razón de la relación de afectividad, que, debido a la evolución jurisprudencial, en la actualidad se da la aplicación conjunta de la agravante genérica de género y la mixta de parentesco, por tanto, la introducción de una nueva circunstancia agravante parece innecesaria.

No obstante, lo que nos interesa es la figura del consentimiento como circunstancia que determina el carácter típico de las conductas contra la libertad e indemnidad sexual. La reforma proyectada tipifica todo atentado sexual sin consentimiento como agresión sexual, o violación, si el ataque sexual consiste en alguna de las formas típicas del artículo 179 CP (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías). Se pretende la modificación del artículo 178 CP, quedando redactado el apartado 1 de la siguiente manera: “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”. Es, por tanto, determinante que la víctima haya prestado un consentimiento libre, expreso e inequívoco a través de actos exteriores. Ciertamente, reconoce el CGPJ, en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos se conceptúa la violencia sexual como todo acto de naturaleza sexual no consentido sobre

otra persona⁵⁸, y de hecho, países como Gran Bretaña, Suecia o Alemania han regulado la existencia del tipo delictivo a partir del carácter no consensuado del acto sexual, distinguiéndose en este sentido dos paradigmas: “el modelo del consentimiento afirmativo” donde el tipo solo puede excluirse cuando conste el consentimiento del sujeto pasivo, como es el caso del anteproyecto de la Ley española, Gran Bretaña o Suecia, y “el modelo del veto o del no”, donde el sujeto pasivo debe expresar de algún modo la voluntad contraria al acto, de este modo, cuando exista silencio deberá estimarse que no existe delito, como es el caso de Alemania.

La regulación actual del Código Penal ya pena la falta de consentimiento, sea en la forma de agresión sexual o en la de abuso sexual, bien porque no existe o bien porque está viciado, no obstante, el anteproyecto de la Ley Orgánica Integral de la Libertad Sexual ve necesaria la definición del consentimiento con la intención de evitar posibles dificultades conceptuales, mientras que el CGPJ establece que la problemática no es conceptual, sino probatoria.

Es necesario traer nuevamente a colación la redacción del precepto que se pretende incluir: “será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”. Una interpretación estricta del precepto nos lleva a concluir que la existencia del consentimiento, es decir, la existencia de una manifestación libre de actos exteriores, concluyentes e inequívocos y la voluntad expresa de participar en el acto, habrá de ser probada por la parte acusada, mientras que la acusación lo único que tendrá que hacer será alegar esa falta de consentimiento que configura el elemento del tipo, y de este modo, si María acusa a Luis de un delito de agresión sexual, Luis tendrá que basar su defensa en la existencia de cada uno de los elementos que configuran la definición del consentimiento. En este sentido, se expresa el CGPJ, reconociendo que “la definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria, pues, parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características

⁵⁸ Artículo 36 del Convenio de Estambul: “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerando en el contexto de las condiciones circundantes”.

(manifestación libre de actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberán ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad, alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal”.

Es necesario señalar que, igual que ocurre en los delitos de violencia de género, en los procesos seguidos por delitos sexuales, la declaración de la víctima deviene la prueba principal de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia. En este sentido, la Ley tiene por objeto la reforma del artículo 709 LECrim, en el que se añade un nuevo tercer párrafo que establece que, en los delitos contra la libertad sexual, no se formularán las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente o Presidenta considere que sean pertinentes y necesarias. Las estrategias de la defensa cuando el testimonio de la víctima constituye la única prueba de cargo se basan en cuestionar la credibilidad y fiabilidad del testimonio de la víctima, y esto se hace normalmente indagando en los comportamientos sexuales de la víctima, por tanto, vetar a la acusación de este tipo de preguntas (salvo que se consideren pertinentes y necesarias), supone una infracción del derecho a la defensa. De hecho, ya existe en el artículo 709 LECrim una previsión no tan invasiva relacionada con la vida privada de la víctima, que se expresa en los siguientes términos “El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas”.

Resulta pertinente recordar la relación que tiene la carga de la prueba con la presunción de inocencia: la carga de la prueba en el proceso penal debe recaer, en todo caso, sobre la acusación. Debido al valor que tiene la presunción de inocencia como regla de juicio, ha de ser desvirtuada necesariamente por una prueba de cargo suficiente traída al proceso por la acusación. Según el CGPJ “la nueva propuesta normativa no debería introducir riesgo alguno de afectación del principio de presunción de inocencia”. La aprobación del anteproyecto podría suponer la existencia de supuestos en los que, con la mera declaración de la víctima, basando la acusación en que ese

consentimiento no existió, se enerve la presunción de inocencia. La problemática no existe en la falta de consentimiento como circunstancia determinante en la tipicidad de la conducta, sino en la definición del mismo, pues, “se entenderá que no existe consentimiento” supone una configuración negativa del elemento del tipo, dando por hecho que cuando no se pueda probar el consentimiento, no se absolverá al acusado conforme al principio “in dubio pro reo”, sino que se condenará al acusado, viéndose él mismo sometido a una prueba diabólica de los hechos.

Por tanto, para evitar una posible vulneración de los principios esenciales del proceso penal, el anteproyecto deberá ser modificado y eliminar, tal y como plantea el CGPJ la definición del consentimiento, o darle a la misma, un sentido positivo⁵⁹.

7. CONCLUSIONES

Primera: ¿Se puede hablar entonces de carga de la prueba en el proceso penal? Durante el desarrollo de este trabajo hemos visto que la problemática nace con esta pregunta, pues, si la respuesta fuera un “no” rotundo, no sería eficaz, por ejemplo, la regulación de presunciones en nuestro derecho procesal penal. Como se ha visto, la mera regulación de las mismas, supone aceptar la concurrencia de normas sobre la carga de la prueba; se habla de supuestos en los que la carga de la prueba es “compartida”, pues, a pesar de que el peso de probar el hecho base en que se apoya la presunción sigue recayendo en la acusación, los acusados se ven con la carga de probar algún elemento del tipo del delito que se le acusa.

No obstante, la respuesta a la pregunta tampoco puede comportar un “sí” absoluto, pues, esto supondría aceptar la incompatible existencia de hechos excluyentes en el proceso penal. Y hablo de incompatibles porque vulneran directamente el derecho a la presunción de inocencia.

⁵⁹ El 6 de julio de 2021, el Consejo de Ministros aprueba el proyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual que contempla una definición del consentimiento configurado de forma positiva, acogándose de esta forma al informe del CGPJ. La redacción es la siguiente: “solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. De este modo, parece que el acusado ya no se ve sometido a una prueba diabólica de los hechos, pues, será la acusación la que deberá probar que ese consentimiento no existió.

Por lo tanto, coincido con la tesis expuesta por FERNÁNDEZ LÓPEZ, que considera que el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse en términos absolutos, pues, habrá momentos en los que la parte acusada deba desplegar alguna actividad probatoria. El hecho de que la acusación se vea en la obligación de desvirtuar por sí misma la presunción de inocencia, no significa que deba cubrir todas las circunstancias que puedan actuar en beneficio del acusado, por lo tanto, en determinadas ocasiones el acusado deberá presentar una contraprueba. Eso sí, la misma debe fundamentarse en todo caso en la existencia de un hecho extintivo o impeditivo, nunca excluyente, y como consecuencia, esa contraprueba podrá ser tenida en cuenta por el Tribunal o por el Ministerio Fiscal sin necesidad de que sea traída al proceso necesariamente por el acusado.

Segunda: En relación con la prueba de los hechos favorables a la defensa, he de concluir que tanto el criterio del Tribunal Supremo como el del Tribunal Constitucional, atentan contra el principio de presunción de inocencia. Si ya existen dudas sobre la posible existencia de prueba “compartida” en el proceso penal, no pueden nuestros tribunales otorgar la carga de la prueba sobre los hechos favorables a la parte acusada, pues las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal no pueden configurarse como hechos excluyentes pues, en este caso, estaríamos ante una innegable inversión de la carga de la prueba.

De hecho, considero que el cambio de criterio ha de llegar pronto. Aprobado el nuevo anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las funciones ordinarias del fiscal se suma la de instrucción del procedimiento, por tanto, aún con más motivo, las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal han de ser alegadas por el Ministerio Fiscal, ahora como director del procedimiento de investigación oficial, o apreciadas de oficio por el juez o tribunal, igual que ocurre con los hechos extintivos e impeditivos.

Tercera: Por último, en relación con el anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, se ha visto cómo la definición del consentimiento configura un elemento negativo del tipo que ha de ser probado por la acusación, invirtiendo claramente de esta forma la carga de la prueba. En este sentido, llama la atención cómo la jurisprudencia y el CGPJ, parecen tener criterios dispares,

pues, mientras el CGPJ ha sido muy crítico con el nuevo anteproyecto, temiendo que se pueda vulnerar el principio de presunción de inocencia por una posible inversión de la carga de la prueba, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, parten de la premisa de que “las bases fácticas de las circunstancias eximentes y atenuantes deben estar tan acreditadas como el hecho mismo”, invirtiendo de esta forma la carga de la prueba.

Dentro del Poder Judicial debe existir un consenso generalizado sobre las normas de la carga de la prueba en el proceso penal; igual de crítico ha de ser en cualquier supuesto en el que se contemple una inversión de la carga de la prueba.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV *Duda razonable, prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- ALVARADO VELLOSO, A., *Cómo se hace un proceso. Francesco Carnelutti*, Juri
- CUERDA RIEZU, A., “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2014
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2015
- GOMEZ ORBANEJA, E., “*Derecho procesal penal*”, Madrid, 1972
- HUNG CAVALIERI, R., “¿Son verdad procesal y verdad material verdaderamente diferentes? Carnelutti 103 años después”, *Cultura jurídica*, 2018. Disponible en: <https://culturajuridica.org/son-verdad-material-y-verdad-procesal-verdaderamente-diferentes-carnelutti-103-anos-despues/>
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- MONTERO AROCA J., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- ROMERO PRADAS, M^a I., GONZALEZ CANO, M^a I., *La prueba: Tomo I, La Prueba en el Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- ROMERO PRADAS, M^a I, GONZALEZ CANO, M^a I., *La prueba: Tomo II, La Prueba en el proceso penal*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017
- VÁZQUEZ SOTELO, J., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, BOSCH, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1984
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M., “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 94, 2017