

CARGAS PROBATORIAS Y CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES Y ATENUANTES. EL CASO DE LA CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

José Luis Ramírez Ortiz

Magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona
joseluisramirezortiz@gmail.com
jose.ramirez@poderjudicial.es

RESUMEN: El presente trabajo analiza la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo sobre la prueba de las circunstancias eximentes y atenuantes, construida mediante la importación de la teoría general de la carga de la prueba propia del proceso civil, así como los intentos, dentro de la propia Sala, por el momento infructuosos, de modificar dicha jurisprudencia. Se sintetizan las críticas de la doctrina científica, basadas en la violación de la presunción de inocencia, y se expone la posición del autor, que destaca la singularidad que adquiere la existencia de una fase de investigación oficial que genera, más que una carga, un deber de investigación de las circunstancias tanto desfavorables como favorables el encausado. El trabajo concluye con una especial mención al tratamiento de la prueba de las causas de inimputabilidad.

PALABRAS CLAVE: Carga de la prueba, circunstancias eximentes y atenuantes, presunción de inocencia, inimputabilidad.

ABSTRACT: This paper analyzes the jurisprudence of the Supreme Court on the proof of exculpatory and mitigating circumstances, based on the general theory of the burden of proof of the civil process, and the unsuccessful attempts within the Court to modify that jurisprudence. It also analyzes the critiques of the doctrine based on the violation of the presumption of innocence. The author highlights the singularity of the existence of an official investigative phase that generates, rather than a burden, a duty of investigation of the circumstances both unfavorable and favorable to the defendant. The paper concludes with a special mention to the proof of the causes of inimputability.

KEYWORDS: Burden of proof, exculpatory and mitigating circumstances, presumption of innocence, inimputability

Índice: 1. Introducción.—2. La teoría general de las cargas del proceso. 2.1. Cargas probatorias en el proceso civil. 2.2. Cargas probatorias en el proceso penal.—3. La doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo. 3.1. Doctrina clásica. 3.2. Resoluciones contrarias a la tesis clásica.

ca. 3.3. La STS 335/2017 (Roj: STS 1851/2017, ponente Sr. Del Moral García): la apertura en falso de un debate inaplazable.—4. Críticas doctrinales a la tesis clásica. 4.1. Tesis que cuestiona la institución de la carga de la prueba en todo tipo de procesos. 4.2. Tesis que cuestiona la carga subjetiva de la prueba en todo tipo de procesos. 4.3. Tesis que cuestionan la institución de la carga probatoria en el proceso penal.—5. Toma de posición. 5.1. Recapitulación. 5.2. *In dubio pro reo* y presunción de inocencia: una distinción artificiosa. 5.3. Las cargas probatorias a la luz del objeto del proceso penal. 5.4. La particularidad del proceso penal acusatorio mixto: la fase de instrucción. 5.5. La carga material de la prueba a la luz de la presunción de inocencia.—6. La prueba de la inimputabilidad. 6.1. Las causas de exclusión de la imputabilidad. 6.2. La llamada «presunción de normalidad psíquica». 6.3. La práctica judicial. 6.4. Observaciones finales

A Manuel Miranda Estrampes,
Por su compromiso, generosidad, clarividencia
y los momentos compartidos

1. INTRODUCCIÓN

En la tradición procesalista española suele articularse el estudio del derecho procesal sobre la base de una suerte de teoría general, basada en el proceso civil, luego seguida del análisis de las particularidades de éste y, finalmente, del examen del proceso penal. Éste se configura, así, como rama de un tronco común, singularizada por la concurrencia de ciertas notas diferenciales, por lo que se le traslada, en la medida de lo posible, toda la construcción dogmática de aquél, lo que no sólo resulta forzado, sino que aboca a resultados insatisfactorios.

Tal dinámica, en la que posiblemente incida la parcelación universitaria del conocimiento vinculada a la estructuración de las cátedras, corre pareja de aquélla que distingue entre derecho sustantivo o material y derecho adjetivo o procesal, de tal modo que el segundo no sería otra cosa que el vehículo a través del cual se actúa el primero. Sobre la base de esta diferenciación, frente al derecho penal sustantivo, concebido como sector del ordenamiento cargado de valores por excelencia, se ha considerado el derecho procesal como una parte del sistema normativo axiológicamente aséptica. Esta asepsia permitiría su estudio haciendo abstracción de consideraciones político-constitucionales.

Sin embargo, la pretendida neutralidad del derecho procesal es falsa. De hecho, si nos fijamos en el ámbito penal, la opción por un concreto modelo de proceso, en la medida en que éste puede ser contemplado como instrumento de control social, no es ajena a la concepción que se profese sobre la orien-

tación que debe presidir las relaciones de los ciudadanos entre sí, y respecto del Estado. Existe así una evidente imbricación entre el derecho sustantivo y el procesal. A poco que se reflexione sobre ello, salta a la vista que tanto el derecho penal sustantivo como el procesal definen los espacios de libertad de los individuos, al acotar el ámbito (espacial, temporal y material) en que es admisible su persecución y castigo. En consecuencia, integran una unidad ideológica que acusa los rasgos del sistema político en el que se enmarcan. En este sentido, las reglas políticas del Estado Constitucional, que se caracteriza por sujetar a férreas restricciones al poder, nutren de contenidos limitativos al derecho y al proceso penal por medio de una serie de principios y garantías consagradas en la Constitución, entre los que destaca la presunción de inocencia, garantizada por el artículo 24.2 CE, que vertebra todo el modelo, y que se erige en referente imprescindible de todo análisis jurídico.

Un ejemplo paradigmático de las consecuencias avalorativas, en términos políticos, del abordaje de los problemas del proceso es el de la prueba de las circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal, contexto en el que se ha producido una recepción acrítica en el proceso penal de la teoría general de las cargas probatorias propia del proceso civil.

Recientemente, Nieva Fenoll¹ ha puesto de relieve la inutilidad de la institución de la carga de la prueba también en el proceso civil, calificándola de «reliquia histórica». Compártase o no el punto de vista de este autor, en el que nos detendremos más adelante, de lo que no cabe duda es de que lo que resulta singularmente llamativo hoy día es la pervivencia de la lógica de la carga de la prueba del proceso civil clásico en lo que Vives Antón² califica de modelo penal de la presunción de inocencia. A su juicio, tras la promulgación de la Constitución de 1978, este derecho fundamental se ha convertido en el elemento central y esencial del sistema, como expresión abreviada del conjunto de derechos que definen el estatuto de todo ciudadano en tanto que susceptible de ser sometido a una investigación o proceso. En este modelo, el respeto al derecho que consagra el artículo 24.2 CE es el primer criterio rector del contenido y estructura del proceso penal. Y ello implica, entre muchas otras cosas, que no corresponda al acusado cargar con la prueba de su inocencia, pues ésta constituye siempre el punto de partida. Con todo, la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo sobre la cuestión, consolidada desde antiguo, no ha variado ni un ápice, ni tampoco ha sido rectificada por el Tribunal Constitucional³, lo que no es comprensible.

A continuación, expondré las bases conceptuales de la teoría de las cargas del proceso, la doctrina de la Sala II, las críticas de los autores a dicha doctrina y mi posición personal, y concluiré con una mención específica, por la frecuencia con la que el problema se presenta en la praxis jurisdiccional, a la prueba de las causas de inimputabilidad.

¹ NIEVA FENOLL, J., 2019.

² VIVES ANTÓN, T.S., 2011

³ Véase a este respecto CUERDA RIEZU, A., 2014.

2. LA TEORÍA GENERAL DE LAS CARGAS DEL PROCESO

2.1. Cargas probatorias en el proceso civil

En la teoría general del proceso se encuentra consolidada la tesis de que el objeto de prueba en un caso particular viene determinado por la pretensión que se ejercita y la resistencia que se le opone. Ello ha permitido distinguir tradicionalmente entre diversos tipos de hechos según se tome en consideración el punto de vista de la pretensión o el de la resistencia a la pretensión.

Desde el primer punto de vista, reciben el nombre de hechos constitutivos aquéllos que fundamentan la petición de la parte actora y que integran el supuesto de hecho de la norma jurídica cuya aplicación solicita (*v. gr.* la existencia de un contrato del que derivan obligaciones cuyo cumplimiento se reclaman).

Desde el punto de vista de la resistencia de la parte demandada, se distingue entre hechos impeditivos, extintivos, excluyentes y modificativos. Los hechos impeditivos son aquéllos que no permiten el nacimiento de la pretensión o de la aplicación de la norma jurídica que es invocada (*v. gr.* vicio del consentimiento en el contrato invocado). Los hechos extintivos, sin obstaculizar el nacimiento de la pretensión, extinguen el efecto jurídico solicitado (*v. gr.* el pago como forma de cumplimiento de la obligación derivada del contrato). Los excluyentes, sin negar los hechos alegados ni las consecuencias jurídicas solicitadas, imposibilitan la aplicación de la norma (*v. gr.* la prescripción extintiva). Finalmente, los modificativos denotan la presencia de circunstancias que implican la modificación de la pretensión (*v. gr.* el pago parcial).

Pues bien, partiendo del principio que hace recaer la prueba de los hechos sobre la parte que los alega o sobre aquélla que está en mejores condiciones de demostrarlos, la doctrina científica introdujo a principios del siglo XIX la teoría de la carga de la prueba. Según ésta, ha de distinguirse entre carga subjetiva o formal, regla que se dirige a las partes indicándoles qué hechos ha de acreditar cada una, y carga objetiva o material o regla de juicio dirigida al juzgador, imponiéndole el modo de solventar las dudas cuando algún hecho alegado sea incierto en función de a qué parte competía acreditarlo. Siguiendo la clasificación precedente, relativa al tipo de hechos objeto de prueba, se vino a afirmar que, por lo general, correspondía al demandante probar los hechos constitutivos de la pretensión que ejercita y al demandado los hechos impeditivos, extintivos, excluyentes o modificativos.

2.2. Cargas probatorias en el proceso penal

De forma muy temprana se recibió con naturalidad la teoría de las cargas probatorias en el proceso penal. Fernández López⁴ refiere, en este sentido,

⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., 2005.

que, para los defensores de la tesis de la incorporación de dicha teoría al proceso penal, los hechos constitutivos vendrían integrados por el hecho punible y la participación del acusado en dicho hecho; los hechos impositivos, por la negación de los dos principales extremos de la hipótesis acusatoria (existencia del hecho y participación del acusado en él) así como por la afirmación de la concurrencia de eximentes excluyentes de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; los hechos modificativos, por la afirmación de la concurrencia de circunstancias atenuantes y eximentes incompletas; los hechos extintivos, por causas tales como la prescripción del delito, la cosa juzgada o el perdón del ofendido. Finalmente, a juicio de aquélla, carecerían de operatividad en el ámbito penal los hechos excluyentes, pues si éstos son hechos que otorgan contraderechos a la parte pasiva del proceso y, como privados que son, sólo pueden ser alegados a instancia de parte, comoquiera que en el proceso penal las partes carecen del poder de disposición sobre los hechos, no tendrían cabida.

López Ortega⁵, por su parte, apunta a que, según esta tesis, a la acusación correspondería acreditar la hipótesis de cargo (hecho punible y participación del acusado en él) y a la defensa, la de descargo (fundamentalmente, la actuación en una situación de error o la concurrencia de las circunstancias que excluyen o atenúan la responsabilidad). Correlativamente, las situaciones de incertidumbre sobre la existencia del hecho alegado se resolverían en perjuicio de la parte a la que incumbía acreditarlo.

Ejemplo de este punto de vista clásico podemos encontrarlo en Fenech⁶, quien nos dice expresamente que el principio de que en el proceso civil incumbe a las partes actoras la carga de probar los hechos constitutivos de la obligación, mientras que a las demandadas incumbe la prueba de los hechos impositivos o extintivos encuentra reflejo en el proceso penal, en el que «a las partes acusadoras incumbe probar los hechos constitutivos del delito, mientras que las partes acusadas tienen la carga de probar los hechos impositivos o extintivos de la responsabilidad criminal».

3. LA DOCTRINA DE LA SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Doctrina clásica

La doctrina consolidada de la Sala II, que arranca de tiempos preconstitucionales, se ha mantenido sin cambios en su formulación hasta la fecha, pese a la promulgación de la Constitución de 1978, que consagra el derecho fundamental a la presunción de inocencia en el artículo 24.2 CE. Así, en la STS de 14 de febrero de 1976 (Roj: STS 632/1976, ponente Sr. Díaz Palos), ya se señala la existencia de cargas probatorias diferenciadas en función de si

⁵ LÓPEZ ORTEGA, J.J., 2013

⁶ FENECH, M., 1978.

se trata de acreditar «elementos constitutivos, impeditivos o extintivos». En la STS de 29 de junio de 1984 (Roj: 1141/1984, ponente Sr. Moyna Ménguez), se reitera que el principio *in dubio pro reo* carece de trascendencia en el ámbito de las circunstancias eximentes y atenuantes. Por su parte, la reciente STS 645/2018 (Roj: STS 4168/2018, ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), enuncia la doctrina en sus aspectos centrales. En suma:

a) La carga probatoria acerca de la concurrencia de las circunstancias eximentes y atenuantes, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria, compete a la parte que las alega. Se alude así a la carga formal o subjetiva.

b) Dichas circunstancias han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo. Se introduce un estándar probatorio muy exigente, pues tal formulación, tomada literalmente, implica que deben encontrarse justificadas más allá de toda duda razonable.

c) En lógica consecuencia, para tales circunstancias no rige la presunción de inocencia ni el principio *in dubio pro reo*. La deficiencia de datos para valorar si concurrió o no el supuesto de hechos de la eximente o atenuante pretendidas no determina su apreciación. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino de la plena responsabilidad penal. Es el aspecto material u objetivo de la carga.

3.2. Resoluciones contrarias a la tesis clásica

Separándose de dicha doctrina nos encontramos únicamente con dos resoluciones aisladas de la Sala II. La primera, es la STS 639/2016 (Roj: STS 3520/2016, ponente Sr. Varela Castro)⁷. La misma señala que la tesis tradicional sobre las cargas probatorias relativas a las eximentes y atenuantes en la que se apoyó la resolución cuestionada es incompatible con la presunción de inocencia. A tal efecto, aclara que la institución de la carga de la prueba cobra sentido en un modelo procesal regido por los principios dispositivo y de aportación de parte, en el que se establecen criterios de resolución de la situación de duda cuyas consecuencias se hacen recaer onerosamente sobre la parte cuya pretensión se ampara en el hecho que no puede ser afirmado como probado por el resultado dudoso de la actividad probatoria. Sin embargo, en el proceso penal, el derecho fundamental que consagra el artículo 24.2 CE garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, con independencia de que se trata de un hecho constitutivo, extintivo o modi-

⁷ La sentencia resolvió un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que desestimó, a su vez, el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal del Jurado dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, que condenó al acusado como autor de dos delitos de asesinato. Éste solicitó en su recurso que se apreciase la eximente incompleta de intoxicación etílica. La sentencia de la Sala II desestimó el recurso de casación, si bien introdujo alguna matización respecto de la resolución cuestionada.

ficativo de la responsabilidad penal. En consecuencia, «...no ha de ser diverso el alcance de la garantía si de lo que se duda es de la participación causa de responsabilidad que si de lo que se duda es de la existencia de la enajenación de la que depende la inocencia del acusado».

Con todo, el recurso se resolvió estimando que no existían dudas razonables sobre la concurrencia de la eximente incompleta invocada en el recurso, por lo que ésta no se apreció, circunstancia que, posiblemente, facilitó el cuestionamiento de la doctrina mayoritaria realizado por el Tribunal en el caso concreto.

La segunda resolución es la STS 802/2016 (Roj: STS 4655/2016, ponente Sr. Saavedra Ruiz)⁸. Esta sentencia desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria de instancia que apreció la eximente de legítima defensa sobre la base de la circunstancia de que la sentencia cuestionada había explicitado la existencia de dudas sobre la concurrencia de la causa de justificación, pues no había podido determinarse en el caso quién había agredido y quién se había defendido y, por tanto, quién había actuado amparado en legítima defensa. Tal duda impedía afirmar que se había producido una riña mutuamente aceptada, lo que justificaba la absolución.

En cualquier caso, también se destacó que se trataba de una sentencia absolutoria y que el respeto al relato de hechos probados habría impedido la subsunción, hecho que, tal y como sucedió en el caso anterior, pudo facilitar en gran medida el tímido apartamiento respecto la doctrina ortodoxa en el concreto caso examinado.

3.3. La STS 335/2017 (Roj: STS 1851/2017, ponente Sr. Del Moral García): la apertura en falso de un debate inaplazable

La Sala resolvió un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que condenó al acusado como autor de un delito de enaltecimiento de terrorismo y humillación de sus víctimas. Estimó parcialmente el recurso de casación y apreció la atenuante analógica del art. 20.7 CP en relación con los arts. 20.1 y 21.1 CP. En suma, vino a reiterar la idea de que la presunción de inocencia no alcanza a las causas excluyentes de la imputabilidad⁹. Ahora bien, añadió algo novedoso: partien-

⁸ El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra la sentencia que absolvió a los acusados del delito y de la falta de lesiones por los que se les acusaba. La sentencia de instancia dio por acreditado que ambos acusados se golpearon el uno al otro, si bien aclarando que no había quedado debidamente justificado «quien comenzó la agresión y quien se defendió del ataque del contrario». A juicio del recurrente, el relato de hechos probados constituía un supuesto de riña mutuamente aceptada, que excluiría la aplicación de una causa de justificación como la legítima defensa.

⁹ «No hay una presunción constitucional de que todo ciudadano presenta déficits psíquicos que le convierten en inimputable penal en tanto y en cuanto no se haya practicado una prueba lícita realizada

do de la diferenciación entre presunción de inocencia e in dubio, diferenciación controvertida pero consagrada por el Tribunal Constitucional, reconoció que la doctrina clásica (las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo), «merece probablemente una revisión ya anunciada en algún aislado precedente».

En cuanto a la cuestión de fondo, la Sala concluyó que, a la vista del dictamen pericial del médico forense (que señalaba que no existía afectación de las capacidades cognitivas o volitivas en relación a los hechos objeto de enjuiciamiento), en el caso examinado no había, en principio, y tal y como apreció la sentencia recurrida, base para dudar sobre el hecho de que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de una anomalía o alteración psíquica, el recurrente estuviese en condiciones de comprender la ilicitud de la acción o actuar conforme a esa comprensión. Sin embargo, valorando el historial clínico de aquél y constatando la presencia de diversos trastornos psíquicos que le habían afectado seriamente, así como el dato de que hubiera seguido un tratamiento médico intermitente, la Sala acabó apreciando una atenuante analógica del art. 21.7 CP, al advertir una disminución de la culpabilidad, con lo que el órgano de casación no deja claro si el Tribunal de instancia debió dudar y, consecuentemente, apreciar la circunstancia.

Por otra parte, resulta llamativo que la sentencia mayoritaria cite la STC 209/1999 en apoyo de la tesis de que la presunción de inocencia no se proyecta sobre las circunstancias afectantes a la imputabilidad, pues la resolución del Tribunal Constitucional, en el concreto caso que examinó, parece decir lo contrario de lo que el Tribunal Supremo le hace afirmar¹⁰.

La sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Sr. Varela Castro. Según se desprende del mismo, la presunción de inocencia no discrimina entre los hechos según favorezcan a una u otra parte. Cualquiera que sea el hecho sobre el que no se alcanza la certeza objetiva, si de él depende la condena o la absolución del acusado, ha de constar con idéntica certeza

con todas las garantías en un proceso penal acreditativa de su normalidad mental. No merece mayores comentarios esta cuestión que quizás en relación a otras eximentes (en concreto, las causas de justificación, especialmente, aunque no exclusivamente, desde las posiciones dogmáticas, que las conciben como elementos negativos del tipo) sí merecería un más rico argumentario».

¹⁰ STC 209/1999: «Pues bien, entre las múltiples facetas de este concepto poliédrico hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la acusación penal, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Ahora bien, tal prueba debe ser de cargo como primera y casi obvia o redundante característica exigida por este Tribunal Constitucional, y como tal podemos convencionalmente calificar toda aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluida la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (art. 299 Lecrim). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa. Por su parte, la prueba de descargo tiene una finalidad opuesta a la antedicha y su manifestación más conocida, muy antigua por lo demás, es la coartada o excepción del alibi o negación de lugar (negativa loci), cuya raíz está en la imposibilidad de la bilocación, correspondiendo su carga a quien la opone».

objetiva es decir más allá de toda duda razonable. Por tanto, la duda sobre la concurrencia de la eximente o atenuante ha de despejarse por la acusación, pues en otro caso procederá su apreciación. Por tal razón, la inexistencia de un hecho que dé lugar a la aplicación de una causa de exención ha de acreditarse con el mismo baremo con que se exige la prueba de la existencia del que da lugar a la estimación de culpabilidad. Y ello, no porque la presencia del hecho que determina la eximente sea presumida por ley (*v. gr.* todos somos psíquicamente enfermos). La ley tampoco presume la existencia del hecho alegado en descargo por la defensa, y, sin embargo, ha de valorarse la prueba sobre el mismo excluyendo toda duda razonable sobre el hecho que funda la imputación¹¹. En esta línea, carece de sentido distinguir entre eximentes por razón de su naturaleza desde el punto de vista de su tratamiento probatorio. Ya se trate de causas de exclusión de la tipicidad, de la antijuridicidad o de la culpabilidad, los supuestos de duda razonable han de resolverse del mismo modo¹².

Ahora bien, ello no implica que siempre y en todo caso la acusación haya de articular prueba para descartar la presencia de la eximente, sino sólo en el caso en que el debate sobre su concurrencia haya sido «razonablemente instaurado»¹³. Y, de ser así, tanto la existencia de los elementos determinantes de la condena como la inexistencia de los determinantes de la exención debían estar igualmente acreditadas. En consecuencia, a juicio del magistrado firmante del voto particular, y a la vista del historial clínico del acusado y con independencia del contenido del informe forense, que el voto desmenuza de forma crítica por su falta de rigor científico, el recurrente debió haber sido absuelto del delito de enaltecimiento por concurrir la eximente de enajenación «o, si se quiere, más limitadamente por la duda razonable sobre su más que probable concurrencia».

Pese a la indudable relevancia de la cuestión, y a la llamada de atención del ponente de la sentencia mayoritaria sobre la conveniencia de revisar la

¹¹ «No se trata de partir de la hipótesis de que el acusado era inimputable, sino de que la regla general al respecto -la imputabilidad- ha sido cuestionada de tal manera que para afirmar aquella imputabilidad hace falta un resultado probatorio que confirme esa regla general en el caso que se alega excepcional. Y ello con resultado probatorio que justifique la certeza objetiva».

¹² «Contraponiendo dos hipótesis ante la acusación por un mismo delito frente a dos sujetos que alegan uno, una coartada y el otro, una causa de exención (inimputabilidad o legítima defensa) le bastará al primero dar lugar a una duda razonable sobre la imputación, mientras el segundo vendrá necesitado de lograr en el juzgador certeza sobre el hecho causante de exención. ¿En virtud de qué principio cabe tan dispar toma de posición sobre la importancia de absolver al inocente, frente al coste de absolver al culpable?».

¹³ «...si la existencia de la causa de exención ha sido objeto (o debiera haberlo sido) de debate, por su trascendencia para decidir sobre la culpabilidad y subsiguiente condena, su exclusión ha de constar con igual certeza que el hecho típico, el elemento subjetivo o cualquier otro elemento que determine la condena, ya que, de lo contrario, faltaría la certeza objetiva que la presunción de inocencia exige sobre un aspecto del elemento subjetivo (el que da lugar a la imputabilidad) del delito, ya que al respecto habrá surgido una duda razonable». Otra cosa es que, en cuanto excepción de lo que ocurre ordinariamente, la conclusión al respecto solamente ha de justificarse si el debate es razonablemente instaurado».

doctrina tradicional, lo cierto es que con posterioridad no se ha continuado el debate cuya apertura se había sugerido, con lo que, como era de esperar, la jurisprudencia de las Salas de apelación de los Tribunales Superiores de Justicia sigue reproduciendo miméticamente la formulación clásica sobre la prueba de las eximentes y atenuantes.

Con todo, un análisis de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ligado a las circunstancias del caso concreto evidencia que, pese a que muchas de las sentencias se hagan eco de las fórmulas de la Sala II, en ocasiones, sin refutar tales fórmulas, algunas de esas resoluciones acaban resolviendo el caso sobre la base de las consideraciones propias de la tesis contraria. Esto es, dando respuesta a las situaciones de incertidumbre relativa en favor de la aplicación de la eximente o atenuante. Volveré sobre esta cuestión más adelante al examinar el caso concreto de la prueba de las causas de inimputabilidad, supuesto típico en el que la disociación entre el discurso que enuncia la sentencia y el modo en que resuelve el caso se hace más patente, disociación posiblemente debida al designio de evitar que prosperen eventuales recursos de casación y que evidencia la necesidad de actualizar la doctrina.

4. CRÍTICAS DOCTRINALES A LA TESIS CLÁSICA

4.1. Tesis que cuestiona la institución de la carga de la prueba en todo tipo de procesos

En un trabajo reciente Nieva Fenoll¹⁴ ha calificado la carga de la prueba como una verdadera «reliquia histórica». En su opinión, esta institución tuvo sentido durante la época en que rigió el sistema de valoración legal o de prueba tasada, pues en dicho período se preestablecía el número y calidad de testigos mínimo para probar un hecho, los documentos que de manera imprescindible servían para probar una conclusión o el valor privilegiado de la confesión, de modo que no se valoraban las pruebas en sentido propio, sino que se computaban. En este modelo, con carácter previo a la fase probatoria, el juez identificaba qué hechos debían ser probados por no ser notorios, distribuyéndolos entre las partes, a las que indicaba las pruebas que debían precisar para acreditarlos. Sin embargo, cuando se impuso el modelo de libre valoración, el concepto mismo de carga probatoria devino innecesario.

En definitiva, en el proceso se valora racional y libremente la prueba, con independencia de cuál sea la parte que la aporte y, si en ese marco, queda algún hecho sin justificar, la solución es simplemente darlo por no probado, no porque no exista o porque no haya sucedido, sino porque se intentó probar y ello no fue posible. De ahí concluye que, en realidad, son las normas sustantivas, sin necesidad de reglas procesales específicas, en combinación con las pretensiones de las partes, las que acaban estableciendo el modo de resolver los supuestos de incertidumbre.

¹⁴ NIEVA FENOLL, J., 2019.

4.2. Tesis que cuestiona la carga subjetiva de la prueba en todo tipo de procesos

Otra tesis igualmente interesante es la sostenida por Ferrer Beltrán¹⁵. Según sostiene, es habitual considerar la dimensión subjetiva de la carga de la prueba como derivada de la objetiva. Sin embargo, entre una y otra no existe una conexión lógica, pues «del deber del juez de resolver en un cierto sentido en caso de falta de prueba suficiente no se infiere nada respecto de la existencia de un deber alguno de las partes». Lo máximo que cabría afirmar es que la carga de prueba objetiva incentiva de algún modo a la parte cuyas pretensiones pueden ser rechazadas en caso de insuficiencia de pruebas para que las aporte.

A juicio del citado autor, la mejor forma de dar cuenta de los elementos característicos de la carga subjetiva de la prueba es la de concebir las normas que la atribuyen como reglas técnicas o fórmulas que describen qué es necesario hacer si se quiere obtener un resultado. Bajo esta perspectiva, es evidente que tales reglas no constituyen genuinas prescripciones, por lo que, en puridad, el concepto de carga formal sería superfluo en todo tipo de procesos, también en el civil. Sin embargo, en su opinión, continúa siendo conceptualmente útil la noción de carga objetiva, pues la pregunta acerca de quién pierde si no hay prueba suficiente sigue teniendo sentido. En suma, aun siendo claro que la respuesta a la pregunta acerca de quién tiene la carga objetiva de la prueba de un hecho se encuentra en la regla sustantiva de cuya aplicación se trate, como certeramente sostiene Nieva Fenoll, y que, por ello, no necesitamos reglas específicas sobre la carga de la prueba, no es menos cierto que la propia noción de carga objetiva de la prueba continúa siendo necesaria.

4.3. Tesis que cuestionan la institución de la carga probatoria en el proceso penal

Desde antiguo estaba extendida la tesis de que las situaciones de incertidumbre probatoria habían de resolverse en el proceso penal aplicando el principio *in dubio pro reo*, de modo que quien afirma la culpabilidad de una persona debe probarla, con la consecuencia de que en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad debería absolverse al acusado¹⁶. Lo que no resultaba tan pacífico era qué había de entenderse por «prueba de la culpabilidad», esto es, sin abarcaba también las eximentes y atenuantes. Pues bien, en los últimos años, se ha abierto paso entre la doctrina procesalista la idea de que la presunción de inocencia también proyecta sus efectos sobre aquéllas. Tres autores han abordado pormenorizadamente la cuestión bajo premisas sustancialmente idénticas.

¹⁵ FERRER BELTRÁN, J., 2019.

¹⁶ Entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, E., 1984.

Según sostiene Fernández López¹⁷ si la presunción de inocencia implica que la hipótesis acusatoria debe encontrar respaldo en la prueba practicada más allá de toda duda razonable, de modo que la prueba disponible no sea reconducible a hipótesis alternativas más favorables, no parece que se satisfaga el estándar probatorio cuando se presenta como no descartable la existencia de una circunstancia favorable para el acusado y, por tanto, una hipótesis no coincidente con la acusatoria. Por otra parte, a su juicio, el papel que desempeña en el proceso civil la carga de la prueba objetiva o material lo cumple en el penal la presunción de inocencia, por lo que las situaciones de duda no pueden resolverse en perjuicio de la parte que teóricamente tendría atribuidas cargas de producción probatoria cuando no las satisfaga. En este sentido, apunta que el fundamento de la distribución equitativa de las consecuencias de la falta de prueba en el proceso civil se halla en la idea de que las partes actúan en el proceso en pie de igualdad, de modo que cuando ello no es así el tribunal puede tomar en consideración principios como los de facilidad y disponibilidad probatoria para reequilibrar las posiciones. Tal igualdad no se produce en el proceso penal, en el que existe un importante desequilibrio inicial que se compensa a través de la presunción de inocencia.

Por último, lo anterior no supone que la acusación haya de probar que no concurren todas y cada una de las circunstancias que favorecen al acusado, pero debe tener en cuenta que para la absolución basta con que se genere en el tribunal una duda razonable acerca sobre la ocurrencia de la hipótesis acusatoria. Así, para la defensa sería suficiente con alegar la circunstancia favorable y aportar un simple principio de prueba en apoyo de lo alegado.

Por su parte, Cuerda Riezu¹⁸ objeta la doctrina de la Sala II sobre la base de distintas razones. Así:

a) Proceso civil y proceso penal difieren en su estructuración y finalidades. Bajo esta premisa, la presunción de inocencia y la carga acusatoria propias del segundo pueden concebirse como excepciones a las reglas generales del primero. No es correcto, en consecuencia, argumentar con las reglas de éste y trasladarlas a aquél, pues al hacerlo así, tales excepciones desaparecen.

b) El Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad, no sólo debe acusar, sino que si estima concurrente la base fáctica necesaria para apreciar una eximente debe alegarla y pedir su estimación.

c) La calificación de un hecho como positivo negativo es intercambiable. Así, si la prueba de la culpabilidad se concibe como hecho negativo, de modo que competiera a la acusación demostrar la ausencia de causas de inimputabilidad, cabría alegar que se le estaría exigiendo una prueba diabólica. Sin embargo, si se la cuestión se centrara, v.gr, en la existencia o inexistencia de una eximente de drogadicción, cabría sostener que la demostración de que el sujeto era perfectamente imputable y susceptible de un juicio de culpabili-

¹⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., 2005.

¹⁸ CUERDA RIEZU, A., 2014.

dad, por no encontrarse en el momento del hecho en estado de intoxicación plena por consumo de drogas, podría considerarse como hecho positivo, con lo que la calificación de diabólica de la prueba exigida decaería.

d) La tesis tradicional, llevada a su extremo, podría suponer una completa inversión de la carga de la prueba, pues se descargaría a la acusación de la carga de probar el requisito genérico excluido por la eximente. En suma, de llevar esta tesis a sus últimas consecuencias, cabría exonerar a la acusación de la necesidad de probar en el proceso la existencia de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, cometida por el acusado en concepto de autor o partícipe, y al contrario exigir a la defensa que probara la existencia de causas de atipicidad, de justificación, de inimputabilidad o de error de prohibición, o la existencia de una excusa absolutoria

e) Además, tal tesis puede vulnerar no solo la presunción de inocencia sino también el principio de legalidad (*v. gr.* si se considera que un hecho es delictivo cuando no se ha probado que el autor es imputable y, por tanto, no merecedor de pena).

Para salvar las objeciones, propone distinguir entre alegación y prueba, de modo que la alegación de la eximente correspondería a la defensa del acusado mientras que la prueba de la existencia del elemento delictivo cuestionado por la eximente correspondería a la acusación.

Por último, a juicio de López Ortega¹⁹ la tesis de la Sala II es cuestionable por los siguientes motivos:

a) La presunción de inocencia impone a la acusación la carga de acreditar la hipótesis acusatoria, lo que se proyecta inicialmente sobre la existencia del hecho y la participación del acusado en él. Por tanto, no sólo sobre los elementos objetivos de la infracción, sino también sobre los elementos subjetivos y las circunstancias que la cualifican, de modo que la prueba del dolo o de los elementos subjetivos especiales incumbe a la acusación. Si ello es así, es un contrasentido exigir a la defensa la prueba del error excluyente del dolo, pues si compete a la acusación acreditar su existencia no es necesario exigir a la defensa que justifique su inexistencia, pues, al probar el dolo la acusación proporciona la prueba de la inexistencia del error. Por el mismo motivo, no debe imponerse a la defensa la carga de probar las eximentes o atenuantes.

b) La función que en el proceso civil cumple la teoría de la carga de la prueba, distribuyendo dicha carga entre las partes y proporcionando una regla de decisión para los supuestos de falta de prueba, la cumple en el proceso penal el principio *pro reo* «...en cuanto incorpora un mandato dirigido al juez para decidir de forma favorable en caso de incertidumbre, de ausencia o insuficiencia de prueba. Y, por tanto, es el propio principio de inocencia el que, como elemento estructurador el proceso penal, incorpora la regla de decisión que hace innecesario acudir a las reglas propias del proceso civil para evitar el *non liquet*».

¹⁹ LÓPEZ ORTEGA, J.J., 2013.

El autor propone diferenciar entre carga de probar y carga de alegar los hechos de descargo, así como distinguir entre los grados de convencimiento que las respectivas tesis de la acusación y la defensa deben alcanzar para obtener una solución favorable a sus pretensiones. Así, corresponde a la defensa únicamente alegar con cierto fundamento los hechos que sustentan la exención o atenuación de responsabilidad, de modo que, una vez alegados y disponiendo de una mínima plausibilidad, surge en la acusación la carga de desvirtuarlos probando más allá de toda duda razonable que tales hechos no concurren en el caso. En definitiva, «...no se trata de imponer a la defensa cargas probatorias, sino simplemente de expresar el hecho que le favorece y de crear a favor de su tesis una apariencia de verosimilitud (*evidential burden*) que provoque la aplicación del estándar más allá de cualquier duda razonable».

5. TOMA DE POSICIÓN

5.1. Recapitulación

Sintetizando, la situación vigente en la doctrina jurisprudencial es la siguiente:

a) Como regla, para las eximentes y atenuantes no rige la presunción de inocencia ni el principio *«in dubio pro reo»*. En consecuencia, la insuficiencia probatoria ha de determinar la inaplicación de la eximente o atenuante pretendida.

b) No obstante, la STS 335/2017, reconoce que dicha doctrina merece una revisión al menos desde la perspectiva del principio *in dubio pro reo*.

c) Por último, las sentencias ancladas en la posición clásica coexisten con otras de signo opuesto que vinculan la cuestión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por otra parte, esta última posición parece que es la que goza de mayor predicamento en la doctrina científica. Comparto este punto de vista, al ser patente que es el único que parece conciliable con el derecho que consagra el artículo 24.2 CE. No obstante, creo que las razones que vertebran la tesis moderna merecen algún complemento.

5.2. *In dubio pro reo* y presunción de inocencia: una distinción artificiosa

Como destaca Ortega Lorente²⁰, a partir de la STC 44/1989 se consolidó la tesis de que, aunque ambos principios constituirían manifestaciones del genérico «favor rei», entre ellos cabía trazar una diferencia sustancial. Así, mien-

²⁰ ORTEGA LORENTE, J.M., 2012.

tras que la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales, el principio *in dubio pro reo* pertenece al momento de valoración o apreciación probatoria, y entre en juego cuando concurrente aquella actividad probatoria indispensable subsista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate²¹.

Sin embargo, tal distinción aboca a resultados incompatibles con el modelo constitucional de proceso penal, pues habría que diferenciar dos tipos de absoluciones, una por aplicación de la presunción de inocencia y otra por aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo que no es sostenible en un sistema que no admite categorías intermedias entre la culpabilidad y la inculpabilidad. En el modelo constitucional «la ausencia de pruebas es equivalente a su insuficiencia». Por otra parte, la distinción abriría la posibilidad de que en casos concretos se afirmara que la presunción de inocencia quedó desvirtuada (pues hubo la mínima actividad probatoria de cargo) y al mismo tiempo se absolviera por aplicación del *in dubio pro reo*.

La presunción de inocencia como regla de juicio se desdobra en una regla probatoria, que exige para la condena la existencia de actividad probatoria de cargo (suficiente) practicada con todas las garantías, y en un estándar probatorio, o criterio que indica cuándo se entiende acreditada la hipótesis acusatoria. Si la función primordial del proceso es la reconstrucción del pasado conforme a reglas, tal reconstrucción sólo puede convertirse en hecho probado si a partir de dichas reglas, bajo las condiciones del discurso racional, puede resistir todos los intentos de refutación. La presunción de inocencia fija el estándar probatorio: la hipótesis de la acusación sólo quedará justificada cuando encuentre respaldo acreditativo más allá de toda duda razonable. Ello, como señala Ferrer Beltrán²² implica que: «a) La hipótesis sea capaz de explicar todos los datos disponibles integrándolos de forma coherente; y, b) No han de ser posibles hipótesis más favorables compatibles con los datos disponibles». Por tanto, si no se supera el umbral del estándar probatorio no puede entenderse válidamente desvirtuada la presunción de inocencia, lo que evidencia que el *in dubio pro reo* forma parte del contenido esencial del derecho.

La distinción conceptual (inexistencia de prueba frente a insuficiencia de prueba) obedeció en su momento a la conveniencia pragmática de reducir el impacto que tendría el reconocimiento de la relevancia constitucional del principio *pro reo* sobre la carga de trabajo del Tribunal Constitucional y, del mismo modo, sobre la de la Sala II (con apoyo en el artículo 5.4 LOPJ). Sin

²¹ ORTEGAL LORENTE, J.M., 2012: «Mientras la presunción de inocencia se configura por el art. 24.2 CE como una garantía procesal del imputado y un derecho fundamental del ciudadano, protegible en la vía del amparo, no ocurre lo mismo con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso».

²² FERRER BELTRÁN, J., 2007.

embargo, la incorporación del principio *in dubio pro reo* al núcleo del derecho que consagra el artículo 24.2 CE no significa que competa a dichos Tribunales revisar los hechos o valorar nuevamente las pruebas, sino tan solo controlar la racionalidad del juicio de hecho llevado a cabo por el órgano judicial. Racionalidad que no se produciría cuando el razonamiento probatorio del órgano exteriorizara una duda razonable a partir de las pruebas sobre el grado de confirmación de la hipótesis acusatoria y, no obstante, condenara, así como cuando el órgano judicial se limitara a razonar la suficiencia de la actividad probatoria pero no justificara en la sentencia el grado de confirmación de la hipótesis acusatoria y de qué manera la prueba permite descartar la viabilidad de hipótesis exculpatorias plausibles.

En consecuencia, el matiz que introduce la STS 335/2017, al apelar a la conveniencia de revisar la doctrina desde la perspectiva del principio *in dubio pro reo*, no así desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, es cuestionable. Si ha de revisarse esa doctrina es por su radical incompatibilidad con este derecho.

5.3. Las cargas probatorias a la luz del objeto del proceso penal

No cabe duda de que la afirmación de que las causas de exención o atenuación han de estar tan probadas como el hecho mismo, vinculada con la de que la carga de acreditarlas compete a quien pretende beneficiarse de ellas tiene por objeto facilitar la labor de la acusación. Su punto de partida es la premisa de que el hecho típico (que debe demostrar) es normalmente antijurídico y culpable, salvo prueba en contra, y parece conforme con la tesis de que al que afirma no puede obligársele a probar los hechos negativos. Ahora bien, la conclusión es objetable:

a) En primer lugar, como destaca Igartua Salaverria²³ la fórmula de que el acusado no tiene que probar su inocencia no significa que no le corresponda cargar con la prueba de la inocencia, sino algo más radical: que la inocencia nunca es objeto de prueba: Lo que ha de probarse es la culpabilidad. En esta tesitura, es irrelevante preguntarse quién ha de suministrar la prueba. Lo importante es identificar qué cosa ha de ser probada. Y tal cosa sólo puede ser la hipótesis acusatoria. La hipótesis de la inocencia no está en pie de igualdad como alternativa abierta a la decisión judicial, pues ésta se proyecta siempre sobre la hipótesis de la culpabilidad, ya que la de la inocencia se presume constitucionalmente.

b) Si la utilidad conceptual de la carga formal se desvanece en el proceso penal, el concepto de carga material se revela como innecesario, ya que la presunción de inocencia opera como regla de juicio y, como tal, no admite

²³ IGARTUA SALAVERRIA, J., 2018.

diferencias entre los hechos según favorezcan o no a una de las partes. Como indica el voto particular a la STS 335/2017 «La garantía constitucional de la presunción de inocencia no soporta una discriminación entre los hechos según favorezcan a una u otra parte. Cualquiera que sea el hecho sobre el que no se alcanza la certeza objetiva, si de él depende la condena (culpabilidad) o la absolucón (no culpabilidad) del acusado, ha de constar con idéntica certeza objetiva es decir más allá de toda duda razonable. Y por ello, la inexistencia de cualquier hecho de los que dan lugar a la aplicación de una causa de exención, en la medida que es causa de debida absolucón, ha de acreditarse con el mismo baremo con que se exige la prueba de la existencia del que da lugar a la estimación de culpabilidad».

Distinto es que se mantenga, por razones didácticas, la expresión carga acusatoria para denotar el deber institucional de quien promueve el ejercicio del ius puniendi de aportar elementos suficientes, de diversa intensidad acreditativa, para justificar tanto el arranque, como la prosecución del proceso como la condena, pues, frente al proceso penal de la sospecha, en el proceso penal de la presunción de inocencia, como ya se ha dicho, ésta es siempre la hipótesis de partida.

c) Ahora bien, es preciso señalar que un inadecuado entendimiento de lo que se acaba de exponer, con arreglo al cual correspondería a la acusación acreditar, siempre y en todo caso, no sólo la existencia del hecho típico sino también la ausencia de causas de justificación, de inimputabilidad, de exculpación y de exclusión de la punibilidad, haría prácticamente imposible la labor acusatoria. A tal conclusión nos podría llevar la consideración de que pese a que en un proceso de partes son éstas las que han de aportar los hechos (o, con mayor propiedad, los enunciados fácticos a verificar) y las pruebas, la presunción de inocencia implica que la acusación haya de plantear la hipótesis inculpativa, distinta a la de la inocencia, que se presume, y aportar las pruebas que la confirmen y conduzcan racionalmente a sostener la culpabilidad del acusado, lo que llevaría a considerar que no hay asunción de carga alguna por la defensa, y de que la acusación ha de probar tanto hechos positivos (los que fundamentan la pretensión penal) como negativos (la ausencia de causas de justificación, inimputabilidad y exculpación).

Una respuesta adecuada pasa por prestar atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Y así, si de las mismas resultara que el hecho típico puede considerarse *prima facie* como antijurídico, culpable y punible, surge en la defensa la necesidad de alegar y acreditar mínimamente los hechos que eximan o atenúen la responsabilidad penal. Por el contrario, si en atención a tales circunstancias existen razones para sospechar que el hecho típico pudiera no ser antijurídico, imputable o culpable sería carga acusatoria descartar la presencia de las correspondientes eximentes o atenuantes. Ello nos lleva a resaltar el carácter singular del proceso penal, caracterizado por la presencia de una fase instructora.

5.4. La particularidad del proceso penal acusatorio mixto: la fase de instrucción

Con anterioridad señalé que, si por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, resultara que el hecho típico puede considerarse *prima facie* como antijurídico, culpable y punible, surge en la defensa la necesidad de alegar y acreditar mínimamente los hechos que eximan o atenúen la responsabilidad penal. Pues bien, esas «circunstancias concurrentes en el caso concreto» no pueden desvincularse de nuestro modelo procesal, en el que cabe observar cierta inconsistencia entre los valores y principios que dice reconocer y los que realmente reconoce, lo que puede explicarse, en parte, por la necesidad de superponer nuevos valores, normativizados como principios y no traducidos en reglas legales positivas, sobre una realidad constituida por el acarreo y sedimentación de normas y prácticas preconstitucionales. Así, aun cuando se postule la existencia del idealizado modelo de partes, con un juicio oral contradictorio y concentrado presidido por un juez imparcial, no cabe ocultar la existencia de una fase investigativa previa dirigida, en teoría, por un juez instructor, en la que éste hace acopio del material que servirá para construir la hipótesis inculpatória y, en su caso, la defensiva, pues el artículo 2 Lecrim obliga también a consignar y apreciar las circunstancias favorables para el encausado. El hecho de que dicha fase previa esté, al menos nominalmente, controlada por un juez da lugar, por otro lado, a que se parta de la presunción de legitimidad de lo actuado en ella y a que se le reconozca cierto valor probatorio. Ello explica, además, que, llegado el momento, las partes suelen recurrir para la proposición de prueba al material recopilado durante la instrucción. Miranda Estrampes²⁴ ya advirtió, a tal efecto, la incompatibilidad entre la vertiente subjetiva de la carga material y el proceso penal aludiendo a las facultades instructoras autónomas del juez.

Así las cosas, si de ese material resultara un principio, aun mínimo, de justificación de la presencia de una causa de exención o atenuación, no podría afirmarse que el hecho típico pudiera considerarse *prima facie* sin más como antijurídico, culpable y punible. Por tanto, la acusación habría de articular los correspondientes medios de prueba para descartar la existencia de las posibles eximentes o atenuantes advertidas, con independencia de la posición que pudiera adoptar la defensa. Con mayor razón, en virtud del principio de adquisición procesal, si la propia acusación introduce en el plenario, al proponerlos como medios de prueba, fuentes sumariales que generen dudas razonables sobre la presencia de esas causas modificativas de la responsabilidad penal (v. gr. partes médicos de asistencia a la persona investigada tras su detención policial, que pueden consignar la presencia, al tiempo del reconocimiento, de elementos sugestivos de intoxicación etílica o desórdenes psíquicos).

En consecuencia, si durante la fase de instrucción no surgen razones para sospechar que pudiera estar presente una causa de exención o atenuación,

²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M., 1997.

no puede pretenderse de la acusación que articule su propuesta de medios de prueba anticipándose a la eventual concurrencia de alguna eximente o atenuante. Ahora bien, si en la fase investigativa aflora algún dato del que se infiera la posible concurrencia de tales circunstancias, corresponderá a la acusación proponer los correspondientes medios de prueba para desecharlas. Pero, es más, como se ha dicho con anterioridad, del artículo 2 Lecrim se desprende el deber que pesa sobre los sujetos institucionales que intervienen en el proceso penal de «consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo». Por otra parte, una de las finalidades del sumario, con arreglo al artículo 299 Lecrim, es la de «averiguar y hacer constar todas las circunstancias que puedan influir» en la calificación del delito. En suma, existe un interés institucional evidente en clarificar, en casos dudosos, el sustrato fáctico para determinar si resulta procedente apreciar la causa de exención o de atenuación, de modo que el principio de investigación oficial de los hechos debilita la utilidad de la noción de carga formal de la prueba.

5.5. La carga material de la prueba a la luz de la presunción de inocencia

Llegados a este punto, se hace preciso revisar si tiene sentido mantener el concepto de carga material de la prueba y, vinculado con ello, cuál ha de ser el estándar acreditativo para dar por justificada la presencia de una circunstancia eximente o atenuante.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la pregunta a la que pretende dar respuesta la vertiente material de la carga probatoria (¿cómo se han de solventar las dudas cuando algún hecho alegado sea incierto en función de a qué parte competía acreditarlo?) encuentra contestación al margen del concepto de carga material, pues hemos visto que la noción de carga formal es irrelevante y que en el proceso penal la presunción de inocencia como regla de juicio permite resolver las situaciones de incertidumbre.

En cuanto a la segunda, si se genera una duda razonable sobre la concurrencia de la causa de atenuación o exención, ha de apreciarse, pues si no se puede descartar su presencia no cabría constitucionalmente afirmar que el hecho es típico, antijurídico, culpable y punible más allá de toda duda razonable, lo que lesionaría el derecho que consagra el artículo 24.2 CE.

6. LA PRUEBA DE LA INIMPUTABILIDAD

6.1. Las causas de exclusión de la imputabilidad²⁵

El término imputabilidad expresa la capacidad de imputación y comprende los requisitos y condiciones exigibles para considerar a una persona me-

²⁵ Seguimos en este apartado a SÁNCHEZ YLLERA, I., 1996.

recedora de reproche. El Código Penal recoge las causas que eximen de responsabilidad penal por falta de imputabilidad en los tres primeros números del artículo 20, si bien pueden ser reconducidas a una sola: la pérdida de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de la capacidad de actuar conforme a esa comprensión. Pérdida, que puede deberse a tres grandes grupos de causas: la existencia de una anomalía o alteración psíquica (art. 20.1 CP), la ingestión masiva de sustancias alcohólicas o estupefacientes (art. 20.2 CP) o el padecer alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia que hayan influido sobre el normal desarrollo de la personalidad y la comprensión de los datos suficientes para entenderla.

En todos los casos rige lo que se conoce como sistema mixto biológico-psicológico: ha de concurrir el presupuesto biológico que puede determinar la ausencia de imputabilidad (la anomalía, la ingesta o la alteración en la percepción), pero es el efecto psicológico que aquél debe provocar el que adquiere centralidad jurídica, ya que lo que importa al derecho penal y a su aplicador son los efectos que sobre la conducta humana puede tener una determinada calificación clínica y no el diagnóstico clínico por sí solo.

De esta manera puede afrontarse la división del trabajo o el reparto de funciones entre el perito psiquiatra y el juez. A grandes rasgos, compete al primero identificar la anomalía o alteración psíquica que padecía el sujeto en el período en el que cometió el hecho, la posible influencia de su situación psíquica en la motivación de su conducta y su situación actual y pronóstico de futuro, por si han de imponerse medidas de seguridad. En cuanto al juez, habrá de determinar si fruto de la anomalía o alteración diagnosticados el sujeto vio afectadas sus facultades intelectivas y volitivas y en qué grado, con la finalidad de apreciar la correspondiente eximente completa, incompleta o atenuante. En suma, la determinación del presupuesto biológico es eminentemente clínica mientras que la de la identificación del efecto psicológico es normativa. No debe olvidarse, en este sentido, que, en el derecho penal del hecho, lo sancionable es la acción típica, antijurídica, culpable y punible. La culpabilidad es así, esencialmente y de forma preeminente, una cualidad de la acción por más que se refiera al sujeto, por lo que su verificación es estrictamente jurisdiccional.

6.2. La llamada «presunción de normalidad psíquica»

Tratándose de las causas de inimputabilidad, la doctrina jurisprudencial acude, desde antiguo, a la «presunción de sanidad mental». Así, la STS de 29 de junio de 1984 ya indicó que «los hechos en que se funda una exención de responsabilidad o circunstancia modificativa de la misma han de hallarse probados como el hecho mismo, y mientras tanto debe aceptarse la salud mental como estado normal del sujeto que provoca, mediante una acción dolosa, el resultado delictivo» (STS de 29 de junio de 1984, antes citada). Más recientemente, la STS 335/2017, como vimos anteriormente, añade: «No

hay una presunción constitucional de que todo ciudadano presenta déficits psíquicos que le convierten en inimputable penal en tanto y en cuanto no se haya practicado una prueba lícita realizada con todas las garantías en un proceso penal acreditativa de su normalidad mental».

En el derecho inglés²⁶ mientras que la acusación ha de probar la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos del delito, pesa sobre el acusado la carga de alegar los hechos que sustentan las «defensas», entendidas como elementos negativos cuya concurrencia excluye o atenúa la responsabilidad penal. Ahora bien, una vez realizada la alegación, compete a la acusación acreditar más allá de toda duda razonable que faltan algunas de las condiciones que se exigen para eximir al acusado de responsabilidad penal, con lo que el modelo probatorio se ajustaría al que aquí defendemos. Sin embargo, de ese esquema se excluye la defensa de la enajenación mental o «insanity». A tal efecto, los Tribunales británicos parten de la regla de que existe una presunción *iuris tantum* de que todas las personas gozan de salud mental, de modo que pesa sobre el acusado la carga de probar la existencia de una enfermedad o trastorno mental que le impida comprender la naturaleza o características de su conducta o bien que le impida comprender su desvaloración²⁷.

Sin embargo, el planteamiento de partida («ha de presumirse la capacidad psíquica»), que puede considerarse como manifestación del principio de normalidad, puede ser disfuncional cuando se trata de resolver en casos concretos los supuestos de duda sobre la capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a dicha comprensión, como dice el artículo 20.1 CP, y gestionar los casos en los que se haya producido alguna alegación por la defensa o, aún sin dicha alegación, cuando sea evidente su posible concurrencia. En otros términos: una deficiente comprensión de dicho punto de partida, unida a una falta de entendimiento adecuado de la proyección del derecho a la presunción de inocencia pueden producir efectos perturbadores, como demuestra la práctica judicial.

6.3. La práctica judicial

No existen estudios empíricos concretos sobre la cuestión, si bien son relativamente frecuentes los casos en los que los tribunales de instancia dejaron de apreciar causas de imputabilidad que sólo se constataron, bien tras la utilización de la vía del recurso de apelación, bien, más tardíamente, por vez primera en la fase de ejecución de sentencia. El análisis de tales sentencias, dictadas mayoritariamente por los juzgados de lo penal, y de los correspondientes expedientes procesales, evidencia la concurrencia de diversos factores

²⁶ ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A., 2004.

²⁷ Reglas m'Naghten fijadas en 1843, como señala BERNAL DEL CASTILLO, J., 2011.

que interactúan y provocan un resultado de infraplicación de las eximentes y atenuantes vinculadas con la exclusión o mitigación de la imputabilidad. Así:

a) En primer lugar, una aplicación mecánica de la fórmula ritual de la Sala II, que da lugar a que la eximente o atenuante sólo se aprecie cuando se alegue por la defensa y se acredite por ella más allá de toda duda razonable el sustrato fáctico determinante de su aplicación, prescindiendo del hecho de que durante la fase investigativa pudieron haber salido a la luz datos que introducían dudas al respecto.

b) En segundo lugar, un importante déficit hermenéutico a la hora de valorar la prueba que, vinculado con la citada fórmula, ha generalizado la falsa idea de que sólo pueden apreciarse las circunstancias modificativas cuando el perito forense dictamine que el sujeto tenía anuladas o afectadas sus facultades intelectivas y volitivas justamente en el concreto momento en que ejecutó los hechos.

c) Además, una labor deficitaria de la defensa, generalmente del turno de oficio. No es infrecuente que el letrado defensor vea a su defendido durante el curso del proceso solo en dos momentos: durante su declaración sumarial tras ser puesto a disposición judicial una vez detenido, y en el juicio oral. Y, en ese contexto, en ese escaso período de tiempo, generalmente no advertirá la existencia de posibles anomalías o alteraciones, lo que imposibilitará o dificultará su alegación y prueba.

d) Por otro lado, en cierta subcultura judicial, se ha extendido la idea de que las cuestiones relativas a la falta de imputabilidad han de dilucidarse, en su caso, en juicio oral, por lo que son ajenas a la instrucción, en flagrante vulneración no sólo del artículo 2 sino también del artículo 299, ambos de la *Lecrim*, ya vistos.

e) En esta línea, aunque se trata de supuestos de hecho distintos, existe una cierta vinculación entre las causas de exclusión de la imputabilidad y las de incapacidad procesal por anomalías psíquicas. Ciertamente, puede suceder que el sujeto cuando cometiera el hecho tuviera afectadas sus facultades intelectivas y volitivas, pero que ello no le impida comprender el significado y alcance del proceso, o que la anomalía fuera transitoria y dejara de existir cuando se entabló el procedimiento. También puede ocurrir que no concurriera causa de exención o atenuación pero que, con posterioridad, el sujeto desarrollara algún trastorno que afectara a su capacidad procesal. Ahora bien, ambas situaciones pueden darse simultáneamente en un caso concreto. Y son éstas, en las que se detectan los casos más graves de indefensión material, pues quien carece de capacidad procesal difícilmente podrá contribuir a la labor de aportar pruebas para lograr su propia exculpación.

La STC 77/2014²⁸ es terminante a estos efectos. De la misma se sigue que la existencia de indicios de que el encausado pueda sufrir trastornos mentales

²⁸ «El deber de realizar diligencias complementarias de las estrictamente legales para despejar cualquier duda en relación con la participación de personas con discapacidad mental en el proceso

que limiten su capacidad de comprensión procesal impone a los órganos judiciales un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto. Pero, además, puede añadirse que la eventualidad de que hubiera de adoptarse una medida de seguridad o, incluso, medidas extrapenales hace aconsejable un especial cuidado indagatorio y probatorio para consignar y apreciar, en su caso, la posible concurrencia de circunstancias que afecten a la imputabilidad, como medio de evitar la imposición de penas que, en tanto innecesarias, resultarían ilegítimas, y de ajustar las penas de que los sujetos afectados son merecedores.

Veamos algunos ejemplos:

a) La Sentencia 69/2017 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia (Roj: SAP V 694/2017) resolvió un recurso de apelación interpuesto por la acusada, condenada en la instancia como autora de un delito de daños con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de alteración psíquica, quien solicitaba la aplicación de la eximente completa de enajenación mental. La sentencia de apelación, tras exponer la tesis tradicional de la Sala II, matiza «Sin embargo, entendemos, a pesar de la jurisprudencia expuesta, que debemos ser cuidadosos con este tratamiento», lo que evidencia las suspicacias que provoca dicha doctrina. Y, pese a la inexistencia de informe forense sobre la concurrencia de causas de inimputabilidad, toma en consideración otros elementos probatorios para estimar íntegramente el recurso. En concreto:

a1. Inmediatamente después de los hechos la acusada fue ingresada por un trastorno psicótico.

penal tiene sustento, en nuestro Derecho, en el mandato del art. 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y se ampara en el especial deber de protección y apoyo de que gozan las personas con discapacidad. Así:

(a) El art. 49 CE establece que los poderes públicos deben amparar a los disminuidos psíquicos para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos, entre los que se encuentran los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

(b) La STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, en relación con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad, declara que, desde la perspectiva del art. 10.2 CE, cobra una especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que parte como principio de “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso” [preámbulo, letra j)]. El art. 2 de esta Convención prohíbe todas las formas de discriminación de estas personas, entre ellas “la denegación de ajustes razonables”, entendiendo por estos “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular; para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Respecto del derecho de acceso a la justicia, el artículo 13.1 de la Convención establece que “[l]os Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares».

a2. En el informe de ingreso se señala «refiere no ser quien dice su DNI, ideación delirante de perjuicio por parte de su familia, a los que acusa de torturadores y personas que se dedican a perjudicar a los demás...», «...a su llegada al hospital se encuentra dormida, siendo remitida desde el hospital Clínico desde la Facultad de Bellas Artes, por síntomas de confusión, bloqueo así como ideas delirantes de filiación. En Urgencias se le ha administrado Zyprexa, Haloperidol y Tranxilium con necesidad de sujeción mecánica parcial (llegando al Hospital Luis Alcanyis dormida tal como se ha indicado)».

a3. En el informe de alta puede leerse la causa del ingreso y, por tanto, el estado de la paciente en ese momento: (en el apartado enfermedad o proceso actual se recogen ideas delirantes, síntomas de confusión, bloqueo, con confusión mental y un alto nivel de angustia).

a4. El internamiento se prolongó durante una semana.

a5. Ello unido, al tipo de conducta delictiva desarrollada (tirar al suelo sin razón alguna una motocicleta estacionada frente a un edificio oficial causando daños), permitió acoger la eximente invocada.

Siendo ese el contexto probatorio, no se entiende cómo el juez de instancia no aplicó la exención, pues había algo más que una duda razonable sobre la imputabilidad.

b) La Sentencia 477/2018, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj: SAP B 9956/2018) resolvió el recurso de apelación interpuesto por el acusado condenado en la instancia como autor de un delito de robo con intimidación en casa habitada y uso de instrumento peligroso, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. El letrado defensor solicitó la aplicación de la eximente, completa o incompleta, de enajenación mental interesando la práctica de prueba en segunda instancia, alegando que con anterioridad no había tenido conocimiento de la enfermedad que tenía diagnosticada el acusado. Lo cierto es que durante la instrucción afloraron datos que debieron haber llevado al instructor, al Ministerio Fiscal y a la defensa a realizar indagaciones a tal efecto. Así, en su hoja histórico penal figuraba una condena reciente anterior en la que se había apreciado una eximente completa por enajenación mental y aplicado la medida de libertad vigilada; por otro lado, el acusado, quien carecía de familia en España y constaba en la fecha de los hechos con 22 años, había estado bajo la tutela de la Administración desde los 14 años de edad. Esta circunstancia también debió haber llamado la atención de los órganos encargados de la investigación, pues, de haber hecho las averiguaciones oportunas, habrían constatado que aquél, siendo menor, había recibido tratamiento psiquiátrico en un Centro de Salud mental. A todo ello había de sumarse la extraña conducta, en términos de lo que es habitual o regular, desarrollada por el acusado durante la ejecución del hecho. Tal combinación de factores exigía, en el caso concreto, una investigación de oficio, con independencia de la mayor o menor pasividad del letrado defensor.

Pues bien, la prueba pericial practicada en segunda instancia, puso de relieve que el apelante padecía un trastorno antisocial de la personalidad y un trastorno por abuso de diversas drogas desde los 14 años de edad (cannabis, alcohol, disolventes, cocaína), con aparición de clínica psicótica, dato que, unidos a otros de tipo indiciario, determinó la estimación parcial del recurso y la apreciación de una eximente incompleta, al considerarse que en el momento de ejecución de los hechos, y como consecuencia de tales trastornos y de la ingesta de tóxicos, aquél tenía gravemente alteradas sus facultades intelectivas y volitivas.

c) Un último botón de muestra (los ejemplos podrían multiplicarse): la Sentencia 214/2019 dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj: SAP B 6059/2019). El acusado, condenado como autor de un delito de robo con violencia en un bar, formuló recurso de apelación interesando la apreciación de una eximente completa o incompleta o, al menos, una atenuación debido al consumo de tóxicos o la adicción a las drogas o el alcohol.

La sentencia de instancia, tras hacerse eco de la doctrina de la Sala II, rechazó la pretensión con el siguiente razonamiento probatorio «No concurre ni la eximente ni la atenuante solicitada por la Defensa (art. 20.2 o 21.2 del Código Penal), tras el informe pericial de 10 de julio de 2018 y declaración en Juicio de la Médico Forense, quien por un lado afirmó que no era probable que el estado de intoxicación alcohólica que mostró el acusado en su ingreso hospitalario lo sufriera en el momento de los hechos, ya que era propio de una persona que no puede mantenerse en equilibrio, por lo que lo que la hipótesis de que la ingesta fue posterior a los hechos (que sucedieron sobre las 14.30 horas y el ingreso comienza a las 16.56 horas), teniendo en cuenta a su vez, que precisamente contaba con tres botellas de alcohol con alta graduación recién sustraídas. Respecto de la posible adicción a las drogas y su afectación en el momento de cometer los hechos, nada se ha probado por la Defensa del Acusado, ni siquiera de modo indiciario, más allá de que existan pruebas de que es consumidor de drogas, ese hecho por sí solo no determina o indica nada respecto del momento concreto de los hechos».

La sentencia de apelación estimó el recurso y apreció una eximente incompleta sobre la base de la siguiente información, omitida en la instancia, información resultante tanto de la documentación clínica obrante en la causa como del informe forense:

c1. El acusado padecía una severa adicción al alcohol de larga evolución.

c2. El acusado era, igualmente, consumidor diario de cocaína.

c3. Apenas dos horas después de los hechos, el acusado fue atendido en el servicio de urgencias de la Mutua de Terrassa por intoxicación alcohólica y de tóxicos, detectándose a nivel analítico cocaína, una acidosis láctica y un nivel de etanol de 2,9. Tenía una disminución de conciencia con Glasgow 10, que recuperó al cabo de una hora.

c4. Había sido tratado por otras crisis debidas a intoxicaciones por consumo de cocaína y alcohol. En concreto, un mes antes de los hechos, fue atendido por consumo de cocaína excesivo, refiriendo entonces que llevaba tres días consumiendo alcohol y cocaína.

c5. La conducta que el acusado desplegó el día de autos fue, en términos de la experiencia, altamente anómala. Así, agredió y robó 6 botellas de bebidas alcohólicas, 3 de las cuales se rompieron durante el forcejeo con el dueño, en un establecimiento del que era cliente habitual y a cuyo dueño conocía, tras lo que se desplazó al domicilio de su madre, en el que reside habitualmente, sito a tan solo 500 metros de aquél.

En consecuencia, aunque no existía prueba directa de la incidencia de la adicción y del consumo de alcohol y cocaína en la ejecución del hecho, de los datos anteriormente expuestos cabía razonablemente inferirlos, sin que el hecho de que con posterioridad al robo continuara consumiendo bebidas alcohólicas excluyera la opción, plausible y congruente con el resto de indicios disponibles de que con anterioridad había consumido dicha sustancia y cocaína.

6.4. Observaciones finales

De las consideraciones precedentes, cabe extraer algunas conclusiones a modo de directrices sobre producción y valoración probatoria en materia de causas de inimputabilidad:

a) Durante la fase investigativa no existe una «carga procesal», sino un deber de investigación de oficio por parte del juez instructor; y un deber de instar tal investigación que pesa sobre el Ministerio Fiscal, con independencia de la mayor o menor pasividad del letrado defensor, siempre que surja algún dato que evidencie la posible concurrencia de una circunstancia que afecte a la imputabilidad de la persona investigada. Tales datos pueden obtenerse de su propia declaración, sea explícitamente (cuando el sujeto los verbalice), bien implícitamente (a través del contacto directo con la persona investigada). Pero también, de otras fuentes (testigos, documentación clínica, muy especialmente la hoja de primera asistencia médica tratándose de persona detenida policialmente, etc.), o de la propia conducta anómala, en términos de racionalidad, del encausado (*v. gr.*, casos de evidente incoherencia entre las creencias efectivas del sujeto en el momento de actuar y la acción que realizó).

b) El hecho a probar es dual: el presupuesto biológico (la patología, anomalía, alteración o la ingesta de tóxicos) y el efecto psicológico (la relación entre la perturbación del sujeto y su capacidad para comprender el acto cometido y sus consecuencias).

c) Generalmente, el primer aspecto se acredita mediante prueba directa de tipo técnico (*v. gr.* informe pericial psiquiátrico o informe toxicológico), aun-

que, como es sabido, la cuestión no es simple, pues el saber psiquiátrico no constituye una ciencia exacta, encontrándose, por otro lado, en permanente evolución²⁹. El segundo, mediante prueba indiciaria, debiendo evaluar el juzgador todos los datos disponibles sobre cuya base realizar la correspondiente inferencia. A tal efecto, el perito puede aportar máximas de la experiencia o, si se quiere, conocimientos expertos, que pueden ser de utilidad instrumental (v.gr: qué datos externos caracterizan una crisis psicótica y qué duración suele tener), pero no puede sustituir el papel del juzgador quien ha de realizar un juicio crítico, una vez constatada la base patológica, acerca de la efectiva producción del efecto psicológico exigido.

d) El estándar acreditativo puede enunciarse bajo formulaciones distintas. Pero puede afirmarse que si subsiste, tras la prueba, una duda razonable sobre su concurrencia, debe acogerse. Esa duda puede proyectarse tanto sobre la existencia o no de la circunstancia como sobre su grado o intensidad.

Ello exige, en consecuencia, una profunda revisión de la doctrina de la Sala II, que actualmente sólo sirve para fomentar malas praxis jurisdiccionales. En esta línea, no parecen adecuados planteamientos como los contenidos en el borrador de proyecto de Código Procesal Penal (2013)³⁰, que opta por regular la carga de la prueba aclarando que a la acusación le corresponde la prueba de los elementos constitutivos del delito (art. 6), de lo que cabría deducir que, al igual que sucede en la actualidad, habrá de ser la defensa quien deberá aportar la prueba de las circunstancias que justifican la actuación del acusado.

Más respetuoso con el artículo 24.2 CE es el planteamiento que propugna el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (2011), que al definir la presunción de inocencia, incorpora a su contenido la regla de que la culpabilidad del acusado debe quedar establecida más allá de toda duda razonable (art. 8 del anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal), estándar que da solución a los supuestos de falta o insuficiencia de prueba, si bien lo cierto es que no haría falta un precepto de estas características si se interpretara adecuadamente la normativa vigente a la luz del artículo 24.2 CE.

No obstante, la constatación de que, por diversas razones, subsisten ciertas rutinas interpretativas preconstitucionales aconsejaría la incorporación a nuestra ley procesal penal de una formulación más clara como la contenida en el Código Procesal italiano, cuyo artículo 530, bajo el epígrafe «Sentencia absolutoria» dice lo siguiente: «1. Si el hecho no existe, si el acusado no lo ha cometido, si el hecho no constituye un delito o no está contemplado por la ley como delito o si el delito fue cometido por una persona no imputable o no punible por otra razón, el juez pronunciará una sentencia de absolución que indicará la causa en el dispositivo. 2. El juez pronunciará una sentencia de

²⁹ SÁNCHEZ YLLERA, I., 1996.

³⁰ Tomo esta idea de LÓPEZ ORTEGA, J.J., 2013.

absolución incluso cuando falte, sea insuficiente o contradictoria la prueba de que existe el hecho, que el acusado lo cometió, que el hecho constituye un delito o que el delito fue cometido por una persona imputable. 3. Si existe evidencia de que el hecho se cometió en presencia de una causa de justificación o de una causa personal no punible o si existe alguna duda sobre la existencia de la misma, el juez pronunciará una sentencia de absolución de conformidad con el párrafo 1».

Cuestión distinta es cómo esté siendo efectivamente aplicada la norma por los Tribunales italianos pues, como enseña Zagrebelsky³¹, las normas trazan sólo el marco de actuación, y nos dicen poco sobre lo que hay dentro: acuerdos, prácticas, relaciones interpersonales, modos de ser, hacer y pensar, que se configuran como lo esencial. «El elemento esencial es prejurídico..., es jurídico-cultural y se manifiesta de forma directa en las acciones, los razonamientos y los comportamientos de los que forman parte de la institución, pues, en cierto sentido y por un tiempo, son la institución y la hacen ser como es».

Posiblemente, y con esta idea concluyo, siglos de cultura procesal inquisitiva, de confusión de los espacios de investigación y enjuiciamiento, de confusión de los sujetos que los protagonizan, y de contaminación de unos y otros por los prejuicios debidos a la presunción de culpa inherente al principio de la sospecha permanente propio de dicha cultura, se encuentren en la base de una situación como la española en la que, 41 años después de la entrada en vigor del artículo 24.2 CE, del reconocimiento al más alto nivel del derecho a la presunción de inocencia, la Sala II del Tribunal Supremo sigue afirmando que la carga de la prueba de las eximentes y atenuantes compete a la persona que las alega, quien debe probarlas con el mismo nivel de certidumbre con el que debe ser probado el hecho punible. No bastará, por tanto, un simple cambio normativo para poner fin a este estado de cosas si no se ponen los medios para que se produzca, acompasadamente, una profunda transformación de nuestra cultura de la jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL DEL CASTILLO, J., 2011: *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier.
- CUERDA RIEZU, A., 2014. «La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?», en Indret, 2/2014.
- FENECH, M., 1978: *El proceso penal*. Madrid: Agesa.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., 2005: *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- FERRER BELTRÁN, J., 2019: «La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario, en *Contra la carga de la prueba*». Barcelona: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.

³¹ ZAGREBELSKY, G., 2008.

- GÓMEZ ORBANEJA, E., 1984: *Derecho procesal penal*. Madrid.
- IGARTUA SALAVERRIA, J., 2018: ¿Es preciso probar la inocencia en la revisión penal? en Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., 2013: «¿Puede imponerse alguna carga probatoria a la defensa? ¿Quién debe cargar con la acreditación de la validez de la fuente de prueba? ¿De qué estrategias dispone la defensa para combatir racionalmente la hipótesis acusatoria?», en 113 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 31.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., 1997: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch: Barcelona.
- NIEVA FENOLL, J., 2019: «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», en Revista Ítalo-española de derecho procesal. Vol 1/2018.
- ORTEGA LORENTE, J.M., 2012: «¿Qué diferencias, de existir, cabe trazar entre el principio de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*» en 123 cuestiones básicas sobre la motivación de las resoluciones judiciales. Consejo General del Poder Judicial Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 32.
- ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A., 2004: *Criminal Evidence*: Oxford University Press.
- SÁNCHEZ YLLERA, I., 1996: «De las causas que eximen de la responsabilidad penal», en Comentarios al Código Penal de 1995, obra colectiva dirigida por VIVES ANTÓN, T.S. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VIVES ANTÓN, T.S., 2011: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZAGREBELSKY, G., 2008: *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Trotta: Madrid.

JURISPRUDENCIA

- STS de 14 de febrero de 1976 (Roj: STS 632/1976, ponente Sr. Díaz Palos)
- STS de 29 de junio de 1984 (Roj: 1141/1984, ponente Sr. Moyna Ménguez)
- STS 645/2018 (Roj: STS 4168/2018, ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre),
- STS 639/2016 (Roj STS 3520/2016, ponente Sr. Varela Castro)
- STS 802/2016 (Roj: STS 4655/2016, ponente Sr. Saavedra Ruiz)
- STS 335/2017 (Roj: STS 1851/2017, ponente Sr. Del Moral García)
- Sentencia 69/2017 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia (Roj: SAP V 694/2017)
- Sentencia 477/2018, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj: SAP B 9956/2018)
- Sentencia 214/2019 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj: SAP B 6059/2019)