



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

La prueba en el proceso penal español:
análisis de su proceso valorativo y, en particular,
de los elementos paraprobatórios

Dña. Araceli Martínez García Donas
2021



UNIVERSIDAD DE
MURCIA

D. Samuel Rodríguez Ferrández , Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho Penal en el Departamento de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas, AUTORIZA:

La presentación de la Tesis Doctoral titulada "La prueba en el proceso penal español: análisis de su proceso valorativo y, en particular, de los elementos paraprobatórios", realizada por D^a. Araceli Martínez García-Donas, bajo mi inmediata dirección y supervisión, y que presenta para la obtención del grado de Doctor por la Universidad de Murcia.

En Murcia, a 17 de noviembre de 2020

Firmante: SAMUEL RODRIGUEZ FERRANDEZ. Fecha-hora: 17/11/2020 11:50:57. Emisor del certificado: CN=AC FNMT Usuarios,OU=Ceres,O=FNMT-RCM-C-ES



Código seguro de verificación: RUxFMsdF-oqS5HhAQ-ZHLIjG3m-ICGL8Hu6

COPIA ELECTRÓNICA - Página 1 de 1

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento administrativo electrónico archivado por la Universidad de Murcia, según el artículo 27.3 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Su autenticidad puede ser contrastada a través de la siguiente dirección: <https://sede.um.es/validador/>

AGRADECIMIENTOS

Gracias a la Universidad de Murcia, a mi tutor Samuel Rodríguez, tan cercano, tan disponible. Gracias a mi madre, a mi hermana, a mi padre, a Pancho y, en definitiva, a todas las buenas personas que me rodean.

ÍNDICE

0.	ABREVIATURAS.....	5
I.	RESUMEN	6
II.	ABSTRACT.....	7
III.	INTRODUCCIÓN	8
IV.	LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.....	14
IV.1	Antecedentes históricos.....	14
IV.1.1	Proceso penal en Grecia (1200 a. C.- 146 a. C.).....	14
IV.1.2	Proceso penal en Roma (753 a. C.- 476 d. C.).....	17
IV.1.3	Proceso penal en la Edad Media (476 – 1492).....	22
IV.1.4	Proceso penal en la Edad Moderna. Proceso penal Común o Mixto.....	25
IV.2	Sistemas de presunción de inocencia y sistemas de presunción de culpabilidad.....	28
IV.2.1	Sistemas de presunción de inocencia.....	28
IV.2.2	Sistemas de presunción de culpabilidad.....	34
IV.3	Concepción actual de la acción penal y de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico en su vertiente penal.....	36
V.	LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.....	44
V.1	Regulación.....	45
V.2	La lógica como elemento necesario para valorar la prueba.....	47
V.2.1	Nociones sobre la lógica.....	47
V.2.2	Nociones sobre valoración.....	51
V.3	Elementos paraprobatórios.....	59
V.3.1	Formación social de la mente.....	63
V.3.2	Cognición social.....	67
V.3.3	Influencia de la formación social de la mente y de la cognición social en la valoración probatoria.....	77
V.4	Garantías.....	83
VI.	REGÍMENES ESPECIALES DE VALORACIÓN	91
VI.1	La prueba indiciaria.....	92
VI.2	El silencio del investigado.....	98

VI.3	El tribunal del jurado: requisitos de validez de su decisión	103
VI.4	El testimonio de la víctima como única prueba de cargo.....	109
VII.	PRISIÓN PROVISIONAL.....	113
VII.1	Requisitos para acordar la prisión provisional	114
VII.2	Duración de la prisión provisional	120
VII.3	Tipos de prisión provisional	121
VII.4	Indemnización por prisión provisional indebida.....	122
VIII.	ANÁLISIS DE CASOS CON PARTICULARIDADES PROBATORIAS.....	128
VIII.1	Caso Dolores Vázquez.	133
VIII.1.1	Características.....	133
VIII.1.2	Análisis.	134
VIII.2	Caso «La Manada»	150
VIII.2.1	Características sobre el caso.....	150
VIII.2.2	Análisis.	155
VIII.3	Caso Alexandre Rosell.....	176
VIII.3.1	Características sobre el caso.....	176
VIII.3.2	Análisis.	179
IX.	CONCLUSIONES	190
X.	BIBLIOGRAFÍA	204

0. ABREVIATURAS

- AP _____ Audiencia Provincial
- CC _____ Código Civil
- CE _____ Constitución Española
- CGPJ _____ Consejo General del Poder Judicial
- CP _____ Código Penal
- EPU _____ Examen Periódico Universal
- FJ _____ Fundamento Jurídico
- LEC _____ Ley de Enjuiciamiento Civil
- LECrim _____ Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LOPJ _____ Ley Orgánica del Poder Judicial
- LOTJ _____ Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
- ONU _____ Organización de Naciones Unidas
- TC _____ Tribunal Constitucional
- TEDH _____ Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TS _____ Tribunal Supremo
- TSJ _____ Tribunal Superior de Justicia

I. RESUMEN

En esta tesis se analizará la valoración de la prueba en el proceso penal español, alejándonos, en la medida de lo posible, de un enfoque procesal, pues nos centraremos en la perspectiva de la libre valoración de la misma, atendiendo a las garantías y límites que se imponen a esta tarea y a los denominados elementos paraprobatórios, término este último acuñado por esta autora. Para poder abordar el tema central de la tesis se estima necesario definir primero el concepto básico y aséptico de prueba y atender a sus antecedentes históricos, destacando aquellas prácticas o elementos que han subsistido hasta nuestros días o que han inspirado nuestro proceso penal. También abordaremos el instituto de la libre valoración de la prueba permitida en nuestro ordenamiento jurídico, prestando atención a la lógica, las garantías y los límites. Llegados a este punto, se explicará en qué consisten los elementos paraprobatórios y qué papel desempeñan la formación social de la mente y la cognición social.

Se prestará atención a regímenes especiales de valoración probatoria, pues serán necesarios para comprender los casos que posteriormente vienen analizados.

Por último, ya sentadas todas las anteriores bases, se analizarán casos reales con particularidades probatorias, a saber: el caso Dolores Vázquez, por su grave error en la valoración de la prueba e indebida aplicación de la prueba indiciaria propiciados por el impacto mediático; el caso "La Manada", por las diferentes calificaciones jurídicas de los hechos y la existencia de votos particulares a lo largo de todas sus instancias; y el caso Alexandre (Sandro) Rosell, en el que se acordó prisión provisional por periodo inusualmente largo, lo que contrasta fuertemente con el resultado final absolutorio.

II. ABSTRACT

In this thesis we will analyze the evaluation of evidence in the Spanish criminal process, moving away, as far as possible, from a procedural approach, since we will focus on the perspective of the free evaluation of it, taking into account the guarantees and limits that are imposed on this task and the so-called paraprobativ elements, term coined by this author. In order to get to the central theme of the thesis, it is deemed necessary to first define the basic and aseptic concept of evidence and to pay attention to its historical antecedents, highlighting those practices or elements that have survived to these days or that have inspired our criminal proceedings. We will also address the institute of free evaluation of the evidence allowed in our legal system, paying attention to logic, guarantees and limits. At this point, it will be explained what the paraprobativ elements consist of and what role the social formation of the mind and social cognition play.

Attention will be paid to special evidentiary assessment regimes, as they will be necessary to understand the cases that are subsequently analyzed. Finally, once all the previous bases have been established, real cases with evidentiary characteristics will be analyzed, they are: Dolores Vázquez case, due to its serious error in the evaluation of the evidence and improper application of the circumstantial evidence caused by the media impact; "La Manada" case, due to the different legal qualifications of the facts and the existence of individual opinions throughout all its instances; and Alexandre (Sandro) Rosell case, in

which provisional imprisonment for an unusually long period was agreed, which contrasts strongly with the final acquittal.

III. INTRODUCCIÓN

Es consejo habitual que, para poder tratar algún tema en profundidad, se parta de algo simple y después se vaya realizando una inmersión paulatina en lo que realmente es relevante. Por ello, lo primero que debe quedar claro es la definición del término *prueba*¹ en nuestro diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en adelante RAE. Según esta², prueba es un sustantivo femenino y es la acción y efecto de probar, la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo; es el indicio, señal o muestra que se da de algo; es también el ensayo o experimento que se hace de algo para saber cómo resultará en su forma definitiva; es una operación matemática que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta. Otras acepciones serían la de análisis médico o muestra, cantidad pequeña de un alimento destinada a examinar su calidad, examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien, la competición en algunos deportes o muestra del grabado y de la fotografía. Finalmente, queda definido como la justificación de

¹ <https://dle.rae.es/?id=UVZCH0c>

² Siguiendo el actual criterio ortográfico de la RAE, en la presente tesis prescindimos del uso de tilde diacrítica para el adverbio «solo» y para los pronombres demostrativos «este», «ese» y «aquel» tanto en masculino y femenino como en singular y plural. Se puede consultar este criterio en <https://www.rae.es/consultas/el-adverbio-solo-y-los-pronombres-demostrativos-sin-tilde>

la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. Sentada esta base, proseguimos.

La prueba puede definirse en Derecho como la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del Juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso (Barona Vilar, 2017a). Según Martínez García (2017: p. 28), «la prueba es una actividad esencial del proceso sobre el que se fundamenta la actividad decisoria del Juez penal a través de la sentencia, dentro del debate contradictorio que exige el proceso penal».

Para Sigüenza López (2018: p. 701), la prueba es la actividad procesal desarrollada por las partes ante el tribunal a fin de convencer al Juez sobre la veracidad de una afirmación. De esta manera, la prueba deviene extremadamente importante, ya que de ella depende el éxito de las pretensiones de cada una de las partes. Sin prueba, por mucha razón que se tenga, dejando aparte cuestiones estrictamente procesales, no se consigue la victoria. Este autor opina que es tan importante [...] tener razón como convencer al juzgador de que se tiene derecho a obtener la tutela que se postula» y que «este debe basar su decisión en la valoración de medios de prueba sometidos a su íntima convicción». A pesar de que lo sostenido por este autor sea quizás aplicable sobre todo a la jurisdicción civil, sus afirmaciones pueden aplicarse a nuestro proceso penal, en tanto la íntima convicción del Juzgador también está presente.

Desde un punto de vista procesal, la prueba se aprecia desde tres aspectos: desde su manifestación formal -medios de prueba- desde su manifestación sustancial -los hechos que se prueban- y desde el punto de vista del resultado subjetivo -el convencimiento en la mente del juzgador-. En cuanto a la primera manifestación, los medios de prueba son los vehículos a través de

los cuales probamos un hecho, objeto o circunstancia y están establecidos en la ley (testimonios, peritajes, inspecciones, etcétera), mientras que la manifestación sustancial hace referencia a los hechos que se quieren probar a través de esos medios (existencia de un contrato, comisión de una infracción, etcétera). Respecto a la perspectiva sustancial u objetiva de la prueba, lo que puede probarse en el proceso penal es: por un lado, los hechos imputados, delimitados por los acusadores en sus calificaciones provisionales (artículo 649.1 y 4 LECrim), cualquier otro hecho expuesto en las calificaciones (artículo 729.2º LECrim); por otro lado, las máximas de la experiencia pueden ser objeto de la prueba, siempre que sean pertinentes y relevantes en la posible decisión judicial. Por cuanto se refiere a la perspectiva subjetiva o convencimiento del Juez, adelantamos que podrá utilizar su sana crítica y libre convicción, si bien debe respetar una serie de garantías constitucionales (Barona Vilar, 2017a: pp. 299-315).

Si bien esta es una buena y clara definición, realmente la prueba es mucho más que eso; puede llegar a presentar múltiples aspectos, subconceptos y segmentos que conforman el engranaje de una pieza tan fundamental como puede ser la institución que nos ocupa y, más concretamente, en su vertiente penal. En las venideras páginas vamos a perfilar con mayor precisión y tonalidad este elemento indispensable en un proceso penal. No obstante, lo haremos desde otros puntos de vista que esta autora ha considerado más interesantes que las típicas escrituras o ensayos sobre la prueba que suelen revestir toques procesales.

Como se ha adelantado en el resumen, iniciará el estudio versando sobre las primeras actuaciones probatorias humanas determinantes para nuestro actual sistema probatorio penal español. Se mencionarán prácticas ancestrales, las ordalías, la introducción de distintos medios de prueba, la evolución de

criterios, la influencia del entorno cultural o religioso a la hora de practicar aquellas pruebas para resaltar los elementos o prácticas que perviven o inspiran nuestro actual sistema procesal penal. Una vez visto todo el *iter* relevante de evolución de la prueba y haber contrastado los dos actuales sistemas diferentes de presunción nos centraremos, por fin, en el sistema probatorio español, concretamente en su vertiente penal. Al analizarlo hay que tener muy presente un elemento: la mente del Juez. Esta es la que realizará el proceso empírico deductivo que la ley permite para poder, libremente, bajo las garantías legalmente establecidas, llegar a una conclusión que determine la resolución del conflicto penal y la imposición, o no, de una pena. Por tanto, atenderemos al punto de vista de la lógica y a los bloques definitorios que determinan la forma de realizar el proceso deductivo. Entendemos que la prueba conlleva algo más que la propia prueba, esto es, elementos que la rodean y que vienen con ella, los denominamos aquí elementos paraprobatórios. Los mismos serán definidos, ya que sin ellos sería difícil explicar la multiplicidad de procesos valorativos en situaciones aparentemente similares y las variadas formas de valorar una misma prueba dependiendo del proceso, época u órgano enjuiciador.

Prestaremos atención a aquellas nociones necesarias para poder comprender los casos que se analizarán: el recurso a la prueba indiciaria, los requisitos de la validez de la decisión del jurado, la valoración del silencio del investigado, del testimonio de la víctima y la prisión provisional.

Como última parte de esta tesis, tras haber sentado todas las anteriores bases y estar en pleno contexto, pasaremos a analizar sentencias o aspectos probatorios de casos reales que hayan presentado anomalías en la valoración de la prueba, controversia respecto de la misma o medidas cautelares históricas. Nos centraremos en tres casos distintos con características interesantes.

El primero de ellos es el caso Wanninkhof, en el cual hubo error jurídico grave -propiciado por el ambiente de histeria popular creado por los medios de comunicación- en un proceso plagado de irregularidades por parte de las autoridades judiciales y policiales. La acusada, Dolores Vázquez Mosquera, fue declarada culpable, con base en la prueba indiciaria- sin contar con los requisitos para poder recurrir a ella-, por un jurado popular, de la muerte de Rocío Wanninkhof, quien había sido asesinada en octubre de 1999 cerca de la localidad de Mijas, provincia de Málaga. Aquella sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Málaga, órgano enjuiciador por la gravedad del delito, fue recurrida por el Letrado de la condenada ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Siendo su fallo estimatorio del recurso, fue nuevamente recurrida por el Ministerio Fiscal, planteándose el recurso ante el Tribunal Supremo. El recurso fue desestimado y el Tribunal Supremo ratificó lo acordado por el Tribunal Superior de Justicia: ordenó repetir el juicio. En agosto de 2003, antes de la llegada de la fecha de este nuevo juicio, el caso dio un vuelco al resolverse otro asesinato posterior, el de la joven Sonia Carabantes. Tras el análisis forense de esta última, se descubrieron restos de ADN coincidentes con trazas de ADN que también estaban presentes en el cuerpo de R. W. El ADN era de Tony Alexander King. Acordaron entonces la inmediata puesta en libertad de la Sra. Vázquez y no se llegó a repetir el juicio contra ella. Tony A. K. fue condenado posteriormente como autor de ambos crímenes.

El segundo de los casos a analizar será el caso «La Manada» en el que un grupo de cinco hombres atentaron sexualmente contra una joven de dieciocho años en un portal en el centro de la capital navarra, en la madrugada del 7 de julio de 2016, durante las fiestas de San Fermín. Este segundo caso, más actual y con gran impacto mediático, ha suscitado muy diversas opiniones y

controversias incluso entre los propios Magistrados concededores del asunto, cuyas opiniones han sido variadas, desde solicitud de absolución por parte de uno de los Magistrados en la primera instancia hasta la final calificación de los hechos como violación y robo con violencia por la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo. Veremos cómo tras la correspondientes apelaciones comienzan a configurarse por parte de los enjuiciadores los conceptos de *intimidación ambiental* o de *ambiente intimidatorio*, desembocando finalmente en el resultado ya revelado. La presión social juega en este asunto un papel fundamental, ya que la calificación realizada en un primer momento por los ciudadanos de a pie fue finalmente confirmada por la justicia.

El tercero de los casos es el de Alexandre (Sandro) Rosell, marcado por un período de prisión provisional de veintiún meses, uno de los más largos de la historia penal moderna de España. En este supuesto, el juzgador de Instrucción aprecia riesgo de fuga en el entramado de un panorama delictivo, lo que le lleva a decidir que es necesaria la prisión provisional como medida cautelar. Ello choca con el fallo de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, en el que se opta por la absolución. Los hechos que para el juzgador de instrucción son claros para una posterior sentencia condenatoria; sin embargo, no son suficientes para el órgano enjuiciador, ni siquiera a nivel de prueba indiciaria. Ante la duda de varias hipótesis sostenibles, la Audiencia Nacional invocó el principio *in dubio pro reo* y dictó una sentencia absolutoria. Nos planteamos con ello qué conclusiones han extraído uno y otro juzgador para dictar resoluciones que poco se complementan entre sí y si ha habido factores externos influyentes en las diferentes fases del procedimiento.

Sin más demora, comenzamos a explicar todos estos aspectos.

IV. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.

IV.1 Antecedentes históricos.

IV.1.1 Proceso penal en Grecia (1200 a. C.- 146 a. C.).

La etapa histórica de la Antigua Grecia abarca desde el año 1200 a. C. hasta el año 146 a. C., con la conquista romana de Grecia, tras la batalla de Corinto. Cabe recordar que el Imperio Romano se inicia hacia el año 753 a. C. y se disuelve en el año 476 d. C. Ello quiere decir que durante años existieron en mundos paralelos ambos Derechos, si bien en el año 146 a. C. Grecia se romanizó, tomando definitiva posesión este Derecho de aquellas tierras.

En general, los historiadores consideran que la ley ateniense era de procedimientos amplios, es decir, se ocupaba de la administración de la justicia y trataba sobre los derechos, obligaciones y delitos. Las leyes atenienses se solían escribir con la estructura «si alguien hace *A*, entonces *B* es el resultado» (Carey, 1998: p. 93), y se focalizaban en las acciones legales a emprender por el fiscal, dejando de lado la labor de redactar una lista *numerus clausus* de los actos enjuiciables (Carey, 1998; p. 96). Uno de los primeros eventos datables en la historia de Atenas es la codificación de sus leyes por Dracón de Tesalia, probablemente entre el 621 y el 620 a. C., que contenía una ley de homicidios que sobrevivió a las reformas de Solón. Distinguía entre el homicidio premeditado e involuntario, y proporcionaba la reconciliación del asesino con la familia del hombre muerto (Edwards, Gadd y Hammond, 1970: p. 371).

Los códigos de leyes atenienses establecidos por Dracón de Tesalia fueron reformados íntegramente por Solón (salvo la ley de homicidios), que fue el

arconte epónimo del año 594-593 a. C., que incluía, entre otras reformas, la abolición de la esclavitud para aquellos que habían nacido en Atenas (Edwards, Gadd y Hammond, 1970: pp. 381-382). Este texto legal hacía mención a los altares para sacrificios previos, a los oráculos y al juramento, instituciones que más tardes irían perdiendo relevancia. El juramento era una prueba formal hasta la llegada de la época clásica, que en la época helenística constituía simplemente una ceremonia. Cada *polis* contaba con sus propias normas y era común la existencia de acuerdos entre *polis*, como el de Caleo y Eantea, para unificar normas o aplicar la ley a sus residentes si eran juzgados en otra demarcación que distara a menos de 10 km (Alonso y Royano, 1996: p. 115-116).

Los antiguos tribunales griegos estaban dirigidos por legos en leyes. Los funcionarios de los tribunales no percibían salario por ello o, si percibían, era escaso; y la mayoría de los procesos se realizaban en el mismo día. No había funcionarios *profesionales* de la justicia, no había abogados o Jueces. El típico caso a dirimir se despachaba a través de una argumentación y una contraargumentación de los dos litigantes: uno de ellos afirmaba que se había cometido un acto ilegal por parte del otro y el acusado expresaba las razones por las que, a su parecer, no había sido ilegal o no había ocurrido el hecho del modo en que se afirmaba por quien acusaba. El jurado era quien decidía si el acusado era culpable y, en su caso, el castigo a aplicar (Forsdyke, 2008: p.7). El sistema judicial ateniense estaba dominado por los hombres; de hecho, el jurado se constituía solo de hombres (Gagarin, 2003: p. 204).

En el caso del Derecho ateniense, los ciudadanos comenzaron a asumir participación directa en las tareas acusadoras y juzgadoras y se practica un modelo procesal oral, público y contradictorio. El acusado se defendía a sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas. En esta

época de la Antigua Grecia inician a diferenciar el proceso civil del penal y a determinar algunas características del Derecho procesal penal y del civil, que aún se mantenían unidas. En este panorama, en el que los ciudadanos tomaban parte del proceso penal, se distinguían los delitos públicos -en los que la acusación correspondía a los ciudadanos- y privados -en los que la acusación correspondía al ofendido o sus parientes-. La acusación se presentaba ante el arconte, quien procuraba la seriedad y el cumplimiento formal de la acusación. En todos estos procesos, por cierto, la tortura era un medio ordinario de prueba. En caso de que la acusación formulada no fuera estimada y se acordara la libre absolución del acusado, se imponía una pena grave al acusador (Barona Vilar, 2017b: pp. 46-50), tal vez algo similar al delito de denuncia falsa o a la imposición en costas de hoy en día.

Por su parte, Demóstenes (352 a. C.) insiste en que nadie puede ser llamado culpable si antes no ha sido condenado y declarado culpable. Se presenta de este modo un ligero destello de garantía procesal similar al principio de presunción de inocencia.

De acuerdo con Maier³ (2004: p. 269), y en síntesis de lo anterior, el proceso penal griego presenta los siguientes rasgos:

1) Los tribunales eran populares, dada la concepción política del momento y la atribución de la soberanía popular;

2) Se perfeccionó la acusación popular, que implicaba la atribución a cualquier ciudadano de la facultad de querellarse contra quien pudiera ser aparentemente autor de un delito público;

³ Barona Vilar también menciona a Maier y este listado de características en su obra *Proceso penal desde la historia*, 1º ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017b, p. 51.

3) Se mantenía una suerte de principio de igualdad entre el acusador y el acusado, permaneciendo este último generalmente en libertad mientras duraba el proceso;

4) Se respetaban la publicidad y la oralidad del juicio; juicio que esencialmente consistía en el debate entre acusador y acusado, estando presentes tanto el tribunal como el pueblo;

5) Se admitía la tortura y los juicios de los Dioses, como medios de realización probatoria;

6) La valoración de las pruebas aportadas se efectuaba por íntima convicción de cada uno de los Jueces, sin discusión previa, y se trasladaba a una urna en la que se efectuaba la votación pública también;

7) La resolución que se dictaba, manifestación de la soberanía popular, era irrecurrible.

Así, vemos la semejanza de este antiguo y básico proceso con el actual vigente en nuestro Estado, aunque, evidentemente, aquellos procesos apenas presentaban garantías como las que actualmente se puedan tener, empezando por que no formaba parte del comité enjuiciador nadie con alta preparación jurídica. De este proceso ha perdurado la idea de los turnos de palabra, de argumentación y contraargumentación, de un jurado popular y de árbitros que debían decidir si condenar al acusado o no y en qué medida.

IV.1.2 Proceso penal en Roma (753 a. C.- 476 d. C.).

La vigencia del Derecho Romano surge en el año 753 a. C. y finaliza en el año 476 d. C. Aquí el Derecho alcanza un alto grado de desarrollo y elabora algunos elementos novedosos que todavía forman parte del proceso penal. Basta con recordar que en materia probatoria el proceso romano es considerado como un modelo insuperable. La relación entre el Derecho Griego y el Derecho Romano no es la de antigüedad sino de sucesión, así, el Derecho Romano va a tomar la experiencias de los anteriores (Alonso y Royano, 1996: p. 132). En orden cronológico, el Derecho Romano se divide en época arcaica, preclásica, clásica, postclásica y justiniana (Hernández Zúñiga, 2018: p. 276).

Conforme a De los Mozos Touya (1981: pp. 660-670), apenas se encuentran textos jurídicos sobre la prueba en Derecho Romano, los que aparecen suelen ser de la época de decadencia. En lo que respecta a la época postclásica, comienza a regir el principio de libre apreciación de la prueba. La instancia procesal quedaba dividida en dos fases: una primera fase de fundamentación y una segunda fase de emisión de sentencia. Según este autor, aparece el formalismo probatorio, pautando directrices para valorar la prueba que incluyen la aplicación de los principios vigentes en la sociedad y donde puede influir la mentalidad del Juez, y añade que el único texto directamente relacionado con el formalismo probatorio es el capítulo II del libro XIV de las *Noctes Atticae* de Aulus Gellius.

Encontramos fragmentos de textos antiguos con algo similar a principios probatorios o garantías procesales:

«En un texto perteneciente al libro sexagésimo noveno de los comentarios de Paulo al Edicto y dice así: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Incumbe la prueba a quien afirma, no a quien niega. El precepto se puede completar con lo establecido en una constitución de Diocleciano del año 294, que dice: *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*, es decir, porque por la naturaleza de las cosas no existe prueba para quien niega un hecho, aunque la argumentación ya había sido utilizada por Cicerón en *partitiones oratoriae*, 30: *nemo quod negat factum, rationem*

potest aut debet aut solet reddere: "quien niega un hecho, ni puede, ni debe, ni suele probar por qué". Por tanto, la regla completa se formularía del siguiente modo: incumbe la prueba a quien afirma, no a quien niega, porque por la naturaleza de las cosas, no existe prueba para quien niega un hecho» (Rascón García, 2005: p.4).

Destaca Rascón García (2005: p. 8) que la Ley XII del título XIV de la Partida III establecía que:

«El pleito criminal no se puede probar por sospechas [...] pues es cosa derecha que el pleito que es movido contra el hombre y su fama sea probado y averiguado por pruebas como la luz en que no venga ninguna duda [...] por eso los sabios antiguos dijeron que era más santa cosa absolver a aquél contra el que el juzgador no encontraba prueba cierta y manifiesta, que condenarle sin culpa porque se hallase por señales alguna sospecha contra él».

Con el posterior cambio de régimen monárquico a régimen republicano se impone de forma obligatoria la participación y decisión del pueblo, conocido como *provocatio ad populum*, manifestación de la *accusatio*⁴. Ello venía regulado en normas como la *Lex Valeria* (509 a. C.) o la *lex Horatia* (449 a. C.). Mommsen interpreta que la *provocatio ad populum* no era exactamente una apelación debido a que no se trataba de emitir una segunda sentencia que sustituyera a la primera, simplemente se anulaba o rectificaba la primera sentencia e incluso podía acudirse a la *provocatio* sin sentencia previa (Mommsen, 1999: p. 117 y Espitia Garzón, 2011: p. 13).

En el siglo V a. C., con la publicación de las XII Tablas, se reserva el enjuiciamiento a los comicios centuriados si se debía decidir entre la vida o

⁴ En Derecho Romano se dieron, principalmente, dos formas de proceso: *cognitio* y *accusatio*. La primera de ellas, en la que la instrucción se realizaba por un Magistrado de la comunidad, era primitiva y carente de reglas formales de actuación, contradicción o igualdad de los sujetos. En la segunda de ellas, más refinada y posterior, el juicio viene presidido por un pretor, el procedimiento era acusatorio (de ahí su nombre), las partes podían defenderse solas o por medio de *advocatus*, el jurado votaba y el Magistrado imponía la pena (Barona Vilar, 2017: pp. 55- 65).

muerte del reo. Tras varias reformas, a partir de la pena de 30 bueyes y 2 ovejas se podía invocar el derecho de *provocare ad populum*; salvo en casos de pena de muerte, reservados a la asamblea centuriada. Se comienza a practicar un proceso tendente a comprobar la culpabilidad del reo y se prohíbe ejecutar a un ciudadano sin previo proceso regular. Ello queda recogido en la legislación decenviral. En esta etapa se endurecen las penas para delitos como el hurto, la maldición de cosechas ajenas o provocar incendios, penados todos ellos con la muerte. En la posterior evolución de este sistema se introduce la figura de *iudica populi*, que es un paso más de la *provocatio ad populum*, siempre sistema *accusatio*. El acusado puede permanecer en prisión preventiva si no ofrece garantías de aseguramiento de su persona en el juicio. El Magistrado promueve de oficio el proceso e indica la posible pena a aplicar, quedando en manos del pueblo la decisión final con base en las alegaciones realizadas por el acusado o su abogado y tras escuchar, en su caso, a los testigos. Se contempla la sustitución de la pena de muerte por exilio (Santalucia, 1989).

Ante el colapso judicial que sufre este sistema, se atribuye al Senado la función de represión judicial y, posteriormente, a los tribunales creados de forma extraordinaria. Durante los primeros años del Imperio se apuesta por la creación de tribunales estables y se crea un tribunal con competencia exclusiva para casos de envenenamiento. Se vuelve a producir un endurecimiento de las penas y se tipifican nuevos delitos (*Lex Aurelia*, *Lex Calpurnia* y *Lex Pompeia*, entre otras).

Destacamos el ya mencionado proceso *Cognitio*, que se desarrollaba sobretodo en la época del Imperio, marcado por una sola instancia y la presencia de un solo Magistrado-Juez. En este contexto, la administración de justicia era exclusivamente una función del Emperador, quien elegía a los Magistrados. Los medios de prueba más comunes en este proceso eran la

confesión de las partes, el juramento, el interrogatorio, documentos básicos (utilizados en cuestiones civiles principalmente), pericial, presuncional y testifical (Hernández Zúñiga, 2018: p. 276-279). Sobre los testigos, afirma Clemente Fernández que «la inexistencia de otros medios [de prueba] viene suplida [...] por la presencia de testigos» (2010: p.184). Esta última autora indica que los testigos podían tener, además de intervención en procesos judiciales, presencia en actos extrajudiciales para dar publicidad al mismo (p.189).

Ya en el bajo Imperio, aparece la figura del prefecto urbano (Aja Sánchez, 1995-96: p. 380), quien hace las veces de Juez de primera instancia para delitos cometidos en su demarcación y se establece la posibilidad de recurrir en apelación contra determinadas sentencias. Nuevamente, en este bajo imperio, se tornan más duras las penas a imponer y se exige la presencia del *advocatus* en el juicio (Tobío Fernández, 2019: p. 20).

Aquí ya vemos que aparece la figura del *advocatus* y que comienzan a aplicar, ya al final de la existencia del Imperio, garantías al acusado. También se aprecia una mayor especialización de los intervinientes en calidad de Juez en el proceso, que ya no son legos en Derecho, también existe la prisión provisional, el trámite de apelación, los testigos y la suspensión o sustitución de la pena; no obstante, este sistema procesal todavía dista bastante del actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Para la época histórica para la que se aplicaba este sistema jurídico, nos parece muy completo y repleto de rasgos procesalistas medianamente complejos. Además, como también ocurría en el Derecho de la Antigua Grecia, comparte con nuestros tiempos la idea de que la justicia debe impartirse por un tercero y de forma pública.

IV.1.3 Proceso penal en la Edad Media (476 – 1492).

La Edad Media tiene inicio con la caída del Imperio Romano de Occidente, a manos de los pueblos bárbaros, en el año 476 y finaliza con la caída del Imperio Romano de Oriente o Imperio Bizantino, cuando los turcos otomanos lograron apoderarse de Constantinopla, la capital de aquel, lo que coincide con el descubrimiento de América en 1492⁵. Tras esa reciente caída del Imperio Romano de Occidente, subsistiendo en Oriente todavía, se promulga el Código de Justiniano (año 529). Este código recoge el principio *actore non probante reus absolvitur*, un prematuro reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia. En el Digesto (48. 19.5), conviviente con el Código de Justiniano, Ulpiano refería que es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. Vemos aquí tímidas pinceladas de lo que parecen ser garantías procesales. No nos adentramos a analizar dichos textos, puesto que en Occidente el Imperio ya había caído y solo quedaban pequeños resquicios legales de dudosa aplicación. En nuestro mundo de occidente estaba cobrando fuerza la religión Cristiana y unas nuevas prácticas procesales.

Después del Imperio Romano, y ya salvado el Código de Justiniano, entrando en la profunda Edad Media, en la que el cristianismo había calado hondo (López-Amo y Marín, 1956: p. 359), uno de los hitos y precedentes del proceso probatorio moderno occidental son las ordalías. Se estima que datan de los siglos IV-V, fecha que gran parte de la doctrina fija como punto de partida (Taruffo, 2010: p. 15), pero el origen exacto es incierto, pues las ordalías fueron introducidas en Europa a consecuencia de la invasión bárbara, y este

⁵ Recuperado de <https://www.uv.es/uvweb/master-historia-formacion-mundo-occidental/es/blog/edad-media-medieval-1285960141137/GasetaRecerca.html?id=1285961648027>

pueblo, a su vez, se inspiró en el modelo asiático procesal de aquella época. Al analizar este proceso desde nuestra concepción moderna, nos asombra la irracionalidad del mismo; en las ordalías participaba la divinidad, que se manifestaba a través de los resultados de las pruebas a practicar. Si esta divinidad estimaba que alguien mentía, le esperaba un horrible resultado. Las pruebas en su más puro sentido consistían en desafíos con agua hirviendo, hierro, fuego y otras atrocidades a las que se sometía al sujeto sobre quien pesaba alguna acusación. Sin embargo, al pensar con la mentalidad de aquella época, en un mundo gobernado por divinidades, de una u otra forma según la región de Europa, sería incluso lógico y plausible la presencia sagrada de Dios en algo tan importante para la vida de los ciudadanos; era indiscutible que tal presencia debía estar reinando este proceso (Taruffo, 2010: p. 17). Poco a poco las ordalías se fueron refinando, se introdujo la figura de los *coniuratori*, que eran ciudadanos que conocían al acusado y que manifestaban que esta persona era inocente. Si un grupo de personas tenía ese valor de manifestar tal afirmación a sabiendas de las represalias que podía haber contra ellos, se entendía que lo que ellos dijeran sería cierto sin lugar a dudas. En caso de que no existiera tal descargo por parte de los *coniuratori*, se procedía a la práctica de las crueles pruebas. Nos llama la atención que estos *coniuratori* no tenían papel acusador, sino siempre de descargo o exculpatorio; esto es, o servían de descargo al acusado o, si no servían para tal fin, se obviaban.

Caso aparte era el del reino de Longobardia (actual Lombardía, Italia), que introdujo, gracias al Edicto del año 643 del Rey Rotario, algo innovador para la época: el juramento para el acusado. El acusado podía jurar su inocencia y ello determinaba el final de la controversia. En caso de no existir tal juramento, se sometía a la ordalía.

También en Longobardia, posteriormente, el Rey Liutprando introdujo a partir del año 717 una regulación de los tribunales, que estarían formados por Jueces profesionales con funciones y deberes concretos. Se regularon los juramentos falsos a través de garantías y sanciones. Uno de los avances más importantes que este Rey proporcionó fue el de la práctica de prueba documental y testifical. No se diferenciaba entre proceso civil o penal, sino que había una única forma de dirimir las discordias o acusaciones que se tramitaba por un cauce genérico. Tras la prácticas de estas pruebas documentales, testificales, etc., el Juez las examinaba y, o bien dictaba una resolución que ponía fin al procedimiento si la prueba presentada lograba su convicción o, por el contrario, el Juez daba paso a la práctica de la ordalía si la prueba no era suficiente para decidir la controversia. Vemos cómo la ordalía propiamente dicha empieza a tener un papel residual o subsidiario (Taruffo, 2010: p. 18).

Otro territorio Europeo donde era habitual el uso de documentos o el interrogatorio de testigos como medios de prueba era Francia, donde comenzaron a emplearlos en el siglo IX.

Llegados a este punto histórico, y antes de tratar sobre el proceso penal moderno, nos parece conveniente hacer referencia a Vallet de Goytisolo (1988: p. 142), que refiere que el Derecho Romano «vulgar», que en sus inicios tenía carácter consuetudinario, logra penetrar en la enseñanza e introducirse en la cancillería imperial. También refiere que ello facilitó la formación de los Derechos Romano-Bárbaros hasta que inició el período del *ius comune*. Sobre estos Derechos Romano-Bárbaros se fueron superponiendo disposiciones de los monarcas, como las capitulaciones carolingias. Concluye este autor que el Derecho Canónico, influido enormemente por la Iglesia, supuso grandes avances.

Recapitulando, a esta etapa histórica debemos agradecer la regulación más minuciosa de la práctica de la prueba documental y la perfección de la práctica de la prueba testifical, pues se comienza a regular el falso testimonio. También se prevé el juramento a decir verdad, que era incluso extensible al acusado, a diferencia de lo que ocurre actualmente, puesto que en nuestro sistema procesal este juramento -o promesa- a decir verdad es extensible únicamente a testigos, aunque, indudablemente, tal juramento resultó inspirador para nuestros tiempos. Por fortuna, hemos ido dejando de lado la idea de que una divinidad debía regir el proceso, centrándonos en aspectos puramente técnicos y en el sentido común del ser humano.

IV.1.4 Proceso penal en la Edad Moderna. Proceso penal Común o Mixto.

Posteriormente, ya hacia el siglo XII, tomando en cuenta los elementos romanos y canónicos, nace y se desenvuelve en Italia el proceso penal común (siglo XII), debido principalmente a la labor de los jurisconsultos boloñeses. Este proceso se difundió rápidamente fuera de Italia y dominó hasta la reforma. Era primordialmente inquisitivo y se implantó en Alemania en el año 1532 y en Francia en la Ordenanza Criminal de Luis XIV de 1670. Entre sus características, según Álvarez Cora (2013: pp. 219-224), destacan las siguientes:

1. Predominio de fragmentariedad descriptiva del tipo penal.
2. Relevancia de la costumbre, que tenía rango de ley si así lo ratificaba el Juez.

3. Existencia de arbitrio judicial. Incluso había delitos que no tenían establecida una pena, quedando supeditada la concreción de la misma a la voluntad del juzgador.

Para valorar las pruebas existía, en contados casos, un sistema legal o tasado al que se recurría con poca asiduidad, dado el poder absoluto del Juez. La idea de prueba tasada ha pervivido en nuestro Derecho procesal en su vertiente civil (artículos 281 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC y artículos 1216, 1225, 1227 a 1230 del Código Civil, en adelante CC).

Las reformas del proceso penal y las instituciones políticas vienen unidas históricamente, y ello explica que, al surgir la filosofía racionalista, que «afecta a la cultura entera en sus múltiples dimensiones, desde la religión, la política y las costumbres hasta las instituciones, el derecho, el arte y, en fin, la vida social, la moda, así como la industria y la economía» (Bravo Lira, 2009: p.2), y a manifestarse los impulsos de libertad que tomaron cuerpo en la segunda mitad del siglo XVIII, surgieran aspiraciones de reforma del proceso penal, el cual ya resultaba inadecuado a las nuevas exigencias y a la tutela de los derechos humanos que se reivindicaban. Este movimiento de reforma quedó plasmado en las leyes procesales promulgadas durante la Revolución Francesa (1789-1791) y, años más tarde, en el proceso reformado alemán (1848). La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, redactada en francés, refiere en su artículo 9 la proclamación de la presunción de inocencia, restringiendo las medidas cautelares a aquellas que fueran indispensables para asegurar su persona, prohibiendo cualesquiera otras medidas cuya finalidad no fuera la anteriormente descrita.

El proceso penal en los pueblos civilizados, actualmente, se encuentra regulado por códigos especiales, algunos de los cuales han ejercido en los otros una influencia decisiva, hasta el punto de servirles de modelo en algunos casos.

La Codificación procesal penal moderna está dominada por dos códigos fundamentales:

1. El *Code d'Instruction Criminelle* francés (1808). Este código estuvo vigente desde 1808 hasta 1958 y regulaba el proceso penal en Francia. Era una norma de corte híbrido acusador-inquisitorio. Separa las funciones de *poursuite* (persecución), de instrucción y de enjuiciamiento. Se compone de dos libros: libro de la policía judicial y de los funcionarios que la ejercen y libro de la justicia. Diferencia varios tipos de infracciones según su gravedad, establece la posibilidad de recurso y establece un proceso oral, público y con contradicción.

2. El Reglamento de Procedimiento Penal Alemán (1877). Establece la obligatoriedad de la acción penal, es decir, consagra el principio de legalidad (Lamadrid Luengas, 2016: p. 89).

Ya en esta última etapa, en España se practicaba un proceso penal similar al actual, en sus inicios irradiado por la Constitución Española de 1812 y, más tarde, presentando algunas carencias en función de los diferentes sistemas políticos que se fueron instaurando hasta la proclamación de la Constitución Española de 1978. El principio de legalidad, inspirado en el modelo alemán, y la concepción de fases procesales del modelo francés, han pervivido en nuestro actual sistema probatorio. A ello cabe añadir una gran pluralidad de garantías y principios que surgen a raíz de la proclamación en 1978 de la actual Constitución, tales como el principio de presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, oralidad, inmediación, contradicción, posibilidad de recursos, motivación de las resoluciones, etc. aplicables todos ellos a cualquier procedimiento penal en España.

IV.2 Sistemas de presunción de inocencia y ¿sistemas de presunción de culpabilidad?

Las dos grandes concepciones de sistemas procesales, en su vertiente penal, son los sistemas de presunción de inocencia y los sistemas de presunción de culpabilidad. En la primera de ellas, el investigado es inocente hasta que se demuestre lo contrario. En la segunda concepción, el investigado es ya un condenado desde el inicio, puesto que es culpable hasta que se demuestre lo contrario. Sin embargo, ningún país se proclama como Estado con presunción de culpabilidad. Estados como Cuba, China, Tailandia o Corea del Norte afirman que tienen sistemas de presunción de inocencia. Ante esta situación pueden surgir dudas sobre si la presunción de culpabilidad es un mito o si se trata de un disfraz político que niega la posible real existencia de países que apliquen la presunción de culpabilidad. En este apartado simplemente definiremos lo que en teoría se entiende por uno y otro sistema si bien partimos de la premisa de que el principio de culpabilidad no opera en ningún Estado del mundo, sobre la base de los datos investigados.

IV.2.1 Sistemas de presunción de inocencia.

Los sistemas de presunción de inocencia ofrecen fuertes garantías a sus ciudadanos, pues no basta con que alguien acuse a otro de haber cometido algún ilícito penal sino que, además, tiene que quedar probado, no pudiendo ser condenado por tal acusación el investigado en tanto no se practique la prueba suficiente que destruya el principio de presunción de inocencia, bajo las garantías legales que el ordenamiento jurídico establezca. La presunción de

inocencia es una garantía consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales sobre derechos humanos como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos Humanos:

«Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa» (Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

«Garantías judiciales [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]» (Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

«Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada» (Artículo 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

Ejemplos claros de Estados con este sistema son: Alemania, Hungría, Austria, Irlanda, Bélgica, Italia, Bulgaria, Letonia, Chipre, Lituania, Croacia, Luxemburgo, Dinamarca, Malta, Eslovaquia, Países Bajos, Eslovenia, Polonia, Portugal, Estonia, Reino Unido, Finlandia, República Checa, Francia, Rumanía, Grecia, Suecia, Bolivia, Paraguay, Colombia, Guatemala, Argentina, Nicaragua, Ecuador, Perú, Canadá, Australia, Chile y España, sin perjuicio del resto de países del mundo.

La consideración de una persona como inocente durante el proceso penal, es uno de los temas más discutidos en la actualidad y se regula de diversas formas en los distintos cuerpos procesales. Mencionaremos varios preceptos de textos legales de distintos países.

La Constitución de Bolivia determina en su artículo 29, inciso 4, que: «Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable». Por su parte, el artículo 6 de la Ley de Procedimiento Penal boliviana

dispone que a todo imputado se le considera inocente hasta que una Corte de Justicia no declare su culpabilidad en sentencia. Regula, además, que en todo momento procesal el acusado debe ser tratado como inocente.

Por su parte, la Ley de Procedimiento Penal de Paraguay regula en su artículo 4 el principio de inocencia de un imputado, considerando que tal inocencia se presume hasta que no se dicte una sentencia que declare su punibilidad. Con este precepto, la ley reafirma lo establecido por la Constitución paraguaya en su artículo 117.1, el cual señala que en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia.

Oteando otros códigos escritos en español vemos que el Código de Procedimiento Penal Colombiano reconoce en su artículo 3 la presunción de inocencia, al establecer que «toda persona a quien se atribuya un hecho punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad en sentencia ejecutoria». El mencionado texto reconoce que, cuando a un ciudadano se le acuse de haber cometido un hecho delictivo regulado en sus respectivas leyes, tiene que ser tratado como inocente. Este Estado da rango constitucional al derecho a la presunción de inocencia, que queda tipificado en el artículo 29 de su Constitución (Bustamante Rúa y Palomo Vélez, 2018: p. 652).

El Código Procesal Penal de Guatemala regula en su artículo 14 el tratamiento que se le debe dar a un procesado, disponiendo que el mismo ha de ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta que una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad.

Mientras, el Código Procesal Penal de Argentina establece en su artículo 1º que:

«Nadie podrá ser juzgado por otros Jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho».

El Código Procesal Penal de la República de Nicaragua es otro de los cuerpos legislativos americanos que regulan en su contenido la presunción de inocencia como garantía del acusado. La Constitución de ese país reconoce en su artículo 34, inciso a), la imposibilidad de restringir derechos sin una sentencia que así lo declare. El estado de inocencia, según dicho cuerpo legislativo, es una garantía procesal mediante la cual el imputado es inocente mientras no sea declarada su culpabilidad.

La Constitución de Ecuador y la de Perú coinciden en sus preceptos 24.7, y 2.24, respectivamente, al disponer que toda persona involucrada en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que su culpabilidad no se decrete mediante una sentencia judicial.

En el artículo 59 de la Constitución de la República de Cuba se dispone, en su primer párrafo que «nadie puede ser encausado ni condenado sino por el tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen». Esta Constitución, en su artículo 58, establece como garantías el principio de legalidad, el derecho de defensa, el respeto a la persona humana y el de nulidad probatoria por haberse ejercido violencia sobre un reo. Además, la Ley de Procedimiento Penal cubana dispone en su artículo 1 que se presume inocente a todo acusado mientras no se dicte fallo condenatorio en su contra, lo que demuestra que la misma protege al inculpado al igual que lo hacen otras legislaciones internacionales.

Ya en el ámbito de influencia anglosajona, la Carta de Derechos y Libertades Canadiense (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), en su sección 11, d), refiere que «cualquier persona sobre quien pese una acusación tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad de conformidad con la ley y en una vista justa y pública ante un tribunal independiente e imparcial»⁶.

En el caso de Australia, la misma es parte de varios tratados internacionales de derechos humanos y es directamente de estos textos legales de donde emana su derecho a la presunción de inocencia, que también se haya regulado en su normativa interna de forma más escueta. El artículo 14 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos -*International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*- contiene de forma explícita el referido derecho y plasma que «todo aquel sobre quien pese una acusación debe tener derecho a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad de acuerdo con la ley»⁷. En su regulación interna se encuentra consagrado en el artículo 2.6 de su Código Penal de 1995 (*Criminal Code Act 1995*).

En Italia, la *presunzione d'innocenzia* o *presunzione di non colpevolezza* viene regulada en el artículo 27.2 de la Constitución de la República Italiana (*Costituzione della Repubblica Italiana*) que afirma que «el imputado no se considera culpable sino cuando haya condena definitiva»⁸.

Por lo que respecta a Alemania, el derecho a la presunción de inocencia se regula en su Constitución, donde este derecho queda regulado como uno de los principios básicos del Estado de Derecho; y en los tratados internacionales

⁶ «Any person charged with an offence has the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal».

⁷ «Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law».

⁸ «L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva».

de Derechos Humanos de los que la misma forma parte (Ovejero Puente, 2017: p. 441).

Del análisis realizado hasta el momento de los instrumentos jurídicos citados, se llega a la conclusión de que en algunos de ellos se reconoce la presunción de inocencia como un principio y se regula de esta forma en su contenido. Algunas legislaciones no se refieren a esta presunción de forma expresa, sino que prefieren reconocerla dentro de un conjunto de derechos, como puede ser el caso del Código Procesal Penal de Chile, que la regula en su artículo 5.2. Se incluye en el artículo 4 del Código Procesal Penal chileno que «ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme». La presunción de inocencia solo será desvirtuada por las pruebas presentadas por la parte acusadora. Sustentándose en estas, el Tribunal dictará una sentencia que condenará a la persona que, hasta ese momento, es considerada inocente.

La presunción de inocencia en España está recogida en el artículo 24.2 de la Constitución Española. En palabras del Tribunal Constitucional en su sentencia 31/1981, «ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata». Por lo tanto, a toda persona se le presume su inocencia tras una acusación hasta que no quede demostrada su culpabilidad. Quien acusa tiene que demostrar la culpabilidad del acusado y, por tanto, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte. La carga de la prueba corresponde a quien acusa. En palabras de otra de las sentencias del Tribunal Constitucional, es un «principio cardinal del *ius puniendi* contemporáneo» (sentencia TC 123/1997), configurándose así, junto con el derecho de defensa, como el instituto más relevante de nuestro sistema de justicia penal. Veremos en el apartado de

garantías su conexión con el principio *in dubio pro reo* y otros aspectos relevantes del principio de presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico.

IV.2.2 Sistemas de presunción de culpabilidad.

Respecto a los países donde impera presunción de culpabilidad, parece tratarse de un tema tabú, enmascarado o disfrazado, ya que apenas se ha podido encontrar información explícita que indicara en qué consiste esta concepción y en qué países podemos encontrarlo.

Ante esta situación, en teoría, los sistemas de presunción de culpabilidad se definirían como aquellos sistemas en los que el acusado debe encontrar pruebas de descargo para invalidar la acusación que sobre él o ella pesa y poder resultar absuelto o absuelta. De este modo, sin pruebas fehacientes más allá de una simple acusación verbal de cualquier ciudadano, el acusado vendría condenado. Este sistema deja muy poco margen de actuación al Letrado de la defensa, quien no puede relajarse aun no habiendo pruebas acusatorias en el proceso, al contrario de lo que ocurre en un sistema como el nuestro donde, en tal caso, resultaría absuelto el investigado por falta de pruebas. No obstante, a pesar de lo que hayamos podido entender a través de los medios de comunicación cuando informan sobre alguien (normalmente ciudadano europeo) arrestado y posteriormente condenado sin pruebas en países extracomunitarios, no podemos afirmar que dichos Estados tengan un sistema penal irradiado por el principio de presunción de culpabilidad al no encontrarse expresamente afirmado como tal en ninguno de ellos.

Surge, entonces, el debate sobre si el simple abandono o vulneración sistemática del principio de presunción de inocencia constituye una automática y consiguiente transformación en presunción de culpabilidad. Sobre la base de este punto de vista, parece haber mayor visibilidad de Estados con prácticas propias de sistemas con presunción de culpabilidad.

En el caso de China, tal y como refiere Quispe Farfán, el derecho a la presunción de inocencia fue expresamente eliminado para algunos procesos, a saber, negligencias médicas, patentes, contaminación o ataque a personas por animales domésticos (2004: p. 165).

En lo que concierne a Azerbaiyán, encontramos en prensa⁹ la afirmación de que en el caso en el que una periodista fue encarcelada en dicho país se cometieron violaciones del derecho de la acusada a la libertad y a la presunción de inocencia.

Parece que en México la presunción de inocencia es bastante débil, a pesar de la reforma de 2008, que reforzaba el artículo 20 de su Constitución, sobre presunción de inocencia. Pero, se produjo un retroceso en el año 2011 con la modificación del artículo 19 de su texto constitucional en el sentido de establecer la prisión provisional obligatoria (no excepcional) para los investigados por crimen organizado, violación, homicidio doloso, secuestro, trata de personas, delitos violentos y delitos graves contra la seguridad de la nación. En 2019, se añadieron más causas para las que procede la prisión provisional obligatoria. Aparentemente, esta severidad está más próxima a la presunción de culpabilidad que a la de inocencia (Sarmiento, 2019).

⁹ Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/02/european-court-rules-azerbaijan-imprisoned-khadija-ismaylova-to-silence-and-punish-her/>

Resultan útiles los informes realizados para el Examen Periódico Universal (en adelante EPU) para la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), en los que podemos encontrar que, para el caso de Libia, resulta preocupante la «masiva y sistemática violación de los Derechos Humanos, incluidos ataques indiscriminados en contra de la población civil, ejecuciones extrajudiciales o arrestos arbitrarios». Especialmente los arrestos arbitrarios y ejecuciones extrajudiciales sin garantías procesales de ningún tipo ni valoración legal de la prueba comprometen seriamente el principio de presunción de inocencia y se aproximan a prácticas propias del de culpabilidad (Tenorio Obando, 2015).

En una tesis distinta, hemos podido encontrar que Corea del Norte tiene presunción de inocencia y amplias garantías procesales *pro reo*, a raíz de la implantación de una nueva constitución que protege los derechos y libertades fundamentales (González, 2013: pp. 227-259).

Por nuestra parte, sostenemos que la presunción de culpabilidad como instituto independiente no existe. No hemos encontrado Estados que así lo recojan en sus textos legales. Lo más común es que algunos de los Estados vulneren de forma sistemática el principio de presunción de inocencia recogido en su propio ordenamiento interno o en las normas internacionales aplicables a los mismos.

IV.3 Concepción actual de la acción penal y de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico en su vertiente penal.

Actualmente, en el ordenamiento jurídico español la prueba se concibe como un elemento esencial del proceso, amparado por garantías

constitucionales. En esta materia, puede afirmarse que la acción penal es el punto de partida del proceso judicial, ya que esta acción es la que surge a partir de un delito y supone la aplicación (o no) de una sanción al responsable de acuerdo con lo tipificado en las leyes. No es posible hablar de una relación jurídico-material de naturaleza penal de la que sean titulares activos un particular o el Ministerio Fiscal, por lo que estos no tienen y no pueden afirmar ninguna titularidad de un derecho a la condena del autor del acto tipificado en el Código Penal como delito; el derecho que ellos ostentan es el derecho de acción, ya que el derecho de penar o *ius puniendi*¹⁰ es competencia exclusiva del Estado a través del poder judicial.

En consecuencia, la acción penal no solo se atribuye al Ministerio Fiscal, sino también a todos los ciudadanos, incluso a aquellos que no se han visto ofendidos o agraviados por el delito cometido. El artículo 259 de la LECrim dice así: «el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal, o funcionario Fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo multa de 25 a 250 pesetas».

Así pues, en el ordenamiento jurídico español, la acción penal es una acción pública e incluso, más que una acción, una obligación pública. No obstante, en el supuesto de que el acusador, ya se trate del Fiscal o de un particular, no resulte ser titular de un derecho subjetivo material, la acción no puede concebirse como un derecho a la tutela judicial en el sentido de obtener una sentencia condenatoria y de contenido determinado. En el proceso civil, el

¹⁰ El *ius puniendi* surge de la necesidad social que confiere al Estado la potestad de sancionar los ilícitos penales. «Las leyes penales son el reflejo de una determinada forma de entender la sociedad y el Estado» (Fernández Rodríguez, 1994: pp. 88-89).

actor tiene derecho a que se lleve a cabo todo el proceso y se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto; sin embargo, en el proceso penal no ocurre lo mismo si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Las disposiciones de este precepto no son un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino únicamente a un procedimiento motivado del Juez en la fase de instrucción sobre la calificación jurídica de los hechos.

En el proceso penal no puede hablarse de pretensión en un sentido estricto. Sin embargo, sí es imprescindible la existencia de una parte acusadora que impute unos hechos a una persona determinada y que inste la apertura del juicio oral. De lo anteriormente manifestado puede deducirse la necesidad de que alguien sostenga la acción penal; sin embargo, esta no llegará a quedar vinculada a una determinada pretensión. El hecho de que el ofendido o perjudicado por un delito pueda ejercitar la acción penal en el procedimiento penal español es de gran importancia, principalmente cuando se trata de infracciones penales contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en las que con la acción penal se pretende la defensa de los derechos económicos de las víctimas de estos delitos. Además, en el procedimiento penal también se ejerce la acción civil, salvo que se haya hecho expresa reserva de tal acción o se haya renunciado a la misma. El que tiene la condición de ofendido o víctima de un delito puede intervenir en el procedimiento penal solo como actor civil, sin ejercitar la acción penal y sin actuar como parte acusadora. Pero no hay que olvidar que, para que haya lugar a la responsabilidad civil (reparación del daño e indemnización de los perjuicios), resulta necesario, en teoría, que con carácter previo se pruebe la comisión del delito y la autoría del mismo (artículo 109 del Código Penal). Veremos más adelante una puntualización a lo que acabamos de afirmar.

La responsabilidad civil derivada del delito viene regulada en el Título V del Libro I del Código Penal, en los artículos 109 a 122, 125 y 126. Dicha responsabilidad civil comprende la reparación del daño, la restitución y la indemnización de perjuicios materiales y morales, y deberá motivarse en la resolución o posterior ejecución la base que fundamente la cuantía. De conformidad con el artículo 116 del Código Penal, resultan civilmente responsables las personas que lo sean criminalmente, pudiendo aplicar las reglas civiles de solidaridad y proporción de cuotas. Además, se diferencia entre responsable civil directo y responsable civil subsidiario. De este modo, el responsable civil directo es el reo o -en caso de tener suscrita póliza de seguro en cuyas coberturas se hallare el suceso del que aquel resulta criminalmente responsable- la compañía aseguradora. Respecto a los responsables civiles subsidiarios, son aquellos que responden ante la insolvencia del responsable civil directo. Se configuran como personas civilmente responsables: los padres o tutores, personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, los *jefes* respecto de sus empleados, los titulares de vehículos, el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos (artículos 120 y 121 del Código Penal). Como puntualización a la responsabilidad civil, subrayaremos que «no es necesario que el Juez o tribunal penal condene penalmente a un sujeto para calificarlo de responsable civil directo; en este sentido, desde luego la responsabilidad civil derivada de delito no requiere un *delito*» (Silva Sánchez, 2001: p. 6). Como conclusión a esta referencia a la responsabilidad civil, o tal vez como opinión aportativa, reflexionamos sobre el título V del Código Penal que la regula y que se denomina «de la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales». Visto que no es necesaria, precisamente, la existencia de un delito, nos parece más acertado que el título se denomine «responsabilidad civil derivada de hechos denunciados y de las costas procesales». Para poder afirmar esto, nos viene la

mente, por ejemplo, un supuesto de hecho en el que han ocurrido unas lesiones. En este hipotético supuesto, imaginemos que tenemos la identidad del presunto autor y que interponemos denuncia, reclamando la responsabilidad civil derivada del delito. Durante el enjuiciamiento, el denunciado alega y prueba una eximente de responsabilidad penal, resultando penalmente absuelto. Entonces ¿nos quedamos sin indemnización? Nuestra respuesta es que no, siempre y cuando al menos la existencia de los hechos, que no la responsabilidad penal, hayan quedado probados, ya que las eximentes de responsabilidad penal no siempre desembocan en eximentes de responsabilidad civil. Asunto aparte sería que dicha responsabilidad civil en este supuesto ficticio tuviere que reclamarse por la vía civil.

Tras este breve excurso y volviendo a las nociones sobre la acción penal, desde un punto de vista eminentemente práctico, suele recomendarse que el perjudicado por un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico (ya sea un particular o una empresa) intervenga en el proceso penal desde su comienzo como parte acusadora. El hecho de que así sea le permitirá realizar una serie de intervenciones que, en el supuesto de no encontrarse personado, no podría llevar a cabo. De este modo, el perjudicado podrá intervenir en todas las diligencias de investigación que se practiquen, proponer las que considere oportunas e impulsar el procedimiento penal a través de su abogado. De igual modo, podrá solicitar medidas de aseguramiento, tanto personales (prisión provisional del imputado), como materiales (aseguramiento de la responsabilidad civil mediante fianzas o embargos), instar la apertura del juicio oral y formular escrito de acusación contra los responsables penales y civiles, intervenir en el mismo, así como en la fase de ejecución de la sentencia, en el supuesto de que sea una sentencia condenatoria. En caso contrario, es decir, en el supuesto de que la sentencia sea

absolutoria, el perjudicado que se persone en el proceso penal podrá también recurrir contra la misma.

En síntesis, tras analizar los artículos 100, 101 y 259 a 269 de la LECrim, la acción penal presenta las siguientes características:

1. Publicidad, puesto que corresponde a los particulares y al propio Estado, el cual tiene la obligación de restablecer el orden social perturbado como consecuencia de la comisión de un delito.

2. Oficialidad, dado su carácter público, el Ministerio Fiscal puede actuar de oficio o a instancia de parte.

3. Obligatoriedad, esta característica hace referencia al compromiso del Ministerio Público de ejercitar la acción penal ante la presunta comisión de un delito.

4. Irrevocabilidad, una vez instada la acción penal, únicamente puede desembocar en sentencia firme, la cual será condenatoria o absolutoria. No obstante, también podrá concluir con un auto en el que se declare el sobreseimiento o alguna excepción fundada.

Sin embargo, no existe posibilidad de desistimiento o de transacción, tal y como ocurre en el proceso civil o en los supuestos en que el proceso penal es iniciado de modo privado. La única excepción a ello es la figura del perdón del ofendido en los delitos leves.

5. Indisponibilidad, el derecho de la acción penal es intransferible, es decir, no se puede delegar en otra persona. En el caso de la acción penal pública, esta facultad está en manos del Ministerio Público y en caso de la acción penal privada, corresponde al agraviado o a su sustituto legal.

Hay quienes sostienen que en la actualidad se ha producido una devaluación del derecho de defensa y de la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, Rodríguez Ramos afirma que «existe en

la actualidad un devaluación del derecho de defensa debido a: la persistencia de la figura del Juez instructor, la presión mediática en causas noticiables y la inexistencia de una real y efectiva responsabilidad patrimonial del Estado-Juez y de las acusaciones particulares temerarias» (2016: p. 48).

Este autor sostiene que el Juez instructor es una institución anacrónica, viciada de parcialidad a la hora de garantizar los derechos del investigado, invasora de la figura del Fiscal en algunas ocasiones. En ese planteamiento de parcialidad, el Juez instruye de la mano del Fiscal y, en ocasiones, acuden a medidas de investigación y cautelares no suficientemente fundadas ni proporcionadas, careciendo del control de las defensas, desconocedoras primero de la existencia del proceso y, después, de su contenido hasta que se levante el secreto interno, por lo que ven mermadas sus pretensiones de defensa y de justicia. Rodríguez Ramos utiliza los términos de *sombra alargada del Juez* para referirse a la influencia de sus previas actuaciones de investigación en fase de instrucción sobre la posterior decisión del nuevo Juez que vaya a enjuiciar el asunto. Este autor defiende la idea de que la actuación o líneas jurisprudenciales seguidas en instrucción pueden enturbiar la facultad de libre valoración del segundo Juez:

«La sombra alargada del Juez instructor alcanza también al periodo intermedio y, en algunos casos, incluso al juicio oral. Afecta al periodo intermedio en todos los procedimientos abreviados por imperativo legal, en contraste con la competencia funcional de dicha fase otorgada al órgano enjuiciador en el procedimiento ordinario, prórroga de la competencia funcional que supone falta de imparcialidad del Juez que decide la apertura del juicio oral, al estar contaminado por la instrucción y ser además el auto de su apertura irrecurrible. La sombra alargada del Juez instructor alcanza también a que, el haber sido Juez instructor imprime carácter en el luego juzgador, escorando a los Jueces de lo penal y a los miembros de tribunales de las audiencias hasta el lado de las acusaciones, siendo dignos de especial mención los supuestos de sentencias de conformidad más o menos forzadas» (Rodríguez Ramos, 2016: pp. 49-50).

Las distintas modalidades de finalizar el proceso penal mediante conformidad de las acusaciones y defensas son una oportunidad de economía procesal y de minimizar las consecuencias para el defendido de un delito sin sostenible absolución. Pero esta alargada sombra del Juez instructor, unida al alivio de trabajo que supone para los juzgadores la sentencia de conformidad, a veces les lleva a estimular con su presencia, no siempre pasiva, a las defensas a que acaben aconsejando a sus defendidos que el pacto va a ser más conveniente, aun cuando sea sostenible la absolución o, al menos, unas consecuencias menos gravosas. Vemos aquí que se produce una prevaloración de la prueba sin la utilización de las garantías procesales, prescindiendo incluso del derecho a la presunción de inocencia, puesto que la premisa sería «su cliente es culpable, haga que acepte su pena sin celebración del juicio». Es decir, pese a que en teoría se supone que se es inocente hasta que se demuestre lo contrario, esta práctica de conformidades *forzadas* (Rodríguez Ramos, 2016: pp: 48-53) nos hace reflexionar si con ello se cumple el respeto a la presunción de inocencia en casos como estos. A pesar de ello se puede seguir afirmando que se respeta el artículo 24.1 CE desde el punto de vista de que el acusado tiene derecho a un profesional que le defienda y que previamente haya podido tener acceso a los medios de prueba para poder establecer si son inexistentes o insuficientes o si, en cambio, serían suficientes en el acto de vista para poder condenar a su cliente, caso último en el que se agradece la propuesta y presión del Juez para poder llegar a una conformidad.

En el mismo sentido, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2000: p. 169-170) también vislumbra como un peligro para la salvaguarda de las garantías procesales el hecho de que el juzgado de instrucción sea también competente para decidir sobre las medidas cautelares como la prisión provisional, que califica de graves, importantes e irreparables y estima que tal práctica puede dar

lugar a «contaminación procesal». Este autor sugiere que sería conveniente que otro juzgado distinto adoptare tales medidas cautelares. En relación con ello, el Tribunal Supremo, en su Auto de la Sala Segunda de 31 de noviembre de 1998, se ha ocupado de establecer condiciones para evitar posibles contaminaciones procesales, a saber: respetar en todo momento el derecho de defensa, que las pruebas hayan sido legalmente obtenidas, y evitar cualquier signo de arbitrariedad por parte del instructor en el momento de aplicar el Derecho.

Respecto a la concepción actual de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, simplemente –por el momento- referir que se ubica en un proceso donde rige la presunción de inocencia y que requiere superar cierto nivel (estándar de prueba) para poder destruir dicha presunción. Otro rasgo característico de la misma es que se permite la libre valoración de la prueba y la utilización del razonamiento lógico para tal valoración. De este aspecto trata el siguiente apartado.

V. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.

En este apartado trataremos de identificar los cuerpos legales u otras fuentes donde queda regulada la forma de valorar la prueba y las garantías aplicables a tal valoración en nuestro sistema penal. Además, veremos nociones sobre lógica y sobre valoración desde puntos de vista tanto jurídicos como psicológicos o filosóficos, así como factores o elementos valorados paralelamente junto con la prueba.

V.1 Regulación.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim en adelante) se pueden encontrar los siguientes artículos:

Artículo 717 LECrim: «Las declaraciones de las autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificadas, apreciables como estas según las reglas del criterio racional».

Artículo 741 LECrim:

«El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta».

Artículo 973 LECrim:

«El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la calificación de la falta [delito leve] o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta».

De estos tres preceptos se desprende que en nuestro ordenamiento jurídico está permitida la libre valoración de la prueba, pudiendo el juzgador utilizar su conciencia, sus reglas de criterio racional e incluso hacer uso del libre arbitrio para la calificación del delito o la imposición de la pena; no obstante, no

se trata de una actividad arbitraria ni carente de garantías, como se verá más adelante.

En resumen, respecto de la valoración de la prueba en su vertiente penal, las únicas menciones que en los textos legales se hacen son las de los artículos 717, 741 y 973 de la LECrim. Ante el pobre desarrollo normativo sobre este tema, han sido las jurisprudencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo las que han ido marcando las pautas, garantías y límites de la valoración probatoria.

Destaca la sentencia del TC 31/1981, de 28 de julio, que establece que «el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la LECrim, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia». Esta sentencia también establece límites y garantías a tal valoración, de las que se hablará en el apartado de esta tesis destinado a «garantías».

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia 337/2015, de 24 de mayo, por todas, indica que «el principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de

pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas inculpativas han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental».

V.2 La lógica como elemento necesario para valorar la prueba.

V.2.1 Nociones sobre la lógica.

Vivimos rodeados de información y el proceso penal no es una excepción a esta afirmación. Convive en él diversa información (de cargo o de descargo) y el juzgador tiene el deber de analizar aquella que haya aparecido en el proceso siguiendo las pautas legales y bajo las garantías constitucionales y, por supuesto, motivar su sentencia basándose en tal información. Todas estas informaciones que el Juez percibe a través de los diferentes medios de prueba, o incluso a través de elementos paraprobativos, quedan supeditadas a un proceso de evaluación y control para poder determinar qué parte de esta información se corresponde con la realidad y qué parte no; es decir, ha de diferenciar lo verdadero de lo falso. Aquí cobra especial importancia el análisis lógico.

Para ello, segmentamos las informaciones en premisas o argumentos que, a través de la inferencia, atraviesan un proceso de argumentación para llegar a una conclusión que pasará por el tamiz de la convalidación lógica. Inferir¹¹ se define como: «1. tr. Deducir algo o sacarlo como conclusión de otra cosa. Se

¹¹ Recuperado de <https://dle.rae.es/inferir?m=form>

infiere de su rostro que está contento. 2. [...] 3. tr. desus. Incluir o llevar consigo algo. Las premisas infieren la conclusión». Según Vega Reñón (1987: p. 36), la inferencia es una acción o proceso realizado por una persona para desarrollar el conocimiento a partir de datos, noticias o creencias que ya conoce.

En ocasiones, se puede producir una concepción confusa entre la inferencia real y la inferencia lógica. A eso se le llama equivocación o error y ocurre por no ver, o no querer ver, otras variables contextuales o eventuales que se deben tener en cuenta. Esta obcecación consistente en tomar argumentos aislados puede ocurrir porque, además de las premisas x , y , z , existan otras premisas que hayan quedado excluidas. Solo con todas las premisas necesarias se puede hacer un proceso de inferencia válido para llegar a una acertada conclusión lógica real.

Con todo esto vemos lo importante y peligroso que puede ser el hecho de no poder practicar todas las pruebas en un proceso penal o que alguna de ellas haya podido ser destruida (u otras circunstancias), lo cual podría dar lugar a que queden una o varias premisas fuera del proceso y que el juzgador no pueda valorarlas en su toma de decisión. Ello no quiere decir que el juzgador resuelva a la ligera, ni que el investigado inmerso en un proceso esté en situación de total incertidumbre. Este aspecto ha sido previsto por el legislador, quien ha intentado regularlo de la mejor manera posible, creando garantías procesales como la de presunción de inocencia o *in dubio pro reo*, y también tomando especial consideración respecto de las pruebas que pudieren ser destruidas, ayudando a preservarlas a través de los decomisos o de la prueba anticipada, entre otros mecanismos.

Recordemos que en el proceso penal transcurren argumentaciones y contraargumentaciones sobre los cargos y descargos relativos a una determinada acusación. «La argumentación es una explicación consciente,

parcial y normada de las creencias y pasos determinantes de algún proceso de inferencia» (Vega Reñón, 1986: p. 45). Entonces, es importante poder determinar si una argumentación es correcta o, por el contrario, no. Así, refiere este último autor (1986: p. 46) que:

«La estimación de la corrección, de la fuerza o poder de prueba y de la fuerza o poder de convicción (*cogencia*) de una argumentación no deja de ser contextual y relativa. La corrección depende sustancialmente de la clase de argumentación considerada y del nexo -implícito o explicitado mediante alguna cláusula consecutiva- que creamos reconocer en la secuencia ilativa que liga la conclusión con las premisas».

Pongamos un ejemplo: supongamos que A es un individuo partidario de la lógica y de la matemática. Una tarde, tras discutir con B, A descubre que B tiene unos ideales que se contradicen. El individuo B mantiene que el derecho a la vida es sagrado y considera que los proabortistas son criminales y que todo criminal merece la pena de muerte, por tanto, tal derecho pierde su condición de sagrado. El individuo A concluye: el derecho a la vida es sagrado y el derecho a la vida no es sagrado. En toda argumentación aparece ligado el concepto de inferencia al que ya hemos aludido anteriormente. En tal sentido, el mismo autor concluye que toda argumentación envuelve un proceso de inferencia. Se entiende que una inferencia es correcta y justificada si constituye una razón para asumir una creencia (Vega Reñón, 1986: pp. 52-55).

A fin de aclarar conceptos y términos, resulta necesario tener presente que para poder llegar a un determinado conocimiento se pueden utilizar dos ramas, la ascendente y la descendente, dependiendo de si queremos llegar de lo particular a lo general o viceversa. La lógica deductiva sería aquella que se aplica en la fase descendente (Marcos, 2015). En contraposición, se halla la lógica inductiva, que supone el paso o inferencia de lo particular a lo universal. Mientras que en la deducción «las premisas justifican la conclusión», en la

inducción «la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión» (Díez Calzada, 1992: p. 93). En la valoración de la prueba, generalmente, el proceso lógico-argumentativo será deductivo. Cuando la argumentación es deductiva y con resultado concluyente, ello recibe el nombre de demostración.

Volviendo al término de *cogencia* al que alude el referido autor en la cita anterior, si dicha *cogencia* es irreal, aparente, podemos estar ante una falacia, que es una argumentación incorrecta con apariencia de argumentación correcta. Vega Reñón (1972: pp. 169-179), afirma que hay varios tipos de falacias y realiza su propia clasificación: simples errores, sofismas o intencionales (se aprovecha de la persuasión), formales y lógicas y, por último, lingüísticas, metodológicas e informales. En este sentido, cada autor realiza una clasificación distinta, así, Mixan Mass (1995: pp. 133-141) enumera: ambigüedad, anfibología, falacia *queternio terminorum*, falacia de «afirmar el antecedente», falacia de ignorar la cuestión, falacia de accidente, falacia de accidente inverso, falacia de composición, falacia imaginaria. Al no tratarse este de un estudio sobre psicología sino en un estudio sobre Derecho, no vamos a adentrarnos en describir todos y cada uno de los tipos de falacias desde el prisma de varios autores, ni tan siquiera desde el prisma de uno solo de ellos, pues lo importante es tener clara la noción de falacia (no tanto el tipo exacto de la misma) para poder proseguir con este estudio. Continuamos y pasamos a tratar la convalidación lógica.

Se afirma que «la convalidación lógica corre por cuenta de un sistema lógico o de una clase de sistemas lógicos equipolentes. En dos palabras: es sistemática» (Vega Reñón, 1986: p. 79). En la convalidación lógica trasladada al proceso penal se toman premisas válidas que, encadenadas, forman un argumento. Cada argumento por sí solo o junto con otros da lugar a una hipótesis. En un proceso penal, se analiza exhaustivamente cada hipótesis por el

juzgador. En caso de haber más de una, descarta las menos probables hasta quedarse con la hipótesis más probable. Analiza los elementos de prueba y los contrasta con la hipótesis. Si al final del proceso de contraste sigue teniendo serias dudas, no emitirá una sentencia condenatoria. Si la hipótesis se ha visto desvirtuada, tampoco dictará sentencia condenatoria. Entendemos que la cultura, configuración mental o experiencias previas del Juez le podrían llevar a una predisposición valorativa que enturbiaría una correcta confirmación de la hipótesis, si bien coexisten las garantías procesales para poder evitarlo o minimizar esta posibilidad.

Autores como Gudín-Rodríguez Magariños (2009: pp. 269-290) afirman que puede llegar a existir una «ecuación jurídica básica universal». Para ello se apoya en pensadores como Pitágoras o Newton. Por nuestra parte, sostenemos que no debería existir ecuación alguna al respecto y respetuosamente discrepamos de las afirmaciones de este autor, pues el Derecho no es una ciencia exacta y, a diferencia de estas, no puede contar con una ecuación dada su naturaleza no científica o numérica; sin embargo sería ideal contar con herramientas de este tipo.

V.2.2 Nociones sobre valoración.

El método utilizado en nuestro proceso penal español a la hora de valorar la prueba es el método probatorio de averiguación empírica *ex post facto*. El adjetivo empírico define a aquello que se rige por la experiencia y esta, a su vez, es la forma de conocimiento que se produce a partir de observaciones. Como

sugiere Kant (2005)¹², el delincuente tiene que haber sido hallado culpable (juizado digno de castigo).

Desde el punto de vista del Juez, este requiere de prueba empírica, no siendo suficiente su mera opinión, ni pudiendo tampoco condenar sobre la base de meras presunciones. La acreditación empírica de los hechos debe ser *ex post facto*, ya que no es posible condenar por medio de métodos probatorios anticipatorios o estadísticos, ni por estimaciones o cálculos probables sobre la ocurrencia del hecho antes de que acontezca.

Este proceso empírico se desarrolla limitado bajo las garantías del proceso penal. Esta limitación afecta a los aspectos esenciales del empirismo como método epistémico -en cuanto no se permite saber la *verdad* de los hechos a *cualquier precio* (Vera Sánchez, 2015)- y por medio de una investigación *perpetua* por parte de las autoridades. No obstante, en el caso de prueba ilícita, cuestión que no abordaremos pues daría para otra tesis, hay bastantes razones epistémicas para considerar que una prueba que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales pueda no tener *fiabilidad*.

La función de la norma penal se ve resentida si se hace de ella una aplicación deficiente, con métodos que pudieren no ser válidos. El sistema funciona correctamente si se protege a los inocentes para que no vayan a la cárcel, y si se atribuye la culpabilidad de forma fundada y empíricamente demostrable a los condenados por hechos delictivos. Ello requiere la necesidad de que el proceso penal sea una herramienta absolutamente eficaz de comprobación del delito y de imposición de alguna de las consecuencias

¹² Edición de 2005 basada en la obra original del autor de 1785 *La metafísica de las costumbres*.

delictivas, aun contando con una serie de limitaciones contraepistémicas cuyo fin es la protección de otros intereses (Kant, 2005: p. 166).

Según Larsen (2020: pp. 305-320), existen dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal: el modelo basado en estándares, que permite una amplia libertad tanto para decidir sobre la admisibilidad de la prueba como para valorar la misma y llegar a una conclusión final, y el modelo reglado, caracterizado por sus reglas detalladas y concretas, que dejan poco margen a la libertad de decisión del Juez. Además, este autor trata de analizar cuál de los dos métodos es el más acertado sobre la base de la intensidad con la que limitan, en uno y otro caso, la discrecionalidad del Juez. Larsen ve necesario reducir la discrecionalidad del juzgador para evitar posibles situaciones de error al resolver cuestiones importantes, pero, por otro lado, estima que hay que tener plena confianza en la persona que va a tomar la decisión y en el recto uso que de la libertad de decisión pueda hacer. A su vez, refiere que estas personas decisoras no son «reyes epistemológicos» y que se hace necesario implantar reglas valorativas concretas. En definitiva, este autor parece sostener que no es posible que un modelo conviva sin el otro. En este sentido, nosotros sostenemos que uno de los dos modelos puede predominar pero que el otro debe estar a su sombra, para dar apoyo y consistencia al modelo por el que se opte. En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, en su vertiente penal, predomina el sistema estándar con algunas excepciones sobre prueba tasada.

Centrémonos, pues, en el concepto de estándar de prueba. Se denomina así al nivel de suficiencia y eficacia exigido al método de comprobación empírica *ex post facto*. Este estándar ayuda a determinar si fueron concurrentes los hechos que dan sustento a la *notitia criminis*. Este concepto de estándar de prueba se aplica a otros ámbitos donde resulte necesario regular y distribuir el margen de error.

Transponiendo esta idea de estándar a nuestro ordenamiento jurídico, nos encontramos con que el mismo construye o aporta elementos para la configuración de lo que la doctrina ha denominado como *reglas de juicio*, e intenta asegurar la calidad epistémica del grado de confirmación de la hipótesis escogida o seleccionada como concurrente de entre todas aquellas analizadas (Iacobello, 1997: p. 26). Resulta ello inherente a un proceso que busca la verdad mientras convive con el inminente riesgo de error (Stein, 2005: p. 133).

El estándar de calidad, en cuanto a la premisa fáctica de la sentencia penal, es especialmente riguroso en la jurisdicción penal. La exigencia de que la actividad cognoscitiva del Juez penal se mueva en el ámbito de la averiguación imparcial y la acreditación de la verdad histórica es directamente proporcional a la intensidad en la afección que la sentencia condenatoria proyecta sobre los derechos fundamentales y libertades de la persona condenada. Por esta razón, la validez de la sentencia penal está subordinada a la verdad de los enunciados fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados (Ibarra Robles, 2016: pp. 48-53). Siendo así, tiene sentido que se otorgue al imputado el beneficio de la duda a su favor a fin de salvaguardar la lacra de la posibilidad del error.

Volviendo a la ciencia de la epistemología, nada nos dice sobre qué tipo de grado debe tener la probabilidad de una hipótesis para considerarse verdadera o concurrente, no nos señala qué grado de veracidad han de tener los enunciados probatorios para considerarlos como ciertos para poder sostener una condena penal. De conformidad con Andrés Ibáñez (2016: p. 20), «el método más acreditado para la obtención de saber empírico es el hipotético-deductivo, que consiste en trabajar con hipótesis. Hipótesis que han de ser elaboradas con la información disponible».

El nivel de suficiencia probatoria puede variar, como ya se ha dicho, de una a otra jurisdicción, incluso de uno a otro juzgado. Con ello no queremos decir que haya arbitrariedad, sino que, lo que para un Juez o determinada parte de la doctrina y la jurisprudencia puede ser suficiente, para otro puede no serlo sobre la base de que cada caso es único, cada prueba es única y cada proceso de convicción hacia una u otra postura es también único.

En este sentido, Gutiérrez Romero (2017: p. 41), afirma que:

«El Juez se postula en las sociedades democráticas como un actor institucional que ejerce relevantes funciones públicas desde la ética profesional y en el más estricto respeto a las garantías procesales. Por ello, el Juez debe ser capaz de suscitar confianza pública en la independencia e imparcialidad del poder judicial, y propicia que la justicia sea comprendida no tan solo como una función estatal que se encomienda a los tribunales, o como una condición necesaria de legitimación democrática del Estado de Derecho, sino además como un ideal compartido por las instituciones públicas garantes de la Constitución y por la Ciudadanía. Junto a ello no debe olvidarse que el actual proceso de globalización jurídica en el que nos encontramos exige la concurrencia de un modelo de Juez abierto a los valores inscritos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, debiendo ensayar nuevas formas de impartir justicia y de resolver los conflictos jurídicos, tomando en consideración para fundamentar sus decisiones la tutela de intereses globales y debiendo asumir funciones de árbitro que permita agilizar la respuesta judicial y hacerla más comprensible a los ciudadanos.

[...]

Son tres los elementos de lo que hoy en día es un Juez: poder, el lenguaje y la argumentación. El primer elemento definitorio del Juez deriva del poder que ejerce y se explica en relación con los demás poderes públicos; en segundo lugar, el Juez queda identificado por el lenguaje que emplea; y por último, la argumentación de los tribunales a la hora de adoptar sus decisiones expresa el alcance de la función judicial. Y todos estos aspectos están vinculados al tipo de sociedad donde desempeña sus funciones el Juez, por lo que en una sociedad democrática, el ejercicio del poder, el lenguaje y la argumentación judicial resultan particularmente afectados».

Por tanto, a tenor de lo defendido por este último autor (2017), la misión del Juez es pronunciar su sentencia, es decir, tiene que decidir y se le exige que

motive su decisión; los Jueces deben argumentar, deben tratar de explicar en un lenguaje comprensible y asequible los motivos que les han llevado a adoptar una decisión. La argumentación tiene como destinatarios a la propia sociedad, a los litigantes y, desde luego, a los demás Jueces. De ahí la importancia del proceso de elaboración de una sentencia en cuanto a instrumento de resolución de conflictos. No debemos obviar que el Juez, en el mundo globalizado, es un árbitro garante de la libertad, por lo que su función adquiere una gran relevancia en orden al respeto a la libertad y a la autonomía individual. Este Magistrado defiende que el actual método de interpretación y aplicación de las normas debe sufrir un cambio para lograr configurar unas pautas para la resolución de un conflicto fundada en la conciliación de los intereses en juego.

Del protagonismo de la interpretación literal o gramatical de las normas debe avanzarse hacia una interpretación institucional, basada en la aplicación de los principios que orientan a cada sector del Derecho, donde los criterios teleológicos y el test de la racionalidad mínima juegan un papel importante. En esta difícil labor de sentenciar confluyen diversos elementos, no solo normativos, sino también sociológicos. De un lado, no debemos obviar que cada Juez debe gozar de su *libre albedrío* a los efectos de formar su propia convicción según su prudencia o arbitrio (artículos 717 y 741 LECrim). Ahora bien, este albedrío no puede desbordar sus justos límites, pues, si ello sucede, desembocaríamos en la pura arbitrariedad, es decir, en interpretar y aplicar las normas conforme a particulares convicciones o intereses, lo que provocaría una desnaturalización del juicio para resolver el litigio. También resulta de cierta lógica que cuando la norma a aplicar resulta más clara, concreta o evidente, menor será el albedrío, entendido el término «norma» como cualquier regla para la solución del litigio planteado, desde la norma escrita con su diferente

jerarquía hasta la jurisprudencia pasando por los principios generales de Derecho o la costumbre.

Junto al libre albedrío, otro elemento esencial es la ley. En la búsqueda del sentido de la misma se puede suplir y completar el texto legal para evitar un absurdo, pues es misión del Juez armonizar y hacer viables los preceptos discordantes (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1926). Junto a la ley y al albedrío hemos de resaltar otros dos elementos que el Juez debe tener presente: la razón y el sentimiento. El Juez deberá aplicar las reglas tomando en consideración el criterio humano, o la lógica para decidir; y se servirá de la empatía o identificación con las posiciones o intereses en conflicto. Tanto la razón como el sentimiento pueden ser calificados como el camino para aplicar la ley y el albedrío en consonancia con la línea que defiende Gutiérrez Romero y que compartimos.

Por otra parte, Vallet de Goytisolo, inspirado por Montesquieu, cita textualmente: «es preciso que el hombre se gobierne; y sin embargo, es un ser limitado; está sujeto a la ignorancia y al error, como todas las inteligencias finitas; los débiles conocimientos que tiene los pierde aún; como criatura sensible resulta sujeto a mil pasiones» (1988: p. 22).

Este último autor, en una de sus obras (1988), pone de relieve las opiniones de Elías de Tejada y contempla la existencia del saber instintivo vinculado al ser humano como organismo vivo. Este punto de vista resulta interesante e incluso se puede traer a colación a Santo Tomás de Aquino¹³, quien también refería la existencia de funciones sensitivas propias de los animales y presentes en el ser humano con la peculiaridad de que en este están

¹³ Cuando Inmanuel Kant publicó su *Crítica de la razón pura* (1781) y su *Crítica de la razón práctica* (1788) hacía ya cinco siglos que Santo Tomás de Aquino en su obra *Suma Teológica* (años 1265 y ss.) había ya distinguido entre *ratio especulativa* y *ratio práctica*.

sujetas a su racionalidad. Recordando los dogmas de Santo Tomás de Aquino, el ser humano posee varios sentidos externos cuyo punto central común a todos ellos es el *sentido común*.

De esta forma, Vallet de Goytisolo mantiene que las vías de conocimiento producen consecuencias metodológicas trascendentales. Otra de las observaciones que hace este autor es que, según sus estudios, desde el invento de la letra impresa se tiende a un razonamiento monolineal provocado por el orden de la narración que influye en el idealismo y el subjetivismo. No obstante, la imprenta puede ayudar a conocer la realidad de una forma más amplia y, a su vez, disociar y aislar nuestra percepción causa-forma y causa-fin para someterse a una realidad lógico-formal (1988: pp. 46-47). Además, realiza la siguiente afirmación (p. 73):

«La justicia es un problema que se plantea bajo términos nuevos con ocasión de cada acto humano, y que debe recibir en cada caso una respuesta un poco diferente, puesto que los términos cambian con las circunstancias del acto, los intereses que se ponen en juego e incluso su autor. Ser justo no es sujetarse a la máximas como ser poeta no es seguir las leyes del arte poético, ni compositor obedecer los tratados de armonía y contrapunto».

Tras leer esta cita, vemos el sentido a las diferentes valoraciones de la prueba: no se trata de una arbitrariedad caprichosa, sino de altos niveles de interpretación armónica del Derecho en consonancia con la prueba practicada. Este autor (1988: p. 119) sostiene que el sentido de lo justo puede educarse como otros sentidos y que la aplicación del Derecho se puede definir como la realización de «un silogismo, en el cual es la ley es la premisa mayor y el hecho la menor» y como una labor compleja configurada por la comprensión, interpretación y aplicación.

Rivera Olarte y Rojas Quinayá (2019: p. 5), sostienen que «la lógica y las reglas de la experiencia como elementos de la sana crítica son los más utilizados por los Jueces para llegar a la certeza».

Llegados a este punto, conviene reflexionar sobre qué es exactamente lo que se valora; si, por ejemplo, se podría valorar un determinado olor de algún acusado, el color de su ropa, la velocidad de sus palabras o la nacionalidad. Sostenemos que todo lo que acabamos de nombrar a título de ejemplo, y que pertenecerían a un nivel paraprobatario, trae información que va a ser igualmente descifrada y tenida en cuenta por el Juez; por tanto, sí se podría valorar, supeditando tal operación, por supuesto, a las garantías constitucionales y resto de principios básicos y garantías que ya han quedado explicados en su apartado correspondiente en esta tesis.

V.3 Elementos paraprobatarios.

Hemos acuñado el término de paraprobatario en esta tesis. El prefijo *para* viene del griego (παρά) y se utiliza para hacer alusión a algo que se encuentra al margen de, junto o contra el elemento principal o raíz de la palabra. Por tanto, lo paraprobatario hace referencia a aquellos elementos que no forman parte de la prueba en sentido estricto pero que vienen con ella, junto a ella. Afirmamos que la prueba propiamente dicha es aquella que viene regulada en la LECrim, concretamente en un elenco o listado que las clasifica en documental, testifical, interrogatorio del investigado y pericial. Verbigracia, una prueba propiamente dicha es un documento, del tipo que fuera y su contenido en síntesis, y un elemento paraprobatario de esta prueba es si el documento está arrugado,

manchado de café, escrito con letra demasiado grande o demasiado pequeña y otras circunstancias análogas.

Estos elementos paraprobatórios no pasan desapercibidos para el juzgador y, a pesar de no ser prueba propiamente dicha, serán tomados en cuenta, puesto que acompañan al todo y lo matizan, ayudando (o a veces despistando) para intentar hallar una conclusión respecto del caso que se plantea.

Los pilares básicos constituyentes de los receptores en potencia de elementos paraprobatórios son la formación social de la mente y la cognición social. Ambos pilares harán que la lógica que se aplique pueda variar, puesto que incide cuando se determinan las premisas básicas y en el posterior proceso de inferencia. También referimos que existe lógica anterior y lógica posterior, atendiendo a si entra en acción en el momento de formular las premisas base o si se produce para obtener la conclusión. Ambas se rigen por la lógica en general, ya explicada en el apartado anterior, y se encuentran influenciadas por la formación social de la mente y por la cognición social, que pueden variar de un individuo a otro. Lo que para unos es premisa esencial, para otros pasará desapercibido. Los elementos paraprobatórios se perciben a través de los receptores básicos del siguiente modo:

1. Formación social de la mente: en función de la capacidad cognitiva del sujeto, su nivel de alfabetización, la sociedad que le rodea y su rol en la misma, contará con una u otra configuración mental que le predispondrá a recibir, comprender y seleccionar la información de forma distinta.

2. Cognición social: el sujeto evaluará a otros individuos de su especie en función de lo que perciba en apenas una fracción de segundo. Lo catalogará en grupos, esquemas y categorías, realizará atribuciones,

aplicará heurísticos y tendrá estereotipos predefinidos. También puede hallarse persuadido. Todo ello le puede desviar de un correcto proceso lógico deductivo.

Vistos los receptores, pasamos a ver algunos de los elementos paraprobatórios más comunes:

1. Antecedentes penales no computables: A tenor de lo dispuesto en la LECrim, solo afectarán al investigado a la hora de imponerle una condena los antecedentes penales computables. Sin embargo, se puede atender a los antecedentes penales no computables para tener una idea del investigado. Ello viene recogido en sentencias como la sentencia 167/2006 de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1, Rec. 1731/2006, de 17 de marzo de 2006, que afirma que «si bien es cierto que carece de antecedentes penales computables, no debe obviarse la trayectoria delictiva del mismo [...] como de su conducta elusiva para afrontar el enjuiciamiento motivando el libramiento de requisitorias para su busca».

Por su parte, la sentencia 122/2012 de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1, Rec. 165/2012, de 29 de junio de 2012, establece que «no existiendo antecedentes penales computables, el *quantum* de la pena se ha impuesto teniendo en cuenta la existencia de otras conductas anteriores a los hechos de igual naturaleza que la aquí enjuiciada, no computables penológicamente pero que sin embargo el juzgador ha tenido en cuenta»

2. Acento y cadencias lingüísticas: según el tipo de delito tener uno u otro acento puede ser un punto a favor o en contra del reo o resto de personas intervinientes en el proceso. Respecto a sentencias que hagan alusión a acentos o cadencias lingüísticas encontramos la SAP de

Barcelona, sección 22 24/2016, de 27 de junio o la SAN, Sala de lo Penal, 17/2019, de 28 de mayo.

3. Forma física y complejión: en ocasiones puede resultar decisivo en materia de delitos con fuerza o violencia e intimidación. Las tres sentencias de «La Manada» analizan este aspecto de los investigados y de la víctima.

4. Forma de caminar: un paso firme o un paso poco sólido puede ayudar o despistar cuando se pretenden encuadrar ciertos patrones de conducta en el investigado u otros intervinientes del proceso. Así, en relación con el juicio oral del caso de Gabriel (el menor presuntamente asesinado por la pareja de su padre) encontramos recortes de prensa que valoran de forma positiva para la acusación particular, y de forma negativa para la acusada, el hecho de que la madre entrara a la sala «con paso firme». El subtitular del artículo dedicado al caso publicado en el *Diario ABC* el 30 de septiembre de 2019 afirma que «entró con paso firme a los juzgados y pidió que le retiraran el biombo, quería tener frente a frente a la asesina de su hijo¹⁴».

5. Círculo/rol social del investigado: ejemplo de ello puede ser el caso de Alexandre Rosell. En el auto por el que se acuerda su ingreso en prisión se evalúa de forma muy negativa su pertenencia al mundo de los negocios. Otro ejemplo es el lamentable halo negativo creado en torno a la orientación sexual de Dolores Vázquez.

6. Adjetivos calificativos en prensa, atestados o informes: los adjetivos calificativos empleados cambian la percepción, proceso lógico y conclusión. De este modo, no ha valorado de igual modo quien escribe

¹⁴ Recuperado de https://www.abc.es/espana/abci-reacciones-tras-sentencia-prision-permanente-revisable-201909301527_video.html

«progenitora» que quien escribe «madre», ni tiene el mismo valor lingüístico «la madre de este» que «su madre», ejemplo extensible a otros términos y orden de palabras. De hecho, la reforma de la LECrim de 2015 suprime el término imputado por el de investigado, dada la connotación negativa del primer término, consecuencia de inadecuada utilización del mismo por parte de los medios de comunicación.

La anterior lista de ejemplos de elementos paraprobatório no es *numerus clausus*. Aceptar la existencia de estos elementos supone comprender mejor la diversidad de resoluciones judiciales y la disparidad de pronunciamientos ante supuestos de hecho aparentemente iguales. Pues, como ya se refiere en otro apartado de esta tesis, cada caso es único y cada toma de decisión y su correspondiente resolución también lo es sobre la base de que cada prueba es única y cada proceso valorativo también lo es.

V.3.1 Formación social de la mente

La formación social de la mente nos resulta interesante para comprender en mayor profundidad la diversidad de configuraciones mentales posibles y su influencia en la toma de decisiones. El entorno social, las funciones psicológicas desarrolladas o el nivel de alfabetización del individuo configuran su mente y repercuten en su forma de procesar la información. Sobre este tema destacamos los estudios de Lev Semenovich Vygotsky (1896-1934), psicólogo soviético que ha dejado huella con sus investigaciones sobre la formación social de la mente desde un análisis genético, histórico y cultural del ser humano. A pesar de que el soviético estudió Derecho, no destacó por sus investigaciones

jurídicas, sino psicológicas. Algunos de sus primeros discípulos, y después colegas de la rama de psicología, fueron Luria y Leontiev. En los párrafos venideros se expondrán brevemente algunas de las conclusiones e ideas resultado de los estudios, ensayos y publicaciones de este estudioso que presentan una mayor relación con el objeto central de esta tesis.

Vygotsky presta mucha atención a las funciones psicológicas superiores – en contraposición se encuentran las elementales- desde un punto vista de origen y naturaleza social. Refiere que «no es la naturaleza sino la sociedad la que, por encima de todo, debe ser considerada como el factor determinante del comportamiento humano» (1960: p. 118). También refiere que «esta transición desde una influencia social externa sobre el individuo a una influencia social interna sobre el individuo [...] se halla en el centro de nuestra investigación» (1960: p. 116).

Luria concluyó que existían diferencias importantes entre los sujetos alfabetizados y los no alfabetizados en su uso de procesos de razonamiento abstractos. Sus conclusiones son similares a las de otros investigadores como Olson (1974, 1977, 1980) y Scinto (2008: pp: 222-230) sobre los efectos del desarrollo de la alfabetización en la ontogénesis u ontogenia¹⁵, que es el desarrollo del individuo en términos biológicos.

En palabras de Wertsch (1988: p. 51), investigador de los estudios llevados a cabo por estos soviéticos, «Luria afirmaba que los sujetos con una cierta experiencia en contextos educativos formales eran capaces de utilizar categorías descontextualizadas y afirmaciones, mientras que los sujetos sin ese tipo de experiencia tenían dificultades mucho mayores en este tipo de tareas».

¹⁵ Definición de la Real Academia de la Lengua Española, recuperado de <https://dle.rae.es/?w=ontogenia&m=form>.

Los estudios de Luria y Vygotsky revelaban una importante diferencia entre sujetos alfabetizados y no alfabetizados a la hora de utilizar instrumentos de mediación descontextualizados como el lenguaje. Los sujetos alfabetizados demostraron una voluntad y capacidad de operación con objetos lingüísticos y con una realidad lingüísticamente creada. Eran capaces de categorizar objetos, aceptar premisas y extraer conclusiones basándose únicamente en instrumentos lingüísticos. Los sujetos no alfabetizados no operaban igual, invocaban experiencias prácticas en lugar de lingüísticas en su razonamiento (Wertsch, 1989: p. 52). En el mismo sentido y desde un punto de vista genético, se concluye que:

«los procesos psicológicos humanos deben estudiarse utilizando un análisis genético que examine los orígenes de estos procesos y las transiciones que los conducen hasta su forma final, la génesis de los procesos psicológicos humanos implica cambios cualitativamente revolucionarios, así como evolutivos, la progresión y los cambios genéticos se definen en términos de instrumentos de mediación, algunos ámbitos genéticos deben examinarse con el fin de elaborar una relación completa y cuidada del proceso mental humano y que las diferentes fuerzas del desarrollo operan en los diferentes dominios genéticos» (Werstch, 1989: p. 72).

Así, «toda función psicológica superior atraviesa necesariamente una etapa externa en su desarrollo ya que inicialmente era una función social» (Vygotsky, 1981: p. 162). Este autor realiza una división por categorías de las distintas funciones del habla y afirma que «el sentido de una palabra [...] es el conglomerado de todos los hechos psicológicos que surgen en nuestra conciencia a causa de esa palabra» (1934: pp. 70-194 y 305).

Por su parte, Werstch (1988: p. 94), manifiesta que «un signo es un instrumento para influir psicológicamente en la conducta, tanto si se trata de la conducta del otro como de la propia; es un medio de actividad interna dirigido al dominio de los propios humanos».

Relacionado con ello, podemos encontrar que el significado interiorizado de una palabra o expresión rige todas nuestras reacciones y conductas sociales, e incluso, puede incidir en la valoración del asunto desde un punto de vista probatorio. Según Bakhtin (1984: pp. 181-183), la noción de diálogo abarca mucho más que el proceso de toma de turnos secuenciales por parte de los interlocutores durante la conversación; es aplicable a cualquier fenómeno en el que dos o más *voces* entran en contacto. Las voces pueden corresponder a dos individuos engarzados en un diálogo abierto, a un autor y a un personaje dentro del discurso novelístico, o a la de dos posiciones conflictivas en el funcionamiento interno intrapsicológico. En ocasiones, el ya aludido Vygotsky habló de diálogo interior (1934a: p. 301) y parecía aceptar que el habla interna tiene ciertas propiedades dialógicas, pero Bakhtin las concebía como la esencia del habla interna.

Al respecto, Werstch refiere en uno de sus estudios (1988: p. 238) que «la psicología de Vygotsky contaba con planteamientos muy diferentes al resto. No compartía el marco teórico que aísla la psicología de la interacción social humana, sino que entendía que existe un vínculo inherente entre ellos, esto permite relacionar la psicología del individuo con el contexto sociohistórico».

En sintonía con estas nociones, ya sea en mayor o menor magnitud de coincidencia, Sobral, Arce y Fariña afirman que «los individuos que toman decisiones judiciales, ya sean Jueces o jurados, como personas que son, llegan al juicio con una serie de conocimientos sobre la vida. Estos conocimientos conducen a determinados sesgos o tendencias de juicio» (1989: p. 50). Estos autores mencionan que los antecedentes políticos o sociales del Juez pueden

afectar a las decisiones del mismo¹⁶, (formación social de la mente) así como las variables sociodemográficas del acusado (cognición social).

V.3.2 Cognición social

La cognición social es una rama perteneciente a la psicología social fundamentada en las interacciones con la otredad y cuya influencia ha marcado la evolución del ser humano. El ser humano se desenvuelve en un medio social complejo del que trata de extraer conclusiones y significados en todo momento.

En palabras de Gaviria Stewart y Silván Ferrero, «eso implica comprender, recordar y predecir la conducta de otras personas, elaborar juicios e inferencias a partir de lo que percibimos de los demás, y adoptar decisiones en función de toda esa información» (2013: p. 73). La cognición social se centra en simplificar los procedimientos racionales para procesar información. Para ello, los seres humanos «reducen la información que tienen que procesar, reducen la cantidad de procesamiento necesaria, organizando la información y recurriendo a conocimientos que ya tenemos almacenados y minorando los procedimientos cognitivos necesarios para procesar la información y elaborar juicios» (Gaviria Stewart y Silván Ferrero, 2013: p. 73). En efecto, los constructos de las diferentes dimensiones culturales (Hostfede, 1980), son: individualismo-colectivismo, distancia jerárquica, masculinidad-feminidad, evitación de la incertidumbre y la orientación temporal (largo o corto plazo). Estas dimensiones se corresponden

¹⁶ Afirmación respaldada por otros estudiosos de la materia como Nagel (1962, 1969) o Grossman y Tanenhaus (1969).

con los problemas planteados por el medio social y, según la cultura, el individuo responderá de una u otra forma (Gaviria Stewart, 2013: p. 39).

La mente del ser humano, ante la realidad social, no parte desde cero, sino que cuenta ya con información previa para interpretar el entorno social y extraer conclusiones sobre otros individuos y situaciones. Este conocimiento previo está almacenado y organizado en estructuras cognitivas como los *esquemas* y los *ejemplares*. Antes de analizar estas estructuras conviene perfilar el concepto de categorización. Así:

«El proceso de categorización es automático, se produce nada más percibir el estímulo y facilita el procesamiento de la información al agruparla en función de su semejanza. En dicho proceso se produce el llamado *principio de acentuación* (Tajfel, 1957), que consiste en resaltar las semejanzas percibidas entre los miembros de una misma categoría y las diferencias entre categorías distintas» (Gaviria Stewart y Silván Ferrero, 2013: p. 79).

Llegado el momento de definir los esquemas, diremos que se trata de estructuras cognitivas independientes que representan el conocimiento abstracto que tenemos acerca de un objeto, persona, situación o categoría y que incluye las creencias sobre las características de esos estímulos y las relaciones que se establecen entre dichas características. Los esquemas funcionan como un filtro, se recuerda la información que es consistente con nuestros esquemas y se ignora aquella que no lo es. Los esquemas también guían nuestra interacción social con los demás, como ocurre con las profecías autocumplidas, donde la expectativa se hace realidad gracias al efecto Pigmalión (Gaviria Stewart y Silván Ferrero, 2013: pp. 80-83).

Si los esquemas se refieren a una estructura representativa del conocimiento abstracto, por su parte los ejemplares se refieren a conocimientos previos concretos, como estímulos o experiencias concretas. Se almacenan los

esquemas más relevantes de una categoría, sobre todo cuando no tenemos formado un esquema sobre determinada categoría.

Además de comprender la realidad que rodea al ser humano y poder predecirla, en su vida diaria constantemente aparece la necesidad de hacer juicios y tomar decisiones, para lo cual la información que consigue del medio en muchas ocasiones no es suficiente, y ello obliga a ir más allá de esa escasa información; en otras palabras, a hacer *inferencias*. De acuerdo con el modelo normativo, las inferencias se deben realizar siguiendo una secuencia lógica a través de tres fases sucesivas, a saber: reunir, seleccionar e integrar. Para ello, se recurre a reglas simples que permiten hacer inferencias adecuadas sin sobrecargar el sistema cognitivo, los *heurísticos*¹⁷ o atajos mentales, para simplificar la solución de problemas cognitivos complejos, transformándolos en operaciones más sencillas (Tversky y Kahneman, 1974: pp. 1124-1131).

Dentro de los incidentes que pueden aparecer mientras se aplican los heurísticos, destacan la falacia de la conjunción, que consiste en estimar que la probabilidad de que dos o más eventos o características coincidan es mayor que la probabilidad de cada uno de ellos ocurra por separado; los errores en el heurístico de disponibilidad, que constituyen un error de muestreo al basar las inferencias y los juicios en muestras muy reducidas, correlación ilusoria o sobreestimación del grado en que están conectados dos sucesos y sesgo de positividad, que es la tendencia a prestar más atención a la información positiva que a la negativa; y el pensamiento contra fáctico, que consiste en buscar alternativas a hechos o circunstancias pasadas o presentes; causa sentimientos

¹⁷ En este sentido véase también la teoría *fast and frugals* de Gigerenzer, Czerlinski y Martignon en Gigerenzer, Gerd, Czerlinski, Jean y Martignon, Laura, "How good are Fast and Frugal heuristics?", en Elio, Renée (ed.), *Common sense, reasoning and rationality*, Oxford University, New York, 2002, pp. 148-173.

de frustración, pena o, por el contrario, de motivación y superación (Gaviria Stewart y Silván Ferrero, 2013: pp. 89-92).

Lo habitual es realizar este trabajo cognitivo de forma automática, no del todo consciente e incluso sin tener control de los procesos; sin embargo, si están presentes la motivación, el tiempo y la capacidad suficientes, es posible que el procesamiento sea más controlado. Actualmente se considera que los factores emocionales y motivacionales pueden influir en los procesos cognitivos y que los procesos cognitivos pueden verse influidos por el estado de ánimo. En el proceso de inferencia social influyen las estructuras mentales del perceptor, sus experiencias, emociones, motivaciones y valores.

Llegados a este punto, aparecen los procesos de percepción social y de atribución. La percepción social es «el proceso por el cual recibimos, seleccionamos e integramos la información nueva que nos llega de los demás para formarnos una impresión de alguien cuando lo vemos por primera vez [...] constituye el paso previo a los procesos de atribución», que son parte de la cognición social, y «se refieren a las inferencias que hacemos a partir de lo que percibimos en nuestro entorno social y a los juicios que elaboramos sobre el porqué de esos sucesos; [...] se emplea para describir las explicaciones que se dan sobre las causas de las actuaciones de las personas» (López Sáez, Gaviria Stewart y Morales Domínguez, 2013: p. 117).

Las características esenciales de la percepción social son su selectividad y su carácter activo. El carácter activo de la percepción social se refiere a que las personas clasifican la información obtenida y la elaboran para generar y desarrollar estructuras cognitivas (esquemas, ejemplares, categorías). Tenemos dos elementos clave en la percepción social:

1. Conducta no verbal: en un primer contacto social con otro individuo lo primero que se percibe, después de su aspecto físico, es el

lenguaje no verbal. El lenguaje no verbal está socialmente aceptado como fiable y auténtico, sin perjuicio de que sea posible ocultar o aparentar emociones. Los individuos también poseen el esquema del mentiroso. Por lo tanto, en el momento en que su expresión facial, postura, mirada, forma en que se mueve o distancia que mantiene con nosotros no representen en conjunto una misma emoción o emociones conexas, se detectará la mentira, adoptando una actitud reticente y extremadamente analista respecto de dicho individuo.

2. Formación de impresiones: principalmente existen dos modelos de formación de impresiones: configuración gestáltica y combinación lineal. La configuración gestáltica fue acuñada por Asch (1946: pp. 1231-1240) a través de un experimento con un grupo de trabajadores. El experimento consistía en anunciar a este grupo que un nuevo compañero desconocido iba a incorporarse. Se les facilitaba una primera lista con características del sujeto donde algunas se contradecían entre sí. Después se les daba una segunda lista con más características del sujeto, algunas de ellas contradictorias con otras de la primera lista. El resultado del experimento mostraba que los individuos descartaban las características de la segunda lista que no se ajustaban a las de la primera. Respecto de la primera lista las conservaban todas, incluso si se contradecían; simplemente matizaban el concepto de la característica para que pudiera convivir con el resto de la lista primera, siendo ello un conjunto. Aquí vemos la importancia de la primera impresión y de lo fuertes que pueden anclarse en nuestro sistema cognitivo. Frente al planteamiento de Asch, surge la combinación lineal, acuñada por Anderson (1981). Mientras que la anterior configuración de Asch daba connotaciones diferentes a los resultados de las combinaciones de características, la combinación lineal le dará connotaciones positivas o

negativas, no simplemente diferentes, y esta connotación dependerá del carácter positivo o negativo de la característica secundaria. Parte de la base de que todos los rasgos tienen un valor y asigna una proyección numérica a cada uno de los rasgos, pudiendo ponderarlos numéricamente y obteniendo resultados con signo positivo o negativo. La combinación lineal ofrece un mayor abanico de posibles resultados.

Los factores que influyen en la percepción social son factores asociados al perceptor (capacidad, metas objetivos y motivaciones), factores asociados a la persona percibida (capacidad de manejo de la impresión, auto ensalzamiento, *self-handicapping*) y factores relativos al contenido de la percepción (orden de aparición, efecto de primacía). Según López Sáez, Gaviria Stewart y Morales Domínguez (2013: p. 131):

«En nuestra cultura, fundamentalmente nos fijamos en tres aspectos: la apariencia física (a partir de la cual categorizamos a los demás en tres dimensiones: edad, sexo, y grupo étnico), la conducta (verbal y no verbal) y los rasgos de personalidad [...]. La apariencia física es muy útil para determinar la categoría social de la persona, pero tal vez no lo es en la misma medida para adivinar su estado emocional o sus intenciones, que podremos detectar mejor a través de su conducta no verbal».

En lo que respecta a la atribución social, se define como la explicación sobre el porqué de una acción o de un suceso y es básica para la predicción y el control de nuestro entorno (López Sáez, Gaviria Stewart y Morales Domínguez, 2013: p. 131). Para poder entender cómo se hacen las atribuciones destacamos tres modelos explicativos. El primero de ellos es el análisis ingenuo de la conducta, de Fritz Heider (1958), que sostiene que «las personas actúan como psicólogos ingenuos que construyen teorías del sentido común sobre las causas del comportamiento humano. Por ese motivo Heider distingue entre dos tipos de atribuciones: internas y externas a la persona» (*apud* López Sáez, Gaviria Stewart y Morales Domínguez, 2013: p. 135). Según el perceptor califique la

atribución como interna o externa, la conclusión que extraiga podrá ser totalmente diferente. Para llegar a una atribución personal sobre la conducta se tendrá en cuenta la intención del actor, su capacidad para realizar la acción y el esfuerzo empleado para ejecutarla. Sobre la base de ello, Heider diferencia diferentes niveles de atribuciones internas: asociación, causalidad simple, previsión, intencionalidad y justificabilidad. El segundo de los modelos es el de la teoría de las inferencias correspondientes, que trata de explicar cómo se llega a la conclusión de que una conducta se corresponde con alguna disposición interna del actor, deja de lado el proceso que lleva la atribución de causas externas para centrarse en las inferencias sobre las características de la persona que puedan haber originado la acción (López Sáez, Gaviria Stewart y Morales Domínguez, 2013: p. 135). Según esta teoría, para realizar las inferencias correspondientes, además de seguir cierta lógica, hay que tener en cuenta qué efectos exclusivos o inesperados tiene el comportamiento observado en comparación con otros comportamientos alternativos, la frecuencia y deseabilidad social de los efectos de la conducta, la relevancia irónica de la acción para el perceptor (es decir, si tiene consecuencias positivas o negativas para el observador) y también hay que tener en cuenta el personalismo de la conducta. El tercero de los modelos es el de covariación y los esquemas causales de Kelley (1967: pp. 192-238, 1972: pp. 151-174). Este modelo analiza qué tipo de información se utiliza para llegar a una atribución causal desde un punto de vista científico. No nos vamos a detener en este modelo, ya que su enfoque científico nos puede desviar del punto de mira principal de esta tesis. Es posible que haya sesgos en el proceso de atribución como el sesgo de correspondencia y error fundamental, la asimetría en las atribuciones del actor y del observador, los sesgos favorables al yo o el efecto de falso consenso. Las atribuciones o explicaciones que el ser humano da sobre su propia conducta o la conducta de otros, tienen consecuencias que pueden ser analizadas desde el

punto de vista de la teoría atributiva de Weiner sobre atribuciones, emoción y motivación, y desde el de atribuciones y relaciones sociales.

Por su parte, la *persuasión* es el cambio de actitud producida a través de una comunicación con la intención de influir (Petty y Cacioppo, 1986). Los componentes del proceso de persuasión son: la fuente -donde influyen la credibilidad y el atractivo de la misma-, el contenido del mensaje, el canal, el receptor -donde influyen la necesidad de cognición, necesidad de consistencia, necesidad de valía personal o necesidad de aprobación social -y el contexto- donde influyen la licitación, el estado de ánimo, y las advertencias sobre las intenciones-. En consonancia con la línea seguida, se puede afirmar que la decisión judicial, que puede ser emotiva e irracional al basarse en una intuición para la que es decisiva la personalidad del Juez, su modo de reaccionar y sus prejuicios (Vallet de Goytisolo, 1988: p. 259). Como complemento a ello, Frank, en estudios que se adentran en otras ramas puramente psicológicas o terapéuticas, refiere que la persuasión puede incluso llevar a la curación (1961) y que la psicoterapia puede ser realmente un placebo (1983: pp. 291-292). Trasponiendo estas ideas al campo del Derecho, podemos afirmar que la persuasión puede llegar a tener un alto poder en la convicción del juzgador y que puede cambiar o influir en sus emociones y en su modo de razonar.

Para poder entender cómo procesa el receptor la información que recibe de los distintos componentes, debemos atender a la teoría de la respuesta colectiva, al modelo heurístico y al modelo de probabilidad de elaboración. La teoría de la respuesta colectiva afirma que los receptores del mensaje persuasivo procesan de forma activa la información. En contraposición tenemos el modelo heurístico, según el cual «la exposición a mensajes persuasivos pocas

veces origina un procesamiento»¹⁸. Por último, el modelo de probabilidad de la elaboración sostiene que los mensajes pueden llegar a persuadir a través de la ruta del pensamiento central o de la periférica.

Sobral Fernández y Prieto Ederra (1993) refieren que «las personas no dejan aparcados sus conocimientos previos antes de entrar en la sala de justicia, y que estos actuarán como guías de su interpretación del testimonio, que no tendrá lugar de una manera «fría» y «objetiva» (p. 399). Estos autores (p. 404), en lo que respecta al heurístico de la persuasión sostienen que es plausible que los individuos que empleen este heurístico tiendan a creer más a quien manifieste un testimonio más detallado, con independencia de cuál sea la información a que se refieran los detalles, así, según este heurístico, quien presta una declaración más detallada lo haría porque recuerda mejor la situación y, en consecuencia, resultará más creíble. También aprecian que la valoración, tanto por parte de legos en Derecho como por parte de profesionales de la justicia, de la credibilidad del testimonio en el caso del testigo se ve influida por su seguridad y que la presencia de dudas o vacilaciones se asocia con falta de credibilidad (Sobral Fernández y Prieto Ederra, 2003: p. 170).

Los *estereotipos* son creencias sobre las características que poseen un conjunto de personas derivadas, simplemente, de su pertenencia a un determinado grupo o categoría social (López Sáez y Cuadrado Guirado, 2013: p. 418). Los estereotipos se aprenden desde edades tempranas y se mantienen y modifican con el proceso de socialización. Para evaluar el contenido cultural de los estereotipos se utiliza *la medida de los estereotipos*. Los métodos más

¹⁸ Gaviria Stewart (2013) en su obra relata los resultados de los estudios de Chaiken publicados en 1980, 1987 y de Eagly y Chaiken publicados en 1984.

utilizados para esta medida de los estereotipos son la lista de adjetivos, la estimación de porcentajes, la razón diagnóstica y diferencial semántico, entre otros.

Dentro de los estereotipos, uno de los más compartidos en todas las culturas es el estereotipo de género. Según López Sáez y Cuadrado Guirado, «los estereotipos de género son un conjunto de creencias compartidas socialmente referidas a rasgos de personalidad, roles, características físicas y ocupaciones que se aplican a hombres y mujeres de forma diferencial y generalizada y que tienen dos dimensiones que cumplen funciones distintas y que da lugar a conductas discriminatorias a través de procesos diferentes» (2013: p. 444).

En palabras de Cigüela Sola (2020: p. 11), «la utilización del derecho penal no sólo refuerza la polarización y la identificación del enemigo, también afianza determinados estereotipos. Estereotipar implica asignar determinadas potencialidades -en este caso peligrosidad- a personas no en virtud de sus acciones concretas sino de rasgos de su identidad o personalidad, tales como el género, la raza, la vestimenta o las creencias» y añade que «estos estereotipos permiten identificar la peligrosidad de determinadas personas sin necesidad de reparar en sus acciones o de atender al contexto y a factores complejos».

Todas estas nociones psicológicas van a estar presentes en la valoración de la prueba, especialmente en la de testimonios. Nuestro sistema penal, plenamente consciente de la mente humana, de la naturaleza biológica de todo ser humano y de esta realidad cognitiva, configura la valoración de la prueba como libre, lógica y racional a través de los artículos 717 y 741 de la LECrim, tal y como hemos visto en el apartado anterior. A continuación veremos cómo influyen tanto la formación social de la mente como la cognición social en el proceso penal.

V.3.3 Influencia de la formación social de la mente y de la cognición social en la valoración probatoria.

Sostiene Ollero Tassara que puede haber «casos iguales, sentencias diferentes» (2016: p. 10). Ciertamente es que ello puede ocurrir en la práctica; sin embargo, no compartimos la idea de Ollero Tassara de que sean «casos iguales» y de que haya sentencias diversas, ya que estimamos que, en el proceso interpretativo, realmente, no hay dos procedimientos iguales, habida cuenta de que hay otros elementos que son valorados de forma paralela a la prueba (sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987). El Juez puede sentir emociones tanto positivas como negativas, pues su mente consciente e inconsciente está recogiendo información del sujeto a enjuiciar incluso antes de que mencione palabra alguna o haga su aparición en el proceso.

Con ello vemos que cada caso tiene su sentencia, más favorable o menos, si la comparamos con otros supuestos de hecho similares; pero será la suya, la que le corresponde. Incluso en la jurisprudencia de los altos tribunales, como nuestro Tribunal Supremo, vemos cómo estos pueden sentar jurisprudencia dictando tres o más sentencias sobre supuestos similares y con un mismo tenor, y cómo en unos meses o escasos años pueden volver a dictar otras tres sentencias nuevas con un sentido diferente a la anterior línea interpretativa, sentando nuevo criterio. Un ejemplo de ello es la línea argumental y criterio seguido respecto a los gastos hipotecarios, que han sido cambiados en varias ocasiones. Así, el abanico para resolver es tan amplio que podría interpretarse como un signo de vaguedad el que dos casos iguales tengan la misma sentencia. Por tanto, que dos supuestos parecidos no se resuelvan del mismo

modo, a nuestro parecer, es una manifestación de las garantías procesales y no de arbitrariedad. Cabe destacar que, a pesar de lo dicho, no hay casos idénticos, aunque tal vez parte del fondo material sí lo sea. Cada caso es único y su prueba también lo es. Además, aparte de la típica prueba (documental, pericial), hay otros elementos que son valorados de forma paralela a la prueba, los ya mencionados paraprobatarios. Algunos de estos son el lenguaje corporal, circunstancias personales (edad, sexo, raza, complexión), nivel de decodificación interpretativa del juzgador o impacto mediático. Todos ellos se erigen sobre la cognición social y formación social de la mente anteriormente comentados.

Traemos a colación en este punto una serie de conjeturas realizadas por el Magistrado A. Garcías. Su Señoría fue entrevistado el 25 de marzo de 2010 por el *Diario de Mallorca*¹⁹ sobre cómo detectar la mentira en el marco de las V Jornadas de la Universitat de les Illes Balears sobre Evaluación y Tratamiento Psicológico, centradas en crímenes violentos. Él cree que es importante ir bien vestido, ser físicamente agraciado, ir relajado y mostrarse seguro y extrovertido: «si se dan todas estas circunstancias, la capacidad de persuasión del testimonio es mayor». El Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma enumeró distintos estudios psicológicos que dan pistas sobre de quién puede uno fiarse más y de quién menos cuando está dando su testimonio ante un Juez o un investigador. Aunque, eso sí, lo primero que aclaró es que «no existe una varita mágica que nos diga quién dice la verdad y quién no». Recordó, además, que «no solo puede mentir el denunciado, también puede mentir la víctima o los testigos; existe la denuncia falsa y el falso testimonio». Es decir, que la mentira consciente o la imprecisión y ambigüedad inconsciente (que puede derivar en mentira) puede estar por todas partes. Garcías se centró sobre todo en víctimas

¹⁹ Recuperado de <https://www.diariodemallorca.es/mallorca/2010/03/24/claves-resultar-creible-juicio/556449.html>.

y testigos y partió de la base de que al acusado «le interesa mentir». El ponente señaló que en los juzgados se cuenta con la asistencia de psicólogos en varias fases del proceso; aunque, como se apresuró a aclarar, en los casos de delitos fiscales no intervienen porque el papel de víctima y el de testigo lo ocupa el Estado. Con los delitos que implican violencia, testigos y víctima son personas físicas y es ahí «donde la psicología hace sus estudios para ver si son de fiar sus testimonios». Lo primero a tener en cuenta es que la mente humana «condensa los hechos vividos, los esquematiza y luego va añadiendo». Por otro lado, no hay que olvidar que la ansiedad y la memoria no son buenos compañeros. Por un lado, «cuando presenciamos algo que se sale de lo normal tenemos más memoria para recordarlo y lo podremos relatar más veces», pero si ha habido violencia la capacidad de prestar atención disminuye, con lo que si luego tenemos que explicarlo es posible que olvidemos detalles. Si ha habido armas de por medio, es probable que la víctima haya focalizado su atención en ella y tenga más dificultades en reconocer al asaltante. Al describir al agresor, y si este pertenece a algún grupo concreto (por nacionalidad, por ejemplo), víctima y testigos pueden verse influenciados por los tópicos que rodeen a ese grupo. Si transcurre mucho tiempo entre los hechos y el juicio, y si además el sujeto ha repetido ya varias veces su declaración, es más que probable que se produzcan contradicciones que resten credibilidad (sentencia TS, Sala de lo Penal, Sección 1, 3/2015, de 20 de enero).

La cognición social, presente inevitablemente en todo proceso penal, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Hasta 1946, con los estudios de Asch, solo se atendía a la cognición social como una sola y única, sin diferenciar si era una percepción de cosas o de personas. Asch (1946) comienza a diferenciar ambas percepciones sociales, pues entiende que si lo percibido no es un objeto, sino un ser humano, este genera estímulos que intervienen en la tarea de

percepción. Ya en 1958, con la corriente *New look in perception* acuñada por Bruner (1958), se añade que el sujeto percibido puede generar estímulos y que el propio sujeto perceptor con sus estados y disposiciones también va a influir en ese proceso de percepción. De este modo, se convierte en algo bilateral. Yendo un paso más allá, la teoría del *transaccionalismo* (Cantril, 1948; Ittleson, 1960; Kilpatrick, 1961) apunta que las experiencias pasadas y nivel de aprendizaje del perceptor influyen sobre sus conclusiones en materia de percepción social. Otros autores como Secord y Backman (1964), Rodrigues (1972) y Moya (1994) diferencian entre factores que derivan del perceptor, factores que derivan del sujeto percibido, factores que derivan de la situación y contenido. Ejemplos de la primera naturaleza de estímulos son las necesidades, motivos, metas, expectativas, grado de familiaridad o conexión emocional con el sujeto observado. Es posible que el perceptor haya generado una hipótesis preconcebida del sujeto observado que finalmente se vea confirmada, aunque la misma sea falsa (el ya mencionado efecto Pigmalión). La segunda naturaleza de estímulos puede acarrear confusión, engaño o manipulación. Por último, la tercera naturaleza de estímulos puede propiciar los efectos de primacía o recencia (De Elena y Peña y Arana Martínez, 1997: p. 169), a saber, que la primera impresión pese más que la última o viceversa, respectivamente.

De la Peña Velasco (2005: p. 117) expone que resultan bastante prácticas para un Letrado las aplicaciones que pueden llegar a tener las variables que afectan a «la percepción de la realidad social, los estereotipos, los prejuicios, los componentes cognitivos y afectivos de las actitudes, los criterios de atribución de la causalidad, las variables involucradas en la toma de decisiones» y cita como ejemplo de ello «la actitud ante el riesgo, los elementos involucrados en el proceso persuasivo, la disonancia cognitiva, la importancia de la deseabilidad social como factor a valorar en la toma de decisiones en grupo, etc.».

Como ya hemos visto en otro apartado de esta tesis, la cognición social causa la formación de impresiones, que por supuesto también se pueden formar en el proceso penal y para valorar la prueba. Según Moya (1994: p. 99), la formación de impresiones es «el proceso por el cual se infieren características psicológicas a partir de la conducta, así como de otros atributos de la persona observada, y se organizan estas inferencias en una impresión coherente». Volviendo a los estudios de Ash de 1946, traemos a colación la *hipótesis de la centralidad* de este autor. Según la misma, la impresión global es el resultado de la fusión de las características que el observador recibe del sujeto percibido; una o varias de las características se configuran como central o centrales y el resto como periféricas, de modo que las primeras ejercen enorme peso sobre las segundas. Para comprender esta hipótesis explicaremos uno de los experimentos realizados por Asch consistente en dar a dos grupos de personas la descripción de un mismo individuo, a saber: inteligente, hábil, trabajador, decidido, práctico y prudente. Para el primer grupo de perceptores añadió la característica de «afectuoso», y para el segundo grupo la característica de «frío». Ambos grupos tomaron sendas características como centrales, siendo el resto del elenco de características periféricas y dando lugar a percepciones muy dispares sobre el mismo sujeto (de Elena y Peña y Arana Martínez, 1997: pp. 178-179). Cuando las primeras impresiones están regidas por un estereotipo, tenemos tendencia a hacer inferencias únicamente sobre la base de su categoría social y a ignorar información de los rasgos individuales que vayan contra el estereotipo. Como consecuencia, grabamos información de la persona de manera selectiva o inexacta, manteniendo así nuestro estereotipo inicial.

En este momento nos vemos obligados a realizar la siguiente reflexión: ¿qué ocurre con la novedosa mascarilla? ¿Puede esto ocasionar pérdida de información en el proceso de cognición social? ¿Favorece o perjudica al reo? A

nuestro parecer estas preguntas no tienen una respuesta única, así que expresaremos nuestro punto de vista basado en las afirmaciones y conclusiones extraídas a lo largo de esta tesis. Pues bien, la mascarilla se ha instaurado de forma reciente para prácticamente todos los ámbitos de la vida cotidiana del ciudadano de a pie, sin fecha de expiración clara por el momento. Así, en los juzgados se exige el uso de mascarilla, también al reo en su declaración o en el juicio oral. Es innegable que la zona de la cara que cubre este elemento higiénico comprende multitud de músculos faciales y que puede causar que quien escucha y observa no pueda percibir los gestos que el locutor esté realizando en el área facial cubierta. Además, afecta al volumen y tono de voz que suena con un mayor vibrato y más turbio, siendo habitual que el juzgador interpele en varias ocasiones al locutor al no haber podido entender de forma clara lo que aquel haya pronunciado.

A este respecto, un artículo de la BBC²⁰ ha afirmado que el uso de mascarillas puede afectar a la interacción social y a la parte emocional y que afecta al funcionamiento de las neuronas espejo, conocidas como las células de la empatía. Sin embargo, sostenemos que los ojos siguen descubiertos y que el resto del lenguaje corporal, como la postura o el movimiento de manos, sigue intacto. A ello añadimos que, igual que puede ocurrir con un individuo que al perder un sentido agudiza los demás, el hecho de no poder observar la gesticulación de la zona boca-mejillas puede potenciar la una mayor atención por parte del sujeto perceptor a otros gestos producidos por otras fuentes expresivas y, finalmente, acabará por aplicar el proceso de formación de impresiones y la formación de esquemas y grupos sobre la base de esa otra información. Incluso, es posible que el estado, color, diseño u otras

²⁰ Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52856765>, publicado el de 2 de junio de 2020.

características de la mascarilla aporten más información que pueda llegar a suplir, en parte, aquella perdida por el cubrimiento.

Volviendo al terreno valorativo penal y en lo que respecta a la prueba y los elementos paraprobatórios, la predisposición del juzgador para valorarlos de una u otra forma tiene que ver con la formación social de su mente que afecta a la información que percibe del objeto o individuo a percibir (que a su vez puede generar estímulos en el Juez/perceptor). Circunstancias tales como a qué colegio fue de pequeño, dónde ha viajado y con qué frecuencia, cuántos libros no jurídicos ha leído, saber jugar al ajedrez o a juegos de mesa complejos y aspectos similares pueden traer como consecuencia que, lo que otro compañero tome como premisa imprescindible, para este juzgador no tenga la más mínima relevancia, o viceversa. También puede variar el modo de realizar la inferencia.

V.4 Garantías.

Antaño, el Tribunal Supremo español amparaba una libertad del Juez sin límites para tomar una decisión sobre los hechos enjuiciados, mas esta situación cambió hogaño con la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio. Desde ese momento, el Tribunal Constitucional establece la obligación de los juzgados y tribunales de motivar la sentencia con la valoración de la prueba y señala que «en conciencia o según conciencia» no se refiere al criterio íntimo del juzgador, sino a una necesaria apreciación lógica de la prueba con pautas y directrices de rango objetivo (Barona Vilar, 2017a: pp. 299 y ss.).

Analicemos pues, brevemente, cuál era la realidad jurídica anterior a esta sentencia y el contexto histórico y circunstancial en el que fue dictada. Recordemos que unos años antes a la existencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio, imperaba la dictadura franquista, carente de garantías procesales complejas como las que se pueden tener hoy en día. Sin duda eran otros tiempos, donde el Juez dictaba una resolución sin necesidad de dar explicaciones acerca de las razones de tal decisión y sin posibilidad de las partes de recurrir ante el Tribunal Constitucional, órgano que no existía. Ello podía suponer una mayor agilidad para dictar sentencias, pero también dejaba la puerta abierta a un gran riesgo: la arbitrariedad absoluta. Si el Juez no había tenido la oportunidad de poder valorar correctamente una prueba, cabía el riesgo de poder ser dictada una sentencia injusta.

Volviendo a la contemporaneidad, después de aquel reciente régimen dictatorial, España sufrió una serie de cambios. Tornó a tener un monarca al frente, se consagró como Estado Social y Democrático de Derecho y proclamó una Constitución en 1978 que estableció las raíces de las garantías procesales penales actuales -entre otros aspectos- y gracias a la cual se puede crear el Tribunal Constitucional. Pocos años después, se dictó por parte del Tribunal Constitucional la referida sentencia donde explica que la libre valoración de la prueba del artículo 741 LECrim debe estar siempre amparada por los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* y refiere a su vez que, para poder tumbar estos principios, es necesaria una mínima actividad probatoria practicada con todas las garantías procesales; de lo contrario se vulneraría el artículo 24.1 CE (Martínez García-Donas, 2018: pp. 358-360).

La sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 dice así:

«Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho

fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal como ha precisado este tribunal en reiteradas sentencias. En este sentido la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter *iuris tantum* ha quedado desvirtuada. Esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del tribunal de instancia y la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso.

3. El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 de la LECrim, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por lo tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 de la L. E. Crim., son "las pruebas practicadas en el juicio", luego el tribunal penal solo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (*secundum allegata et probata*)».

Recordemos que la prueba se valora utilizando el ya mentado método de averiguación empírica *ex post facto*, utilizando las reglas de la sana crítica, la lógica y la libre convicción. Este proceso, o conjunto de procesos, se desarrolla limitado bajo las garantías del proceso penal, en cuanto no se permite saber la verdad de los hechos a cualquier precio. En palabras del profesor Vera Sánchez (2015: p. 18), «aunque el hecho se haya producido, si no se prueba, no se puede atribuir al sujeto señalado como autor consecuencias penales por su acaecimiento». Por su parte, la libre convicción supone «desplazar el juicio sobre la prueba del campo jurídico al de la epistemología, que es la que brinda las claves culturales y de método aptas para operar en la adquisición de conocimiento empírico. En distintas etapas históricas se ha pretendido evitar la direccionalidad del Juez, como ocurrió en las ordalías o como ocurrió con las

reglas legales de abstracta valoración de las pruebas, ambos intentos fallidos (Andrés Ibáñez, 2016: p. 18).

Como ya se ha referido, la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico viene recogida en el artículo 24.2 de la Constitución Española y se configura como una garantía del proceso elevada a derecho fundamental que «vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata» (sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio). El aludido artículo de la CE plasma que «asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

El principio de presunción de inocencia está muy ligado al principio *in dubio pro reo*, otra de las garantías del proceso, y en ocasiones se pueden confundir. Hasta 1989 se concebía este principio del beneficio de la duda como una manifestación más o una garantía añadida al principio de presunción de inocencia y no como un principio distinto y autónomo. En dicha fecha, con el dictado de la sentencia del TC 44/1989, de 20 de febrero, ambos principios se deslindan. Esta diferenciación parece no convencer a Andrés Ibáñez (2020: pp. 75-101), quien opina que la distinción jurisprudencial de ambos principios es inadecuada y que no existe autonomía conceptual, ya que si existen dudas no podría venir destruido el principio de presunción de inocencia.

En contraposición, afirma Tomé García (1999: p. 498), no deben confundirse ambos principios. El primero, *in dubio pro reo*, pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria y se aplica cuando, habiendo prueba, existe una duda racional sobre la concurrencia de los

elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Mientras que la presunción de inocencia adquiere su eficacia cuando existe falta absoluta de pruebas, o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales. En consecuencia, se presume inocente a todo acusado hasta que se practiquen las pruebas correspondientes y estas indiquen su culpabilidad. Solo mediante la sentencia condenatoria del Tribunal competente, la persona se convierte de inocente a responsable penalmente.

El dudar, de acuerdo con Aguilar López (2015: p. 24), implica que el ánimo del juzgador se encuentra incierto entre dos juicios contradictorios, sin poder decidirse por ninguno de ellos. La actividad probatoria llevada a cabo por las partes propicia que, el que tiene la responsabilidad de decidir sobre la culpabilidad del acusado, no pueda determinar si este es responsable o no por el ilícito cometido, por encontrarse en una situación de duda con respecto a su participación. Como refiere Suárez Tejera (2012) la máxima citada interviene en el campo probatorio, exactamente en el momento final de la valoración de la prueba. Actúa no como regla para apreciar las pruebas, sino que se aplica después de terminada la valoración. Presupone un conflicto de carácter subjetivo que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por el Fiscal o la parte que ejerce la acción de acusador particular, y por la defensa, donde el principio *in dubio pro reo* funda el supuesto de la absolución del inculcado ante la duda razonable. Supone, además, un proceso subjetivo por parte del juzgador, que refleja la incapacidad del mismo para superar una situación de incertidumbre ante los hechos presentados por la parte acusadora y por la defensa, los cuales ofrecen la misma cantidad de convicción sin poder superar la situación de duda. Es entonces cuando dicha máxima orienta al juzgador a resolver en sentido favorable al acusado.

Fernández López (2004: p. 253-254) refiere que si se entendiera el principio *in dubio pro reo* como un consejo al juzgador que respondiese a «razones de humanidad del Juez», podría llevar a una potestad judicial discrecional. Y es que, como se ha explicado recientemente, este principio responde a la necesidad de saber qué hacer en caso de duda insuperable. Por otra parte, la autora Fernández López analiza distintos casos de insuficiencia probatoria y de qué modo opera el principio referido en cada uno de ellos. Asimismo, diferencia dos situaciones distintas: supuestos de insuficiencia probatoria respecto a la prueba de cargo y supuestos de insuficiencia probatoria respecto a la de descargo. Para el primer caso, trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo, «que se ha manifestado reiteradamente en este sentido, considerando que sólo el convencimiento pleno acerca de la culpabilidad del acusado permite dictar una sentencia condenatoria, de modo que toda insuficiencia probatoria debe conducir a su absolución» (p. 295). Sentencias al respecto son la del Tribunal Supremo 258/2003, de 25 de febrero, 199/2002, de 25 de noviembre y 213/2002, de 14 de febrero. En cuanto al segundo tipo de insuficiencia probatoria, la de descargo, la autora presta especial atención a la falta de acreditación de los hechos impositivos y se plantea qué ocurre si quedan probados los hechos pero existen dudas sobre la aplicabilidad del hecho impositivo que exima de responsabilidad penal. En este caso, resuelve Fernández López (2004, pp. 305-309) que hay que acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en la sentencia 1395/1999, de 9 de octubre (entre otras), establece que la presunción de inocencia no puede actuar en sentido inverso y, en caso de duda sobre la existencia de hechos impositivos, estos no podrían quedar probados ni incluirse en la sentencia.

De forma contraria opina Asencio Mellado (1989, pp. 46-47), quien sostiene que el beneficio de la duda no solo debe aplicarse a la concurrencia de

los hechos constitutivos del delito, sino además a la concurrencia de eximentes y atenuantes, ya que, de otro modo, podría suponer que se condenara al investigado por unos hechos sobre los que cabe la posibilidad de que no sean punibles por diversas circunstancias. Otros autores concordantes son Huertas Martín (1999: p. 41) y Vegas Torres (1993: pp. 205-206). Por lo general, los autores que sostienen que la duda sobre la aplicabilidad de una eximente debe favorecer al reo conciben estas eximentes como parte de la «norma real incriminatoria» y sostienen que su inexistencia debe quedar acreditada para poder condenar al investigado y, en caso de duda (sobre un elemento negativo del delito) la sentencia debe ser absolutoria. No comparte, así, este criterio la jurisprudencia que, en resumen, se rige -salvo en contados casos entre los que no se encuentra el presente- por el criterio de la carga de la prueba ya referido líneas arriba y respaldado por sentencias como la mencionada 1395/1999, de 9 de octubre, del Tribunal Supremo (Fernández López, 2004: p. 319).

Mestre Delgado (1985: p. 728) señala que el principio *in dubio pro reo* «se relaciona con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, en tanto que aquel representa una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, gozando de una presunción (*juris tantum* [...]) de ausencia de culpabilidad». Por su parte, la presunción de inocencia, para este autor, tiene una distinta naturaleza, ya que determina la exclusión de la presunción de culpabilidad del imputado durante el desarrollo del proceso. Se evita una sentencia condenatoria al no existir constancias suficientes de la participación delictuosa del acusado en el hecho punible. Por ello, es una garantía procesal.

No obstante, en el ordenamiento jurídico español nos encontramos con una materia donde parece que la obligación de la carga de la prueba se invierte

y se pone en duda la efectiva aplicación del principio de presunción de inocencia. Nos referimos a los casos de violencia de género enjuiciados por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para el caso de juicios rápidos, o enjuiciados por el Juzgado de lo Penal pero bajo las reglas procesales y probatorias propias de la materia de violencia de género. En ambos casos, la fase de instrucción siempre corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin perjuicio de una posible breve intervención puntual del Juzgado de Instrucción de guardia con posterior inhibición al de Violencia.

En lo referente a la materia mencionada, por un lado, hay quien afirma que en esta materia tiene lugar una inversión de la carga de la prueba que perjudica al varón. Por otro, hay quien afirma que debería existir una norma que estableciera que en tales casos procede legislar en pro de la inversión de la carga de la prueba. Podemos afirmar que no existe inversión de la carga de la prueba en esta materia. La razón de ser de esta afirmación radica en que la valoración del testimonio de la víctima, bajo determinados requisitos, puede configurar prueba de cargo bastante para destruir la presunción de inocencia. Visto ello, pensar que en esta materia lo que impera es la presunción de culpabilidad es un error. Muchas veces se tiende a creer, o a hacer creer, que la prueba solo viene constituida por dictámenes periciales o hallazgos objetivos, como aprehensión de objetos, pruebas de ADN o partes médicos. Y eso es solo parte del abanico de pruebas que contempla nuestro Derecho. No podemos pasar por alto que una de las principales pruebas viene constituida por la prueba testifical. Cuando se afirma que «no hay prueba, porque es la palabra de uno contra la de otro», no se está siendo riguroso. Cuando se habla de acusado y víctima, esa es precisamente la prueba: la que nace del interrogatorio del acusado, y el testimonio de la víctima, que declara en calidad de testigo (al margen de que puedan existir otras pruebas de cargo). Y ello nos conduce a

una diferencia esencial. Veremos la valoración del testimonio de la víctima en el apartado destinado a ello.

Otro aspecto a sopesar es si el principio de presunción de inocencia es compatible con el sobreseimiento. Técnicamente, desde el punto de vista burocrático, si la causa concluye con el sobreseimiento, no va a existir ninguna resolución judicial que indique que es culpable ni se van a anotar antecedentes penales algunos en el registro correspondiente. Administrativamente el investigado es oficialmente inocente. Pero, en ocasiones no ocurre lo mismo fuera del ámbito administrativo. Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2000: p. 166-169) realiza una reflexión sobre la incompatibilidad de la correcta preservación de la presunción de inocencia con el sobreseimiento provisional. Este autor sostiene que la deshonra sufrida por alguien inicialmente procesado no se repara con el sobreseimiento de la causa. Considera que ello tiene efectos perjudiciales y que la LECrim debería ser reformada.

Además de las garantías vistas, que se situarían en la cúspide, encontramos otros principios garantes del correcto funcionamiento del proceso penal. Destacan entre ellos el de oralidad, de defensa e igualdad entre las partes, de concentración, de contradicción, de cosa juzgada, de legalidad de prueba o de inmediación (Pereira Meléndez, 2012: pp. 23-103). Al respecto encontramos las sentencias del Tribunal Supremo 892/2008, de 26 de diciembre, 709/2020, de 8 de octubre, 526/2020, de 21 de octubre y 742/2020, de 22 de octubre.

VI. REGÍMENES ESPECIALES DE VALORACIÓN

En este apartado veremos institutos especiales en los que se exigen determinados requisitos adicionales o se establecen criterios singulares para valorarlos. Se trata de la prueba indiciaria, el silencio del investigado, la decisión del jurado y el testimonio de la víctima.

VI.1 La prueba indiciaria.

La prueba indiciaria o circunstancial, también denominada indirecta, se compone de una serie de hechos tomados como base para formar una hipótesis racional que da lugar a una consecuencia lógica sobre la existencia, o no, de un hecho. En nuestro ordenamiento jurídico se utiliza con mucha cautela. Además, los hechos indiciarios siempre deben haber estado probados y deben ser múltiples y varios. En caso de recurrirse a la no aconsejada prueba indiciaria, el juzgador debe motivar muy exhaustivamente en su resolución todos y cada uno de los argumentos y el claro hilo del proceso deductivo atravesado hasta alcanzar el convencimiento adoptado.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 6 de octubre de 2015, establece así:

«PRIMERO.- En el motivo primero, con amparo en el artículo 852 LECrim, considera infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE). 1. Alega que no existió prueba de cargo que implicara al recurrente en los hechos delictivos por los que se le acusa, y la existente, de naturaleza indirecta, fue insuficiente para enervar dicho derecho presuntivo. El Tribunal Supremo y el Constitucional han venido exigiendo rigurosos requisitos para que la prueba indiciaria tenga la capacidad de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y que en este caso no concurrían. 2. Esta Sala de casación ha repetido hasta la saciedad que la prueba de indicios posee plena virtualidad, aun siendo única, para desvirtuar el derecho presuntivo reconocido por el artículo 24 de nuestra Constitución. Ciertamente es que, como garantía probatoria ha exigido unos

condicionamientos para que pueda surtir efectos, sin perjuicio de que la valoración última de la suficiencia la determine el tribunal sentenciador. "La prueba indiciaria, circunstancial o indirecta es suficiente para justificar la participación en el hecho punible, siempre que reúna unos determinados requisitos, que esta Sala, recogiendo principios interpretativos del Tribunal Constitucional, ha repetido insistentemente. Tales exigencias se pueden concretar en las siguientes:

1) De carácter formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación, que aun cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2) Desde el punto de vista material es preciso cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios en sí mismos, como a la deducción o inferencia.

Respecto a los indicios es necesario: a) que estén plenamente acreditados, b) de naturaleza inequívocamente acusatoria, c) que sean plurales o siendo único que posea una singular potencia acreditativa, d) que sean concomitantes al hecho que se trate de probar, e) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

En cuanto a la deducción o inferencia es preciso: a) que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, b) que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"».

En el mismo sentido, y como también precisa la jurisprudencia Tribunal Constitucional desde la sentencia 174/1985, de 17 de diciembre, a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda controlar la razonabilidad de la

inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (sentencias del Tribunal Constitucional 111/2008, de 22 de septiembre, 220/1998, de 16 de noviembre, 124/2001, de 4 de junio y 300/2005, de 21 de noviembre).

El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), siendo los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello, se afirma que solo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (sentencia del Tribunal Constitucional 229/2003, de 18 de diciembre).

Desde hace años la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya admite la posibilidad de que la prueba indiciaria pueda sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, y así lo ha

venido plasmando en reiteradas resoluciones (sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000, y 117/2000). Del mismo modo, el Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera, ha aplicado la jurisprudencia constitucional en numerosas sentencias (por todas, sentencia del Tribunal Supremo 391/2010, de 6 de mayo).

En este sentido, cobra especial importancia determinar con precisión qué es lo que se considera por indicio, así como diferenciarlo de otros términos que, *a priori*, pudieran parecer iguales. Ciertamente es que se trata de una tarea complicada dada la amplitud de usos e interpretaciones a la que está sujeto el término «indicio». Por ello, debemos diferenciar los indicios de las conjeturas y de las sospechas. La sentencia del Tribunal Supremo 285/2014 de 8 de abril, en remisión a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1989, viene a resolver esta cuestión estableciendo que «la sospecha consistiría en la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad» y que «la conjetura [...] sería el juicio que, con ciertas probabilidades de acierto, se forma de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan y, finalmente el indicio [...] es la acción o señal que da a conocer lo oculto, en virtud de las circunstancias, que concurren en un hecho, dándole carácter de verosimilitud».

Por su parte, Fernández López (2004: p. 348) afirma que los requisitos para entender válidamente valorada la prueba indiciaria deberían ser extensibles a la valoración del resto de la prueba (no indiciaria). Comparte parecer Asencio Mellado (1989: p. 50) y Ferrajoli (1995: p. 130-131).

Una vez diferenciada la figura del indicio de otras semejantes, debemos puntualizar con cautela qué tipos de indicios serán efectivos para desvirtuar la presunción de inocencia. Como se ha expuesto anteriormente, no se trata de

una tarea sencilla debido a la amplia gama de indicios que pueden existir, sin que sean todos ellos válidos para sustentar una acusación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1986 (RJ 1986,7971), realiza un estudio de la trayectoria histórica de este tipo de prueba.

Dicha sentencia dice así:

«Dentro de las denominadas pruebas indirectas, mediatas o artificiales cobraron carta de naturaleza las denominadas indiciarias, entendiendo por tales aquellas en que podría obtenerse la indicación de un hecho desconocido siempre y cuando resultare de otro conocido y cierto. Así, ya la Ley Octava del título XIV de la Partida III advertía que las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad, siquiera atenuara tal afirmación cuando más adelante, en la Ley Doce, admitía que el pleito criminal se prueba por sospechas maguer no se averigüe por otras pruebas. En el de curso histórico patrio, el artículo 12 de la Ley Provisional para la Reforma del Procedimiento Criminal de 18 de junio de 1870 formuló un catálogo de pruebas, admitiendo en último lugar la de indicios graves y concluyentes. Suprimidas las pruebas tasadas por el artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue sustancialmente reproducido por el 741 de la hoy vigente».

Sobre la prueba indiciaria, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17 de diciembre, que establece que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se base sobre una prueba indiciaria. Ello también viene reflejado en otras sentencias como la del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1995, la de 25 de noviembre de 1996 y la de 26 de noviembre de 1999, que refieren «que si solo se admitiese la prueba directa, serían múltiples los supuestos que se sustraerían a la acción de los tribunales».

La admisibilidad de este medio de prueba es plenamente válida y así queda reflejado en sentencias del Tribunal Constitucional como las 174 y 175/1985 o en sentencias del Tribunal Supremo, como la de 14 de octubre de 1986 (RJ1986, 5614). Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en

adelante TEDH) se ha pronunciado al respecto argumentando que la prueba indiciaria no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. Como jurisprudencia a citar tenemos la sentencia del TEDH de 23 de septiembre de 2008 o la de 7 de octubre de 2014. Siendo evidente el peligro que puede acarrear resolver basándonos meramente en prueba indiciaria, se han regulado, a través de la jurisprudencia, los requisitos y presupuestos ya mencionados necesarios para poder aplicarla. Además de los requisitos establecidos por la jurisprudencia, es preciso que, entre los indicios y la conclusión, exista una correlación que descarte toda irracionalidad en el proceso deductivo; es decir, que el juicio de inferencia no sea arbitrario o absurdo, sino que sea coherente y se ajuste a las normas del criterio humano (Martínez Jiménez, 2016: p. 419). La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9088) «excluye aquellos supuestos en los que: a) la inferencia sea excesivamente abierta débil o indeterminada, b) en el razonamiento se aprecien saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias, c) del razonamiento empleado se derive un amplio abanico de conclusiones alternativas, d) se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales».

Siempre que se recurra a la prueba indiciaria es absolutamente necesario que haya una motivación exhaustiva en la sentencia que explique el proceso lógico de deducción realizado para cumplir con las exigencias de motivación derivadas del artículo 120.3 de la Constitución. En este sentido, tenemos la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4403).

En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha establecido que «la negativa del acusado a declarar ante el juzgado cuando para ello es requerido de manera legal», puede constituir prueba indiciaria de carácter inculpatario (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1994, RJ 1994,2391)

Por el contrario, resultan inadmisibles como prueba de este tipo indicios como el de la convivencia con el poseedor de la droga, en los casos de delito contra la salud pública, y la posesión de los objetos sustraídos en los casos de robo. En este sentido, destacamos las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990,3886), de 18 de julio de 2010, de 23 de febrero de 1989, de 23 de marzo de 2012 y la sentencia del Tribunal Constitucional 24/1997, de 11 de febrero.

En conclusión, solo cabe mantener que procede dictar resolución condenatoria con base en la prueba indiciaria siempre y cuando esos indicios cumplan una serie de requisitos suficientes para destruir la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Por fortuna, las exigencias e *iter* procesal para actuar al respecto vienen determinados por la jurisprudencia –ya citada– por lo que, cuando esté en discusión si procede o no una condena fundada en indicios, únicamente será cuestionable si los indicios que la sustentan cumplen con las exigencias expuestas en dichas sentencias.

VI.2 El silencio del investigado

Examinamos aquí el silencio del investigado durante el proceso de instrucción e incluso durante la celebración de las sesiones de juicio oral. El investigado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, tal y como viene recogido en el artículo 24 de la Constitución Española. Morales García (2014: p. 55) refiere que:

«Como principio general, el ejercicio de un derecho no debería castigar a quien lo ejerce. A partir de esta afirmación, puede aceptarse la idea de que todo derecho está sometido a límites y tensiones con otros derechos y, en

consecuencia, no pueden tomarse en términos absolutos. La jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo ha entendido que el límite infranqueable a que se somete la plenitud del derecho a guardar silencio se encuentra en la posibilidad de extraer consecuencias negativas de dicho silencio. En resumen: no puede entenderse el derecho al silencio en términos absolutos. Como límite al ejercicio de ese derecho, se sitúan los casos en que el sujeto debe dar una explicación a los hechos o a su participación en ellos. Ejercido el derecho al silencio en esos casos, el silencio podrá ser utilizado en su contra».

De esta manera, podemos interpretar que el derecho al silencio se configura como una defensa pasiva que, en caso de ataques severos, no es suficiente para procurar una adecuada defensa. El derecho al silencio es un derecho a no decir nada que perjudique más que el silencio en sí, ya que la pasividad puede ser valorada de forma negativa, respetando siempre el nivel de estándar de prueba y el resto de garantías legales.

Recalca Fuentes Soriano (2018b) que el silencio del investigado, para el lego en Derecho, puede ser concebido como una manifestación de la expresión «el que calla otorga» o una opción elegida por quien no tiene nada que rebatir, puesto que las acusaciones que sobre él pesan son ciertas. Puntualizamos, como también lo hace la referida autora en su artículo, que la ciencia jurídica da otro tratamiento a este silencio.

Así, el silencio del investigado surge a raíz de la proclamación de la Constitución Española de 1978 y se configura como un instrumento más para la defensa del acusado, utilizable en cualquier fase del proceso, y como un límite del *ius puniendi* del Estado para evitar declaraciones obligatorias y forzadas. En nuestra LECrim se encuentra regulado en los artículos 118.1 y 520.2. La actual redacción del artículo 118 de la LECrim, en su apartado 1, letra g), recoge el «derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen». Por su

parte, la actual redacción del artículo 520 de la LECrim, en su apartado 2, letra a), contempla el «derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de la preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el Juez». En la redacción de ambos artículos, el derecho a guardar silencio viene seguido del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable; conceptos estos últimos distintos del silencio propiamente dicho. Estos dos artículos fueron modificados debido, entre otros factores, a la transposición de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010 y de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012 y por la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (Álvarez de Neyra Kappler, 2017: p. 50).

En palabras de Fuentes Soriano (2018b) «mientras guardar silencio supone una actitud pasiva, no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable constituyen el reflejo de una actitud activa aunque consista ésta, exclusivamente, en expresar la mera negación de unos hechos»²¹. Sin embargo, el ejercicio de este derecho no es siempre favorable para el investigado como resulta de la sentencia del TEDH Murray contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, que permite la valoración del silencio con efectos perjudiciales para el investigado siempre y cuando la condena no se base únicamente en tal silencio. En este sentido también encontramos la sentencia del Tribunal Constitucional 202/2000, de 24 de julio, que dice así:

«Según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el juzgador para fundamentar la condena a no ser que

²¹ Recuperado de https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=420613&texto=

la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria».

En los párrafos 45 y 47 a 48 de la sentencia Murray contra Reino Unido, el Tribunal de Estrasburgo determinó que no existiría vulneración de los artículos 6.1 y 6.2²² del Convenio Europeo de Derechos Humanos si el tribunal nacional hubiere llevado a cabo una inferencia contraria al silencio o le diere efecto incriminatorio al mismo, siempre que existan pruebas incriminatorias objetivas contra el acusado y este se niegue a dar una explicación que las desvirtúe (Álvarez de Neyra Kappler, 2017: p. 54).

Sucar (2019) concibe el silencio del acusado como un conjunto de derechos integrado por el derecho contra las confesiones coactivas y el derecho contra la valoración del silencio. Este autor reflexiona acerca de la posibilidad de que el silencio pueda ser valorado de forma negativa y de que ello suponga una contravención de la premisa «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo» (p. 287). También refiere que el silencio puede interpretarse como silencio verbal o en un sentido más amplio. De este modo, gestos, miradas u otras manifestaciones de lenguaje no verbal podrían ser valoradas. Sucar presta atención a la posibilidad de que dicho silencio pueda ser incluido entre las premisas de un razonamiento probatorio (p. 303- 306 y 1537).

²² Artículo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos : «Derecho a un proceso equitativo:
1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte el proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.
2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Laudan y Lillquist (2012: p.6), indican al respecto que:

«Como una cuestión de sentido común epistemológico, estos usos del silencio como prueba son completamente lógicos, y reflejan las inferencias que todos hacemos del silencio en nuestras vidas. Cuando un potencial empleador no responde a nuestras candidaturas en un cierto período de tiempo, naturalmente inferimos su rechazo. Cuando un niño de 7 años no responde a la pregunta de si ha golpeado a su hermana (que está llorando) de cinco años, naturalmente inferimos que la ha golpeado».

Añaden estos autores un razonamiento bastante acertado y que refleja el proceso de inferencia racional habitual que se da en la práctica y que es el siguiente:

«Por supuesto, tanto en los tribunales como en la vida personal el silencio es ambiguo. Los empleadores pueden no responder no porque hayan rechazado la candidatura, sino porque han decidido aplazar la decisión. El niño de siete años puede negarse a responder no porque es culpable, sino porque no comprendió la pregunta al estar estresado por el llanto de su hermana. De la misma manera, el derecho reconoce que las partes pueden no corregir el enunciado incluso cuando no intenten adoptarlo. La ambigüedad del silencio, sin embargo, no lo torna irrelevante para su consideración, ya sea dentro o fuera de los tribunales. De hecho, a los jurados frecuentemente se les solicita considerar y extraer inferencias de enunciados ambiguos para decidir la verdad sobre un cierto tema» (Laudan y Lillquist, 2012: p. 6).

Teniendo en cuenta el riesgo que puede suponer que, finalmente, el silencio pueda ser valorado negativamente, se debe recurrir a él con precaución, preferiblemente en fases tempranas del proceso y no a la inversa. Fuentes Soriano (2018b) pone de relieve la irretroactividad del derecho al silencio con respecto a declaraciones anteriores y sugiere la conveniencia de una advertencia al investigado en su lectura de derechos, sugerencia que compartimos.

VI.3 El tribunal del jurado: requisitos de validez de su decisión

El tribunal del jurado se halla regulado en la Ley homónima Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, que contempla: su competencia, composición, función del jurado y del Magistrado-Presidente, derechos y deberes, requisitos, incompatibilidades, procedimiento para su designación, desarrollo del proceso ante el tribunal del jurado, premisas sobre deliberación y veredicto, y contenido de la sentencia, entre otros; mas no determina de forma expresa los aspectos más relevantes de la motivación de su decisión, que, en cambio, sí vienen perfilados por la jurisprudencia. En este sentido, en la propia exposición de motivos de esta Ley se pone de manifiesto la preocupación que suscita el deber de motivación y la necesidad de acudir al panorama jurisprudencial. Vamos a centrarnos en este apartado en este deber de motivación así como en los factores psicojurídicos.

La decisión tomada por el jurado tras la votación se debe plasmar en un acta que debe cumplir la forma y requisitos tipificados en el artículo 64 de la Ley del Jurado, que indica:

«1. Concluida la votación, se extenderá un acta con los siguientes apartados:

a) Un primer apartado, iniciado de la siguiente forma: «Los jurados han deliberado sobre los hechos sometidos a su resolución y han encontrado probados, y así lo declaran por (unanimidad o mayoría), los siguientes...».

Si lo votado fuera el texto propuesto por el Magistrado-Presidente, podrán limitarse a indicar su número.

Si el texto votado incluyese alguna modificación, escribirán el texto tal como fue votado.

b) Un segundo apartado, iniciado de la siguiente forma: «Asimismo, han encontrado no probados, y así lo declaran por (unanimidad o mayoría), los hechos descritos en los números siguientes del escrito sometido a nuestra decisión». Seguidamente indicarán los números de los párrafos de dicho escrito, pudiendo reproducir su texto.

c) Un tercer apartado, iniciado de la siguiente forma: «Por lo anterior, los jurados por (unanimidad o mayoría) encontramos al acusado... culpable/no culpable del hecho delictivo de...».

En este apartado harán un pronunciamiento separado por cada delito y acusado. De la misma forma se pronunciarán, en su caso, sobre el criterio del jurado en cuanto a la aplicación al declarado culpable de los beneficios de remisión condicional de la pena que se impusiere, para el caso de que concurran los presupuestos legales al efecto, y sobre la petición o no de indulto en la sentencia.

d) Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: «Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...». Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

e) Un quinto apartado en el que harán constar los incidentes acaecidos durante la deliberación, evitando toda identificación que rompa el secreto de la misma, salvo la correspondiente a la negativa a votar.

2. El acta será redactada por el portavoz, a no ser que disienta del parecer mayoritario, en cuyo caso los jurados designarán al redactor.

Si lo solicitara el portavoz, el Magistrado-Presidente podrá autorizar que el Secretario o un oficial le auxilie, estrictamente en la confección o escrituración del acta. En los mismos términos podrá solicitarlo quien haya sido designado redactor en sustitución de aquél.

3. El acta será firmada por todos los jurados, haciéndolo el portavoz por el que no pueda hacerlo por sí. Si alguno de los jurados se negara a firmar, se hará constar en el acta tal circunstancia».

De Paul Velasco (2000: p. 71) refiere que en la toma de decisiones del jurado están presentes la percepción, la atribución de causalidad, los estereotipos y otros factores psicosociales. Son frecuentes los estudios científicos²³ sociales que relacionan algunas variables psicosociales - autoritarismo, procesos de atribución o actitudes varias- con la forma de resolver. Al respecto, la mentada autora (1995: pp. 31-33) opina que, a excepción del autoritarismo, ninguna característica puede encuadrarse en un determinado tipo de decisión, ya que en el momento en que los miembros del

²³ En este campo destacan los estudios de Mitchel y Byrne (1973), Berg y Vidmar (1975), Phares y Wilson (1972) o Kaplan y Miller (1978).

jurado se configuran como un grupo pierden su individualidad y quedan supeditados a las normas psicológicas de grupo. En el caso del autoritarismo parece existir una conexión entre este y la severidad en el castigo, salvo para los casos en que la conducta del acusado haya sido debida a cumplimiento de deber de jerarquía o respeto a alguna figura autoritaria, en cuyo caso pueden llegar a ser más benévolos que otros miembros del jurado no autoritarios.

Las características del investigado pueden influir en la decisión del jurado. Factores como el atractivo físico del investigado, su estatus o su profesión, siempre confrontados con el tipo de delito, pueden afectar en su favor o en su contra. Así, si el investigado es ginecólogo y se le acusa de un delito de violación, va a ser valorado muy negativamente. Por el contrario, si al mismo ginecólogo se le acusa de un delito de prevaricación, quizás el hecho de que su profesión no sea de naturaleza política sino vocacional puede actuar en su favor. En este sentido, también serán valoradas las características de la víctima (De Paul Velasco, 1995: pp. 82-88).

Nosotros compartimos esta afirmación y añadimos que, por supuesto, también van a valorar elementos paraprofesionales, incluso en mayor medida que un Juez o Magistrado, ya que la condición de legos en Derecho presente en la mayoría de los componentes, en ocasiones les dificulta ampararse en elementos puramente técnicos.

Respecto a la composición del tribunal del jurado y su conexión con los estereotipos, prejuicios u otras características psicosociales, De la Peña Velasco (2005: p. 119) sostiene que dichas variables son muy importantes y que siempre traerán consecuencias consigo, en mayor o menor grado. Que los Jueces o miembros del jurado compartan circunstancias con alguna de las partes de proceso, como ser padre o madre, profesión o edad, podría influir en la percepción de estos.

El jurado, pues, puede ser vulnerable en este sentido. Por ello, para evitar decisiones baladíes, la ley exige como requisito de validez de la decisión del jurado que la misma se encuentre debidamente motivada (artículo 61.1.d de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado), para poder apreciar el hilo lógico y sustento de la decisión y analizar si esta ha sido válida y bastante para fundamentar sobre ella el fallo de una sentencia.

Respecto a la motivación, resulta importante conocer la extensión de tal, es decir, qué aspectos deben ser motivados y cuáles no, y la profundidad, esto es, cuál es el nivel de suficiencia exigido. En lo que concierne tanto a la extensión como a la profundidad, la jurisprudencia es muy variada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que los hechos no controvertidos pueden dejarse fuera de la motivación, en dicho sentido encontramos sentencias como la de 18 de abril de 2001 o la de 3 de diciembre de 2001. Para los hechos que el jurado considera no probados, la jurisprudencia admite razonamientos del tipo «los hechos no ocurrieron así» respaldándose en la falta de necesidad de justificar los motivos tomados en cuenta para dictaminar que la actividad probatoria no ha convencido al jurado sobre la existencia de determinado hecho, invocamos las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2001 y de 29 de mayo de 2000, de 29 de enero de 2003. El mismo criterio se aplica para la motivación de hechos favorables al acusado que el jurado aprecia como no probados, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001 o la de 13 de febrero de 2004 (Vegas Torres, 2006: pp. 87-90).

Conociendo qué es lo que se debe motivar y qué no, el jurado debe ahora cumplir con un nivel de suficiencia bastante que permita tener por válido su veredicto. Preferible es que los motivos y razonamientos sean desgranados uno a uno y punto a punto para una mejor lectura y comprensión, ahora bien, el

Tribunal Supremo admite una explicación conjunta de todas las cuestiones a motivar. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2000 refiere al respecto que «ordinariamente puede ser suficiente con una motivación conjunta», otras sentencias en el mismo sentido son la de 21 de junio de 2002 y la de 23 de diciembre de 2003. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2001 indica que «la referencia a las pruebas practicadas sin más equivale propiamente a una falta de motivación»; sin embargo, sí sería válida la simple enumeración para apoyar los veredictos absolutorios. Si la decisión del jurado se basa sobre prueba indiciaria, la exigencia de motivación es mayor. En tal caso, es necesario hacer referencia a los indicios base y estos deben cumplir lo exigido para validez de prueba indiciaria (Vegas Torres, 2006: pp. 91-96 y 102). Sobre los requisitos de validez de la prueba indiciaria, nos remitimos a lo ya expresado sobre dicha prueba en esta tesis. Este nivel de exigencia mayor en ocasiones es difícil de cumplir, lo que conlleva que el veredicto sea nulo. A este respecto, este autor indica que:

«Un caso muy notorio, pero a mi juicio aislado, que podría encontrar explicación en la aplicación rigurosa de las especiales exigencias de motivación que impone la prueba por indicios fue el del asesinato de la joven Rocío Wanninkhof. Como es bien conocido, el veredicto del jurado que encontró culpable a la acusada fue anulado por el TSJ, que apreció falta de motivación, pronunciamiento que fue confirmado por el la STS de 12 de marzo de 2003 al resolver el recurso de casación interpuesto por las partes acusadoras. La motivación del veredicto incluía abundantes y precisas referencias a las pruebas obrantes en la causa» (2006: p. 103).

Igartua Salaverría (2000) tacha la labor de motivación de tarea de «casi imposible cumplimiento» (p. 57) y refiere que el nivel de motivación que se exige al tribunal del jurado no debería ser el mismo que el que se exige a los Jueces profesionales. Duramente destaca «la ineptitud de los jurados para las tareas motivatorias, a diferencia de [...] la competencia que acreditan los Jueces profesionales» (p. 63). Discrepamos, en cuanto la jurisprudencia ya referida

párrafos atrás ha ido perfilando la exigencia de motivación facilitando dicha labor al tribunal del jurado. Este autor, y con ello sí estamos de acuerdo, también indica que existe mayor dificultad de unificar el criterio entre los miembros del tribunal del jurado debido a la diversidad formativa y cultural de cada uno de ellos.

Sanchís Crespo (2004: p. 322) sostiene que los miembros del jurado son más susceptibles de verse afectados por la presión mediática. Cuestiona la imparcialidad de estos y subraya que garantizarla puede convertirse en una difícilísima tarea.

Para un ciudadano lego o cuasi lego en derecho, la sobrevenida nulidad de un veredicto del jurado puede inducirle a opinar que el Estado español cuenta con un sistema probatorio penal altamente puntilloso y complicado que deja impune a delincuentes en potencia. La realidad es justamente la contraria, y la necesidad de contar con esas garantías y con el instituto de la nulidad se hace imperiosa. Ejemplo de ello es el caso de Dolores Vázquez, en el que la nulidad ponía de relieve no haber superado las exigencias necesarias para poder condenar a la acusada, al menos no de la forma realizada, por lo que se ordenó repetir el juicio. Hecho notorio es para todos el desenlace final de aquel caso. Sostenemos que algo que no ha ocurrido jamás no puede dejar trazas de su existencia. De esta forma, cuando ojos expertos, como pueden ser los del Tribunal Supremo, examinan la motivación y estiman que la misma es insuficiente, se evidencia que el sistema probatorio con el que contamos configura un test válido. En toda nulidad yace un motivo real de fondo, en ocasiones oculto y desconocido por todos, pero existente, que forma parte del entorno, que está ahí y que, incluso sin saberlo, irradia las premisas y desemboca en una motivación insuficiente, que *a priori* pudo haber resultado

aparentemente suficiente y convincente, tal vez por el halo creado en torno al investigado o investigada, pero que acaba por desvirtuarse.

VI.4 El testimonio de la víctima como única prueba de cargo.

Puede ocurrir en la práctica que una víctima denuncie una serie de hechos sin contar con ningún apoyo documental, pericial o testifical. Como comúnmente podría pensar el acusado: «la víctima no tiene pruebas y no puede haber condena». Craso error.

Mientras que el acusado puede callar, en todo o en parte, o mentir, porque así se le reconoce tal derecho, la víctima está sujeta a la obligación de decir verdad, so pena de cometer delito de falso testimonio. Y eso hace que en Derecho Penal, a diferencia de lo que ocurre en los demás campos del Derecho, ambos testimonios no tengan la misma naturaleza. Por lo tanto, cuando solo contamos con la declaración de la víctima, no es que no haya prueba, es que esta ya es una prueba en sí misma, y habrá de ser valorada en su conjunto, aplicando el principio de libre valoración de la prueba que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y ahí, precisamente, radica la gran diferencia entre el testimonio del acusado y el de la víctima.

Los ámbitos donde es más común este tipo de situaciones son violencia de género y delitos sexuales, dado el escenario fáctico íntimo de comisión del delito en uno y otro caso (Redondo Hermida, 2009: p. 8). En lo que respecta a la especialidad de violencia de género, no hay precepto alguno en la Ley Integral contra la Violencia de Género que altere o modifique ese principio de libre

valoración de la prueba. Respecto al resto de casos fuera de esta disciplina específica hay que estar a lo dispuesto en la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Ramírez Ortiz (2020: pp. 220-225) refiere que no dar rango de prueba al testimonio de la víctima en los supuestos de violencia de género supondría la impunidad de numerosos agresores. También apunta que la víctima, quien actúa en calidad de testigo, tiene obligación de decir verdad, pero que existe la posibilidad de que no cumpla con esta obligación.

Morales García, García Jiménez y Blázquez Fernández (2002: p. 44) ponen de relieve la tendencia a desacreditar la versión de la víctima de delitos sexuales, especialmente cuando se trata de menores, achacándolo a una invención. Esta situación hace todavía más necesario que el testimonio cobre rango probatorio y que sea suficiente, supeditado a los requisitos jurisprudenciales de validez, para poder condenar al autor, aunque sea la única prueba de cargo.

Hay una abundante y constante jurisprudencia que fija las condiciones para valorar el testimonio de la víctima cuando este, como prueba testifical, es la única prueba de cargo con la que se cuenta. Y así, según es bien sabido, el Tribunal Supremo establece que el testimonio de la víctima constituye por sí solo prueba bastante para enervar la presunción de inocencia siempre que concurren determinados requisitos: verosimilitud, persistencia en la incriminación y ausencia de móviles espurios como resentimiento o venganza (Fuentes Soriano, 2018a). A título de ejemplo, encontramos las sentencias del Tribunal Supremo 339/2007, de 30 de abril, 187/2012, de 20 de marzo, 688/2012, de 27 de septiembre, 788/2012, de 24 de octubre, 469/2013, de 5 de junio, 553/2014, de 30 de junio. Y también las sentencias del Tribunal Constitucional 229/1991, de 28 de noviembre, 64/1994, de 28 de febrero y 195/2002, de 28 de octubre, entre otras, una jurisprudencia que se aplica en los supuestos de violencia de género, pero que ya se aplicaba mucho antes en

otros como violaciones, atracos o cualquier otro delito, sin que supusiera mayor problema. Pongamos al hilo de esto un ejemplo más: el reconocimiento en rueda, una prueba a la que todo el mundo confiere especial valor, también parte del testimonio único de la víctima, que dice que entre los sujetos que le muestran reconoce a X sujeto como el autor del hecho delictivo.

Redondo Hermida (2009: p. 8) resume los requisitos en: prueba existente, lícita y suficiente; y subraya la dificultad de determinar el nivel adecuado del último de los requisitos. Nos remitimos a lo ya referido sobre estándar de prueba en uno de los apartados anteriores de esta tesis.

El testimonio de la víctima, además, cobra un especial valor cuando viene reforzado por otros indicios periféricos u otras pruebas que confirmen su versión. Sería el caso de un parte médico que constatará unas lesiones compatibles con el relato de hechos que ella mantiene. El testimonio de la víctima es una prueba en sí. El parte de lesiones no es por sí mismo prueba – solo acredita que las lesiones existen, pero no por quién ni cómo se causaron-, pero junto al testimonio de la víctima es otro de los factores a tener en cuenta en el momento de dictar sentencia en aplicación del principio de libre valoración. En ocasiones, no se trata de documentos ni de pruebas tan tangibles como un parte de lesiones. Un atestado donde se describa el escenario de una pelea, por ejemplo, puede confirmar o desmentir una versión de que existió o no tal pelea previa a los hechos.

Así las cosas, resulta que no hay inversión de carga probatoria ninguna cuando se condena por el testimonio de la víctima si por parte de quien juzga se aprecia que concurren los requisitos precisos. Y por eso, también, la expresión «le han condenado sin pruebas» que se dice tan a la ligera cuando ha habido una víctima que comparece como testigo, carece de sentido. La labor de juzgar aquí se torna especialmente difícil y las absoluciones por falta de prueba

son también frecuentes. Así que, tampoco es necesario invertir nada, una inversión de la carga de la prueba no solo sería inconstitucional, sino que es absolutamente innecesaria. El Derecho nos proporciona suficientes herramientas para valorar la prueba adecuadamente.

Acudiendo a la perspectiva de la política criminal acerca de la posición de la víctima, Ortiz de Urbina Gimeno (2014: pp. 739-815) refiere que, generalmente, se valora de insatisfactoria la posición de la víctima en la política criminal, quien tras el evento solo goza del papel de testigo privilegiado. De los diferentes planteamientos teóricos y normativos existen dos polos extremos: de un lado la pretendida solución que posicionaría a la víctima en una total situación pasiva y de otro lado aquella que dan un absoluto protagonismo a la misma en todo momento. Al margen, la dogmática jurídico-penal, tras vueltas en redondo, prefiere centrarse en perfilar de qué forma la conducta de la víctima incidiría en la responsabilidad del autor. Pero a Ortiz de Urbina Gimeno ninguno de estos planteamientos le convence y estima que la posición correcta de la víctima en la política criminal se halla fuera del sistema de justicia penal.

Determina este autor que a la víctima le correspondería un papel central, si es víctima eventual; o un papel más limitado, si la víctima es real, siendo el objeto para con ella el asistencial para este segundo supuesto. Para confirmar su hipótesis, Ortiz de Urbina Gimeno analiza junto a Dubourg alrededor de 2000 sentencias de las Audiencia Provinciales españolas, concretamente sentencias sobre agresiones sexuales. Analiza, entre otros aspectos, el tipo de daños sufridos y la cantidad asignada en concepto de indemnización para cada uno de ellos. Después, compara estas cantidades con las que los Tribunales Británicos podrían conceder y concluye que en España se concede una cantidad inferior, que, según Ortiz de Urbina Gimeno, radica en la prevalencia de estados de salud psicológica de un sistema y otro. Sin embargo, indica que no se trata de una

infraindemnización por parte de los Tribunales españoles, sino tal vez de una sobreindemnización por parte de los británicos.

Otro planteamiento que subraya este autor es la falta de solvencia de algunos de los autores del delito y la posterior imposibilidad laboral por ingreso en prisión, lo que dificulta el abono de las indemnizaciones.

Respecto a victimología, por último, destacan los estudios de Herrera Moreno (2019a: pp. 95-123), quien, entre otros aspectos, presta atención al análisis narratológico, sobre todo desde el punto de vista de la norma. Su enfoque es principalmente criminológico aunque resulta plenamente interesante y complementario a estos estudios para comprender en mayor profundidad el roll de la víctima en el Derecho Penal (1996: pp. 745-770, 2014: pp. 343-404) Seguidamente, pasamos a abordar la prisión provisional.

VII. PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional, también denominada preventiva, viene regulada en el Título VI, capítulo III, artículos 502 a 519 de la LECrim. De conformidad con el artículo 502.2 de la citada Ley, «la prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional».

Para poder acordar la prisión provisional es necesario que los hechos supuestamente delictivos estén castigados con la pena de prisión igual o

superior a dos años, o incluso inferior si el investigado presenta antecedentes penales no cancelables por delito doloso, que existan motivos bastantes *-fumus boni iuris-* para entender que el investigado es responsable de los hechos que se le imputan y que la prisión provisional responda a alguno de los fines regulados en el artículo 503.2 de la LECrim, esto es, asegurar su presencia en el proceso si se aprecia riesgo de fuga, evitar ocultación, alteración o destrucción de pruebas, evitar que el investigado acometa contra bienes jurídicos de la víctima o evitar que el investigado delinca (sentencias del Tribunal Constitucional 41/1982, de 2 de julio, 47/2000, de 17 de febrero, 147/2000, de 29 de mayo, 305/2000, de 11 de diciembre, 29/2001, de 29 de enero, 8/2002, de 14 de enero, 98/2002, de 29 de abril, 82/2003, de 5 de mayo, 121/2003, de 16 de junio y 81/2004, de 5 de mayo).

A continuación pasamos a tratar los requisitos para su adopción, la duración de la misma, los tipos y, por último, la indemnización en caso de prisión provisional indebida.

VII.1 Requisitos para acordar la prisión provisional

Como acabamos de anticipar en el párrafo introductorio de este epígrafe, la prisión provisional necesita de una serie de requisitos que desgranamos a continuación:

- Hechos delictivos castigados con la pena de prisión igual o superior a dos años. Este requisito admite algunas excepciones. Así, si el investigado cuenta con antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, se puede prescindir del límite exigido de dos años de prisión y proceder a

acordar la medida cautelar de prisión provisional si el supuesto de hecho versa sobre un delito con pena inferior a aquel límite, siempre y cuando concurren el resto de requisitos. Estos antecedentes penales deben ser por delitos dolosos, quedando excluidos los delitos imprudentes.

- *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que en la presente medida cautelar se corresponde con la apreciación de motivos bastantes para entender que el investigado es responsable de los hechos que se le imputan. Sin embargo, debemos cuestionarnos si estos motivos bastantes se corresponden con el concepto jurídico penal de indicio probado. De ser así, los atestados de denuncia deberían tener el simple valor de denuncia, no de indicios probados, al no haber sido ratificados en el juicio oral con todas las garantías legales, lo mismo se nos plantea respecto al resto de elementos que posteriormente serán prueba, tras el tamiz del juicio oral, pero que en fase de instrucción todavía no gozan técnicamente de esta calidad en tanto no se proponga y se practique correctamente. Solo concibiendo estos indicios o motivos bastantes como el resultado de un proceso lógico racional, debidamente argumentado en la resolución oportuna, podríamos estar conformes con la decisión sobre prisión provisional.

- Asegurar los fines del artículo 503.1.3º de la LECrim, esto es: asegurar la presencia del investigado en el proceso si se aprecia riesgo de fuga (para poder determinar la concurrencia de este riesgo se debe valorar la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena, la situación económica, laboral y familiar del investigado y la inminencia de la celebración del juicio); evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para la causa, no entendiéndose por tal la negativa o falta de colaboración del investigado (habrá que estar a la capacidad del investigado para poder acceder o influir directa o indirectamente a las fuentes de prueba); y evitar que el investigado actúe contra

bienes jurídicos de la víctima. Se presta especial atención a este último fin para los asuntos en los que la víctima es alguna de las personas referidas en el artículo 173.2 del Código Penal²⁴.

La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal estipula que no es necesario que concurra ninguno de los fines del artículo 503 si, habiendo motivos bastantes y cumpliendo lo que a límites de duración de condena se refiere, el juzgador estima que la prisión provisional puede servir «para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos» (artículo 503.2 LECrim).

Morillas Cuevas (2016: pp. 25-26) refiere que los principios o rasgos esenciales de la prisión provisional son su excepcionalidad, proporcionalidad y jurisdiccionalidad, y puntualiza para la excepcionalidad que esta, a su vez, presenta tres dimensiones: es base de la prevalencia de la libertad del ciudadano sobre su privación de libertad, es excepcional en su más extremo sentido y es subsidiaria por lo dispuesto en el artículo 502.2 de la LECrim.

Llegados a este punto, surge el problema de determinar qué variables se han tenido en cuenta y qué niveles importancia y baremación se ha asignado a cada uno de ellos para adoptar la prisión preventiva. Además, la decisión sobre la prisión preventiva también se adopta pasando por la mente del Juez, que si bien cumple rigurosamente los requisitos establecidos en la ley, debe sopesar

²⁴ Las personas referidas en el artículo 173.2 del Código Penal son: «cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados».

un margen en ocasiones estrecho y de difícil delimitación para privar de libertad a una persona que todavía es inocente. No es tarea fácil.

A este respecto destacan los estudios de Agustina Sanllehí y Martínez Jarrod (2012: pp. 274-276). Estos autores echan en falta un mayor grado de certeza en las pautas que sirven de base para la fundamentación de las decisiones judiciales en materia de prisión preventiva, más allá de la posibilidad de control por el órgano jurisdiccional superior en caso de recurso. Estiman que el proceso de decisión judicial sobre la adopción de la prisión preventiva debe cumplir formalmente lo previsto en la Ley aplicable y matizan que, además de seguir los criterios establecidos por el artículo 503.1 de la LECrim, cada resolución judicial debería dejar patente la exteriorización del proceso de subsunción llevado a cabo para cada caso concreto y respecto de cada uno de los requisitos, motivos y fines previstos, con sometimiento unas reglas para medir la magnitud de los indicios y la predicción de ciertos riesgos. A ello añaden la complejidad de ponderar correctamente los motivos. Caso curioso es el del motivo de la falta de arraigo, que afecta directamente a los ciudadanos extranjeros. Para este supuesto puede ocurrir que un ciudadano español tenga más posibilidades de quedar en libertad si cuenta con un domicilio conocido, en cambio, en el caso de un sujeto no residente ello puede depender de la confianza entre el Estado de comisión del delito y el Estado de residencia del sujeto, en aplicación de la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre, lo cual, a nuestro juicio, ya no depende del riesgo objetivo del sujeto. Puesto que, en el momento de decidir sobre la adopción de esta medida, el sujeto investigado es una persona inocente y se debe partir del derecho a la libertad y como contemplan estos autores, la posibilidad de la libertad bajo fianza debería ser la opción preferente para algunos casos.

En efecto, Agustina Sanllehí y Martínez Jarrod (p. 278) afirman que existen interrogantes sobre las circunstancias de cada caso y que sirven de base para las decisiones. Manifiestan, como también sostenemos nosotros, que la argumentación jurídica suele ser abstracta y sin conexión directa con la realidad. A este respecto cabe mencionar el término *jurimetrics*²⁵, acuñado por Lee Loevinger, que se refiere a la necesidad de imponer métodos estadísticos, medidores jurídicos, en la labor de los juristas.

Por su parte, Hucklesby (2002: p. 115) señala que se produce un uso abusivo de la prisión provisional y que cabe recordar que estamos ante derechos fundamentales. Este autor realiza una serie de observaciones criminológicas, según sus observaciones podría decirse que los investigados que ingresan en prisión provisional son ya personas culpables (con mayor probabilidad de ser condenados) que esperan la posterior la confirmación por un Juez, a ello añade que ingresan en condiciones benignas y que gozan de beneficios como el de descuento de la duración de la estancia en prisión provisional a la pena final.

Cuando se trata de acordar la prisión provisional, entran en escena las máximas de la experiencia y los procesos de toma de decisiones. Al respecto, existe controversia doctrinal sobre los estudios de errores cognitivos y hermenéutica. La mente es utilizada para procesar la información recibida del exterior y para ello emplea una serie de procedimientos de simplificación, entre los que se hallan los ya mencionados heurísticos. Durante este proceso el individuo perceptor puede incurrir en errores y sesgos que merman la complejidad de la información que se recibe. En este punto, se hace necesario que los Jueces tengan la capacidad de predecir la posibilidad de comisión de un

²⁵ A este término se hace referencia en la obra de Loevinger, Lee, "Jurimetrics, the next step forward", en *Minnesota Law Review*, vol. XXXIII, 1949, p. 455.

delito por parte de un sujeto en un determinado periodo de tiempo. Validar esta capacidad de los juzgadores de predicción de una posible, futura e hipotética acción presenta un problema de falsabilidad: una vez que el investigado, sobre la base de un motivo x , ingresa en prisión provisional, es imposible demostrar que la medida es innecesaria o equivocada, ya que el escenario fáctico comparativo en el que el investigado está en libertad desaparece y no hay con qué comparar ni contrastar datos. Por ello, es primordial contar con definiciones precisas y estándares de peligrosidad bien delimitados en aras de que se pueda determinar con exactitud qué es lo que se está tratando de predecir y se pueda concluir que tales predicciones gozan de fiabilidad. Agustina Sanllehí y Martínez Jarrod (pp. 279-282) recomiendan verificar cuidadosamente la precisión con que se hayan utilizado los métodos de predicción que hayan servido de base para adoptar la correspondiente decisión y refieren la existencia de estudios que demuestran distintos sesgos en los que los Jueces incurren de forma inconsciente, como el heurístico de anclaje. La valoración inicial del investigado influye de forma indebida y desproporcionada en el análisis del sujeto, pudiendo provocar errores que resultan inadvertidos por el juzgador. Así, indican que (p. 301):

«La aplicación judicial de la medida de prisión provisional no sigue un procedimiento riguroso de verificación de los presupuestos que justifican su adopción. [...] la tendencia en la práctica a dar por acreditado el riesgo de fuga del detenido/imputado con base en la gravedad del delito presuntamente cometido esconde que, en realidad, más que valorarse el riesgo de fuga en sí mismo, se está infiriendo sin datos contrastados que *a mayor gravedad de la pena probable, mayor riesgo de fuga*. Dicha asunción se acerca a una utilización del instituto de la prisión provisional próxima a la prohibición de considerar la medida impuesta como una pena anticipada».

Como solución a esta serie de inconvenientes, estos autores (p. 302) sugieren que deberían confeccionarse pautas orientativas o, de alguna manera, dejar constancia del valor asignado para cada una de las variables. Ello facilitaría

que se pudiera ir sentando un criterio jurisprudencial más claro y concreto, sin perjuicio de la particularidad de cada caso. Ellos proponen como posible solución elaborar informes previos desde un enfoque criminológico y reformar el sistema, dotándolo de mayores recursos.

VII.2 Duración de la prisión provisional

Seremos breves en este subapartado ya que la Ley es bastante clara en este aspecto. El artículo 504.1 de la LECrim dispone que «la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción». Después se establecen una serie de circunstancias excepcionales dependiendo de las cuales la prisión provisional estará supeditada a límites temporales distintos.

Con carácter general «su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años» (artículo 504 de la LECrim). Este plazo general puede ser prorrogado una sola vez por plazo de hasta dos años para delitos con pena de prisión superior a tres años o prorrogada hasta seis meses si el delito estuviere castigado con prisión igual o inferior a tres años. Nos surge la duda de qué ocurre si el investigado es condenado estando ya en prisión provisional y recurre la sentencia. Pues bien, en este caso la prisión provisional podrá «prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia,

cuando ésta hubiere sido recurrida», tal y como establece el artículo 504 de la LECrim.

Sin óbice a lo anterior, la duración de la prisión provisional no podrá exceder de seis meses si uno de los requisitos tomados en cuenta para poder adoptarla ha sido el de evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba contemplado en el artículo 503.1.3º.b) de la LECrim.

En el momento en el que el periodo de prisión provisional ha alcanzado o superado los dos tercios de su duración máxima, se contempla un mecanismo de celeridad y preferencia para el pronto enjuiciamiento de la causa.

López Rubio, Rosas Lozano, Torres Martín et alii (1996: pp. 3-4) afirman que siempre que sea posible se debe evitar la prisión provisional y buscar alternativas. Uno de los motivos de esta afirmación es el posible daño moral, económico y de desprestigio al que se expone el investigado, en caso de que finalmente se dictamine su inocencia.

Refiere Guerra Pérez (2011: p. 128) que a partir de 2003 los requisitos para poder acordar la prisión provisional comienzan a ser más claros y concisos, ya que antes de dicho año era confuso y complicado establecer las reglas y criterios a seguir para decidir sobre la adopción de esta medida cautelar. También apunta que no es fácil apreciar los indicios suficientes, puesto que existen actuaciones más complejas en las que puede surgir una cuestión prejudicial que hará depender la configuración del posible delito de la constatación de la comisión de ilícitos en otras ramas del derecho (p. 138).

VII.3 Tipos de prisión provisional

De la lectura del propio texto legal de referencia (LECrim) extraemos que existen dos tipos de prisión provisional: la ordinaria y la incomunicada.

La prisión provisional ordinaria es aquella que se acordará por defecto. Para poder decretar que la misma sea incomunicada debemos atender a lo dispuesto en el artículo 509 de la Ley aplicable, que establece la exigencia de acordar la incomunicación en caso de que exista una necesidad urgente de evitar bien «graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona» o bien «de una actuación inmediata de los Jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal».

Tanto la ordinaria como la incomunicada pueden haber sido acordadas contemplando una fianza, en cuyo caso el investigado podría hallarse en libertad provisional si hubiere satisfecho el importe solicitado, o sin contemplar fianza alguna.

VII.4 Indemnización por prisión provisional indebida

La indemnización por los perjuicios sufridos derivados de una prisión provisional indebida está contemplada en el ordenamiento jurídico español desde 1985 y se encuentra regulada de forma expresa en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ, que dispone:

«1.Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se les hayan irrogado perjuicios. 2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad o de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. 3. La

petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior».

La interpretación de este artículo y la configuración de los supuestos en los que procedía o no la indemnización ha sido perfilada por la jurisprudencia. Así, diferenciamos dos tendencias distintas: inexistencia objetiva del hecho e inexistencia subjetiva del hecho. Cobreros Mendazona (2019: p. 19), al analizar la primera de las tendencias, es decir, aquella que solo concede la indemnización si la sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre se basan en la inexistencia del hecho imputado, afirma que la probabilidad de que se den estas circunstancias de inexistencia del hecho denunciado son escasísimas. También refiere que un ejemplo de caso de prisión provisional indemnizable bajo este criterio -trasladándolo a nuestros tiempos presentes- sería el de *Los crímenes de Cuenca*, ejemplificación de compartimos y que estimamos que tiene una probabilidad de acaecimiento mínima o prácticamente nula. Con lo cual, bajo este criterio interpretativo pocos eran los casos en los que efectivamente se acababa indemnizando a aquel o aquella que hubiera estado en prisión provisional y que finalmente resultara inocente, pues no es la inocencia en sí lo que se tendría en cuenta para conceder la indemnización sino la inexistencia de los hechos. Con la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1989, se abre la posibilidad a nuevos supuestos indemnizables al aceptar la indemnización en caso de absolución por inocencia probada. Pero recordemos que nuestro sistema es de presunción de inocencia y que en pocas sentencias queda expresamente escrito que el investigado es inocente de forma probada, siendo más comunes razonamientos del tipo «debo absolver y absuelvo» sin especificar nada más o como mucho algún párrafo en los Fundamentos de Derecho de la sentencia que exprese «procede la absolución por insuficiencia de pruebas», supuestos ambos que tampoco gozarían de una

indemnización en caso de prisión preventiva. Estimamos que es una apertura teórica y poco factible en la práctica.

La sentencia del TEDH de 2006 sobre el caso Puig Panella contra España volvió a instaurar un criterio más restrictivo al respecto. Se afirma en esta sentencia que «el simple rechazo de una indemnización no es contrario, por tanto, en sí mismo a la presunción de inocencia». En palabras de Cobreros Mendazona (2019: p. 23), «ni el art. 6.2 CEDH ni ninguna otra cláusula del Convenio otorgan al acusado [...] un derecho a la reparación por su ingreso en prisión preventiva legal en caso de que las diligencias penales iniciadas en su contra no hubieran prosperado».

Otra sentencia relevante del Tribunal Europeo de Derecho Humanos sobre indemnización por prisión preventiva es la del caso Tendam contra España, de 2010, que establece que:

«Las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos tenidos en cuenta en cada ocasión por el Juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie directa o incidentalmente sobre la responsabilidad penal del interesado.

[...]

Exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia».

Tras esta última sentencia, el ordenamiento jurídico español procede a aplicar una interpretación totalmente restrictiva en sentido literal del artículo 294 LOPJ a fin de respetar lo dispuesto en el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Se refuerza, pues, el criterio de inexistencia objetiva del hecho. Díaz Fraile (2017: p. 229) afirma que la sentencia del TEDH del 16 de febrero de 2016 en el caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España confirma esta doctrina aludida y

recalca el autor que el artículo 294 de la LOPJ, y sobretodo la forma en que la se interprete, está condicionado por el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Sobre el error judicial en el uso de la prisión preventiva, esto es, sobre personas en prisión que nunca llegan a ser condenadas, encontramos el estudio realizado por Sánchez, Sobral Fernández y Seijo Martínez, en el que se analizan

«casos en los que el Estado, en aras de la seguridad ciudadana, priva de libertad a inocentes. El propósito último de este estudio es analizar la posible presencia de sesgos o heurísticos judiciales en la toma de decisiones. Para ello, se han analizado sistemáticamente 70 sentencias indemnizatorias y 136 condenatorias tras prisión preventiva. Los resultados mostraron que no existían diferencias significativas en la edad, el sexo, la nacionalidad, o los antecedentes penales de los absueltos y los condenados. Sin embargo, sí se observaron diferencias en el tipo de delito. Los delitos graves (homicidios o agresiones sexuales) han sido significativamente más frecuentes en los inocentes finalmente indemnizados, mientras que los penados han sido condenados por delitos menos graves (robos o delitos contra la seguridad vial). Finalmente, se discute la necesidad de realizar investigaciones con suficiente validez [...] que permitan estudiar las condenas erróneas tanto en general como en la aplicación de prisión preventiva» (2017: p. 36).

Y traemos a colación este estudio puesto que, a través de la discrepancia que tenemos con el mismo pasamos a explicar el último criterio sostenido por el ordenamiento jurídico español en lo que atañe a indemnizaciones por prisión preventiva indebida. La única crítica u objeción que tenemos sobre este artículo es que no compartimos la afirmación que realizan los autores sobre que «tras un recurso, consiguen una indemnización por prisión preventiva» (Sánchez, Sobral Fernández y Seijo Martínez, 2017: p. 38), afirmación que realizan en varias ocasiones sin matiz alguno. Discrepamos, ello no es tan fácil, al menos no lo era en la fecha en la que se redactó y publicó el artículo, en 2017, puesto que no es hasta octubre de 2019 cuando por primera vez en el ordenamiento jurídico español se establece un criterio tan abierto. Así, no es hasta dicha fecha

cuando el Tribunal Supremo, Sala Tercera, dictaminó que «la prisión preventiva indebida da derecho a indemnización al perjudicado “en todos los supuesto de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre”»²⁶. Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad del anterior criterio que solo preveía indemnización por prisión preventiva si el procedimiento terminaba con absolución por inexistencia del hecho imputado o, por esta misma causa, culminaban en auto de sobreseimiento libre. Visto lo anterior, en la fecha de publicación del artículo solo correspondía indemnización si el hecho no había ocurrido, siendo una realidad bastante común la de sujetos que tras declararse su absolución no tenían derecho a indemnización alguna por su estancia en prisión preventiva. Por ejemplo, a día de hoy Dolores Vázquez no ha conseguido que se le abone alguna indemnización.

Otro ejemplo de lo difícil que puede llegar a ser obtener la indemnización es el caso de un investigado por delito sexual que después de 669 días, casi 23 meses, resultó absuelto. Tras ello, este ciudadano reclamó una indemnización de 341.769 euros ante el Ministerio de Justicia que fue desestimada. En vías de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (en adelante AN), finalmente, se estima de forma parcial el recurso, dictando la sentencia de 17/07/2020 (Roj: SAN 1791/2020), concediéndosele la cantidad de 16.000€, importe alrededor de un 90% inferior al reclamado inicialmente²⁷. Y en este caso, por fortuna, el solicitante se vio favorecido por la nueva doctrina y criterio establecido por la novedosa sentencia del Tribunal Constitucional de junio de

²⁶ Recuperado de Comunicación del Poder Judicial publicada en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-que-toda-absolucion-da-lugar-a-una-indemnizacion-al-perjudicado-que-haya-sufrido-prision-preventiva>

²⁷ Recuperado de <https://confi legal.com/20200831-la-an-cifra-en-16-000-euros-la-indemnizacion-a-un-hombre-que-paso-casi-2-anos-en-prision-preventiva-y-fue-absuelto-de-un-delito-de-agresion-sexual/>

2019 ya comentada. Otros supuestos de indemnización bajo el actual criterio con concesión de indemnización bastante inferior a la solicitada son los plasmados en las sentencias como la de 23 de julio de 2020, dictada por la AN (Roj: SAN 1879/2020), en la que se reclama una indemnización de 1.250.000 €, más intereses, por perjuicios de diversa índole y en la que se concede por parte de la AN la cantidad total de 3000€, sin condena en costas; o la sentencia de 16 de julio de 2020, dictada también por la AN (Roj: SAN 1789/2020), en la que se reclama una indemnización de indemnización de 105.000 € por diversos conceptos y en la que se concede por parte de la AN la indemnización total de 5.025€, sin condena en costas. Por último, también resultan muy abundantes las sentencias desestimatorias de la petición de indemnización, citamos la sentencia de 21 de julio de 2020, de la AN (Roj: SAN 1856/2020) y la de 22 de julio, de la AN (Roj: SAN 1828/2020), por todas.

Salvado este punto, destacamos del estudio que «las decisiones judiciales pueden estar influenciadas por lo que se conoce como efectos legales y extralegales [...]. Entre las variables extralegales más importantes se encuentran los antecedentes penales, el estatus socioeconómico (SES), la raza y los estereotipos delictivos, el padecer un trastorno mental, o la edad» (Sánchez, Sobral Fernández y Seijo Martínez, 2017: p. 37). Refieren estos autores que, en relación con el estatus socioeconómico, cuanto más bajo es el mismo mayor es la probabilidad de ser considerado culpable y posteriormente condenado. Ello nos hace reflexionar sobre sobre el reflejo negativo de esta afirmación: a mayor estatus socioeconómico menor probabilidad de ser condenado. Resulta una reflexión cuanto menos interesante, pero aceptarla supondría entender que no existe igualdad ante la Ley ni igualdad de armas. Por ello, preferimos dejarlo como simple reflexión para el lector, pues esta tesis no trata de sembrar polémica sino de traer a colación los aspectos curiosos o de difícil explicación

que se hallan en el proceso penal, sosteniendo en todo momento el correcto funcionamiento de nuestro sistema procesal.

Por otro lado, el estudio aludido indica que ni el sexo, ni la nacionalidad, ni los antecedentes penales fueron decisivos en los casos analizados. También muestra que la mayoría de las personas en prisión preventiva son hombres mayores de 26 años. Los autores también sostienen que cuanto más grave es el delito y mayor repercusión social tiene, mayor es la probabilidad de que se decrete la prisión provisional junto a que posteriormente se dicte resolución absolutoria (Sánchez, Sobral Fernández y Seijo Martínez, 2017: p. 41).

VIII. ANÁLISIS DE CASOS CON PARTICULARIDADES PROBATORIAS.

Las nociones anteriores serán necesarias todas ellas para pasar a comentar y comprender las particularidades probatorias de los siguientes casos. De este modo veremos cómo nos resultará necesario conocer la dinámica de la valoración de la prueba desde el punto de vista del proceso lógico y saber identificar la presencia de elementos paraprobatarios. Gracias al examen hecho en las precedentes páginas tendremos, asimismo, claras las garantías aplicables a la valoración y las específicas reglas para valorar determinadas instituciones como el testimonio de la víctima, el silencio del investigado, la prueba indiciaria o la decisión del jurado; teniendo así una visión más formada y crítica que nos permita reflexionar sobre algunos aspectos de los caso que se analizarán. Lo referido sobre prisión provisional y sobre la procedencia de indemnización por la misma en caso de indebida también nos pondrá en tesitura para abordar lo venidero de la forma más ilustrada posible.

Antes de iniciar el estudio de los supuestos, traemos a colación la línea de pensamiento de Manzanares Samaniego²⁸ (2016: pp. 12-15), quien con un toque de humor, a la vez que con gran precisión, nos ha ilustrado con que puede haber muchísimos tipos diferentes de sentencias. Para él se dividen en veinte tipos, pero pueden ser más, sin un límite máximo. Recordemos que esto no es una crítica a la labor de los tribunales, sino la puesta en relieve de la opinión elocuente de alguien que formó parte de los propios tribunales. Así, Manzanares Samaniego refiere que puede haber sentencias de *copia y pega*, sentencias repetitivas o con giros inesperados, sentencias que repiten las conclusiones del Fiscal e incluso sentencias ilógicas, entre otras.

Después de hacer este inciso sobre el hecho de que existen innumerables tipos o cortes distintos de sentencias, vemos que todas ellas tienen en común el deber de motivación y que, escogiendo cualquier sentencia al azar, el juzgador o juzgadores cumplen esta labor y van exponiendo sus argumentos y premisas base tomadas en cuenta para el fallo.

Desde el punto de vista de Ibarra Robles (2016: pp. 48-53), la validez justificativa de la motivación de la sentencia está, desde luego, subordinada tanto a la expresa denotación de su premisa normativa, como a la correcta determinación de la premisa fáctica; esto es, de la existencia de los hechos que se declaran probados y de su adecuada subsunción en el supuesto de hecho o en la consecuencia establecida por la norma para el mismo. De esta manera, y como ya quedó patente en anteriores epígrafes de esta tesis, la jurisprudencia constitucional, tal y como sostiene Ibarra Robles, interpreta que la motivación de las sentencias se alinea con tres finalidades institucionales:

²⁸ Ex-Magistrado de la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo.

a) Satisfacer el derecho de los litigantes a conocer las razones fácticas y jurídicas que se han tenido en cuenta para alcanzar la decisión judicial. La motivación de la sentencia se dirige a lograr el convencimiento de los litigantes y de quienes no ven reconocida la legitimidad de sus pretensiones respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial. Este cometido intraproceso de la motivación, cuando se satisface, facilita la confianza de los litigantes en la administración de justicia, al comprobar que se ha enjuiciado su asunto con pleno conocimiento de causa.

b) Aun en este ámbito intraproceso, la motivación suficiente resulta de todo punto imprescindible para que pueda satisfacerse el derecho del litigante a un eventual control jurídico por vía de recurso de apelación o de casación.

c) El conocimiento por la sociedad de la motivación que funda una decisión judicial permite la crítica social y el subsiguiente posicionamiento de conformidad o de discrepancia, que va a redundar en la legitimidad o en la legitimación del Poder Judicial.

Por otra parte, la motivación de las sentencias contribuye a la configuración de la certeza jurídica. Y el nivel de certeza jurídica es una importante medida de la legitimidad del sistema de justicia. Solo la justificación razonable de las sentencias, expresada en argumentos apropiados, legitima la función del juzgador y genera confianza en la Administración de Justicia (Ibarra Robles, 2016: pp. 48-53).

Cuando un caso es demasiado mediático, tanto la presión de los medios de comunicación como la presión ciudadana a veces compele a los tribunales a dictar una sentencia con justificaciones, más o menos acertadas, para poner punto y final a un procedimiento. Y pueden sacar conclusiones arrebatadas y erróneas o conclusiones dispares que pueden ser fuertemente criticadas por la

opinión pública. Un caso con gran impacto mediático donde se cuestiona la influencia del mismo y la posibilidad de existencia de un juicio paralelo es el caso de Dolores Vázquez. Por otro lado, en casos como «La Manada», una presión mediática controlada puede generar diversas opiniones, una calificación jurídica prematura realizada por la sociedad que ocasiona protestas, rechazo hacia el fallo de una sentencia, críticas severas hacia el derecho de un Magistrado a formular un voto particular o que en cada instancia la resolución sea más similar a la opinión ciudadana. O tal vez, el halo creado por el perfil del detenido -hombre blanco de mediana edad rodeado de contactos deportivos de élite y con ingresos superiores a la media- puede llevar, junto a otros factores, a tomar medidas cautelares severas como la prisión preventiva durante dos años para un procedimiento en el que, finalmente, se acuerda la absolución de los acusados (caso Alexandre Rosell).

Poniendo como ejemplo las informaciones baladíes y abundantes en torno a un supuesto mediático como fue el del contagio del Ébola a una enfermera de un hospital español, Rodríguez Ferrández (2014: pp. 4 y 5) destaca que todas estas informaciones extra nos pueden desviar del foco central, a la par que resultan irrelevantes para el objeto puramente penal del asunto. Se refiere a ello con el término de «ruido mediático²⁹». Por otro lado, Fuentes Osorio (2005: pp. 1-11) sostiene que los medios de comunicación pueden tener un papel positivo puesto que dan visibilidad a un suceso, pero en ocasiones la información sobre determinada realidad criminal puede verse afectada por los intereses particulares de los medios de comunicación. En este segundo caso, se podría

²⁹ Cabellos Espiérrez alude igualmente al término «ruido» en sus estudios sobre la prisión provisional en el caso de «La Manada», véase Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel, “La prisión provisional ante el ruido mediático: el caso de «La Manada»”, en Abadías Selma, Alfredo y Simón Castellano, Pere (coords.), *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 173-193.

contribuir a la aparición de errores cognitivos y a una sobrepreocupación de la ciudadanía y del sistema procesal por dar solución al problema. La violencia o los escándalos siempre han suscitado interés en el ser humano y este acude a los medios de comunicación para saciar su sed. Ahora bien, la información que recibe, más si es sobre sucesos criminales pendientes de ser juzgados por un juzgado o tribunal, sobredimensionará la gravedad e importancia de los hechos creando una imagen del suceso que no se corresponderá con la realidad. La presión de los medios de comunicación, en ocasiones, puede incluso llevar a cambios legislativos en la ley penal. También sostiene que la información no es inocente, debido a que es seleccionada atendiendo a diversos criterios, entre ellos el nivel previsto beneficios económicos para el medio de comunicación. Realiza una dura crítica a la labor de los medios y refiere que «se aprecia una escasa información sobre la sentencia oficial de un caso (especialmente si es absolutoria)» (p. 12) y que los medios:

«Pueden acusar, juzgar y condenar a un sujeto que todavía no ha llegado a ser acusado de algo, atentando principalmente de esta forma contra su derecho al honor, o condenar anticipadamente al procesado, infringiendo de este modo la presunción de inocencia. Aparte de eso los medios también influyen en el proceso judicial mediante manifestaciones sobre las consecuencias sociales y políticas que tendrían una determinada condena, la absolución, la aplicación de beneficios penitenciarios, etc. Todo ello ejerce una gran presión sobre los Jueces y Magistrados (así como sobre el jurado) que puede comprometer su independencia» (p. 13).

Seguidamente vamos a analizar: la influencia de la presión mediática y otros factores, para el caso de Dolores Vázquez, donde hubo un grave error judicial; la base y premisas tomadas en cuenta para la calificación jurídica y fallo mayoritario y particular/es durante todas las instancias del proceso de «La Manada», y cómo estas sentencias estuvieron desde el inicio en el punto de mira de la opinión social y de personas ajenas al proceso; y la diferente apreciación de indicios de delito por parte del tribunal instructor y del tribunal

enjuiciador, para el caso de Alexandre Rosell, marcado por un período de prisión provisional inusualmente largo que culminó con absolución.

VIII.1 Caso Dolores Vázquez.

VIII.1.1 Características.

Este caso está marcado por un grave error jurídico. La acusada, Dolores Vázquez Mosquera, fue declarada culpable por un jurado popular de la muerte de Rocío Wanninkhof, quien había sido asesinada en octubre de 1999 cerca de la localidad de Mijas, provincia de Málaga. Aquella sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Málaga, órgano enjuiciador por la gravedad del delito, fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Andalucía por el Letrado de la condenada, solicitando la nulidad del juicio y la repetición del mismo con base en que, según el cuerpo del recurso, el jurado popular no motivó debidamente su decisión. El recurso fue estimado y el Ministerio Fiscal recurrió entonces ante el Tribunal Supremo, quien ratificó la sentencia del TSJ y ordenó repetir el juicio. En agosto de 2003, antes de la llegada de la fecha de este nuevo juicio, el caso dio un vuelco al resolverse otro asesinato posterior: el de la joven Sonia Carabantes. Tras el análisis forense de esta última, se descubrieron restos de ácido desoxirribonucleico (en adelante ADN) coincidentes con trazas de ADN que también estaban presentes en una colilla hallada junto al cuerpo de Rocío Wanninkhof. El ADN era de Tony Alexander King. Acordaron, en consecuencia, la inmediata puesta en libertad de la Sra. Vázquez y no se llegó a repetir el juicio contra ella. Tony A. K. fue condenado

posteriormente como autor de ambos crímenes. El motivo de la ocurrencia de aquel error tal vez estuvo propiciado por el ambiente de histeria popular creado por los medios de comunicación, unido a las de irregularidades protocolarias por parte de las autoridades judiciales y policiales en cuanto a garantías procesales se refiere (Fernández García, 2018).

Este caso fue especialmente mediático a causa de lo insólito del hecho en sí, sumado con que el presunto asesino era una mujer, a diferencia de las estadísticas y el panorama habitual en el que la comisión de delitos de sangre venía perpetrada principalmente por varones, sumado también a la relación de pareja que la acusada mantuvo con la madre de la víctima en una sociedad morbosa donde las relaciones homosexuales eran una realidad poco visible y motivo de crítica. El asunto estaba destinado a ser el foco de atención de los diarios y de la televisión.

VIII.1.2 Análisis.

Los aspectos particulares de este caso son la influencia de la presión mediática en dicho panorama, los argumentos de cargo de la sentencia inculpatoria, la aplicación indebida de la doctrina de la prueba indiciaria, la insuficiente motivación del veredicto del jurado y los argumentos proconstitucionales de las resoluciones dictadas posteriormente con motivo del recurso planteado. Sostenemos que el mayor elemento paraprobatario habido en este caso es la presión mediática unida a una estereotipación de la relación afectiva mantenida entre la acusada y la madre de la víctima. Ello pudo haber supuesto una ceguera por parte del jurado y del tribunal, quienes parecían tener

claro desde el principio el fallo condenatorio de la sentencia propiciada por el halo y esquema social creados en sus mentes debido a lo ya referido.

Del Moral García (2018) expone la problemática que suscita la convivencia del derecho a la libertad de expresión y el principio de publicidad del proceso, con el derecho a la presunción de inocencia. Destaca este Magistrado del Tribunal Supremo que «la libertad de expresión y un juicio justo son dos de las normas más apreciadas de nuestra civilización y sería arduo y extremo decidir entre ellas» (p. 10).

El artículo 24 CE consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías, el artículo 120.1 CE proclama la publicidad de las actuaciones judiciales y el artículo 20 CE reconoce el derecho a la libertad de expresión.

En lo que se refiere a medidas para salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia evitando un juicio paralelo, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del caso Sheppard Maxwell, de 1966, donde el juzgador anuló la sentencia condenatoria debido a la influencia social enturbiadora del proceso y anuladora de garantías procesales. En Reino Unido, el *Common Law*, a través de mecanismos llamados *Comptent of Court*, pone remedio a los excesos de información, facultando al Juez a prohibir ciertas publicaciones. Respecto a España, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, que prevé restricciones a la libertad de expresión y refiere que «la prohibición temporal de su difusión pública no vulnera el derecho a la información veraz con carácter general si esta puede afectar al buen fin de la averiguación del delito y de su autor» y que «el derecho fundamental a la información no es ilimitado, pudiéndose hallar uno de sus límites, efectivamente, en el "interés de la justicia"». Esta sentencia del Tribunal Constitucional se apoya en el artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, que prevé dos tipos de garantías para la

limitación de derechos: el primero es que los límites estén previstos en la ley y que sean necesarios en una sociedad democrática; y el segundo es que las medidas adoptadas en su virtud lo sean con la finalidad para la cual los mismos límites fueron previstos.

El principio de publicidad del proceso penal afecta a derechos como el de la intimidad, el honor, la reputación, seguridad de las partes del proceso, derecho de la sociedad a ser informada e imparcialidad del Tribunal. En este sentido, el Poder Judicial debe mantenerse descontaminado de todo aspecto extraprocesal que pueda inferir negativamente y vulnerar las garantías del proceso y debe mantenerse, a su vez, limpio de toda influencia de la opinión pública y configurar la suya propia, que puede ser coincidente o no con aquella.

Caamaño Domínguez define el juicio paralelo como una «interferencia externa sobre un proceso penal con capacidad acreditada para privar a un jurado, Juez o tribunal de la imparcialidad que constitucionalmente le es requerida» (2018: p. 14). Por su parte, Hernández García (2001: pp. 67-70) refiere que la existencia de un juicio paralelo puede calificarse de situación problemática. En España la doctrina de los juicios paralelos se configuró durante la segunda mitad del siglo XX como respuesta a la presión ejercida por los medios de comunicación sobre los jurados populares. El juzgador debe adoptar medidas para asegurar una nula influencia de la opinión pública sobre el veredicto del jurado, so pena de nulidad del veredicto.

Es relevante el papel adoptado por el TEDH al respecto, dictando sentencias como *Craxi c. Italia*, 2002, *Du Roy & Malaury versus Francia*, 2001 o *Gutsanovi c. Bulgaria*, 2013, en las que decidía sobre la publicación de información objeto de secreto sumarial, restricción del acceso a algunos actos de investigación de los medios de comunicación o condenaba declaraciones de culpabilidad efectuadas por autoridades no judiciales.

Afirma Caamaño Domínguez que «si los medios los han condenado será irrelevante que el poder judicial restaure su inocencia: siempre serán culpables, absueltos judicialmente por falta de pruebas, pero ya nunca volverán a ser inocentes» (2018: p. 16).

García Arán (2018: pp. 14-32) afirma que el juicio paralelo tiene lugar en el momento en que se otorga la consideración de Juez a la opinión pública, en el sentido de que se pone a disposición de esta el materia probatorio que deberían examinar los Jueces profesionales. En el juicio paralelo, la opinión pública valora las pruebas y extrae sus propias conclusiones, normalmente de forma prematura y precipitada y, además, sin intermediación ni contradicción y sin conocer los límites o garantías que deben aplicarse a la prueba. Son comunes las tertulias televisivas o radiofónicas en las que los asistentes valoran y opinan sobre el fondo del asunto. Con este tipo de prácticas se priva al investigado de su derecho a un juicio imparcial y justo. Esta autora también refiere que todas estas «anomalías», normalmente, ocasionan la condena previa y paralela de los investigados y aumenta la presión y expectativas de que se dicte una sentencia condenatoria. En caso de que dicha condena nunca llegue, entonces, se desprestigia a la Administración de Justicia. También afirma que el origen del descontento puede estar en las expectativas infundadamente creadas.

La libertad de información, en ocasiones, choca con algunos derechos individuales y con los intereses propios del proceso. Para poder saber de qué forma actuar en caso de choque de la libertad de información con los derechos individuales debemos tener presente la sentencia del TC 104/1986 (por todas) que estima que la información es fundamental para formar una opinión pública libre y exige que dicha información sea de relevancia pública o interés general para que pueda prevalecer sobre otros derechos. Otras sentencias del TC como la 68/2008 y la 129/2009 exigen, además, que la información haya sido

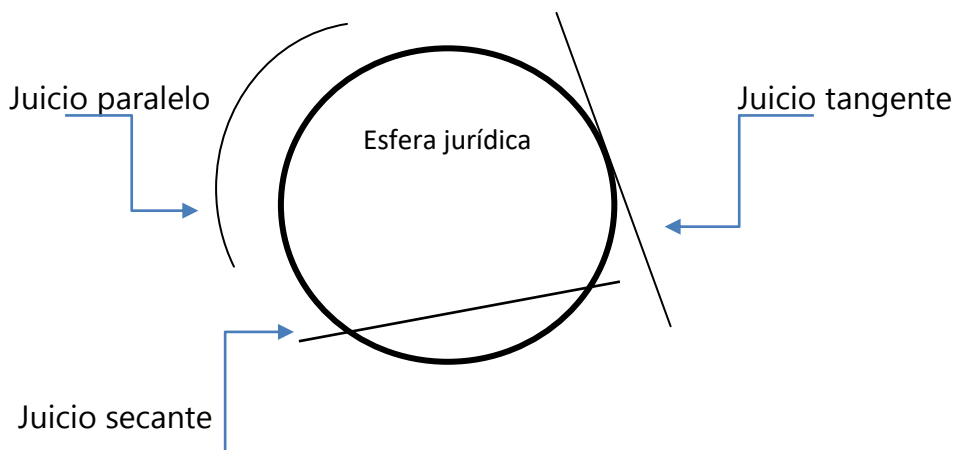
diligentemente comprobada. Por supuesto, se tendrá en cuenta la proporcionalidad y necesidad de propagar la información en cuestión (García Arán, 2018: pp. 14-32).

Desde otra perspectiva ligeramente distinta, Ortiz de Urbina Gimeno (2018: pp. 116-132) refiere que la disponibilidad de información por la ciudadanía constituye un remedio contra multitud de «males sociales». Recordemos, como se acaba de afirmar, que el Tribunal Constitucional considera la información como algo indispensable para nuestro sistema democrático. En el ámbito de la política criminal tanta información puede no incentivar el desarrollo de buenas prácticas, así, son numerosos los análisis que demuestran en la mayoría de ocasiones la publicidad sobre eventos de política criminal empeora la situación.

Este autor trae a colación el episodio de Willie Horton y su influencia en las elecciones presidenciales de EE. UU. de 1988. El partido demócrata había implantado un programa de reinserción con unos resultados magníficos y que resultaba realmente efectivo; sin embargo, hubo un incidente en el marco de este programa: a uno de los presos, Willie Horton, se le concedió un permiso y cometió un homicidio y una detención ilegal durante el mismo. La información sobre la efectividad del programa de reinserción llegó demasiado tarde y el partido republicano se hizo con la victoria. Ortiz de Urbina Gimeno, en lo que a política criminal se refiere, afirma que las políticas públicas deben ser juzgadas conforme a su saldo final «de pérdidas y ganancias» y que resulta imposible publicar las fotografías de todas aquellas personas que se han salvado de sufrir algún delito, mientras que sí es plausible publicar las fotografías de las víctimas reales. Por nuestra parte, añadimos que lo que este autor comenta está relacionado con la idea de estigmatizar a la Administración de Justicia (García Arán) por dictar sentencias que no se corresponden con lo deseado por la

ciudadanía. Y es que, al igual que sucede con la política criminal, hay que tener más fe en la administración y pensar en todos aquellos supuestos que se han salvado gracias a la labor de la Administración, ya que, quizás, dictar una sentencia a gusto de la ciudadanía podría suponer conculcar más derechos de los que se salvan.

El juicio paralelo, como se ha mencionado, influye negativamente en el proceso. Es por ello por lo que creemos que el término paralelo no sería quizás el más acertado, puesto que paralelo es aquello que va hacia la misma dirección que el punto de referencia principal pero jamás llegará a chocarse, juntarse o interferir en él; esa es la cualidad principal de algo paralelo. Un término que aquí acuñamos es el de *juicio tangente*. La esfera jurídica que salvaguarda los derechos y garantías se encuentra tocada pero no punzada por una línea que sería la opinión pública. Esta línea que toca la esfera jurídica sin penetrarla, en ocasiones, puede ejercer demasiada presión, achatando o disminuyendo la esfera jurídica y en otras ocasiones incluso puede incidir en ella, pasando a ser una línea secante, lo cual constituiría un grave riesgo para el proceso, so pena de nulidad del veredicto. Lo plasmamos en la siguiente representación gráfica³⁰:



³⁰ Diseño ilustrativo realizado por nosotros mismos.

El Letrado de la acusada Dolores Vázquez, Pedro Apalategui (2018: p. 31), en lo relativo a lo mediático del caso, expresa lo siguiente:

«En el caso cuya defensa asumí, conocido mediáticamente como caso Wanninkhof, y en otros de similar interés mediático, es frecuente que determinados medios -emisoras de radio y cadenas de televisión- difundan opiniones a través de supuestos expertos: periodistas, forenses, abogados, ex miembros de cuerpos de seguridad del Estado, psicólogos, todos ellos bajo el amparo de sus títulos, expresan opiniones, conjeturas más propias de barra de bar. En tales programas se debatía (en el supuesto del caso Wanninkhof), por ejemplo sobre la inclinación sexual de la persona acusada como elemento justificador del acto homicida».

Desde el prisma periodístico, también podemos encontrar manifestaciones similares como la siguiente:

«El acusado que se sienta en el banquillo tiene derecho a ser considerado inocente por el tribunal hasta que se sentencie lo contrario y esto es lo más importante. Pero también tiene derecho a que los demás – desde su vecino hasta la televisión- le tratemos como un inocente mientras no se produzca un fallo judicial condenatorio. Ello debería obligar a los medios de comunicación a ser sumamente cautelosos, sobre todo en la fase de instrucción penal, y presentar los avances de la investigación como lo que son: datos provisionales sometidos a cambio y controversia» (Peral, 2016: p. 28).

Para poder apreciar el grado de sensacionalismo de las informaciones relacionadas con el caso, destacamos algunos artículos de la prensa.

El artículo que apareció en la edición impresa del miércoles 24 de septiembre de 2003 en el diario *El País*³¹ -un artículo periodístico *post* sentencia- utiliza un vocabulario correcto y comedido a la vez que se apoya en fragmentos de las propias sentencias del procedimiento, sin añadir adjetivos que entorpezcan la lectura y generen opiniones más allá de los contenidos en la sentencia. En tal situación, al tener una sentencia que establece la culpabilidad,

³¹ Recuperado de https://elpais.com/diario/2003/09/24/espana/1064354413_850215.html

se pueden expresar con mayor contundencia ciertos aspectos del caso que antes resultaban hipotéticos y se dejan de utilizar los términos «supuesto», «presunto» y sinónimos. No obstante, apreciamos que no hay gran diferencia con otros recortes de prensa publicados antes del juicio, antes de la sentencia condenatoria. La dureza de las palabras era incluso mayor antes del juicio que después. En este artículo aparecen los adjetivos y sustantivos: «asesinato», «asesina», «condenada», «insospechado», «madre», «captura», «confesado». Estos sustantivos y adjetivos tienen una fuerte connotación muy diferente a la de otras palabras que podrían haber sido utilizadas como «no previsto», «aprehensión» o «progenitora». Sin embargo, se deja ver una escritura global bastante correcta y respetuosa.

Por otro lado, los artículos pre-sentencia son tremendamente duros y llenos de prejuicios. En este sentido encontramos artículos, como el publicado en el diario *El País* en fecha 9 de septiembre de 2001³² que, a la hora de describir a la acusada con adjetivos calificativos negativos, utiliza el tiempo verbal presente; sin embargo, para descripciones positivas emplean el tiempo verbal pasado. Así, encontramos frases como «la describen como una personas fría, severa, agresiva, irascible y mentirosa», «es soltera, sin hijos. Tiene 49 años, de complexión fuerte», descripciones muy contundentes, seguidas de un tiempo verbal presente, en un punto del asunto donde no había sentencia que permitiera hablar de un culpable. Otras afirmaciones que destacamos del artículo referido son: «era muy responsable y seria», «era algo seca [...] correcta y educada». Nos llama la atención que utilicen «era», nos planteamos si acaso en el interior de una persona no pueden convivir cualidades negativas con positivas, entendemos que sería perfectamente compatible que siga siendo

³² Artículo "El peso de la duda", recuperado de Redondo Calvo, Ángel Félix, *El sensacionalismo y su penetración en el sistema mediático español* (Trabajo de Fin de Grado), Universidad de Valladolid, 2011, p. 68.

responsable, seria, correcta y educada al margen de que haya asesinado o no a otra persona. También se hace alusión a su estado civil, a su edad y a su orientación sexual, influyendo al lector (junto con los valores de la época) para que reflexionara sobre si un individuo que no sigue los típicos estereotipos sociales y de género puede tener más posibilidades de convertirse en un ser cruel tendente a saltarse las normas y la ley.

Otro artículo que analizamos es el publicado el 11 de septiembre de 2000³³ en *El País*. En él vemos frases con influjos como «podía ser la autora del crimen», cuando cabría haber utilizado otra forma verbal que denotara mayor incertidumbre como «podría» o «habría podido ser». Vuelven a aparecer adjetivos calificativos con la misma división inconsciente: los positivos precedidos de verbos en pasado y los negativos de verbos en presente.

Otro artículo al respecto es el de Sánchez Esparza (2014), publicado en el diario *El Mundo*³⁴, bastante posterior al desenlace final de los hechos. En él afirma que en el caso Wanninkhof hubo dos víctimas, Rocío Wanninkhof y Dolores Vázquez, cada cual de una forma más o menos grave, evidentemente. Este artículo tiene un toque de dolor de fondo, cuida minuciosamente las palabras y aborda el tema desde el punto de vista del infortunio sufrido por Dolores Vázquez. La acusada pasó 519 días de prisión pero su «infierno no terminó siquiera con la detención del verdadero autor [...] ni con el archivo de la causa» (Sánchez Esparza, 2014). Según refiere la columnista, la idea de culpabilidad no ha desaparecido de las mentes de la opinión pública, ni siquiera

³³ Artículo "La madre de la joven de Mijas jamás sospechó de la detenida por el crimen", recuperado de Redondo Calvo, Ángel Félix, *El sensacionalismo y su penetración en el sistema mediático español* (Trabajo de Fin de Grado), Universidad de Valladolid, 2011, p. 71.

³⁴ Recuperado de <https://www.elmundo.es/andalucia/2014/10/13/543bb3f0ca4741a3338b4580.html>

ha tenido la suerte de poder gozar de una indemnización, ya que se la han denegado hasta el momento tanto en vía administrativa como judicial.

Respaldando lo antedicho, en un artículo publicado con motivo del 20 aniversario del asesinato de Rocío Wanninkhof, Veiga³⁵ afirma que «hubo un tiempo en el que Dolores era una especie de Ana Julia Quezada, El Chicle o Antonio Anglés».

Resulta plenamente abundante la presencia de artículos periodísticos similares que todavía se pueden encontrar hoy en día.

Por su parte, la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Málaga refería como hechos probados los siguientes:

«Al llegar la joven Rocío Wanninkhof Hornos a la edad de la adolescencia se inició en ella un sentimiento de animadversión hacia Dolores Vázquez, a causa de los castigos que recibía de ella, y el rechazo que presentaba a la relación que su madre mantenía con Dolores, así como el hecho de adeudarle a su madre una cantidad de dinero, animadversión y odio que también acabó sintiendo Dolores hacia Rocío.

La acusada Dolores Vázquez Mosquera, movida por el odio que sentía hacia Rocío Wanninkhof, a la que culpaba de haber provocado la ruptura sentimental con Alicia, la madre de Rocío, salió a pasear por los alrededores de su casa la noche del 2 de octubre de 1999 provista de una arma blanca; entre las 21.40 y las 22.00 horas se encontró con Rocío Wanninkhof, que caminaba por la carretera que sale de la barriada de la Cala de Mijas hacia el hipódromo de esta localidad, y que se dirigía a su casa, en el número 97 de la urbanización La Cortijera, de Mijas Costa.

Entre ambas se suscitó una discusión que acaloró a Dolores extremadamente, dirigiéndole un primer golpe a Rocío, que le produjo una hemorragia y motivó que esta usara un pañuelo de papel para limpiarse la sangre.

Aprovechando Dolores el estado de sorpresa e indefensión que presentaba Rocío, le dio una puñalada en el pecho a la joven, la cual, al sentirse herida de gravedad, emprendió la huida hacia una explanada que hay en el lugar próxima a su casa, dejando un gran reguero de sangre en el trayecto, y

³⁵ Edición del 13 de octubre de 2019 de *El Español*:
https://www.elespanol.com/reportajes/20191013/muerte-dolores-vazquez-sin-indemnizar-rocio-wanninkhof/435957711_0.html.

cayendo exhausta al suelo, donde la acusada le dio ocho puñaladas en la espalda, produciéndole la muerte».

Uno de los principales errores en este procedimiento es que se tomaron como ciertas, y como base constructiva de una hipótesis válida, una serie de premisas que a su vez eran hipótesis no confirmadas. Esto vicia todo razonamiento posterior que se realice, al tomar como raíz premisas no validadas. Dolores Vázquez se queda sin coartada en un procedimiento en el que el jurado recurre a la prueba indiciaria, ante la inexistencia de prueba directa incriminatoria. Su línea de defensa no convencía a nadie y un jurado popular acabó por condenarla sin motivación suficiente por un crimen que no cometió. Ante tal injusticia, como ya se ha comentado, el abogado de Dolores Vázquez planteó recurso ante el TSJ de Andalucía, solicitando la nulidad del juicio y la celebración de uno nuevo con cumplimiento de todas las garantías legales alegando la falta de motivación del veredicto del jurado y la insuficiencia probatoria. El TSJ falló a favor de estas alegaciones anulando el juicio e indicando al órgano enjuiciador que debía repetirlo. Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal Supremo por las partes acusadoras. El alto tribunal ratificó la sentencia del TSJ de Andalucía y ordenó repetir el juicio por no haberse motivado debidamente la sentencia y por haber recurrido a la prueba indiciaria sin contar con los presupuestos básicos previos exigidos por la jurisprudencia. Meses después de esta resolución esperanzadora para la acusada, el caso dio un giro todavía más esperanzador. Efectivamente, por desgracia, otra joven fue asesinada y, tras analizar los restos de ADN, se pudo constatar que era ADN coincidente con el de la primera víctima y perteneciente en ambos casos a Tony Alexander King.

Respecto a experimentos y encuestas sobre Tribunales del jurado, el estudio de Soria Verde, Berger, Yepes, et alii (2012: p. 3-12) resultan bastante

interesantes. Estos autores realizaron un estudio en el que se facilitaba dos veces (una antes de la experiencia como jurado y otra después) una hoja de cuestionario sobre conocimientos procesales y materiales y sobre opiniones al respecto. En este estudio se contó con 19 voluntarios para crear un tribunal del jurado ficticio.

«La muestra final estaba compuesta por 19 Ss, 14 mujeres (73.7%) y 5 hombres (26.3%) de edades comprendidas entre los 21 y 48 años, hallándose el 57.9% entre los 21 y los 24 años y de nivel sociocultural medio-alto. Respecto a la preferencia política, 4 Ss no contestaron la pregunta. 8 Ss (53.3%) se declararon nacionalistas y el resto próximos a partidos estatales. Por otra parte, 10Ss (66.6%) se situaban próximos a una ideología de izquierdas, frente al resto de derechas» (p. 6).

Para la finalidad de la toma de decisión establecen los referidos autores tres tipos: rehabilitación, prevención o castigo (p. 5) Analizando los cuestionarios cumplimentados por los voluntarios, los razonamientos y conocimientos variaron, eran más completos y argumentados tras la experiencia; sin embargo, las opiniones eran prácticamente las mismas pre y *post* experiencia. De este modo, las opiniones sobre el sistema del jurado y sobre la predisposición a formar parte eran a *grosso modo* las mismas antes que después de la experiencia. En cuanto a las opiniones sobre la finalidad de la toma de decisión, tampoco variaron demasiado, presentado una ligera alza el motivo de castigo, que choca con la real finalidad del sistema penal español: la rehabilitación.

Berger, Yepes, Lovelle et alii (2012) ponen de relieve que el sistema español de jurado se diferencia del anglosajón en que para el primero el jurado es una expresión del derecho de los ciudadanos a participar en la justicia, mientras que para el segundo es un derecho constitucional a ser juzgado por iguales y ello hace que también sea diferente el modo de seleccionar a los miembros del jurado y el propio jurado como ente global. «El jurado está

formado por un grupo no permanente de personas desconocidas, al que sus miembros pertenecen de manera involuntaria y anónima durante un espacio temporal limitado y no representan la postura de ningún colectivo» (p.4).

Además, cabe recordar el deber de motivación de la decisión del jurado español, algo que no ocurre en el sistema anglosajón que se encuentra respaldado por el secreto de deliberación.

Otro estudio relacionado es el llevado a cabo por Soria Verde y Armadans Tremolosa (2009: pp. 143-150) sobre los efectos de la victimización en la percepción social de la prisión y medidas alternativas. Según palabras textuales de los autores, el estudio:

«presenta una investigación realizada sobre una muestra de 734 residentes en Barcelona ciudad, para conocer la percepción de las personas que han sido víctimas de delitos y las que no sobre la prisión, las medidas alternativas a la prisión (MAP), su función social en la reinserción del delincuente y sus efectos sobre la reducción de la delincuencia. También se analizó el conocimiento sobre las MAP de forma espontánea y sugerida. Los resultados mostraron cómo las víctimas sostienen una visión más positiva de las MAP frente a la prisión y un mayor conocimiento de las mismas. Por el contrario, no mostraron diferencias en la percepción de la prisión como medio de reinserción o reducción de la delincuencia».

Los resultados arrojan que coincide en víctimas y en no víctimas la percepción de la existencia de una escasa capacidad del sistema penitenciario tradicional para de resocializar al interno y para reducir la tasa de delitos (Soria Verde y Armadans Tremolosa, 2009: p.148). También se revela un mayor rechazo en el grupo de víctimas hacia la aplicación de medidas alternativas.

Vistos estos estudios y volviendo al caso que nos ocupa, vemos en toda esta cadena de sucesos una seria insuficiencia probatoria que, de haberse salvado correctamente, podría haber salvaguardado los intereses y derechos de Dolores Vázquez.

Sostiene Redondo Calvo (2009: pp. 53-56) que ni el diario *ABC* ni *El País* respetaron el derecho de la investigada a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Código Deontológico de la Federación de Asociaciones de Periodistas de España. Califica este autor de «sutil» la forma en la que los diarios han vulnerado estos derechos, ya que no se aprecian términos directos como «asesina» o «autora del crimen», sino adjetivos como «presunta culpable», «única imputada» o «principal sospechosa». No obstante, la simple colocación de la palabra «presunto» delante del sustantivo que se desee elegir («asesina», «autora») no es suficiente para salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia (Jabonero³⁶, 2009) puesto que el lector estigmatiza igualmente al acusado sea «presunto» o no lo sea. De este modo, en palabras de Redondo Calvo (2009: p. 53):

«En definitiva, ambos diarios respetan el derecho a la presunción de inocencia de Vázquez cuando se refieren a ella a través de adjetivos calificativos. Sin embargo, de forma implícita se vulnera, al ofrecer reiteradamente una caracterización de la acusada con tintes negativos por parte de las fuentes de que se nutre el periodista y al ilustrarla esposada y con la mirada en un punto fijo, transmitiendo una sensación de mujer fría y calculadora».

Ya que para el enjuiciamiento se contaba con un jurado popular, el riesgo de que sus mentes -poco curtidas en lo que a experiencia en sesiones de juicio oral se refiere- estuvieran expuestas al impacto de la información circulante referente al caso, era mayor que en los enjuiciamientos sin jurado popular.

Los diarios *ABC* y *El País* propiciaron que se causara en el lector el efecto de primacía, es decir, predominio de las impresiones iniciales. Según los análisis de Redondo Calvo (2009: pp. 53-71), el 75,7% de las informaciones de *ABC* y el

³⁶ Recuperado de http://elpais.com/diario/2009/12/01/sociedad/1259622002_850215.html.

78,3% de las de *El País* versan sobre declaraciones que culpabilizan a Dolores Vázquez y que proceden del Fiscal o de la acusación. En cuanto a publicaciones sobre la versión de la defensa el porcentaje se reduce a 54,1% en *ABC* y a 56,5% en *El País*. No hay, pues, paridad ni objetividad en las publicaciones sobre el caso. Pasamos a comentar a continuación otro aspecto con posible influencia en el devenir de sucesos procesales desafortunados.

Algunos autores se atreven a afirmar que la orientación sexual de la acusada fue decisiva, determinante y que marcó una diferencia en su proceso, que no habría sido igual si ella hubiera sido heterosexual: «Dolores Vázquez fue señalada, acusada y condenada no solo por su condición de lesbiana sino también por algo que resultaba y resulta intolerable para el ala más conservadora de nuestra sociedad: había convivido y formado familia con Alicia Hornos. Más aún, existía el reconocimiento general de que Dolores prácticamente había criado a Rocío y a sus hermanos» (Huici Módenes, 2008: p. 177).

Beatriz Gimeno también refiere que «nada de lo que sucedió hubiera podido suceder de la misma manera de haber sido ella heterosexual [...]. Para que esto sucediera fue necesario que la opinión pública creyera sin lugar a dudas en su culpabilidad y ése fue el papel que jugaron los medios de comunicación» (*apud* Huici Módenes, 2008: p. 177).

Apunta Huici Módenes (2008: p. 177) que:

«mecanismos que los guardianes de la corrección social o de la normalidad ponen en marcha para estigmatizar a las conductas sexuales que el Orden Sacrosanto considera distintas, otras, desviadas, y analizar cómo la prensa – en este caso, el corpus lo constituyen *El País*, *ABC* y *El Mundo*- colabora en ese proceso de exclusión, poniendo en marcha distintos mecanismos de estigmatización que van desde la invisibilización social a la construcción del monstruo vampírico y corruptor, desde la hipocresía de la corrección política a la más recalcitrante homofobia y misoginia manifestada

burdamente por algunos columnistas, el más indigno de todos, Juan Manuel de Prada».

Otras ideas similares de los estudiosos del caso, desde el prisma de la homosexualidad de la acusada, vienen a defender que en este proceso se hizo uso de los estereotipos de *mujer masculina*, *fuera de norma* o *mujer vampiro* para estigmatizar a la acusada y que todo ello llevó a una inevitable sentencia condenatoria sin pruebas. Sostienen otros que los diarios *El País* (de corte pretendidamente progresista) y *ABC* (de corte conservador) tuvieron un papel muy relevante en este caso. También se insinúa que, de los dos diarios mencionados, es precisa y paradójicamente el conservador el que se mostraba más objetivo. Así «algunos articulistas se atrevieron a denunciar el despropósito que se estaba cometiendo con Dolores Vázquez, como fue el caso de Javier Pérez Royo, de Gabriela Albiac o de Vicente Molina Foix» (Huici Módenes, 2008: p. 180).

«Hablamos, entonces, de la lesbiana vampiro, una mujer madura y perversa que concentra en sí el estigma y el odio social, que corrompe a otras mujeres y las somete a una relación de dominio, sadismo y egoísmo: "...se trata de una vampiro metafórico que roba a la inocente joven la vida en tanto que existencia normalizada". Esta fue la coartada utilizada por su antigua pareja durante veinte años y ahora principal y más encarnizada acusadora: Alicia Hornos debía justificar de alguna manera los años de convivencia (y, se supone, que de amor) con la rea. Por ello, en su estrategia de culpabilizarla a la vez que de *limpiar* su imagen de la *lacr*a de la homosexualidad repitió a todo el que quiso oírlo que, en primer lugar, ella estuvo casada con un hombre (el padre de sus hijos) y que, aunque no le gustaban las mujeres, *sucumbió* a una extraña atracción cuasi-hipnótica que al parecer Dolores ejercía sobre ella» (Huici Módenes, 2008: p. 179).

Quedan así reflejadas otras opiniones sobre posibles factores influyentes en el error judicial. No por ello se muestra la autora de esta tesis ni a favor ni en contra, ya que pudiendo este factor de orientación sexual haber sido determinante, no debemos olvidar que en el año de este suceso ya estaba

vigentísima la Constitución y eran de aplicación los derechos sobre no discriminación. Además, en los motivos de nulidad del juicio no consta que uno de ellos fuera el de vulneración de este derecho constitucional, sí de otros.

VIII.2 Caso «La Manada»

VIII.2.1 Características sobre el caso.

Este caso trata sobre un grupo de cinco hombres que atentaron sexualmente contra una joven de dieciocho años en un portal en el centro de la capital navarra, en la madrugada del 7 de julio de 2016, durante las fiestas de San Fermín. Es un caso bastante actual y con gran impacto mediático que ha suscitado muy diversas opiniones y controversias incluso entre los propios Magistrados que han intervenido en el asunto durante todas sus instancias, tanto en opiniones mayoritarias como en votos particulares.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra presta una atención central a la valoración de prueba de una forma minuciosa y desde diferentes prismas, llegando en ocasiones a ser un tanto repetitivos un gran número de folios de la sentencia, debido al impacto de la denuncia y a la gran repercusión social de la misma en una España democrática donde los derechos de la mujer cobran cada vez más relevancia (Martínez García-Donas, 2019, Fernández García, 2018).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por su parte, entra a valorar la calificación jurídica y penas impuestas por la sentencia dictada por la AP, y en la que existen dos votos particulares que expresan inclinación hacia un fallo

condenatorio más severo por delito de violación. También se determina en la sentencia que el delito contra la intimidad no ha sido decidido y que debería la AP pronunciarse sobre este aspecto.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo da un giro a la calificación y determina que los hechos son constitutivos de violación y eleva casi al doble las penas impuestas en las anteriores instancias.

Este caso, al igual que el anterior, fue muy mediático pero de una forma diferente. Esta vez no sería únicamente la prensa, telediarios o tertulias televisivas o radiofónicas quienes opinaran al respecto y facilitarían información y puntos de vista; en esta ocasión, dada la realidad de redes sociales y otros medios de difusión de los particulares, han sido los ciudadanos los que han expresado directamente su opinión, los que se han hecho oír y los que han promovido manifestaciones de un movimiento impulsado por la indignación popular. Según Cigüela Sola (2020: pp. 26-27), la justicia popular se concibe como un acto legítimo del grupo social como ente colectivo, y quienes la llevan a cabo se refugian en motivos de insuficiencia de respuesta por parte de los poderes públicos. De este modo, aquellos que no se sienten representados por el Estado terminan por unirse a alguna corriente populista vehiculada a través de distintas redes sociales. Es notorio que este caso de violencia sexual ha sido el más mediatizado de la contemporaneidad, por ello, además de las corrientes provictimales mayoritarias comentadas aparecieron corrientes minoritarias contravictimales. De esta segunda corriente destaca que la web *Tribuna de Barcelona* filtrara de forma ilegal conversaciones paralelas de la víctima y que otra web periodística cuestionara la versión de la víctima (Herrera Moreno, 2019b: pp. 697).

Volviendo a lo referido en la introducción de este apartado de la tesis, el hecho de que el caso fuera mediático podría haber menoscabado las garantías

o haber revelado desde un primer momento una esperada e incipiente sentencia condenatoria. Analizaremos con detenimiento la diferente calificación jurídica que de los mismos hechos se hace a lo largo de las distintas instancias que lo resuelven, e incluso calificaciones distintas entre los Magistrados de cada una de las instancias. En las dos primeras instancias, los hechos no son calificados como violación (Angulo Egea, 2019: pp. 86-96) e incluso uno de los Magistrados realizó un voto particular apartándose del parecer de sus compañeros y estimando que procedería la libre absolución respecto de los delitos sexuales, si bien sostuvo que procedía condena por el delito de hurto de teléfono móvil (Acale Sánchez y Faraldo Cabana, 2018: pp. 17-19). No utilizamos un enfoque recriminatorio sobre ello, sino que realizamos un estudio basado en la curiosidad de conocer esos motivos, para así comprenderlos y poder ver el Derecho desde los ojos de aquel Magistrado, quien no hizo otra cosa que aplicar el Derecho desde su idea de justicia, algo digno de respeto y de estudio. Desde el punto de vista de Perelman (*apud* Vallet de Goytisolo, 1988: p. 151), «una argumentación jurídica no se presenta como una lógica formal sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y Jueces conciben su misión y de la idea que se hacen de Derecho y su funcionamiento en sociedad». Por último, recalcar que es solo a partir de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre este asunto cuando, finalmente, queda calificado como violación.

A priori, los hechos denunciados por la víctima suponen, según conciencia popular, una violación múltiple. Siguiendo este criterio social y echando un vistazo a la regulación penal española sobre violación, la pena a imponer para cada uno de los acusados sería de 10 a 15 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 cfr. 180.1.1º y 2º Código Penal:

El artículo 179 del Código Penal dispone que «cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años».

El artículo 180 del Código Penal tipifica lo siguiente:

«1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 2.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas».

Llegados a este punto, nos preguntamos qué proceso de inferencia han llevado a cabo los Magistrados de la AP de Navarra y del TSJ de Navarra para calificar finalmente los hechos como abuso sexual, delito que lleva aparejada pena de prisión de uno a tres años para el tipo básico, y de cuatro a diez años para el tipo agravado, acorde ello con el artículo 181 Código Penal, que dice así:

«1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. 3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. 4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años».

Recordemos que no es hasta la última de las instancias de este caso, ante el Tribunal Supremo, cuando se termina por condenar a los investigados como autores de un delito de violación. Volviendo a la primera sentencia, de la Audiencia Provincial, condena a nueve años por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento a los cinco acusados, mostrando, por cierto, «una notable incoherencia entre los hechos que declara probados y la calificación penal» (Carrillo, 2018: p. 68). Esta sentencia comienza relatando que va a versar sobre cinco presuntos delitos continuados de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.1, 2 y 3, 192 y 74 del Código Penal, un delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 5 del Código Penal y un delito de robo con intimidación del artículo 242.1 del Código Penal, delitos todos ellos que se corresponden íntegramente con lo solicitado por el Ministerio Fiscal y acusaciones particulares (responsabilidad civil aparte) quienes interesan que se condene a cada uno de los acusados por todos y cada uno de los delitos. El resultado de la sentencia es parcialmente distinto a este planteamiento inicial. Termina condenando a cada uno de los cinco detenidos por un delito de abuso sexual, a uno de ellos también condena por un delito leve de hurto de teléfono móvil y a ninguno de ellos se condena por el delito contra la intimidad. Igualmente condena a una responsabilidad civil solidaria de 50.000€ más 1.531'37€, aparte del delito leve de hurto, con penas accesorias y prohibición de acercamiento a la víctima. Tal y como refiere la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, «no basta con que las acusaciones digan, sino que es necesario que prueben lo que dicen para enervar la presunción de inocencia».

La segunda de las sentencias, dictada por el TSJ de Navarra, ratifica el fallo de la Audiencia Provincial de Navarra con una matización sobre el delito contra la intimidad, como se verá más adelante. Sin embargo; ya presenta esta

sentencia dos votos particulares que entienden que sí se trata de una violación. Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo falla a favor de ello.

VIII.2.2 Análisis.

VIII.2.2.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra y voto particular.

De los datos extraídos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, la denuncia de la víctima relataba que la agarraron por los brazos, que intentó zafarse, que le taparon la boca para no gritar, que la rodearon, tiraron al suelo y que la obligaron a realizar actos de naturaleza sexual; sin embargo, cuando prestó su testimonio en el juicio oral, la víctima relataba que se había besado con uno de los chicos en el portal, que este la cogió de la mano para entrar a dicho portal y otro por la muñeca sin mucha fuerza y que pensaba que iban a fumar. Esta contradicción fue valorada de forma negativa por el Magistrado disidente, y el resto de Magistrados tomó la última versión como la definitiva para poder dictar sentencia, ya que apreciaban persistencia material en la incriminación, si bien no quedara acreditado el uso de violencia. Esto es, en la última versión prestada por la víctima no figuraba el empleo de violencia o intimidación por parte de los denunciados. Acorde a ello, no sería posible la aplicación del artículo 179 del Código Penal, puesto que faltarían los elementos de violencia o intimidación. Los hechos finalmente relatados por la víctima en el juicio oral se encuadrarían dentro de lo tipificado en el artículo 181 del Código Penal sobre abusos sexuales con acceso carnal cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Desde el inicio de la sentencia, en el apartado de hechos probados, encontramos expresiones o frases no textuales de testimonios, sino utilizadas por los Magistrados, como «había música como de bares», lo cual lleva implícito que era un ambiente de fiesta y posible libertinaje, no utilizando términos como música de fondo, música de festividad, música de San Fermines o música regional; «lugar recóndito y angosto», no estrecho o de pocos metros cuadrados, lo cual lleva implícito angustia, clandestinidad o agobio; «caminando sola», no caminando sin compañía o simplemente caminando.

Destacamos los siguientes párrafos de la sentencia donde se resumen la declaración inicial y la prestada en juicio oral:

«El 7 de julio de 2016 en dependencias de la Policía Municipal la denunciante afirmó que dos de los acusados la habían agarrado por los brazos. Afirmó también que intentó zafarse de ambos, pero no pudo; que además no podría gritar puesto que el chico del reloj le había tapado la boca continuamente; que cuando han entrado la han rodeado los cuatro y la han tirado al suelo; que le han soltado el sujetador y mientras le sujetaban la boca para que les hiciera una felación, a la vez, le soltaban los botones del «pantalón». Que no la agredieron; que le ha hecho una felación a cada uno y que luego la penetran los cuatro; que no recuerda si la penetración ha sido anal o vaginal porque mientras uno le agarraba de la cadera, otro le cogía el cuello y ella estaba bloqueada debido a la situación. Que seguidamente los cuatro chicos se han marchado corriendo del lugar; que ella se ha levantado del suelo, se ha puesto la ropa bien y ha salido a la calle. [...] No cabe la más mínima duda de que lo que está describiendo en ambas comparencias es el expreso ejercicio de violencia sobre ella. Otra interpretación no cabe. Es más, la afirmación de que «intentó zafarse de ambos, pero no pudo», sugiere inequívocamente que, además opuso resistencia a la violencia que se estaba ejerciendo sobre ella y haciendo patente su negativa a las relaciones sexuales que luego tuvieron lugar. Sorprendentemente, en la declaración prestada en el acto del juicio oral, niega y se retracta por completo de este relato [...] al referir que no le sujetaron por los brazos sino que el chico con el que se había besado fuera del portal, desde ese momento la tenía cogida de la mano y que otro la tomó por la muñeca, «no fue con mucha fuerza, fue como para meter a alguien, pero tampoco fue fuerte para dejar marca, por ejemplo, o hacer daño»; que le «sorprendió mucho la forma en que me cogieron, pero lo que he dicho antes, yo no me imaginaba que iba a suceder lo que pasó, yo que sé...yo sinceramente lo que pensaba es que íbamos a entrar en el

portal porque querían fumarse un porro». [...]. Afirma sin reticencias que no se resistió, ni intentó huir de ninguna manera, que no gritó, que no le taparon continuamente la boca, sino que le acercaron la mano abierta a la boca en simple gesto de silencio cuando entraban en el portal».

Otro aspecto al que prestan atención los Magistrados y los abogados de la defensa es el consumo de alcohol por parte de la víctima y un posible estado de embriaguez. Esta premisa puede llevar a pensar a los Magistrados que la primera versión dada llevaba trazas de alcohol y recuerdos oscuros y que la última versión dada en las sesiones de juicio oral es la más clara y fidedigna.

El incidente del hotel también cobra especial relevancia a lo largo de varias páginas de la sentencia. Según lo declarado por el portero del hotel, contrastado con el resto de testimonios, los cinco varones y la denunciante se pararon en la puerta del establecimiento hotelero. Ella estaba más alejada pero no demasiado y, según el testimonio del portero hotelero, uno de los denunciados intentó colarse dando un nombre y un número de habitación a lo que el trabajador del hotel le indicó que no le constaba que estuviera alojado allí. Ante ello, aquel denunciado le preguntó soezmente si tenía disponible alguna habitación para practicar sexo³⁷ y el portero respondió que no, dándole referencias de otros hoteles donde posiblemente hubiera algo disponible. Los Magistrados prestan especial atención al hecho de que la denunciante oyera toda la conversación de uno de los hombres con el portero y que no escuchara sin embargo la frase clave y llamativa de si tenía disponible alguna habitación para practicar sexo. Después de varias páginas y razonamientos, finalmente, toman como válida la versión de la denunciante, que sostiene que no lo oyó y

³⁷ La sentencia refiere que las palabras originales fueron si «tenía disponible alguna habitación para fo**ar». En adelante intentaremos evitar esta expresión pero advertimos al lector que cada que lea la frase «si tenía disponible alguna habitación para practicar sexo» nos referimos a las palabras más bruscas aludidas al inicio de esta nota.

que no sabía lo que iba a pasar después. No obstante, el Magistrado disidente toma este hecho como no cierto e infiere que la denunciante sí lo escuchó, realizando varios razonamientos sobre el conocimiento del posible y posterior acaecimiento de prácticas sexuales, consentimiento implícito e interés en continuar en compañía de los acusados.

Respecto a la credibilidad del testimonio de la víctima, a pesar de tener contradicciones, los Magistrados que votan el fallo condenatorio afirman:

«Estas manifestaciones de la denunciante, sobre la dirección que tomaron a su iniciativa se muestran a nuestro entender creíbles y verosímiles, es acorde con las reglas de la lógica y razonable, que una persona desconocedora de esta ciudad pero que había subido en dos ocasiones a la Plaza del Castillo procedente del Soto de Lezkairu y bajado en una, después de desviarse a la derecha para acceder desde la Avenida de Carlos III hasta la calle Cortes de Navarra, tomara la dirección hacia la izquierda, accediendo de este modo a la calle Paulino Caballero, que conduce al expresado Soto.

Y como hemos expresado, ha mantenido una versión precisa y coherente a lo largo de este proceso, con la rotundidad que apreciamos, en el acto juicio oral, en sentido de que fue la actitud de uno de los procesados lo que le molestó y por eso decidió tomar esa dirección al estimar que por ahí se llegaba al lugar donde estaba estacionado su vehículo.

Por todo ello la consideramos creíble y corroborada con los datos objetivos que hemos detallado».

También refieren que sus distintas declaraciones han mantenido trazos esenciales, sin bien presentaba distintos matices en los que iba perdiendo fuerza su versión de empleo de violencia o intimidación, no quedando, por ello, acreditado el uso de las mismas. Por lo tanto, estiman los juzgadores que el testimonio de la víctima ha sido correctamente corroborado y que goza de fiabilidad en orden a destruir la presunción de inocencia. Sobre corroboración y fiabilidad del testimonio de la víctima conviene estar a las reflexiones planteadas en su estudio por Fuentes Soriano (2020), quien destaca la gran

importancia de poder determinar qué elementos podrían ser considerados como útiles para tal corroboración y la consiguiente fiabilidad del testimonio.

Según la sentencia, para llegar desde la calle donde inicialmente se encontraban los cinco denunciados y la denunciante hasta el coche de la misma, el trayecto a seguir era recto y hacia la izquierda. Ella sostiene que eso es lo que hizo en un momento determinado para zafarse de ellos cuando empezó a cerciorarse de su actitud pesada. También refirió que ella tenía móvil con GPS; sin embargo, el trayecto realmente realizado no la aproximaba al coche, sino que la alejaba. Para los Magistrados del voto mayoritario, ello podía deberse a desorientación por desconocimiento de la ciudad y a la ingesta de alcohol. Para el Magistrado del voto particular supone una base ilógica de argumentos que no deben tenerse en cuenta por ser incongruentes, y entiende que toma el camino más largo para marcharse con los chicos por haberlo acordado así previamente en la Plaza del Castillo.

La opinión mayoritaria de los Magistrados se basa en que «Santiago, quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Gabriel; ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de “la denunciante”, quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia».

La sentencia de la Audiencia Provincial, a nuestro parecer y conforme a lo visto hasta el momento, presenta una serie de elementos paraprobatórios que también son valorados junto con la prueba a la que son inherentes. Empezando a mencionar estos elementos, detenemos la mirada en la cualidad de Guardia Civil de uno de los denunciados en el momento de los hechos. Esta circunstancia es valorada por parte de los Magistrados a fin de determinar cuál era su intención, su conocimiento de la ilicitud del hecho y su ánimo de huir, ya que «sabía o podía conocer que sustrayendo el teléfono impedía la reacción

inmediata de la denunciante [...] y las posibilidades de pedir ayuda». Vemos así cómo esta circunstancia, que de por sí no es una prueba, es tenida en cuenta para poder establecer los hechos probados, sus matizaciones y conclusiones sobre los mismos. Así encontramos fragmentos como:

«Destacamos la relevancia de esta acción, más allá del “simple hurto por avaricia” que le atribuye el procesado; en efecto, dada su condición de agente de la Guardia Civil, por tanto, con una especial formación en la investigación de delitos, sabía o podía conocer, que sustrayendo el teléfono, del que retiró las tarjetas, impedía la reacción inmediata de la denunciante, quien no conocía la ciudad, a la que había llegado en compañía de un amigo, y las posibilidades de pedir ayuda o contactar con cualquier persona.

[...]

Dada [su] condición de Guardia Civil, es razonable inferir que sabía que no podía negarse a identificarse y que el oponerse a dar cualquier dato que se le pidiera por la policía, no iba a beneficiarle en absoluto.

[...]

En cualquier caso, sabiendo ya de la existencia de una investigación en marcha por una presunta agresión sexual cometida por un grupo de andaluces, los cinco acusados, entre los que se encuentra un Guardia Civil que, en razón a su profesión, es perfectamente conocedor no solo de la gravedad de los hechos sino también de las actuaciones a que la investigación puede dar lugar, conscientes todos ellos de que portaban en dos de sus teléfonos móviles las grabaciones de parte de lo ocurrido, habiendo dispuesto del tiempo necesario y la ocasión favorable, conservaron intactas dichas grabaciones y de su existencia darán nueva cuenta, probablemente ya antes de su efectiva detención como analizaremos y, con toda seguridad y espontáneamente, en el momento en que entran en dependencias policiales con motivo de su detención. Y a mi juicio, este es un dato que opera sin duda a su favor pues dota de razonabilidad a su afirmación de que tal y como persistentemente han mantenido todos ellos, jamás entendieron que la denunciante no obrara libre y voluntariamente y jamás se les representó la idea de que su consentimiento no hubiera sido libre y válidamente prestado»

Otro aspecto que se valora de forma paralela a la prueba principal es la complejión de la denunciante. Su diferencia de complejión respecto a los denunciados conduce a interpretar como hecho probado que sufriera un bloqueo y que entrara en estado de shock sometiéndose a hacer los que los

denunciados le indicaban que hiciera. También es interpretado como causa justificativa de que no pudiera zafarse de los mismos, aunque esta causa no es la única, ya que también se valora el número de denunciados.

La edad de la denunciante establece un punto de referencia para los Magistrados al afirmar que existe «radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de la denunciante y procesados». Por su parte, la edad de los denunciados y la complejión de los mismos también son valoradas, ya que se trata de cinco varones de «edades muy superiores y fuerte complejión». Vemos otros fragmentos de la sentencia:

«Por todo ello, declaramos probado y lo justificamos en el precedente fundamento que al encontrarse en esta situación, en el lugar descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complejión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querido por estos, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción.

Debiendo precisarse, frente a lo afirmado en la sentencia mayoritaria, que ni la diferencia de edad ni de complejión física entre los acusados y la denunciante, ni su diferente experiencia sexual, ni que ellos fuesen cinco y ella una sola, pueden tomarse, por sí solos y porque sí, como elementos decisivos».

Vaticinó Rodríguez Fernández (2018) que la estructura de la sentencia de la AP de Navarra sería material suficiente para una posterior sentencia, ya fuera del TSJ o del Supremo, que condenara a los acusados como autores de un delito continuado de agresión sexual y no de abuso.

Los acusados fueron puestos en libertad al apreciarse inexistencia de riesgo de fuga y al amparo del artículo 504 de la LECrim, aspecto que también fue muy polémico (Benítez de Lugo, 2018a y 2018b).

A continuación pasamos a analizar el voto particular. El mismo es emitido por el Magistrado Ilmo. Sr. González González. Los argumentos en los que se basa el voto particular son los que se detallan a continuación:

1. Falta de congruencia en la declaración de la denunciante respecto del recorrido realizado. La misma refiere que tiene móvil para orientarse, que deseaba ir al coche; sin embargo, toma el camino más ilógico y en dirección opuesta a donde estaba el coche, marchándose con los muchachos.

«Si su objetivo era dirigirse al coche no tiene la más mínima lógica que, avanzado un trecho, vuelva sobre sus pasos, y si lo hizo, lo que no tiene lógica es que diga que se dirigía al coche cuando tenía la CALLE005 (camino directo a DIRECCION005) escasísimos metros a continuación del Hotel DIRECCION026 y en línea recta, suponiendo (y en este caso se trataría de una suposición *pro reo*) que ella conociera ese trayecto. [...] El relato que, en el inicio del procedimiento hace la denunciante, dando a entender que fueron los acusados quienes ya desde el banco de la PLAZA000 marcaron el camino; que tres de ellos iban delante mientras ella iba detrás con otro, como si con ello se viera obligada a seguirlos y sin otra opción posible de actuación; que en grupo la acosaban e incomodaban; o, simplemente, el recorrido imposible que refiere recordar, se desbaratan cuando las imágenes de las cámaras de seguridad y el resultado de las investigaciones van incorporándose a la causa. [...] nada indica que hubiera girado para subir por CALLE002, lo que debilita la credibilidad de su afirmación de que no quería seguir la fiesta con los acusados sino solo ir al coche a dormir».

2. Todos van a un hotel. Uno de los denunciados intenta colarse dando un número de habitación y un nombre al azar, el portero le indica que no puede pasar. Le pregunta uno de los varones al trabajador del hotel si le queda alguna habitación para practicar sexo. El portero responde que no, que tal vez en el Hotel Leyre quede algo disponible. La denunciante reconoce haber escuchado toda la conversación y niega haber oído el fragmento de la habitación para practicar sexo. El portero testifica que iban todos contentos y que hablaban muy alto. La denunciante no intenta irse en ese momento ni pide ayuda al portero.

«Lo razonable es pensar que debía encontrarse a una escasa distancia, y en definitiva, que no se puede tener por cierto en términos absolutos que no escuchara la conversación porque ya en la mañana del 7 de julio, al formular su denuncia, demostró conocer el fragmento de la conversación entre los acusados y el portero que antes he numerado como 2º (que no estaban en la lista de clientes); en el plenario reconoció que también

conocía el fragmento 1º (que uno de los chicos dio un nombre y un número), sin que tampoco resulte irrazonable pensar que también conoció el fragmento 4º (recomendación del portero de que acudieran a preguntar al Hotel Yoldi o al Leyre) [...] la lógica invita a pensar que la petición de "una habitación para f***ar", que fue inmediatamente posterior, debió oírse también pues es imposible que se hubiera alejado lo suficiente como para no escucharla».

3. La denunciante se besa de manera voluntaria con uno de los cinco varones después del incidente del Hotel y, tal y como expresa la sentencia, «no la sujetaron de los brazos sino que el chico con el que se había besado fuera del portal, desde ese momento la tenía cogida de la mano».

4. La denunciante presentaba alto nivel de alcohol en sangre igual que los acusados. Todos estaban en un ambiente de «jolgorio y regocijo».

5. La denunciante se toma una copa en las cocheras del edificio donde posteriormente entra.

«al folio 929 de autos consta como manifestación ante el Magistrado-Juez instructor del Agente de Policía Municipal nº NUM024 que "la chica dijo que se habían sentado en la parte exterior del portal como a tomar algo" y al folio 952, como manifestación del Agente nº NUM026 ante aquél que "en ese momento les dijo también que habían estado sentados bebiendo en una zona de garajes que hay junto al portal"».

6. La forma en la que entra al edificio se contradice con sus propias versiones y con lo referido con una testigo que accedió al portal minutos antes.

«Y a este respecto, existe un detalle que sorprende por imposible. La denunciante afirmó en Sala que cuando el chico entró al portal para franquear luego la entrada a los demás, ella se encontraba junto a la pared de fachada, en el mismo lado (izquierdo) en que se encuentra el portal y antes de llegar al hueco de entrada de garajes que precede al portal nº NUM006, portal cuya entrada se encuentra retranqueada unos 3 metros respecto a la línea de fachada del edificio, siendo sus laterales paredes sólidas y completamente opacas que tanto impiden la visibilidad de la calle a quien se encuentre junto a la puerta de acceso al portal (salvo vista recta), como la del portal de quien se encuentre en la calle en la posición que la testigo de cargo aseguró que se encontraba. De hecho, la visibilidad de la puerta de acceso al portal solo sería posible, desde la calle, a quien se

encontrara frente al referido portal, lugar donde la denunciante afirmó rotundamente que en ningún momento estuvo. Así las cosas, es de todo punto imposible que la testigo, desde la posición en la que afirma encontrarse en ese momento, viera timbrar a la vecina o que la viera hablando con el chico que entró con ella en el portal como reiteradamente afirmó. No olvidemos, además, que Isidro se había adelantado al objeto de alcanzar a la vecina y entrar con ella. Y no podemos pensar que se trate de un error, pues, para reforzar su afirmación, la denunciante se explayó explicando que no le extrañó en absoluto ver a uno de los acusados hablando con ella ya que, si un rato antes había estado hablando con ella en el banco, era natural que ahora pudiera conversar con otra chica. Que esta explicación pueda resultar irrazonable, no es lo más relevante; lo que resulta extraordinariamente relevante es que se ofrezca para sostener algo que resulta absolutamente imposible dada la conformación física y diseño del portal de autos, y es que hubiera podido llegar a ver a la vecina timbrando primero y momentos después, hablando con Isidro. Una de dos, o la testigo no se encontraba en la pared de fachada donde dice que estaba o no pudo ver a la vecina de ninguna manera».

7. Inexistencia de violencia o intimidación. Refiere, así, el voto particular que la víctima «afirma sin reticencias que no se resistió, ni intentó huir de ninguna manera; que no gritó; que no le taparon continuamente la boca, sino que le acercaron la mano abierta a la boca en simple gesto de silencio cuando entraban al portal [...] Cuando me meten en el portal con esa brusquedad, siento en plan de ¿cómo decirlo? no miedo, ni intimidación, pero... me sorprende».

8. La denunciante realiza movimientos masturbatorios sobre el miembro de uno de los denunciados de forma voluntaria. La denunciante afirma que hizo esto «por instinto».

«Mantiene igualmente que no hizo nada, que no dijo nada, que no participó activamente de ninguna manera. Cuando se le puso de manifiesto, como actitud proactiva por su parte, que había realizado movimientos masturbatorios en el pene de uno de los acusados, sorprendentemente respondió que pudo haberlo hecho «por instinto» (expresión exactamente coincidente con la sugerencia que los policías NUM064 y NUM065 realizan en su informe pericial para tratar de justificar esa acción por parte de ella) y reconoció que su abogado le había informado del dictamen pericial que

obra en los Anexos A y B, provocando nuevamente con ello la sensación de acomodar su relato al contenido previamente conocido de la causa».

9. En los vídeos no se puede apreciar ninguna actitud tensa, de miedo o de rechazo por parte de la denunciante. Un médico psiquiatra «experto en valorar la mente y conducta humana», bajo juramento, declara que no observa signos de bloqueo o pasividad.

«Un acreditado médico psiquiatra, experto en valorar la mente y la conducta humana, ha afirmado bajo juramento que no ve en las imágenes ni el bloqueo, ni la pasividad que se alega. [...] manifestó que, aun corroborando lo que el resto de los peritos manifestaron a la hora de ilustrar sobre las posibles reacciones que puede desplegar quien se enfrenta a un suceso traumático o muy estresante, descartaba dicha reacción en el concreto caso que enjuiciamos en razón a que las imágenes son incompatibles con una sumisión provocada por estrés agudo porque hay más actividad que pasividad; para el Sr. Nazario en el vídeo NUM040 se aprecia a la denunciante acercándose a la zona genital de uno de los varones, camino de una felación; tampoco lo entiende compatible con un gesto instintivo, "están más cerca de saber que de no saber y que al principio es claramente activa"; en la NUM042 no ve ninguna fuerza y sí movimientos sincronizados en varón y mujer, movimientos que no son de empuje del varón sobre ella, sino sincronizados y que requieren de una participación activa en la mujer; para el perito esta es una de las imágenes más reveladoras. Destaca, en general, respecto a las imágenes que ha analizado que la cara de la mujer tiene una expresión distendida y no se ve fuerza, ni resistencia; que no ha visto ninguna imagen de una mujer sufriendo, ni ninguna que denote asco».

10. La denunciante siempre refiere que eran cuatro varones, en realidad siempre fueron 5. Contrastado ello con imágenes de vídeos de móvil y cámaras de vigilancia de la calle.

11. Lo que documentan las imágenes, según el Magistrado es «sexo entre desconocidos, en el entorno clandestino y desapacible del rellano de un portal».

12. Finalmente, sostiene que la versión de la denunciante es contradictoria e incongruente en algunos aspectos y opta por la absolución.

De este análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra podemos concluir que la mente de uno de los Magistrados procesó los elementos probatorios y paraprobatorios de forma diferente a la de sus compañeros, dando lugar a premisas base que, a su vez, desembocaron en una conclusión distinta. Llama la atención que aspectos que, para unos son valorados como elementos del tipo de abuso sexual, para otro se valoren como meros componentes de una noche de «jolgorio y regocijo» en la que tuvo lugar «sexo consentido entre desconocidos». Como hemos ido viendo a lo largo de los párrafos mencionados, y como aquí se añade, el proceso lógico de ambas posturas -la de los Magistrados que solicitan la condena y la del Magistrado que solicita la absolución- es correcto. Ambos pareceres parten de una serie de premisas validadas y perfectamente explicadas; sin embargo, estas premisas básicas y la forma de procesarlas parecen no haber sido las mismas.

Por supuesto, fue notorio e inmediato el descontento de gran parte de la ciudadanía. En sintonía con Portalés Llop (2018: p. 130), las redes sociales gozan de inmediatez de respuesta y la opinión ciudadana se hizo eco en apenas unos minutos.

Raga Marimón (2018: pp. 185-187), en relación con la respuesta de la ciudadanía tras la sentencia dictada por la AP de Navarra, refiere que desaprobación de la reacción de la mayoría de la sociedad significaría no comprender muchos aspectos. De esta forma, se abre una brecha entre los Jueces y la sociedad, cuyo vínculo viene regulado en la LOPJ, concretamente en los artículos 1³⁸ y 7³⁹. Entre los derechos fundamentales de obligado

³⁸ Artículo 1 LOPJ: La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley.

³⁹ Artículo 7 LOPJ: 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. 2. En especial, los derechos enunciados en el

respeto se halla la libertad de expresión. A este respecto, la sentencia del TC 65/2015 afirma que «las actuaciones y resoluciones judiciales pueden ser objeto de pública crítica por los ciudadanos y la libertad para hacerlo tienen sin duda alguna la firme garantía de lo dispuesto en el art. 20.1. a) CE». Dado el revuelo social, el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) emitió un manifiesto aclarando y reconociendo el derecho de crítica que los ciudadanos poseen y matizando que, si quien profiere una crítica es un responsable público, compromete la confianza de nuestro sistema de justicia.

VIII.2.2.2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Votos particulares.

Surge a raíz de la apelación formulada tanto por el Ministerio Fiscal, acusación particular y acusaciones populares, como por los acusados, quedándose como única parte apelada, al no formular recurso, el Servicio Navarro de Salud. La sentencia del TSJ acepta y da por reproducidos los hechos de la sentencia de primera instancia, centrándose en valorar nuevamente la prueba y la calificación de los delitos. Las representaciones de los acusados solicitaron la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables, consintiendo el Sr. Guerrero Escudero la condena por hurto. Las acusaciones, por su parte, solicitaron la condena de los encausados por un delito continuado de agresión sexual con las circunstancias agravantes de acción conjunta de dos

artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido. 3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

o más personas, y tratarse de actos denigrantes y vejatorios; y la condena del Sr. Guerrero Escudero como autor de un delito de robo, que la acusación particular y la acusación popular del Gobierno de Navarra extendían a todos los encausados. Subsidiariamente, la acusación popular del Gobierno de Navarra interesaba la condena de los cinco encausados por hurto. El Ministerio Fiscal considera a los Sres. Guerrero y Cabezuelo autores de un delito contra la intimidad, que la acusación particular y las acusaciones populares consideraban extensible a los cinco encausados. Se solicitó subsidiariamente por la acusación particular y la acusación popular del Ayuntamiento de Pamplona, la nulidad de la sentencia exclusivamente en cuanto a la absolución de los acusados del delito contra la intimidad, interesándose también por la acusación particular, de modo subsidiario, una exasperación punitiva, para el supuesto de confirmación del delito de abuso.

Uno de los motivos de apelación planteado por la defensa de uno de los condenados es la infracción de la presunción de inocencia y la contravención del artículo 24 CE, causado por la contaminación de las pruebas de cargo y la falta de imparcialidad de los juzgadores como resultado de un juicio mediático paralelo y condenatorio que ha afectado a las pruebas de cargo. También se denuncia la falta de un proceso equitativo y error en la valoración de la prueba. Así se recoge en la sentencia del TSJ:

«Se pretende [...] que se ha generado artificialmente un movimiento social que apremia la inexorable condena de los acusados; se destaca la información sesgada del gabinete de prensa de la Audiencia Provincial, que debiera garantizar la protección de datos personales; se han filtrado a la prensa sus fichas policiales, el contenido de sus teléfonos móviles, sus conversaciones privadas por *whatsapp*⁴⁰; ha calado en la opinión pública un perfil perverso de los imputados. Se recalcan las inoportunas interferencias del Ministro de Justicia, inaceptables en un Estado democrático de Derecho.

⁴⁰ En el proceso penal se admite este tipo de prueba desde el 2015 (Arrabal Platero, 2017: pp. 325-336).

Se alega haber sido conculcado el derecho de los procesados a no ser presentados públicamente como culpables y garantizar que los miembros del órgano juzgador no tengan ideas preconcebidas, en los términos de la directiva europea 2016/343 del Parlamento Europeo».

Ante estos argumentos, la sentencia se erige afirmando que el artículo 120 de la Constitución Española reconoce el principio de la publicidad de las actuaciones judiciales, lo cual no contradice la tutela judicial efectiva. Los Magistrados mencionan las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre (debate sobre información de accidente de avión) y 136/1999, de 20 de julio (debate sobre un vídeo electoral de partido político) para apoyar su argumento a favor de la publicidad del proceso como premisa fundamental del derecho a la información y la libertad de prensa. Respecto al error en la valoración de la prueba, la sentencia de segunda instancia cuestiona este argumento de apelación y refiere que no se especifica en qué consiste el error y que no se aprecia que existiera tal. Encontramos un fragmento al respecto en la sentencia que afirma que «la valoración social de las conductas delictivas es parte esencial de la conformación de la conciencia social y del debate democrático de las leyes penales; y la notoriedad pública de los procesos judiciales no es inevitablemente lesiva de los derechos del procesado, pues propicia el debate social sobre una cuestión reconocida de interés general».

La defensa insistía en que el testimonio de la víctima no es prueba suficiente de cargo, que la denunciante consintió las relaciones sexuales y que su objetivo espurio era el de evitar que las imágenes salieran a la luz. Según la defensa, la víctima se vio presionada por las autoridades e interpuso la denuncia a pesar de haber rechazado inicialmente la asistencia jurídica y psicológica. Hacían hincapié en que su actitud y empatía hacia los procesados no se correspondía con la actitud de quien ha sufrido una agresión sexual. A este respecto, hay autores que sostiene que, según la ciencia criminológica, se tiende

a esperar emociones propias de la víctima (Herrero Moreno, 2019: pp. 683-684). Los Magistrados estiman que el testimonio de la víctima fue lógico, verosímil y congruente en todo momento y que puede ser tomado como válido más allá de toda duda racional y razonable, y que se corrobora con pruebas periciales y otros testimonios⁴¹. Sentencias al respecto son las del Tribunal Supremo 305/2017, de 27 de abril, 833/2017, de 18 de diciembre y 62/2018, de 5 de febrero.

En la sentencia del TSJ apreciamos la siguiente frase redactada por los propios Magistrados: «aprovechando una desproporción abusiva de fuerzas, y sirviéndose de una situación de superioridad por razón de género, edad y actuación en grupo». Leyendo esto es fácil intuir que el fallo sería, desde luego, no más leve que el de la sentencia de primera instancia.

Entra, entonces, la sentencia a valorar si existe o no intimidación o violencia. Argumenta que la propia víctima relató que fue sin violencia y sin intimidación y que de ninguna otra prueba se puede apreciar que sí existieran las mismas. La violencia, entendida como empleo de fuerza física, según la opinión mayoritaria de la sentencia, no existe en el presente caso; y la intimidación, entendida como amenaza, según la opinión mayoritaria, tampoco está presente. Ello choca con expresiones utilizadas en la sentencia de primera instancia como «agazapada, acorralada contra la pared», «encerrona que habían tendido a la denunciante», «escenario de opresión», «atmósfera coactiva», «lugar recóndito, angosto, estrecho, con una única salida»; sin embargo, la sentencia de segunda instancia lo achaca a una dificultad de expresión a la hora de recurrir a términos para referirse al prevalimiento.

⁴¹ Recuperado de https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/sentencias/Manada-confirma-condena-nueve-anos-abusos_0_1306669447.html

Otro de los motivos de apelación de las partes acusadoras es el referente a la consideración de que el robo debía imputarse a los cinco acusados, pues, según argumentaban las acusaciones, «el delito de robo se realiza durante la agresión sexual, antes de su consumación final, y en presencia y con conocimiento infame y vejatorio de todos los copartícipes». Este motivo fue desestimado por la opinión mayoritaria de los Magistrados del TSJ de Navarra y, a tenor de ello, se invoca la sentencia del Tribunal Supremo 1172/1998, de 13 octubre, que dice así:

«en el delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242.1º del Código Penal el dolo del autor viene presidido por el ánimo de lucro, o de obtención de un beneficio a través del apoderamiento de la cosa mueble ajena lograda mediante intimidación o violencia ejercidas instrumentalmente como medios comisivos del apoderamiento material. No existe robo con violencia cuando la agresión personal y el apoderamiento son acciones que, aunque inmediatas en el tiempo y el espacio, se desconectan entre sí por obedecer a intenciones independientes del sujeto sin una relación instrumental entre aquella y este».

Las acusaciones insistían en que en primera instancia debió haberse juzgado el delito contra la intimidad, y en ello es plenamente coincidente el criterio mayoritario del TSJ navarro. Precisan los razonamientos de la sentencia que la falta de denuncia por parte de la víctima es una carencia subsanable si la misma está presente en el proceso y acepta la continuación del mismo después del ofrecimiento de acciones (sentencias del Tribunal Supremo 1219/2004, de 10 de diciembre, 694/32003, de 20 de junio, 1341/2000, de 20 de noviembre y 1893/1994, de 25 de octubre). Entienden que la *notitia criminis* llegó a la víctima en un momento posterior al inicial –no conocía que existían grabaciones hasta que las autoridades se lo comunicaron- y es entonces cuando puede instar también el enjuiciamiento de las mismas en el seno de un proceso ya iniciado. Finalmente, la sentencia del TSJ se decanta por acordar que la Audiencia

Provincial de Navarra debe enjuiciar ese delito contra la intimidad, ya sea en sentido absolutorio o condenatorio, pero no dejarlo al margen.

Tras las valoraciones que han sido resumidas anteriormente, y de una forma escueta (recordemos que la primera sentencia se compone de trescientos folios, mientras que la de apelación de cien folios), el TSJ navarro falla en el sentido de desestimar los recursos planteados por la defensa y estimar parcialmente los recursos planteados por las acusaciones, modificando respecto de la sentencia primera únicamente el aspecto relativo al delito contra la intimidad. La diferencia entre el fallo de la sentencia de la AP y el del TSJ, es el añadido extra que obliga a la Audiencia Provincial a dictar nueva sentencia referida exclusivamente al delito contra la intimidad, quedando intactos el resto de pronunciamientos, condenas y responsabilidades civiles de la sentencia de primera instancia.

Dos de los Magistrados del TSJ emiten votos particulares, apartándose del criterio mayoritario de sus colegas de sala. Ambos Magistrados, el Ilmo. Sr. Galve Sauras y el Ilmo. Sr. Abárzuza Gil, discrepan de la calificación de los delitos contra la libertad sexual, así como de la del delito de apoderamiento del terminal móvil por uno de los acusados.

«Los Magistrados discrepantes, estimando en tal sentido los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras, entienden que los acusados, por la realización de los actos de naturaleza sexual de que han sido imputados, son autores de un delito continuado de agresión sexual, utilizando intimidación, de los artículos 178 y 179 del Código Penal, en el subtipo agravado del artículo 180, en las circunstancias que posteriormente se determinarán, todo lo cual se fundamentará en el presente voto particular.

Como consecuencia de lo anterior, al mediar intimidación en la acción ejecutada, los suscribientes del presente voto particular entienden que el acusado Antonio Manuel Guerrero Escudero es autor de un delito de robo, mediando intimidación en las personas, de los artículos 237 y 242 del Código Penal».

Tras una amplia fundamentación, amparada en sentencias como la del TEDH de 28 de junio de 2018, o la del Tribunal Supremo 1572/2018, de 3 de mayo, para *darse permiso* a pronunciar un fallo más grave que el inicial, realizaron los Magistrados disidentes su propio examen de hechos probados y la calificación jurídica de estos. Aprecian que se trata de una agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP, concurriendo las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1 CP en relación con los artículos 192 y 74.1 CP, al entender que no queda acreditado el uso de violencia, pero que sí hay presencia de intimidación, ya que «se cometería agresión sexual en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer» (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2004 y de 10 de diciembre de 2014).

Aspectos como la entrada al portal sin violencia, pero siendo obligada la víctima, la diferencia de edad, la diferencia en número o la diferencia de complejión, configuran, según el voto particular de la sentencia del TSJ de Navarra, una *intimidación ambiental*. Esta se define por el Tribunal Supremo como aquella situación creada con los propios actos del autor que hace que la víctima valore como inútil una posible oposición por su parte. Para apreciar que concurre esta intimidación ambiental, se toman en cuenta otros factores como lugar y hora, si existen otras personas a las que pedir auxilio o consistencia física del autor. No se precisa el empleo de armas o instrumento material amenazante. Según Ramón Ribas (2018: p. 142), la intimidación elimina el abanico de opciones de la víctima, quien solo puede aspirar a dos alternativas: soportar la agresión sexual sin resistencia activa o soportarla con resistencia, siendo esta opción todavía más perjudicial.

Respecto al apoderamiento del teléfono móvil de la denunciante por parte de uno de los acusados, queda calificado en el voto particular como robo con

intimidación del artículo 237 del Código Penal, al interpretar que si en el acto sexual existía intimidación ambiental, esta es extensible y estaba presente en el momento de sustracción del terminal móvil. Vemos aquí un destello de lo que vendría después.

Por último, el voto particular conjunto concluye que debe imponerse por el delito de agresión sexual la pena de prisión de catorce años, tres meses y un día a cada uno de los acusados, y por el delito de robo con intimidación la pena de dos años de prisión al autor único de dicho delito.

VIII.2.2.3 Sentencia del Tribunal Supremo.

Es a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo referente a este caso cuando, ahora sí, se puede hablar de violación. El alto Tribunal estima que la calificación jurídica de las anteriores instancias es errónea y refiere que sí ha concurrido intimidación en la ejecución del acto delictivo y que, por tanto, se trata de una agresión sexual, de una violación. Comparte ciertos criterios con los Magistrados que formularon voto particular en la sentencia del TSJ de Navarra al mencionar la existencia de un *escenario intimidatorio*, término similar al empleado por los Magistrados disidentes de la anterior instancia, que hacían alusión al concepto de *intimidación ambiental*.

Dada la existencia de intimidación, el hurto queda calificado como un robo con intimidación, correspondiendo la pena de dos años de prisión al autor de dicho delito; y el abuso se configura como una violación. La pena establecida para los delitos sexuales en esta resolución queda fijada en quince años, es decir, eleva casi al doble las penas impuestas en las anteriores instancias, pues

recordemos que se condenaba a nueve de años de prisión a cada uno de los investigados, más las penas accesorias y la responsabilidad civil. Determina la sentencia que la orden de alejamiento respecto de la víctima debe estar en vigor veinte años y que, tras el cumplimiento de la pena, los acusados deberán estar ocho años en libertad vigilada.

La utilización de teléfono móvil para grabar las escenas de agresión sexual es tomada por parte del Tribunal Supremo como un trato vejatorio hacia la víctima. Ello y la actuación conjunta de dos o más personas para la realización del delito constituyen las dos agravantes para este delito, según el criterio del Alto Tribunal. También queda aumentado a 100.000 euros el importe a pagar por los acusados a la víctima en concepto de responsabilidad civil. De forma explícita, menciona la sentencia que la calificación realizada por las anteriores instancias fue incorrecta. La situación intimidatoria es la que causa el bloqueo de la víctima, quien se somete sin consentimiento alguno a realizar lo que los condenados querían que hiciese. Se determina que la víctima sí fue introducida a la fuerza en el portal y cuantifican las agresiones sexuales en al menos diez. De esta forma, se perfila el criterio a seguir de forma escueta, ilustrativa y contundente a través del comunicado que emite el Tribunal Supremo.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo endurece la pena y sienta líneas que pudieren plantear la necesidad de reformar (nuevamente) el Código Penal en lo referente a delitos sexuales, tal vez delimitando mejor la diferencia entre abuso y violación, así como fijando más claramente la frontera que separa un ambiente intimidatorio de una situación de superioridad.

Vemos, de este modo, cómo instancia tras instancia la calificación jurídica de los hechos, ya sea a través de las opiniones mayoritarias o de los votos particulares, se va pareciendo más a lo que ya sentenció la opinión social. Ello

nos invita a reflexionar sobre si se trata de una profecía autocumplida y sobre el real hermetismo en este procedimiento con respecto a la presión social.

VIII.3 Caso Alexandre Rosell.

VIII.3.1 Características sobre el caso.

Este caso se caracteriza por haber albergado en su tramitación uno de los períodos de prisión provisional más largos en la historia de España hasta el momento⁴². Dos de los imputados, Alexandre (Sandro) Rosell y Joan Besolí, fueron detenidos el 24 de mayo de 2017, acordándose su ingreso en prisión provisional comunicada y sin fianza en virtud del auto de 25 de mayo de 2017 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº3 de Madrid. Este auto, suscrito por la Ilma. Magistrada Lamela, fundamenta la decisión de prisión provisional en el efectivo cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales exigibles para poder adoptar tal medida. Refiere su auto:

«La doctrina del Tribunal Constitucional a la hora de poder adoptar una medida tan gravemente restrictiva de un derecho fundamental como lo es la privación de libertad; y así las sentencias del Tribunal Constitucional, ambas de 18 de junio del 2001, se señala que "la constitucionalidad de la prisión preventiva exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: Es necesario que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objeto sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida.

⁴² Se estima que estuvieron en prisión preventiva durante 21 meses. Tenemos constancia de, al menos otro caso en que la prisión provisional llegó a casi 23 meses, pero por delitos de distinta naturaleza. Así, véase lo comentado sobre el recurso de 17/07/2020, de la AN (Roj: SAN 1791/2020) en el apartado de indemnización por prisión provisional de esta tesis.

[...]

Entre los criterios que este tribunal ha considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza, y en segundo lugar, "las circunstancias concretas y personales del imputado", siendo relevante a estos efectos, el momento procesal en el que la medida se adopta (sentencia del Tribunal Supremo 37/1996, de 11 de marzo; 62/1996, de 16 de abril).

[...]

Y en cuanto a la finalidad constitucionalmente legítima de la prisión provisional dejando a un lado lo relativo a la existencia de los indicios de la comisión de un delito, que en este supuesto no se discute realmente- nuestra doctrina ha sido constante a partir de la STC 128/1995, de 26 de junio. Hemos mantenido que los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y el de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo (STC 23/2002, de 28 de enero, F. 3.a)). Por ello, el Tribunal ha considerado que no son ajenos a la motivación de la consecución de estos fines, especialmente para el riesgo de fuga, datos objetivos como la gravedad del delito imputado y el estado de tramitación de la causa (STC 23/2002, de 28 de enero, F. 3 b)), añadiendo la referida sentencia, y remitiéndose a la STC 47/2000, de 17 de febrero, F. 10, que "«[...] es preciso distinguir dos momentos procesales diferentes en cuanto a la ponderación de estas circunstancias: por un lado, el momento inicial en que se adopta la medida y, por otro, los eventuales pronunciamientos sobre su mantenimiento o prórroga, una vez transcurrido el tiempo"[...], diciendo en cuanto al primero de ellos que cabe fundamentar la prisión provisional en el dato objetivo de la gravedad del delito y la posible pena que podría imponérsele. En igual sentido se pronuncian las STC de 28 de junio y 3 y 14 de enero del 2002».

Tras esta ilustrativa exposición de los requisitos para la adopción de la prisión provisional, fundamentada y apoyada sobre numerosas sentencias, la resolución se centra en analizar si en el presente caso se ven cumplidos o no tales requisitos y exigencias constitucionales. De forma minuciosa y detallada, relata una serie de hechos, o indicios sobre los que se apoyan los mimos, que preestablece por probados y, finalmente, falla a favor de acordar la prisión provisional para los dos investigados. La esfera de empresas multinacionales

con altos ingresos pudiere llevar aparejada connotaciones negativas que lleven a concluir de manera precipitada que los ingresos de esos negocios son consecuencia directa de alguna actividad ilegal. Son bastante frecuentes las informaciones en los medios sobre asuntos judiciales cuyos investigados pertenecen al mundo de los negocios deportivos o a las altas esferas (caso Urdangarín, caso Messi, caso Bárcenas o caso Ruiz Mateos) y que culminan con sentencias condenatorias –con protocolo de conformidad o tras la celebración del juicio, dependiendo del caso– donde, efectivamente, queda probada la realización de ilícitos económicos.

Tras el inicio de las sesiones de juicio oral, ya en febrero de 2019, se dicta auto por el que se acuerda la puesta en libertad provisional de los investigados que se hallaban privados de libertad por esta causa. Finalmente, el órgano enjuiciador decide absolver a los acusados con fundamento en el principio *in dubio pro reo*, al entender que las pruebas de cargo no resultaban suficientes para esclarecer si hubo o no conducta delictiva, no quedando otro remedio que fallar en favor del reo. En este caso, vemos que la teoría de la sombra alargada del Juez de instrucción acuñada por Rodríguez Ramos (2016) no se cumple, al finalizar el asunto con sentencia absolutoria libre de premisas preconstituidas en instrucción, ni siquiera a nivel de base para prueba indiciaria (Abadías Selma, 2020: pp. 124-126).

En el siguiente apartado se analizará el auto de prisión provisional dictado en fase de instrucción y la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Nacional, centrándonos en los fundamentos y premisas tomados por uno y otro para dictar sus respectivas resoluciones.

VIII.3.2 Análisis.

VIII.3.2.1 Auto de prisión provisional.

Como referíamos anteriormente, apreciamos que en el auto que acuerda la prisión provisional se preestablecen algunos hechos como probados, aparentemente, antes del momento procesal para ello, pues recordemos que la vía para calificar determinados hechos como probados es a través de un proceso con todas las garantías legales y tras haberse practicado la prueba de forma correcta y, a ser posible, en unidad de acto, bajo contradicción, oralidad e inmediación. Entre estos hechos preprobados, encontramos que los dos investigados supuestamente formaban parte de una serie de compañías presuntamente ficticias en las que, también presuntamente, había fondos procedentes de contratos deportivos con una sociedad brasileña y otra árabe de fútbol. El supuesto traspaso de fondos procedentes de los contratos con aquellas sociedades deportivas se hizo, presuntamente, en detrimento y sin consentimiento de ellas y en beneficio de los investigados, quienes, supuestamente, comenzaron a blanquear dichos fondos para poder disponer del dinero de los mismos. Tras aceptar esta premisa no probada como válida, la Magistrada acuerda la medida cautelar referida anteriormente. Tras ello los investigados estuvieron en prisión provisional durante veintiún meses, como se ha indicado anteriormente. Así, el auto refiere:

«Pues bien, en el presente supuesto, como consecuencia de la investigación llevada a cabo por la UPJ de la 7ª zona de Cataluña de la Guardia Civil y el grupo 3º de la Sección de Investigación Patrimonial de la UDEF se ha logrado identificar a Alexandre Rosell Feliu, Marta Pineda Mínguez, Joan Besolí Ribalta, Ricardo Terra Teixeira, Shane Ohannessian, Pedro Andrés Ramos González y José Colomer Esteruelas, los cuales formaban parte de una organización criminal con ámbito transnacional, la cual se dedicó a blanquear dinero procedente de comisiones ilícitas, derivadas de la venta

por parte de Ricardo Terra Teixeira (en representación de la Federación Brasileña de Fútbol) de los derechos de la selección de fútbol de su país, a una mercantil árabe con sede en islas Caimán, cuya denominación social es International Sports Events (ISE). Todo ello a través de un entramado de sociedades y cuentas principalmente en el Principado de Andorra».

Llama la atención que el auto no utiliza los términos «supuesto», «supuestamente», «aparentemente», «parece ser», «presunto», «presuntamente» o análogos, sino que directamente realiza afirmaciones contundentes como «formaban parte de una organización criminal con ámbito transaccional, la cual se dedicó a blanquear dinero». De este modo, quedan configurados como indicios. Además, se aprecia por la Magistrada un riesgo de fuga. Refiere el auto:

«En primer lugar, la relevancia de la gravedad de los delitos y de las penas para la evaluación del riesgo de fuga, resulta innegable, tanto por el hecho de que a mayor gravedad de los hechos y de la pena, más intensa cabe presumir la tentación de la huida. No consta en la causa que los investigados tengan especial arraigo en territorio español. Aun cuando, Alexandre Rosell Feliu tenga nacionalidad española y propiedades en España, la investigación ha puesto de manifiesto su facilidad para viajar y vivir temporalmente en distintos lugares de todo el mundo, poseyendo una gran fortuna, y, lo que es más importante, cuentas, bienes y negocios fuera de España que lógicamente le facilitarían la salida de territorio español y su subsistencia en otros países. Lo mismo puede afirmarse respecto a Joan Besolí Ribalta, quien además tiene nacionalidad andorrana y reside en Andorra, país que no entrega a sus nacionales.

[...]

Por último, existe el riesgo de reiteración delictiva, ya que los investigados vienen operando dentro de un grupo organizado de personas que son investigadas también por otros países en relación a actividades semejantes a las que son investigadas en la presente causa, con el mismo modus operandi, lo que hace pensar que aquellos hagan del delito su modo de vida o fuente principal de ingresos, presentando un total desapego por las reglas esenciales de la convivencia.

Por todo lo anterior, es procedente decretar, por el momento, la medida de prisión provisional comunicada y sin fianza de Alexandre Rosell Feliu y Joan Besolí Ribalta».

La Magistrada de instrucción establece un hilo lógico directo y contundente que justifica la prisión preventiva. Ahora bien, analizando el texto del auto vemos términos como: «investigación», «identificar», «organización criminal», «blanquear dinero», «árabe», «comisiones ilícitas», «Islas Caimán», «entramado», «cuentas», «Andorra», «desapego»... Lamentablemente, por cultura, formación, experiencias previas o sensacionalismo de la prensa en casos similares, tras leer estas palabras, incluso de forma separada e incluso sin formar un texto, entran en escena los esquemas y grupos que ya explicamos sobre cognición social y se puede crear una horrible impresión sobre los detenidos. No vemos los términos: *no legal, multinacional, norteafricano, varias* (en lugar de entramado) u otros términos con connotaciones diferentes que sentarían bases y premisas totalmente distintas y, tal vez, conllevarían a otra conclusión sobre la necesidad de adoptar medidas provisionales.

La clave de una correcta aplicación de la prisión provisional es saber ponderar adecuadamente el derecho que va a resultar limitado con las finalidades de dicha limitación (Martín Ríos, 2016: p. 141). Trayendo a colación lo ya manifestado en el apartado de esta tesis sobre prisión provisional, la misma se encuentra regulada en el libro II, título VI, capítulo III de la LECrim, en los artículos 502 a 519. El artículo 503 de la LECrim establece los requisitos necesarios para poder acordar la prisión preventiva y que se resumen en: indicios de criminalidad, pena de prisión solicitada igual o superior a dos años o incluso inferior a dos años si el investigado tuviere antecedentes penales no cancelables derivados de condena por delito doloso, riesgo de fuga, riesgo de ocultación alteración o destrucción de pruebas, riesgo de que el investigado actúe contra bienes jurídicos de la víctima, riesgo comisión de otros delitos.

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH los resume en tres riesgos: de fuga, de reiteración delictiva y de destrucción de pruebas. Para la valoración de

los riesgos se podrá prestar atención a la situación familiar, laboral y económica del investigado (Martín Ríos, 2016: p. 144).

En el presente caso, desciframos que la Magistrada motivó debidamente el auto. Entendemos que las premisas que tomó la Magistrada en cuenta son perfectamente válidas y que gracias a la prisión provisional aseguró la presencia de los acusados en las sesiones de juicio oral. Por ello, en fecha 19 de febrero de 2019, la Sala de lo Penal, Sección Primera, de la Audiencia Nacional, dicta Auto por el que se acuerda decretar la libertad provisional de los investigados. Al inicio de las sesiones de juicio oral, solicitan las defensas la puesta en libertad de sus patrocinados y el Ministerio Fiscal admite la posibilidad de modificar la situación personal de los encausados en cualquier momento. El auto refiere en este punto lo siguiente:

«visto que ya han sido oídos en declaración, por lo tanto, que cualquiera que sea la decisión que adoptemos en sentencia, [...], este se dictaría habiendo sido cubierto su derecho de audiencia material, optamos por acceder a la libertad solicitada, sin necesidad de constitución de fianza [...] tras haber valorado y analizar las alegaciones y documentación aportada por las defensas y teniendo en cuenta, por otra parte, el tiempo que llevan en prisión preventiva, superados los 21 meses, dado que el carácter excepcional que esta medida tiene, máxime estando muy próximo a cumplirse el máximo legal, de dos años, permitido por la ley».

El fundamento de la puesta en libertad es, principalmente, el temor a superar el máximo legal y que la función aseguradora de la presencia de los imputados en el juicio, acertadamente decidida por la Magistrada, ya ha sido cumplida al constar sus declaraciones en autos.

Dos meses después de la puesta en libertad de Rosell y Besolí, tras la celebración completa de todas las sesiones de juicio oral y la práctica de la prueba, se dicta sentencia por la que se absuelve a todos los imputados del caso.

Refiere Martín Ríos (2016: p. 141) que la prisión preventiva se caracteriza por su excepcionalidad -que debe ir acompañada del principio *favor libertatis* (sentencia del Tribunal Constitucional 3/1992, de 13 de enero)-, subsidiariedad -que la sitúa en *ultima ratio*-, sujeción al principio de legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad y temporalidad. Ello choca con el resultado final de este procedimiento, ya que los fuertes indicios que pudo apreciar el Juzgado de Instrucción para dar cumplimiento al artículo 503 de la LECrim no fueron suficientes para que el juzgador sentenciador pudiera dictar una sentencia condenatoria encuadrada, siquiera, en la prueba indiciaria. Vemos que todas las mentes decisorias (la de la Magistrada de Instrucción y la de los Magistrados del órgano colegiado) funcionan de forma distinta, que todas ellas han seguido un proceso lógico correcto y han llegado a una solución correcta, aunque dispares entre sí, puesto que las premisas tomadas en cuenta por sendos órganos judiciales no fueron las mismas. Guerra Pérez (2010: pp. 261-267), quien presta especial atención a la prisión preventiva desde múltiples prismas en su obra, explica la multiplicidad de resoluciones judiciales en diversos sentidos sobre la adopción de prisión preventiva, achacándola a la predisposición mental y a la actitud del juzgador, que se rige por sus conocimientos profesionales, sus sentimientos y sus ideologías. Así, vemos que cada Juez realiza la ponderación de un modo diverso al tener sus propios criterios forenses, siempre encuadrados en la legalidad, para la toma de decisiones. Coincidimos plenamente con esta autora en las siguientes palabras: «de acuerdo con su formación y sus vivencias cada Juez internaliza determinados valores sociales y religiosos desde cuya perspectiva va a examinar el conflicto. Todos (o casi todos) los Jueces aceptan los valores sociales de la vida, la propiedad, la intimidad, la libertad y tantos otros; pero el peso que les atribuyen es diferente y no siempre coincide con la definición legal» (Guerra Pérez, 2010: p. 262).

Traemos a colación una entrevista personal hecha a Sandro Rosell sobre su estancia en prisión. En ella, el periodista conductor le preguntó si no estimaba sospechosos los movimientos de dinero realizados entre varios países, algunos de ellos paraísos fiscales, a lo que el entrevistado respondió que los movimientos de «dinero privado declarado en la hacienda pública no [deberían ser] motivo de ninguna investigación». Rosell rememora en su entrevista que alguien le dijo en el pasado «cuando seas presidente del Barça irán a por ti» y que en su momento no hizo caso a tal afirmación, pero que hoy en día sostiene que ha sido víctima de una conspiración y no de un simple error judicial. También sostiene que el hecho de ser catalán puede llevar consigo aparejado el estereotipo de delincuente, en palabras del propio Rosell «no ayudó ser catalán». Asimismo, refiere que otros factores como el fichaje de Neymar por el Barcelona F.C. le generaron muchos enemigos. Sostiene que el cargo de presidente del Barcelona F. C. le ha perjudicado y que, desde luego, su estancia en prisión le ha marcado por vida. El periodista afirma que la gente le da mucha importancia al hecho de abrir cuentas en el extranjero y le cede la palabra a Rosell para opinar al respecto, a lo que responde: «¿Y? ¿Cuál es es problema si se hace legal?», añadiendo que «tener dinero hoy está mal visto, muy mal visto». Rosell sostiene a lo largo de toda su entrevista que siempre ha hecho sus correspondientes declaraciones ante la Hacienda pública española.⁴³

Y es que, parece ser, que el propio Rosell sostiene que ha habido factores más allá de la prueba en sentido estricto que han operado en su contra y que han podido ser valorados para acordar su estancia en prisión. Nosotros calificamos estos otros factores como elementos paraprobatórios, concepto ya explicado anteriormente.

⁴³ Recuperado del programa «Lo de Évole» emitido en cadena de televisión *La Sexta* el 03/05/2020 donde se entrevista personalmente a Sandro Rosell.

Visto el contenido del auto y hechas las anteriores reflexiones, pasamos a continuación a analizar la sentenciad de la Audiencia Nacional.

VIII.3.2.2 Sentencia de la Audiencia Nacional.

La sentencia original se compone de sesenta y un folios y presenta un fallo absolutorio para todos los imputados del caso. La sentencia entra a decidir sobre la posible existencia de un delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal y de un delito de grupo criminal del artículo 570, ter, 1, b) del Código Penal, y sobre el nivel de participación y responsabilidad de cada uno de los investigados en tales delitos. Para Alexandre Rosell, el Ministerio Fiscal solicita la pena de prisión de cuatro años y de dos años por cada uno de los delitos, respectivamente; para Joan Besolí solicita la pena de prisión de tres años y seis meses y de un año y seis meses por cada uno de los delitos, respectivamente; y para el resto de investigados solicita la pena de prisión de un año y cinco meses y de seis meses por cada uno de los delitos, respectivamente. Para todos ello se solicita multa acorde y penas accesorias. Todas las defensas interesan que se dicte sentencia absolutoria.

Esta sentencia presenta un lenguaje más cuidado y una amortiguación de impacto gramático-visual, en la medida de lo posible, que se centra en los hechos y análisis jurídicos de los mismos de una forma bastante objetiva y técnica. El halo de entramado ilegal y atmósfera de culpabilidad existente en el auto de medidas provisionales pierde fuerza en la sentencia. Utiliza términos como «pudo haber sido», «investigación», «sospechoso», «supuesto», «multinacional», «relaciones comerciales». También deja entrever, de tanto en

tanto, otros términos de impacto o connotación negativa pero, desde luego, en menor medida que el auto que acuerda la prisión provisional. De este modo, encontramos en la sentencia los siguientes pasajes:

«En junio de 2015, se recibía en la Fiscalía de la Audiencia Nacional Comisión Rogatoria del Departamento de Justicia de EEUU, derivada de la investigación llevada a cabo por la Fiscalía del Distrito Este de Nueva York sobre la participación de funcionarios de la FIFA en actividades delictivas, y las sospechas de que estos hubieran recibido millones de dólares en concepto de pagos ilícitos [...] solicitándose el bloqueo e incautación de fondos en cuentas corrientes, entre otros, de Alexandre Rosell Feliu, a quien se implica por su relación con Ricardo Terra Teixeira [...] el cual se consideraba que pudo haber recibido sobornos y comisiones clandestinas en la investigación llevada en EEUU.

[...]

El resultado de la investigación desarrollada ha dejado acreditado la existencia de una relación personal entre los referidos Ricardo Terra Teixeira y Alexandre, que se extendió al ámbito comercial, debido a la presidencia que el primero ostentó de la CBF, y a la experiencia profesional del segundo en el campo de la consultoría y marketing empresarial en el mundo del deporte

[...]

En efecto, así fue, porque Ricardo Terra Teixeira , como presidente de la CBF, asociación de Derecho privado, tenía facultades para contratar la adjudicación de los referidos derechos audiovisuales de la selección brasileña de fútbol, cuyo interés por hacerse con la retransmisión televisiva de sus partidos, que fue en incremento tras proclamarse campeona de la Copa Mundial de Fútbol, celebrada en Corea-Japón, en 2002, despertó el del grupo empresarial saudí *DALLAH ALBARAKA GROUP*, cuya actividad principal consistía en la difusión de eventos deportivos, y dentro de cuyo grupo empresarial se encontraba la referida mercantil ISE. Con la finalidad de ampliar su negocio a la retransmisión deportiva de partidos de fútbol, la multinacional árabe entró en contacto, a través de ISE, representada por su director de derechos deportivos entre 2006 y 2011, Amador , con el Sr. Alexandre , sabedores de su experiencia en este mundo y en el sector del marketing deportivo, quien, a su vez, comenzó una negociación con la CBF, al objeto de conseguir la cesión de los derechos de retransmisión de los partidos amistosos de la selección de Brasil, por ser un mercado que conocía al haber trabajado y residido en dicho país y también conocer personalmente a Ricardo Terra Teixeira».

Además, la sentencia mantiene que la prisión provisional no menoscaba el derecho de defensa, ni lesiona el principio de presunción de inocencia; sostiene que esta medida cautelar tiene una finalidad, y mientras esa finalidad ocurra y cobre sentido la medida adoptada, precisamente lo que hace es salvaguardar el derecho de presunción de inocencia, manteniendo esta intacta. La sentencia alude al sistema de la libre valoración de la prueba y diferencia el enfoque de tal valoración en función de si se trata de prueba de cargo o de descargo:

«Creemos conveniente comenzar haciendo una primera consideración de carácter dogmático, para decir que no debe ser idéntico el tratamiento cuando estemos ante prueba de cargo, que de descargo, pues, admitido que nos encontramos en un sistema de libre valoración de la prueba, para la de cargo, en la medida que está en juego la presunción de inocencia, la jurisprudencia ha venido exigiendo unos requisitos previos, que, sin embargo, de exigirse para la de descargo conducirían a interpretaciones *ad absurdum*, en la medida que pudieran tener repercusiones contra reo».

Viene reconocido en la sentencia que no se han tenido en cuenta algunas de las pruebas, al considerarlas innecesarias por su connotación absolutoria y por contar el caso con un excesivo material probatorio. De este modo, los Magistrados se centran en valorar las pruebas de cargo, aliviando la tarea ardua de valoración al dejar fuera aquellas pruebas de contenido absolutorio. Tras la aplicación de este tamiz, se entra a valorar un informe pericial sobre la existencia de un préstamo de Rosell hacia Teixeira, prescindiendo de la ratificación y declaración del perito autor del mismo por considerarlo innecesario. De forma sintetizada y con las pocas pruebas practicadas -en relación con el total de pruebas y con el número de ellas que han quedado fuera- la sentencia, antes de llegar al fallo, comienza a hacer mención al principio *in dubio pro reo*:

«Si se comparan los hechos declarados probados, con el relato fáctico que contiene el escrito de conclusiones definitivas presentado por el M.F., se puede comprobar que, en lo sustancial, hemos eliminado de él los aspectos

o datos que dotan de relevancia penal a esos hechos, y ello ha sido así, porque, en el contraste valorativo entre la prueba practicada a instancia de la acusación y de la defensa, solo nos ha sido posible llegar hasta donde hemos llegado, operando en esa valoración con observancia del principio *in dubio pro reo*».

Algunos hechos se apoyan sobre la base de afirmaciones halladas en fuentes periodísticas; así lo afirma el propio inspector encargado de la investigación. La Audiencia Nacional cuestiona este tipo de fuente probatoria e invoca la sentencia del Tribunal Supremo 7/2003, de 27 de marzo, de la Sala Especial, fundamento jurídico tercero, que versa sobre el valor probatorio de las publicaciones periodísticas. Según esta sentencia, tal fuente no debe ser soporte probatorio suficiente como para apoyar en él consideración alguna en perjuicio del reo. Para que una fuente periodística pueda tener validez debe ser corroborada con otras fuentes y, si ello no es posible, se debe poner en tela de juicio su contenido y suficiencia inculpatoria.

En los informes de investigación aportados al procedimiento por UDEF y UCO y en la consiguiente querrela del Ministerio Fiscal, consta que la sociedad *UPTREND*, -cuyos fondos acaban siendo transferidos directa o indirectamente a las cuentas de Teixeira, configurándose el delito de blanqueo de capitales basado en que una de las mercantiles generadoras de ingresos (formada por la mercantil panameña *REGATA* y Alexandre Rosell)- carece de infraestructura para desarrollar su actividad, simulando su actividad y siendo, por tanto, ilegales los pagos al no tener la misma gastos. Ante esta afirmación acusatoria la defensa presenta un acta de conformidad con la Agencia Tributaria donde figura que la mercantil supuestamente fantasma había tenido actividad económica, generando gastos relacionados con cuatro partidos amistosos organizados por importe de 630.000'00 euros. Así, una de las acusaciones más sólidas cae y, desde este momento, empiezan a generarse serias dudas acerca del fondo del

asunto, no siendo suficientes el resto de pruebas para poder esclarecerlo.

Encontramos en la sentencia lo siguiente:

«En definitiva, lo que queremos decir es que las anteriores circunstancias, puestas de relieve por los dos funcionarios que llevaron el peso de la investigación, que bien pudieran haber tenido una incidencia en el resultado de sus conclusiones, abundan en la idea de no descartar el planteamiento de las defensas, al menos con el alcance suficiente como para concluir que, en aplicación del principio *in dubio pro reo* [...] frente a la tesis acusatoria, cabe sostener la de las defensas, que, en líneas generales, es que el contrato de intermediación de UTPREND responde a una realidad, y que los movimientos sospechosos de dinero entre las distintas sociedades o empresas que se citan por la acusación, también son producto de una actividad real de esas otras sociedades; así lo resumimos ahora, y al analizar, con detalle, la prueba practicada en juicio, veremos que lo corrobora».

Se reflexiona sobre la necesidad de la existencia de una actividad delictiva que genere dinero ilegal como presupuesto previo para la configuración del tipo delictivo del blanqueo de capitales (sentencia del Tribunal Supremo 155/2009, de 26 de febrero) y, por eso, se detiene la sentencia durante unas páginas para valorar la suficiencia probatoria que acredite la existencia de ese antecedente delictivo previo, independientemente de la aplicación de la doctrina de los delitos conexos o su calificación e imposición de penas por separado. Concluye la resolución que no es posible desvirtuar la hipótesis de la defensa y que se presentan serias dudas sobre la posible legalidad de la actividad de la empresa. La calificación de la actividad de la empresa como legal no permitiría la tipificación de las transferencias de dinero como blanqueo de capitales, ya que el dinero perdería su carácter de ilegal al quedar demostrada la actividad efectiva y lícita de la empresa. Analiza varios bloques de actividades: por un lado las realizadas por *UPTREND, ISE Y CBF*, por otro lado venta de *BSM* y, por último, *AILANTO, NIKE*. Todas ellas son relativas a presuntas comisiones y supuestos sobornos ilícitos y transferencias bancarias para posible blanqueo de

los importes resultantes. No vamos a entrar a valorar cada una de las operaciones, ya que la sentencia realiza un exhaustivo *iter* de fechas y transferencias con trazas muy procesalistas que desvían el objetivo de esta tesis sobre valoración de la prueba.

Refieren los Magistrados que todos los datos recogidos en la investigación policial, tanto brasileña y estadounidense como española, son meras suposiciones sin base probatoria sólida. Como último punto de mira, hallamos el préstamo de cinco millones de euros de Rosell hacia Teixeira. Si bien es calificado al comienzo de la sentencia como sospechoso, finalmente se concluye que, al existir prueba documentada sobre este préstamo (un informe corroborando su correcta formalización), y al no poder determinar que la cantidad de dinero provenga de actividades ilegales, se trata de un préstamo presumiblemente lícito.

Reina la duda sobre varios aspectos decisivos en un procedimiento que consideramos que ha mantenido al margen la presión mediática de una forma correcta e incluso meritable. Analiza todos los aspectos en profundidad y valora la prueba con rigurosa aplicación de las garantías procesales. Se apoya de forma lógica y con sólida base sobre el principio *in dubio pro reo*, invocado en varias ocasiones y desde sus folios iniciales en la sentencia de la Audiencia Nacional.

IX. CONCLUSIONES

1. *Prueba* es un término amplio y con múltiples acepciones, entre las que encontramos la de actividad procesal de demostración y verificación. La prueba también es el medio utilizado, independientemente de su forma.

2. Para poder entender nuestro sistema probatorio actual en Derecho Penal es necesario remontarnos a tiempos anteriores. Así, debemos detenernos a examinar las características del proceso penal en la Antigua Grecia, en Roma, en la Edad Media, en la Edad Moderna y, por último, en la actualidad.

3. En la Antigua Grecia (1200 a. C. -146 a. C) cada polis tenía sus propias normas. En rasgos generales, el acusado se defendía a sí mismo, llevaba a cabo una contraargumentación frente a las acusaciones que sobre él pesaren. Los tribunales estaban dirigidos por personas (de género masculino) legas en leyes y era habitual aplicar la tortura al acusado. Se contemplaba el juramento y existía un jurado que decidía si el acusado era culpable, o no, y en qué medida. Demóstenes (352 a. C.) afirma que nadie puede ser llamado culpable sin condena.

4. En Derecho Romano (753 a. C- 476 d. C) se dieron dos formas de proceso: *cognitio*, donde la instrucción era de oficio y que carecía de reglas formales de actuación, contradicción o igualdad de los sujetos, y *accusatio*, posterior y más refinada, donde un pretor presidía el juicio en el que las partes podían defenderse solas o por medio de *advocatus*, el jurado votaba y el Magistrado imponía la pena. Se percibe la presencia de algunos intervinientes en el proceso con nociones avanzadas de Derecho y se le ofrecen garantías al acusado.

5. En el seno de la Edad Media, aunque sin haberse podido determinar fecha exacta, surge la práctica de las ordalías, un proceso reinado por una divinidad invisible donde se infligía tortura al acusado. Las ordalías eran coherentes con sus tiempos, ya que, según aquella mentalidad, la divinidad estaba presente en todas las situaciones de la vida, incluso en un juicio. Esta divinidad impediría cualquier injusticia. Era la forma más segura de practicar un juicio teniendo en cuenta la realidad social y cultural de aquel entonces. Aparecen los *coniuratori* o testigos de descargo (no de cargo) y cobra más

protagonismo la prueba documental en el proceso, gracias al Rey Liutprando, en el año 717. Paulatinamente, las ordalías comienzan a tener un papel residual, al prestarse atención primero a otros medios de prueba y, solo en caso de insuficiencia de los mismos y para esclarecer los hechos, se sumía al acusado en la ordalía.

6. En la Edad Moderna empezó a desarrollarse el proceso penal común, primero en Italia y luego extendiéndose a otros reinos como Francia o Alemania. Este proceso presentaba fragmentariedad descriptiva del tipo penal, relevancia de la costumbre y existencia de arbitrio judicial, tanto para fijar la condena como para valorar aquella prueba fuera de los escasos supuestos de prueba tasada. Tras varias reformas, finalmente, se configura la Codificación Penal moderna formada por Códigos como el francés de 1808 o el alemán de 1887. Se aplicaba la presunción de inocencia contemplada en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. En España se practicaba un proceso penal similar al actualmente presente en nuestro ordenamiento jurídico, que se hallaba supeditado a la Constitución Española de 1812.

7. Actualmente, existen dos concepciones de sistemas procesales: los de presunción de inocencia y los de presunción de culpabilidad. En los primeros, se es inocente hasta que se demuestre lo contrario y, en caso de insuficiencia probatoria, resulta la absolución del investigado. En los segundos, se es culpable salvo prueba en contrario y, en caso de insuficiencia probatoria, el investigado resulta condenado. En la actualidad, ningún Estado se autoproclama como Estado con presunción de culpabilidad, por tanto, concebimos que es un concepto teórico y utópico de nula aplicación. Respecto a los Estados con presunción de inocencia, debemos decir que, en mayor o menor medida, todos los Estados albergan tal principio. Así, textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Constitución de Bolivia, la Ley de

Procedimiento Penal de Paraguay, el Código de Procedimiento Penal Colombiano, el Código Procesal Penal de Guatemala, el Código Procesal Penal de Argentina, el Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, la Constitución de la República de Cuba, la Constitución de Ecuador, la Constitución de Perú, la Carta de Derechos y Libertades Canadiense (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR*), el Código Penal Australiano (*Australian Criminal Code Act 1995*), la Constitución de la República Italiana (*Costituzione della Repubblica Italiana*), la Constitución de Alemania o el Código Procesal Penal de Chile, reconocen el derecho a la presunción de inocencia. Este derecho, en España, está recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

8. En el ordenamiento jurídico español, la acción penal es una acción pública e incluso una obligación pública. Las características de la acción penal son: publicidad, oficialidad, obligatoriedad, irrevocabilidad e indisponibilidad, salvo para los delitos leves en caso de perdón del ofendido. La prueba en nuestro ordenamiento jurídico se ubica en un proceso donde rige la presunción de inocencia y requiere superar cierto nivel (estándar de prueba) para poder destruir dicha presunción. Otro rasgo característico del mismo es que se permite la libre valoración de la prueba y la utilización del razonamiento lógico para tal valoración.

9. De todo delito puede derivar responsabilidad civil por los daños causados. En palabras de Silva Sánchez (2001: p.6) «no es necesario que el Juez o tribunal penal condene penalmente a un sujeto para calificarlo de responsable civil directo; en este sentido, desde luego la responsabilidad civil derivada de delito no requiere un delito». Opinamos en este sentido que el título V del Código Penal que regula la responsabilidad civil y que se denomina «de la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales» debería

denominarse «responsabilidad civil derivada de hechos denunciados y de las costas procesales».

10. Rodríguez Ramos refiere que en el proceso penal se produce el fenómeno de la *sombra alargada del Juez*, que implica que las actuaciones y línea de pensamiento del Juez de instrucción pueda influir sobre el Juez encargado del enjuiciamiento y fallo. También refiere que la práctica de conformidades *forzadas* no menoscaba el principio de presunción de inocencia. Sánchez-Vera Gómez-Trelles también vislumbra como un peligro para la salvaguarda de las garantías procesales el hecho de que el juzgado de instrucción sea también competente para decidir sobre las medidas cautelares como la prisión provisional.

11. En el proceso penal español, la valoración de la prueba viene referida de forma muy escueta en los artículos 717 y 741 LECrim. De ambos artículos se concluye que en nuestro ordenamiento jurídico está permitida la libre valoración de la prueba, pudiendo el juzgador utilizar su conciencia, sus reglas de criterio racional e incluso hacer uso del libre arbitrio para calificación del delito o imposición de la pena; no obstante, no se trata de algo arbitrario ni carente de garantías.

12. La lógica es un elemento necesario para valorar la prueba. Las diferentes informaciones se segmentan en premisas o argumentos que, a través de un proceso de inferencia, nos permiten llegar a una conclusión. Para poder realizar una correcta inferencia es preciso contar con todas las premisas necesarias, ya que, en caso de faltar alguna de ellas, la conclusión sería una equivocación o error. Salvado este punto, todavía podemos llegar a conclusiones equívocas, no por dejar fuera ninguna premisa o argumento, sino porque el hilo de inferencia llevado a cabo -a pesar de revestir forma de idoneidad y corrección- es incorrecto, esto es, una falacia. La configuración mental o experiencias previas del juzgador le pueden predisponer cuando

selecciona las premisas válidas. El posterior proceso de argumentación y su demostración también penderá de ello.

13. El método de valoración utilizado en nuestro proceso penal es el de averiguación empírica *ex post facto*, al que se le exige un nivel de suficiencia y eficacia requerido denominado estándar de prueba. La valoración de la prueba se realiza bajo garantías procesales como la aplicación del principio de presunción de inocencia, la aplicación del principio *in dubio pro reo* o la imposición al juzgador de la obligación de motivar su sentencia.

14. La existencia de diferentes valoraciones de una misma prueba es una muestra de altos niveles de interpretación armónica del Derecho, no una muestra de arbitrariedad.

15. Los elementos paraprobatarios son aquellos que no forman parte de la prueba en sentido estricto pero que vienen con ella, junto a ella. Los pilares básicos constituyentes de los receptores en potencia de elementos paraprobatarios son la formación social de la mente y la cognición social.

16. Uno de los estudiosos más relevantes acerca de la formación social de la mente fue Lev Semenovich Vygotsky, soviético formado como jurista y dedicado a la psicología. Su compañero de profesión, Luria, por sí solo y también junto a Vygotsky, realizó estudios sobre la diferencia entre sujetos alfabetizados y no alfabetizados en relación con la ejecución de tareas mentales superiores. Luria y Vygotsky concluyeron que los sujetos alfabetizados eran capaces de categorizar objetos, aceptar premisas y extraer conclusiones basándose únicamente en instrumentos lingüísticos, mientras que los sujetos no alfabetizados no operaban igual, invocaban experiencias prácticas, en lugar de lingüísticas, en su razonamiento. El soviético entendía que las funciones de la mente, como el habla, se configuran de una u otra forma dependiendo del nivel de las interacciones sociales del individuo; las funciones psicológicas superiores primero habían sido simplemente funciones sociales. Otros autores refieren que

quienes toman decisiones judiciales llegan al proceso ya con una serie de conocimientos sobre la vida.

17. La cognición social es una rama perteneciente a la psicología social fundamentada en las interacciones con la otredad y cuya influencia ha marcado la evolución del ser humano. La mente humana extrae conclusiones con base en conocimientos previos almacenados en esquemas y ejemplares, y puede aplicar atajos o *heurísticos* que, en ocasiones, pueden dar lugar a falacia si se ha categorizado erróneamente al individuo. La conducta no verbal y la formación de impresiones tienen un papel fundamental en la cognición social. Dentro de esta cognición social encontramos la persuasión y los estereotipos. No obstante, la cognición social puede convivir en perfecta armonía con un proceso justo debido a la aplicación de garantías procesales.

18. La existencia de casos aparentemente iguales con sentencias o resoluciones diferentes puede tener su razón de ser en la cognición social, la formación social de la mente y los elementos paraprobatarios anteriormente mencionados. No obstante, opinamos que no existen dos casos iguales y que, por tanto, no se puede hablar de disparidad resolutoria, ya que cada caso es único y presenta elementos y premisas que, aun siendo parecidas a las de otros casos, no son idénticas. A ello se puede sumar la predisposición mental del juzgador.

19. Una de las garantías del proceso es el deber de motivación de las resoluciones, que viene definida en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. Esta sentencia refiere que el principio de la libre valoración de la prueba encuentra su límite en la exigencia de «una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por lo tanto, la culpabilidad del procesado». También alude al principio de presunción de inocencia y al de *in dubio pro reo*.

20. El principio de presunción de inocencia no debe confundirse con el principio *in dubio pro reo*. Este último principio se aplica ante situaciones de incertidumbre, no ante situaciones de insuficiencia probatoria en sentido estricto. Si el juzgador, tras la práctica de las pruebas, sigue contemplando al menos dos hipótesis válidas y contradictorias entre sí, deberá invocar el principio *in dubio pro reo*, fallando a favor de la absolución. Cabe cuestionarse si este principio debería también aplicarse a las eximentes y atenuantes.

21. En materia de Violencia sobre la Mujer no existe una inversión del principio de presunción de inocencia. La víctima es un testigo de por sí que, bajo contradicción y resto de principios procesales y resultando su declaración congruente y persistente, servirá como prueba de cargo para pronunciar una sentencia condenatoria.

22. Apreciamos que la prueba indiciaria, el silencio del investigado, la decisión del jurado y el testimonio de la víctima constituyen regímenes especiales de valoración.

23. La prueba indiciaria, circunstancial o indirecta tiene carácter subsidiario y se debe acudir a ella extremando la cautela. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 6 de octubre de 2015, contiene las exigencias que debe cumplir esta prueba indiciaria. Como indica la sentencia, es necesaria la plena e inequívoca acreditación de los indicios, que estos sean de naturaleza acusatoria, concomitantes al hecho objeto de prueba y que se refuercen entre sí, en caso de ser varios.

24. La prueba indiciaria, según la sentencia referida en la conclusión anterior, exige que el proceso de inferencia realizado para valorarla sea razonable, «respondiendo a las reglas de la lógica y la experiencia» y que «de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las

reglas del criterio humano"», para así cumplir con lo establecido en el artículo 120.3 de la Constitución Española.

25. El silencio del investigado (artículos 24 CE, 118.1 y 520.2 LECrim) se configura como un instrumento más para la defensa del acusado. Sin embargo, el ejercicio de este derecho no es siempre favorable para el investigado puesto que se permite la valoración del silencio con efectos perjudiciales para este, siempre y cuando la condena no se base únicamente en tal silencio (sentencia del Tribunal Constitucional 202/2000, de 24 de julio cfr. sentencia del TEDH Murray contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996).

26. La decisión tomada por el jurado tras la votación se debe plasmar en un acta (artículo 64 de la Ley del Jurado). En la toma de decisiones del jurado están presentes la percepción, la atribución de causalidad, los estereotipos y otros factores psicosociales. Además van a valorar elementos paraprobatórios, incluso en mayor medida que un Juez o Magistrado, ya que la condición de legos en Derecho presente en la mayoría de los componentes, en ocasiones, les dificulta ampararse en elementos puramente técnicos.

27. La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado exige como requisito de validez de la decisión del jurado que la misma se encuentre debidamente motivada, so pena de nulidad. Para conocer qué se debe motivar y de qué forma debemos acudir a la jurisprudencia. Destacan las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2000, de 18 de abril de 2001 y de 19 de abril de 2001.

28. La declaración de la víctima es una prueba en sí misma, bastante para enervar la presunción de inocencia. El Tribunal Supremo establece una serie de requisitos para que dicha prueba tenga validez, que son: verosimilitud, persistencia en la incriminación y ausencia de móviles espurios como resentimiento o venganza (sentencias del Tribunal Supremo 339/2007, de 30 de abril, 187/2012, de 20 de marzo, 688/2012, de 27 de septiembre y sentencias del

Tribunal Constitucional 229/1991, de 28 de noviembre, 64/1994, de 28 de febrero y 195/2002, de 28 de octubre, entre otras).

29. La prisión provisional o preventiva (artículos 502 a 519 de la LECrim), precisa de una serie de requisitos para poder ser adoptada. Así, es necesario que, generalmente, los hechos delictivos estén castigados con la pena de prisión igual o superior a dos años, que concorra la figura de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y que sirva para asegurar la presencia del investigado en el proceso si se aprecia riesgo de fuga. Con carácter general, su duración no podrá exceder de un año para delitos que tuvieren señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena fuera superior a tres años, con posibilidad de prórroga. La prisión provisional puede ser ordinaria o incomunicada.

30. A lo largo de las últimas décadas se ha suscitado una problemática en relación con la indemnización por los perjuicios sufridos derivados de una prisión provisional indebida. La jurisprudencia ha sido cambiante, adoptando desde el criterio de inexistencia objetiva del hecho, que limitaba los supuestos realmente indemnizables -con algún ligero retoque en el tiempo- hasta llegar al actual criterio sentado por la sala Tercera del Tribunal Supremo, en octubre de 2019, que contempla indemnización al perjudicado en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre.

31. Hemos focalizado la atención, con la finalidad de realizar un análisis desde la perspectiva jurídica, en tres casos con particularidades probatorias: Dolores Vázquez (2000-2001), «La Manada» (2017-2019) y Alexandre Rosell (2019). El primero de ellos se caracteriza por error jurídico grave en la valoración de la prueba y falta de motivación de la decisión del jurado; el segundo de ellos se caracteriza por generar descontento social, dicotomía conceptual en la calificación de los hechos y cambio paulatino de

calificación jurídica (a través de opiniones mayoritarias o votos particulares) a lo largo de todas sus instancias; y el tercero se caracteriza por albergar en su seno una de las prisiones preventivas más largas de la historia procesal moderna española y, a pesar de ello, culminar finalmente en una sentencia absolutoria.

32. En el caso de Dolores Vázquez estuvo muy presente la presión mediática que, más que un juicio paralelo, suponía un *juicio tangente* al ejercer presión en la esfera jurídica que envolvía el caso, achatándola por los polos y minorando o lesionando garantías procesales y derechos de la acusada. La relación afectiva homosexual de la acusada con la madre de la víctima y la muerte violenta de la víctima propiciaron un ambiente de histeria popular. El jurado votó a favor de la culpabilidad de la acusada, resultando una sentencia condenatoria que fue recurrida por la defensa. Tras la tramitación oportuna, el TSJ de Andalucía falló a favor de la nulidad del juicio por falta de motivación del veredicto del jurado e incorrecta utilización de la prueba indiciaria. Las acusaciones recurrieron ante el Tribunal Supremo, quien confirmó el fallo del TSJ. Camino a una nueva fecha de juicio un giro en los acontecimientos esclareció la verdadera autoría de los hechos, atribuible a Tony A. King, y se acordó la inmediata puesta en libertad de Dolores Vázquez. La misma ha solicitado indemnización por lo ocurrido siéndole denegada hasta el momento.

33. El artículo 24 CE consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías, el artículo 120.1 CE proclama la publicidad de las actuaciones judiciales y el artículo 20 CE reconoce derecho a la libertad de expresión. La combinación y ponderación de todos ellos es ardua tarea, más en un caso como pudo ser el de Dolores Vázquez. Así, el lenguaje y connotaciones utilizadas en publicaciones de prensa antes del juicio eran violentas y acusadoras, en términos lingüísticos, pudiendo generar predisposición de todo lector. Es un lenguaje crítico y sensacionalista que no se centra en aislar hechos objetivos, sino en fomentar la curiosidad de los lectores. Las publicaciones post-

sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga aparecidas en los medios eran incluso más ligeras y suaves que aquellas previas al primer juicio.

34. El caso de «La Manada» fue calificado, en un primer momento, tanto por la sociedad como por los medios de comunicación, como *violación múltiple*. La Audiencia Provincial de Navarra, en primera instancia, y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en segunda instancia, lo calificaron como abuso sexual con prevalimiento, condenando a cada uno de los cinco investigados a nueve años de prisión, más responsabilidad civil y penas accesorias, delito de hurto leve aparte. No es hasta la sentencia del Tribunal Supremo cuando los hechos quedan finalmente calificados como violación; sin embargo, la sociedad ya lo había calificado de este modo desde el comienzo. Nos planteamos la existencia de una posible profecía autocumplida.

35. La primera de las sentencias de «La Manada» se apoya en que la propia víctima desmiente que haya habido violencia o intimidación. No resultando ninguna prueba de cargo respecto a la acreditación del empleo de violencia o intimidación, los Magistrados de la opinión mayoritaria deciden condenar por abuso sexual con prevalimiento. En cambio, el Magistrado disidente -valorando los mismos medios de pruebas- concluye que el testimonio de la víctima no es congruente, que los detalles sobre cómo entró al portal no se sostienen, que debió oír la conversación del hotel sobre buscar una habitación para practicar sexo (ante lo que, según el Magistrado, no hizo nada ni se opuso) y que las imágenes valoradas pericialmente por un Médico Psiquiatra no permitieron apreciar bloqueo o angustia y sí movimientos sincronizados entre hombre-mujer que requieren la participación activa de la víctima. Este Magistrado afirma que se trata de «sexo entre desconocidos, en el entorno clandestino y desapacible del rellano de un portal» en el contexto de un ambiente de «jolgorio y regocijo».

36. La sentencia dictada en segunda instancia por el TSJ de Navarra en relación con el caso de *La Manada* confirma la dictada por la AP con una matización: refiere que se debe juzgar el delito contra la intimidad, obviado injustamente por la AP. En la sentencia del TSJ de Navarra, compuesto por cinco Magistrados, encontramos el voto mayoritario ya expresado anteriormente y un voto particular conjunto de dos de los Magistrados. Este voto particular opta por definir el concepto de *intimidación ambiental* y califica el delito sexual como delito de violación y el delito de hurto de teléfono móvil como delito de robo con intimidación.

37. El Tribunal Supremo, finalmente, determina que los hechos ocurridos deben ser calificados como violación y aprecia dos agravaciones: trato vejatorio por grabaciones con teléfono móvil y actuación conjunta de dos o más personas. Condena a los acusados a quince años de prisión, más penas accesorias y responsabilidad civil. La resolución última del caso de «La Manada» entiende que concurre *ambiente intimidatorio* en la ejecución del delito sexual, intimidación extensible a la sustracción de teléfono móvil por parte de uno de los acusados. Califica dicha sustracción como delito de robo con intimidación y condena al acusado a dos años de prisión por el mismo.

38. Sandro Rosell y Joan Besolí estuvieron veintidós meses en prisión provisional. El halo delictivo y la apuesta segura por una posterior sentencia condenatoria se vieron desvirtuados al presentarse medios de prueba que generaban más dudas que certezas. La Audiencia Nacional acabó dictando sentencia absolutoria invocando el principio *in dubio pro reo*.

39. El auto que acuerda la medida provisional de prisión preventiva utiliza términos de gran impacto que generan una imagen negativa de los acusados y se sustenta sobre la base de hechos no probados que utiliza (junto a la apreciación de riesgo de fuga y otras circunstancias) a modo de indicios

delictivos. A pesar de ello, estos indicios no son tomados como sustento para configurar una sentencia condenatoria basada en prueba indirecta.

40. La Audiencia Nacional, para este caso, refiere que la prisión provisional está prevista para cumplir un fin y que, si es útil para el fin que se pretende, no menoscaba el derecho a la presunción de inocencia ni el derecho a una defensa. La finalidad de la medida cautelar en este caso es el aseguramiento de los acusados en las sesiones de juicio oral y la toma de declaración de los mimos en dichas sesiones.

41. La sentencia de la Audiencia Nacional utiliza un lenguaje más cuidado que el auto de prisión provisional y determina que, al generarse numerosas dudas, cabe la aplicación del principio *in dubio pro reo*, fallando a favor de la absolución. La presión mediática en este supuesto no ha influido en la sentencia.

42. El propio Sr. Rosell achaca que su estancia en prisión se debe a factores más allá de la prueba en sentido estricto que han operado en su contra. Nosotros calificamos estos otros factores como elementos paraprobatórios, concepto ya explicado anteriormente.

43. Las distintas curiosidades y matices de unos y otros supuestos de los descritos anteriormente radican, por supuesto, en los elementos de prueba y, también, en los elementos paraprobatórios, pues sin ellos habría muchos aspectos difíciles de explicar.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Abadías Selma, Alfredo, "La prisión provisional y los casos Rosell y Besolí: entre la ley y el «libro de los justos»", en Abadías Selma, Alfredo y Simón Castellano (coord.), *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 95-131.
- Acale Sánchez, María y Faraldo Cabana, Patricia, "Presentación", en Rodríguez López, Silvia, Faraldo Cabana, Patricia, Fuentes Loureiro, María Ángeles, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 1º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 133-170.
- Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio. Apéndice de Jurisprudencia relacionada*, Monografías Instituto de Judicatura Federal, Venustiano Carranza, México D.F., 2015.
- Agustina Sanllehí, José Ramón y Martínez Jarrod, Adela, "La aplicación judicial de la medida de prisión provisional: un enfoque criminológico", en *Cuadernos de política criminal*, nº 107, 2012.
- Aja Sánchez, José Ramón, "Los prefectos urbanos de Constancio II y el comportamiento vindicativo de la plebe romana en Amiano Marcelino", en *Studia Historica, Historia Antigua*, nº 13-14, 1995-96.
- Alonso y Royano, Félix, "El derecho griego", en *Espacio, Tiempo y Forma, serie II, Historia Antigua*, nº 9, 1996.
- Álvarez Cora, Enrique, "Tipicidad y fragmentariedad criminal en la España Moderna", en *Cuadernos de historia del derecho*, nº20, 2013.

- Álvarez de Neyra Kappler, Susana, "La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea", en *Revista de estudios europeos*, nº extra 1, Universidad de Valladolid: Instituto de Estudios Europeos, 2017.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, "Motivar la prueba penal en serio", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 98, 2016.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, "En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales", en *Qaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, 2020.
- Angulo Egea, María. "Subjetividad y violación social. El caso de «La Manada»", en *Tropelías: Revista de teoría de la literatura y literatura comparada*, nº 31, Universidad de Zaragoza, 2019.
- Apalategui Isasa, Pedro, "Influencia de la comunicación en la justicia: un caso clave", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 111, 2018.
- Arrabal Platero, Paloma, "El WhatsApp como fuente de prueba", en Fuentes Soriano, Olga, Adán Domènech, Frederic, y Aige Mur, María Belén, *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 325-336.
- Asch, Solomon, "Forming Impressions of personality", en *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 41, 1946.
- Asencio Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
- Bakhtin, Mikhail Mikhailovich, *Problems of Dostoyevsky's Poetics*, (Traducido por C. Emerson), University of Minnesota Press, Minneapolis, 1984, Publicado originalmente en Rusia, 1929.

- Barata, Francesc, "La devaluación de la presunción de inocencia en el periodismo" en *Anàlisi*, Universitat Autònoma de Barcelona, nº 39, 2009.
- Barata, Francesc, "Los mass media y la información criminal: el «caso King» y las perversiones mediáticas", en *Quaderns del CAC*, nº 17, 2003.
- Barona Vilar, Silvia, "La prueba I", en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberria Gurid, J. F., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 21ª ed., Tirant Lo Blanc, Valencia, 2017a, pp. 299-315.
- Barona Vilar, Silvia, *Proceso penal desde la historia*, 1ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017b.
- Barrero Ortega, Abraham, "Juicios paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo", en *Revista Latina de Comunicación Social*, nº 47, 2002.
- Benítez de Lugo Guillén, José Mariano, "La libertad de «La Manada»", en *El siglo de Europa*, Grupo Nuevo Lunes, nº 1253 (29 de junio), 2018a.
- Benítez de Lugo Guillén, José Mariano, "La otra manada", en *El siglo de Europa*, Grupo Nuevo Lunes, nº 1245 (4 de mayo), 2018b.
- Berg, Kathleen S., y Vidmar, Neil, "Authoritarianism and recall of evidence about criminal behaviour", en *Journal of Research in Personality*, 9, 1975.
- Bravo Lira, Bernardo, "Construcción y deconstrucción: El sino del racionalismo moderno de la ilustración a la postmodernidad", en *Revisa de historia del derecho*, nº 37, 2009.
- Bruner, Jerome Seymour, "Social psychology and perception", en E. Maccoby, TM, New-comb y E. Hartley (dirs.), *Readings in social psychology*, Holt, Rinehart and Wilson, New York, 1958.

- Bustamante Rúa, Mónica María y Palomo Vélez, Diego I., "La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile", en *Ius et Praxis*, vol. 24, nº. 3, 2018.
- Caamaño Domínguez, Francisco, "Juicios paralelos: nada podrá hacerse mientras no se cambie nuestro modelo de instrucción penal", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 111, 2018.
- Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel, "La prisión provisional ante el ruido mediático: el caso de «La Manada»", en Abadías Selma, Alfredo y Simón Castellano, Pere (coord.), *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 173-193.
- Cantril, Hadley, "The nature of social perception", en *Transactions of the New York Academy of Sciences*, nº6 (4), 1948.
- Carey, Christopher, "The shape of Athenians Laws", en *Classical Quaterly*, 48 (01), 1998.
- Carrillo, Marc, "Derechos fundamentales y poder judicial en la sentencia de la manada", en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 24, 2018.
- Cigüela Sola, Javier, "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 22-12, 2020.
- Clemente Fernández, Ana Isabel, "El testigo como medio idóneo y ocasión propicia para la producción de conocimiento en derecho romano", en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, nº5, 2010.

- Cobrerros Mendazona, Edorta, "El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada", en *Revista de Administración Pública, Universidad del País Vasco*, nº 209, 2019.
- De Elena y Peña, Joaquín A. y Arana Martínez, José María, "Percepción social: influencia de la expectativas del perceptor sobre la percepción de las personas", en Sánchez Abaco, Antonio José y Arana Martínez, José María (ed.), *Manual de prácticas de percepción y atención*, Amarú Ediciones, Salamanca, 1997, pp. 165-176.
- De Elena y Peña, Joaquín A. y Arana Martínez, José María, "Percepción social: los rasgos centrales en la formación de impresiones", en Sánchez Abaco, Antonio José y Arana Martínez, José María (ed.), *Manual de prácticas de percepción y atención*, Amarú Ediciones, Salamanca, 1997, pp. 177-188.
- De Elena y Peña, Joaquín A. y Arana Martínez, José María, "Percepción social: el efecto de primacía en los juicios", en Sánchez Abaco, Antonio José y Arana Martínez, José María (ed.), *Manual de prácticas de percepción y atención*, Amarú Ediciones, Salamanca, 1997, pp. 189-198.
- De la Peña Velasco, Sebastián, "El abogado en la reconducción del conflicto a formas extrajudiciales", en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. n.º 15, 2005.
- De los Mozos Touya, José Javier, "Presupuestos formalistas del Derecho Romano Arcaico en Materia de Prueba", en *Anuario de historia del derecho español*, nº51, 1981.
- De Paul Velasco, Pilar "La investigación psicológica de la decisión del jurado", en *Anuario de psicología jurídica*, nº 10, 2000.
- De Paúl Velasco, Pilar, *El Tribunal del Jurado desde la psicología social*, 1ª ed., Siglo veintiuno de España editores S.A., Madrid, 1995.

- Del Moral García, Antonio, "Justicia, medios de comunicación y pública", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 111, 2018.
- Díaz Fraile, *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Díez Calzada, José A., "En torno a la lógica de la inferencia", en *Enrahonar: an international journal of theoretical and practical reason*, nº 19, 1992.
- Edwards, Iorwerth Eiddon Stephen, Gadd, C.J., Hammond, Nicolas Geoffrey Lempière et alii, "The Cambridge History", en *Cambridge University Press*, 3ªed., 1970.
- Espitia Garzón, Fabio, "Dictadura, "Estado de sitio" y provocatio ad populum en la obra maestra de Mommsen", en *Revista de Derecho Privado*, nº 21, 2011.
- Fernández García, Emilio, "Juicios paralelos, imparcialidad de los tribunales y opinión pública: repercusiones en la vida política y en las resoluciones judiciales", en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 24, 2018.
- Fernández Rodríguez, María Dolores, "Los límites del *ius puniendi*", en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 3, 1994, 1994.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (traducido por Andrés Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón Mohino, J. C. et alii), Trotta, Madrid, 1995.
- Forsdyke, Sara, "Street theatre and popular justice in ancient Greece: shaming, storning and starving offenders inside and outside the courts", en *Past and Present*, 201 (1), 2008, disponible en [10.1093/past/gtn014](https://doi.org/10.1093/past/gtn014)

- Frank, Jerome David, "Persuasion and healing", en *John Hopkins University Press*, Baltimore, 1961.
- Frank, Jerome David, "The placebo is Psychotherapy", en *Behavioral and Brain Sciences*, nº6, 1983.
- Fuentes Osorio, Juan Luis, "Los medios de comunicación y el Derecho Penal", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16, 2005, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>
- Fuentes Soriano, Olga, "El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso", en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 46, 2018b, disponible en <https://www.iustel.com>
- Fuentes Soriano, Olga, "La perspectiva de género en el proceso penal ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género»", en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, nº1, 2020.
- Fuentes Soriano, Olga, "Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías", en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44, 2018a, disponible en <https://www.iustel.com>
- Gagarin, Michael, "Telling stories in Athenian Law", en *Transactions of the American Philological Association*, vol. 133, nº2, 2003.
- García Arán, Mercedes, "Libertad de información y procesos penales en curso", en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 24, 2018.
- Gaviria Stewart, Elena y Silván Ferrero, María del Prado, "Cognición social", en Gaviria Stewart, Elena, López Sáez, Mercedes y Cuadrado Guirado, Isabel

- (coords.), *Introducción a la Psicología Social*, 2ª ed., Sanz y Torres, Madrid, 2013, pp. 71-113.
- Gómez Fernández, Elena, *Desarrollo de la inteligencia emocional a través de la expresión corporal*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2016-2017.
- González Cano, María Isabel y Romero Pradas, María Isabel, *La prueba, tomo II. La prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- González Quintero, Rodrigo, "Derechos humanos y seguridad nacional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional surcoreana", en *Revista chilena de derecho*, vol. 40, nº 1, 2013.
- Grossman, Joel Barry y Tanenhaus, Joseph, *Frontiers of judicial research*, Wiley and Sons, New York, 1969.
- Gudín-Rodríguez Magariños, Faustino, "Sobre la esencia lógico-matemática del ordenamiento jurídico", en *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, nº 12, Sevilla, 2009.
- Guerra Pérez, Cristina, *La decisión judicial de prisión preventiva, análisis jurídico y criminológico*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Gutiérrez Romero, Francisco Manuel, "El sentenciador en el diván: así elaboro una sentencia", en *Revista Consejo General de la Abogacía*, nº 103, 2017.
- Heider, Fritz, *The psychology of interpersonal relations*, John Wiley & Sons, New York, 1958.
- Hernández García, Javier, "Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos", en Joan Picó i Junoy (dir.), *Problemas actuales de la Justicia Penal*, J. M. Bosh Editor, Barcelona, 2001, pp. 67-90.
- Hernández Zúñiga, Erik Alejandro, *Manual de Derecho Romano*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- Herrera Moreno, Myriam, "¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología", en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 12, 2014.
- Herrera Moreno Myriam, "Itinerario ideológico de la victimización sexual de la mujer", en *Cuadernos de política criminal*, nº 60, 1996.
- Herrera Moreno, Myriam, "Matar a un albatros: a propósito de la antijuridicidad de los atentados contra eco-víctimas", en *Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura*, vol. 5, nº 1, 2019a.
- Herrera Moreno, Myriam, "Narrativas subjetivas, políticas y normativas sobre víctimas y victimidad: aproximación a las problemáticas victimales desde un nuevo paradigma", en Roca de Agapito, Luis (dir.), Álvarez García, Francisco Javier, Arribas López, Eugenio et alii, *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019b, pp. 667-705.
- Hostfede, Gerard Hendrik, "Culture's consequences: International differences in work related values", en *Beverly Hills: Sage*, 1980.
- Hucklesby, Anthea Louise, "Bail in criminal cases", en McConville, M. Wolson, G (eds.), *The handbook of the criminal justice process*, Oxford university press, Oxford, Reino Unido, 2002.
- Huici Módenes, Adrián, "La construcción de la lesbiana perversa. Visibilidad y representación de las lesbianas en los medios de comunicación. El caso Dolores Vázquez – Wannikhof" [Reseña], en *Revista Internacional de Comunicación Audiovisual, Publicidad y Literatura*, nº 1 (6), 2008.
- Ibarra Robles, Juan Luis, "Fallo y motivación de la sentencia: poder de decisión y legitimidad democrática del Juez", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 99, 2016.
- Igartua Salaverría, Juan, "Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más", en *Jueces para la democracia*, nº 38, 2000.

- Ittleson, William H., *Visual space perception*, Springer, Nueva York, 1960.
- Jabonero, Alberto. "Mañana podemos ser nosotros", en *El País*, 1 de diciembre de 2009. Disponible en https://elpais.com/diario/2009/12/01/sociedad/1259622002_850215.htm
- Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- Kaplan, Martin F., y Miller, Lynn E., "Reducing the effects of juror bias", en *Journal of Personality and Social Psychology*, 36, 1978.
- Kelley, Harold H., "Attribution in social interaction", en *General Learning Press*, New York, 1971.
- Kelley, Harold H., "Attribution theory in social psychology", en D. Levine (Ed.), "Nebraska symposium on motivation", *University of Nebraska Press*, vol. 15 Lincoln, 1967.
- Kelley, Harold H., "Causal schemata and the attribution process", en *General Learning Press*, New York, 1972.
- Kilpatrick, Franklin Pierce, (comp.) *Explorations in transactional psychology*, New York University Press, New York, 1961.
- Lamadrid Luengas, Miquel Ángel, *El principio de oportunidad como herramienta de política criminal*, (Tesis doctoral), Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra, 2016.
- Larsen, Pablo, "Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal", en *InDret*, vol. 1, 2020.
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio, "Las huellas de «La Manada»", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, nº 77, 2018.

- Laudan, Larry y Erik Lillquist, "The Sounds of Silence", en *University of Texas Law, Public Law Research Paper*, nº 215, 2012.
- López, Èlia, "La educación emocional en la educación infantil", en *Revista interuniversitaria de Formación de profesorado*, nº 19 (3), 2005.
- López-Amo y Marín, Ángel, "El Derecho Penal español de la Baja Edad Media", en *Anuario de historia del derecho español*, nº 26, 1956.
- López Fernández, Mercedes, *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*, (Tesis doctoral), Universidad de Alicante, 2004.
- López Rubio, Dolores C., Rosas Lozano, María Victoria, Torres Martín, Luis et alii, "La prisión preventiva", en *Boletín criminológico*, vol. 2, nº 17 (Febrero), 1996.
- López Sáez, Mercedes y Cuadrado Guirado, Isabel, "Estereotipos", en Gaviria Stewart, Elena, López Sáez, Mercedes y Cuadrado Guirado, Isabel (coords.), *Introducción a la Psicología Social*, 2ª ed. Sanz y Torres, Madrid, 2016, pp. 415-449.
- López Sáez, Mercedes, Gaviria Stewart, Elena y Morales Domínguez, José Francisco, "Percepción social y atribución", en Gaviria Stewart, Elena, López Sáez, Mercedes y Cuadrado Guirado, Isabel (coords.), *Introducción a la Psicología Social*, 2ª ed. Sanz y Torres, Madrid, 2016, pp. 115-161.
- Luchins, Abraham S., "Experimental attempts to minimize impact of first impressions", en Hovland, C. I. et alii, (comp.), *The order of presentation in persuasión*, Yale University Press, New Haven, 1957a.
- Luchins, Abraham S., "Primacy-recency in impression formation", en Hovland, C. I. et alii, (comp.), *The order of presentation in persuasión*, Yale University Press, New Haven, 1957b.

- Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., 3 reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Manzanares Samaniego, José Luis, "Tipologías de sentencias patológicas", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 99, 2016.
- Marcos, Alfredo, "La lógica como herramienta de la razón. Razonamiento ampliativo en la creatividad, la cognición y la inferencia" [Reseña], en *Theoria: an international journal for theory, history and foundations of science*, vol. 30, nº 1, 2015.
- Martín Huertas, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- Martín Ríos, María del Pilar y Vallespín Pérez, David (coord.), *Medias cautelares personales. Detención, Libertad Provisional y Prisión Preventiva*, Juruá Editorial, Lisboa, 2016.
- Martínez García, Elena, "Concepto, Fuentes y medios de prueba", en González Cano, María Isabel (dir.) y Romero Pradas, María Isabel (coord.), *La prueba, Tomo II, La prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 17-75.
- Martínez García-Donas, Araceli, "«La Manada»: análisis de la calificación jurídica de los hechos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra" en *Libro actas IV Jornadas Doctorales de Universidad de Murcia*, Editum, 2018.
- Martínez García-Donas, Araceli, "La libre valoración de la prueba y el razonamiento lógico en el proceso penal", en *Libro actas IV Jornadas Doctorales de Universidad de Murcia*, Editum, 2018.
- Martínez Jiménez, José, "La prueba indiciaria", en Marchena Gómez, Manuel, Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel, del Moral García, Antonio et

- alii, *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 411-511.
- Mckire, John Leslie, "Fallacies", en P. Edwards (ed.), *The encyclopedia of philosophy*, t,III, NY, Collier Macmillan/Macmillan and the free press, London, 1972, pp. 169-179.
- Mestre Delgado, Esteban, "Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia", en *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº XXXVIII, Tomo 38, Fasc/Mes 3, 1985.
- Mitchell, Herman E., y Byrne, Donn, "The defendant's dilemma: Effect of jurors' attitude and authoritarianism on judicial decision", en *Journal of Personality and Social Psychology*, 25, 1973.
- Mixan Mass, Florencio, "Razonamiento incorrecto: falacias y paralogismos", en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 31, 1995.
- Mommsen, Theodor, *Derecho penal romano (1917-1903)*, Jiménez Gil, Pamplona, 1999.
- Morales García, María Luisa, García Jiménez, Milagros, Blázquez Fernández, María Soledad, "Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio", en *Eúphoros*, nº 5, 2002.
- Morillas Cuevas, Lorenzo, "Reflexiones sobre la prisión preventiva", en *Anales de Derecho*, vol. 34, nº1, 2016, disponible en <http://hdl.handle.net/10201/48564>.
- Moya Morales, Miguel C., "Percepción de personas", en Morales Domínguez, José Francisco (ed.), *Psicología social*, McGraw Hill, Madrid, 1994, pp. 93-119.

- Nagel, Stuart S., "Judicial backgrounds and criminal cases. Journal of Criminal Law", en *Criminology and Police Science*, nº 53, 1962.
- Nagel, Stuart S., *The legal process from a behavioral perspective*, Dorsey, Homewood, Illinois, 1969.
- Ollero Tassara, Andrés, "El arte de sentenciar", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 98, 2016.
- Olson, David Richard (Ed.), "Media and symbols: The forms of expression, communication and education", en *National Society for the Study of Education*, Yearbook number 73, University of Chicago Press, Chicago, 1974.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, "¿Más calor que luz? vicios y virtudes de la publicidad de la información en la política criminal", en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 24, 2018.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, "El renacimiento político-criminal de la víctima: una buena idea con desarrollos problemáticos", en VV.AA., "La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica", en *Política criminal*, vol. 9, nº 18, Diciembre 2014, Doc. 1, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf.
- Olson, David Richard "From utterance to text: The bias of language in speech and writing", en *Harvard Educational Review*, nº 47, 1977.
- Olson, David Richard, "Some social aspects of meaning in oral and written language", en Olson David Richard, *The social foundations of language and thought*, Norton, Nueva York, 1980.
- Ovejero Puente, Ana María, "Protección del Derecho a la presunción de inocencia", en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional, UNED*, nº 40, 2017.

- Peral Parrado, María. "Las sentencias judiciales tras el veredicto mediático y el veredicto popular", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 101, 2016.
- Pereira Meléndez, Leonardo, *Principios, garantías y derechos humanos en el proceso penal*, Vadell Hermanos Editores, Caracas-Venezuela-Valencia, 2012.
- Petty, Richard E. y Cacioppo, John, T., *Communication and persuasión: Central and peripheral routes to attitude change*, Springer-Verlag, New York, 1986.
- Phares, E. Jerry, y Wilson, Kenneth, "Responsibility attribution: Role of outcome severity, situational ambiguity, and internal-external control", en *Journal of Personality*, 40, 1972.
- Portalés Llop, Enric Pasqual, "(Des)cortesía, agressivitat i emocions: la resposta dels lectors a la sentència de la manada", en *Cultura, lenguaje y representación: revista de estudios culturales de la Universitat Jaume I*, nº. 20, 2018.
- Quispe Farfán, Fany Soledad, "Presumirse inocente, sentirse libre y amparado: momentos claves para defender la presunción de inocencia", en *Anuario de Derecho Penal peruano*, 2004.
- Raga Marimón, Montserrat, "El vínculo entre la justicia y la ciudadanía", en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 24, 2018.
- Ramírez Ortiz, José Luis, "El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género", en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, nº 1, 2020.
- Ramírez Ortiz, José Luis, "Sociedad en red, igualdad, proceso y Derecho Penal: la sentencia de «La Manada»", en *Jueces para la democracia*, nº 92, 2018.

- Ramón Ribas, Eduardo, "La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales", en Rodríguez López, Silvia, Faraldo Cabana, Patricia, Fuentes Loureiro, María Ángeles et alii, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 133-170.
- Rascón García, César, "Sobre la estructura lógica de las decisiones judiciales y el sentido de la prueba en las diversas etapas del Derecho Romano", en *Res Publica Litterarum: Documentos de trabajo del Grupo de Investigación "Nomos"*, nº6, 2005.
- Redondo Calvo, Ángel Félix, *El sensacionalismo y su penetración en el sistema mediático español* (Trabajo de Fin de Grado), Universidad de Valladolid, 2011.
- Redondo García, Marta M^a, *Sensacionalismo y juicios paralelos en los medios de comunicación. El "caso Wanninkhof"* (Tesina), Universidad de Valladolid, 2007.
- Redondo Hermida, Álvaro, "La presunción de inocencia frente al testimonio de la víctima", en *Revista Auctoritas Prudentium, Universidad del Istmo*, nº 2, 2009.
- Rivera Olarte, Francisco Javier y Rojas Quinayá, Carolina, "Estudio interdisciplinario sobre los Sistemas de Valoración y Estándares Probatorios en el derecho procesal colombiano", en *DIXI*, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2019.
- Rodrigues, A., "Percepción social", en Rodrigues, A., *Psicología social*, Trillas, 1972, pp. 189-264.
- Rodríguez Fernández, Ricardo, "La sentencia contra «La Manada»: prevalimiento vs. Intimidación", en *Diario La Ley*, nº 9209, 2018.

- Rodríguez Ferrández, Samuel, "Responsabilidad penal y contagio de Ébola. Reflexiones desde la teoría de la imputación", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16-17, 2014, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Rodríguez Ramos, Luis, "¿Hacia el ocaso de los derechos de defensa? Las causas de la devaluación del derecho de defensa", en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 101, 2016.
- Sánchez Esparza, Marta, "Dolores Vázquez, un caso que sigue abierto 15 años después", en *Diario El Mundo*, 2014.
- Sánchez, Nuria, Sobral Fernández, Jorge y Seijo Martínez, María Dolores, "El error judicial en el uso de la prisión preventiva: Personas en prisión que nunca llegan a ser condenadas", en *Revista iberoamericana de psicología y salud*, vol. 8, nº 1, 2017.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, "Aspectos para una reforma de Derecho Procesal Penal", en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 2, 2000.
- Sanchís Crespo, Carolina, "El jurado y la presunción de inocencia. A propósito de la película «Veredicto final»", en *Estudios penales y criminológicos*, nº 25, 2004.
- Santalucía, Bernardo, *Derecho penal romano*, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1989. Título original: *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (Giuffrè editore, Milano 1989).
- Sarmiento, Sergio, "Prisión preventiva", en *CE Noticias Financieras*, 2019, disponible en <https://search.proquest.com/docview/2308809120?accountid=17225>.

- Scinto, Leonard F.M., "Pupillary cholinergic hypersensitivity predicts cognitive decline in community dwelling elders", en *Neurobiology of aging*, nº 29, 2008.
- Secord, Paul y Backman, Carl, *Social psychology*, MacGraw Hill, New York, 1964.
- Sigüenza López, Julio, "Fundamentos de la actividad probatoria en el proceso civil español", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús María, "¿«ex delicto»? Aspectos de la llamada «responsabilidad civil» en el proceso penal", en *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2001.
- Sobral Fernández, Jorge y Prieto Ederra, Ángel, "Impacto persuasivo del testimonio seguro e inseguro: ¿dos caras de un mismo fenómeno?", en *Psicotherma*, vol. 15, nº 2, 2003.
- Sobral Fernández, Jorge y Prieto Ederra, Ángel, "Persuasión y testificación: una (re)visión social de la credibilidad del testimonio", en *Psicotherma*, vol. 5, nº extra 1, 1993.
- Sobral, Jorge, Arce, Ramón y Fariña, Francisca, "Aspectos psicosociales de las decisiones judiciales: revisión y lectura diferenciada", en *Boletín de Psicología, Universidad de Santiago*, nº 25, 1989.
- Soria Verde, Miguel Ángel y Armadans Tremolosa, Inmaculada, "Efectos de la victimización sobre la percepción de la prisión y las medidas alternativas", en *Papers: revista de sociología*, nº 93, 2009.
- Soria Verde, Miguel Ángel, Berger, Rita, Yepes, Montserrat, Lovelle, Inés y García, Virginia, "Tribunal del jurado: efectos de la participación en el cambio de opinión y conocimiento de sus miembros", en *Anuario de psicología jurídica*, nº 22, 2012.

- Sucar, Germán, Cerdio Herrán, Jorge (col.), Córdoba, Gabriela E. (col.) et alii, *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Suñez Tejera, Yoruanys, "La presunción de inocencia y la carga de la prueba", en *Universidad de Cienfuegos*, 2012.
- Tajfel, Henri, "Value and the perceptual judgement of magnitude", en *Psychological Review*, nº 64, 1957.
- Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad: el Juez y la construcción de los hechos* (traducido por Daniela Accatino Scagliotti), Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Tenorio Obando, Felipe, "Un examen al examen: una aproximación a los resultados del Examen Periódico Universal", en *Anuario Mexicano de derecho internacional*, vol. 15, 2015.
- Tobío Fernández, Jonatan, *El abogado. Marco jurídico*, (Tesis doctoral), UNED, 2019.
- Tomé García, José Antonio, "Derecho Procesal Penal", en *Editorial Centro de Estudios Ramón Areces*, 1999.
- Tversky, Aamos y Kahneman, Daniel, "Judgement under uncertainty: heuristics and biases", en *Science*, nº 185, 1974.
- Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans, *Metodología Jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- Vega Reñón, Luis, *El análisis lógico: nociones y problemas: una introducción a la filosofía de la lógica*, 1ª ed., Cuadernos de la UNED, Madrid, 1987.
- Vegas Torres, Jaime, "La motivación del veredicto en la jurisprudencia del tribunal supremo", en *La Ley del Jurado en su X Aniversario*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, 2006.

- Vegas Torres, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.
- Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.) y Corcoy Vidasolo, Mirentxu (dir.), *Manual de Derecho Penal: parte especial (actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015): doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- Villalobos Aguilera, Guillermo, *De juicios paralelos a procesos mediáticos. Tratamiento informativo del derecho a la presunción de inocencia y roles periodísticos profesionales en un estudio de casos. Dolores Vázquez (2000-2001), Juan Enciso (2009) y Diego Pastrana (2009)*, (Tesis doctoral), Universidad de Málaga, 2016.
- Vygotsky, Lev Semenovich, Myshlenie i rech': "Psikhologicheskie issledovaniya [pensamiento y lenguaje: investigaciones psicológicas]", en *gosudarstvennoe Sotsial-no-ekonomicheskoe Izdatel'stvo*, 1934.
- Vygotsky, Lev Semenovich, *Razvitie vysshykh psikhicheskikh funktsii [el desarrollo de las funciones mentales superiores]*, Izdatel' stvo Akademii Pedagogicheskikh Nauk, Moscú, 1960.
- Vygotsky, Lev Semenovich, *Sobrainie sochinenii. Tom tretii. Osnovy defektologii [obras completas, vol 5: fundamentos de defectología]*, Izdatel' stvo Pedagogika, 1984.
- Werstch, James V. (1989), *Vigotsky y la formación social de la mente*, 1º ed., Ediciones Paidós, Barcelona- Buenos Aires- Mexico, 1989.
- Werstch, James V., *The concept of activity in Soviet Psychology: The instrumental method in psychology*, Armonk, New York: Sharpe, M.E, New York, 1981.