

DIEGO M. PAPAYANNIS
ESTEBAN PEREIRA FREDES

(Eds.)

FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@filosofiyderecho.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web www.filosofiyderecho.es.



Calidad en
Edición
Académica
Academic
Publishing
Quality

La colección *Filosofía y Derecho* ha sido distinguida en 2017 con el sello de calidad en edición académica CEA-APQ, con mención especial de internacionalidad, promovido por la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE) y avalado por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Diego M. Papayannis y Esteban Pereira Fredes (eds.)

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-584-2

Depósito legal: M. 33.767-2018

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2018



PROLEGÓMENOS PARA UNA TEORÍA SOBRE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA. EL *TEST* CASE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRISIÓN PREVENTIVA ERRÓNEA

Jordi FERRER BELTRÁN*

1. INTRODUCCIÓN

Frente al abandono tradicional del razonamiento probatorio y de la teoría general de la prueba que ha caracterizado en nuestra cultura jurídica tanto los estudios procesales tradicionales como los de filosofía del derecho, puede decirse que en las dos últimas décadas se ha cambiado claramente la tendencia. Hay todavía, sin embargo, una gran laguna en la teoría general de la prueba, compartida también con las teorías del garantismo penal y procesal. Todas ellas, de distinto alcance pero evidentemente relacionadas entre sí, resultan seriamente incompletas si no abordan el problema de cómo determinar los umbrales de suficiencia probatoria para cada fase del procedimiento y para cada tipo de proceso. Y esa falta de teorización se traslada a la legislación,

* Profesor titular de filosofía del derecho, director de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona y del Máster en razonamiento probatorio de esa misma universidad. Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación «Seguridad jurídica y razonamiento judicial» (DER2017-82661-P), del Ministerio español de Economía y Competitividad. Agradezco a todos los compañeros del grupo de investigación de filosofía del derecho de la Universidad de Girona sus atinados comentarios a una versión previa de este trabajo y, muy especialmente, a Edgar AGUILERA, Jorge BAQUERIZO, Diego DEI VECCHI, Carolina FERNÁNDEZ BLANCO, Daniel GONZÁLEZ LA- GIER, Laura MANRIQUE, Esteban PEREIRA, Pablo RAPETTI y Carmen VÁZQUEZ.

donde la ausencia de estándares de prueba se convierte en el talón de Aquiles de un diseño procesal que pretenda limitar la arbitrariedad y fomentar el control de las decisiones probatorias. Un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos, lo que hace inútiles muchos derechos procesales *in itinere* del procedimiento (como la presunción de inocencia) y hasta el deber de motivación. Por ello, en este trabajo presentaré un primer esbozo teórico sobre la forma en que deben formularse los estándares de prueba y analizaré, a modo de *test case*, la necesaria operatividad de estándares de prueba de distintos niveles, la regulación legal y el tratamiento jurisprudencial del derecho a una reparación por la prisión preventiva «indebida».

A día de hoy, son lugares comunes de la concepción racionalista de la prueba¹ las siguientes asunciones, que yo tomaré en este trabajo como premisas de partida:

1) Hay una relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que la verdad se configura como el objetivo institucional a alcanzar mediante la prueba en el proceso judicial².

2) El concepto de verdad en juego, que resulta útil para dar cuenta de esa relación teleológica, es el de verdad como correspondencia, de modo que diremos que un enunciado fáctico (formulado en el marco de un proceso judicial y sometido a prueba) es verdadero si, y solo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo (externo al proceso)³.

3) Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre.

4) El razonamiento probatorio es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico. Decir que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero (a un nivel que habrá que determinar), dadas las pruebas disponibles.

¹ Véase una caracterización de esta concepción en FERRER BELTRÁN, 2007: 64-66.

² Para mayor abundamiento y justificación de esta premisa, véase FERRER BELTRÁN, 2002: 55 y ss.

³ Al respecto, véase, por todos, TARUFFO, 1992: 145; y GASCÓN, 1999: 59 y ss. Vale la pena añadir que TARUFFO ha mantenido en toda su obra que en el proceso, y quizá en cualquier otro ámbito de conocimiento, podemos alcanzar solo verdades relativas, contextuales, descartándose totalmente la existencia de verdades absolutas (véase TARUFFO, 1992: 146 y ss.). Como se verá más adelante, creo que puede haber buenas razones contextuales para tener distintos niveles de exigencia probatoria para aceptar como verdadera (y dar por probada) una hipótesis fáctica, pero ello no implica que la verdad misma sea contextual. En mi entender, si adoptamos, como hago yo mismo, una noción de verdad como correspondencia, la verdad es siempre absoluta: o Pedro ha cruzado la calle con el semáforo en rojo o no lo ha hecho, o María ha matado a Felipe o no lo ha hecho. No hay verdades relativas, lo que es relativo es el grado de corroboración y la prueba de que esos hechos han ocurrido; la relatividad es, pues, epistemológica y no ontológica.

Si bien estas premisas son ampliamente compartidas en la literatura probatoria, no siempre se extraen de ellas todas las consecuencias relevantes. En particular, como dije anteriormente, la necesidad de disponer de reglas que establezcan el grado de probabilidad que resulta suficiente para aceptar como probado un enunciado fáctico (o una hipótesis, si se prefiere) en un procedimiento judicial, ha sido un tema generalmente olvidado en nuestra cultura jurídica.

Si el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable, entonces deviene imprescindible dotarse de reglas, que denominamos «estándares de prueba», que determinen el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis, es decir, que determinen qué grado de apoyo nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión (y así poder usarla como tal en nuestro razonamiento).

El tipo de probabilidad capaz de estructurar el razonamiento probatorio no admite el cálculo matemático⁴, de modo que estamos frente a una probabilidad inductiva; los estándares de prueba, por tanto, no podrán indicar numéricamente el grado de suficiencia probabilística necesaria para dar por probada una hipótesis.

Solo si disponemos de estándares de prueba que indiquen el grado de suficiencia probatoria (*i. e.*, la probabilidad necesaria para dar por probada una hipótesis) podrán ser utilizables otras reglas para la toma de decisión, como las presunciones. En efecto, las presunciones (*iuris tantum*) imponen la aceptación de una hipótesis (y su uso en el razonamiento) en ausencia de prueba (suficiente) en contrario; así, por ejemplo, la presunción de inocencia como regla de juicio impone que se resuelva a favor de la inocencia del acusado salvo que haya prueba suficiente de su culpabilidad, en cuyo caso se derrota la presunción⁵. Pero, ¿cuándo hay prueba suficiente de la culpabilidad del acusado? Hacer operativa la presunción de inocencia (como cualquier otra presunción *iuris tantum*) presupone que disponemos de una regla que nos indique el umbral de suficiencia probatoria.

2. ¿CÓMO SE PUEDE FORMULAR UN ESTÁNDAR DE PRUEBA?

Cuando en las legislaciones procesales y en las prácticas jurisprudenciales encontramos formulaciones del nivel de exigencia probatoria, estas suelen

⁴ Son muchos los autores que han argumentado esta imposibilidad. Véase, por todos, L. J. COHEN, 1977: 58-67; y una presentación general en FERRER BELTRÁN, 2007: 98-120.

⁵ O lo que MENDONCA denomina «estrategia de destrucción» de la presunción (que debe ser distinguida la de la «estrategia de bloqueo»). Al respecto, véase MENDONCA 2000: 229; también ULLMANN-MARGALIT, 1983: 149.

adolecer de dos graves problemas. Por un lado, suelen apelar a elementos psicológicos o mentales del decisor (como la «íntima convicción», la «certeza subjetiva», la «valoración en conciencia», etc.), que no permiten el control intersubjetivo y que, por tanto, no son aptas para facilitar la revisión de la corrección de la decisión ni para dar garantías, por ejemplo, del cumplimiento de la presunción de inocencia en el proceso penal⁶. Volveré más adelante sobre este punto. Por otro lado, las formulaciones de pretendidos estándares de prueba vigentes en la mayoría de sistemas tienen un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria (incluso de forma aproximada). Valgan dos ejemplos al respecto: 1) El art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula el sobreseimiento provisional de la causa, que procederá adoptar en diversas situaciones, la segunda de las cuales (art. 641.2) se dará, literalmente, «[c]uando resulte del sumario haberse cometido un delito y *no haya motivos suficientes* para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores». Y 2) El art. 503 de la misma Ley procesal penal regula las condiciones en que procederá ordenar el ingreso en prisión provisional del imputado. La segunda de las condiciones (art. 503.2) se formula en estos términos: «[q]ue aparezcan en la causa *motivos bastantes para creer* responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión». Parece evidente que las formulaciones precedentes dejan totalmente indeterminado cuándo y con qué condiciones hay (o no) motivos *suficientes* para acusar, o motivos *bastantes* para creer que alguien es criminalmente responsable de un delito, presuponiendo así lo que las propias reglas deberían determinar.

Sin embargo, no hay forma de dar contenido y hacer efectivas las garantías procesales si se desconocen las reglas de juicio o si estas están indeterminadas⁷. Así, por ejemplo, no hay forma de hacer operativo el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio si está indeterminado cuándo el acervo probatorio atribuye corroboración suficiente a la hipótesis acusatoria para poder derrotar la presunción⁸. Urge, por tanto, comprender los requisitos para formular adecuadamente un estándar de prueba y mejorar radicalmente nuestras legislaciones y jurisprudencias al respecto.

Pues bien, la formulación de un estándar de prueba exige el cumplimiento de dos tipos distintos de requerimientos: en primer lugar, los que versan

⁶ En este sentido, LAUDAN, 2005: 99 y ss.

⁷ Creo que esta es, dicho sea de paso, la crítica más fundamental que puede hacerse tanto al garantismo penal como al garantismo procesal, representados respectivamente por autores como FERRAJOLI y ALVARADO VELLOSO. Ambas teorías, de presupuestos muy distintos, comparten el énfasis en las garantías durante el procedimiento judicial, descuidando, en cambio, la necesidad de establecer reglas de juicio que operen como garantías de la no arbitrariedad de las decisiones sobre los hechos.

⁸ Un ejemplo paradigmático de la falta de protección de la presunción de inocencia resultante de la indeterminación del estándar de prueba puede encontrarse en la STC 124/1983 (FJ 1.º). Un análisis al respecto puede verse en FERRER BELTRÁN, 2013: 179-183.

sobre su adecuada formulación desde el punto de vista epistemológico o metodológico y, en segundo lugar, los que apuntan a la fundamentación del nivel de exigencia probatoria establecido en el estándar. Veámoslos por separado.

2.1. Requisitos metodológicos para formular un estándar de prueba

Para que una regla pueda denominarse con propiedad «estándar de prueba», debe cumplir tres requisitos:

a) Apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan. Eso, evidentemente, excluye la utilización de criterios subjetivos del decisor, de modo que cualquier formulación del estándar de prueba que remita a estados mentales o psicológicos del juzgador no cumple este requisito. Del convencimiento psicológico del juez respecto de «p» no se infiere nada respecto de la verdad de «p» ni tampoco respecto del grado de corroboración que las pruebas aportan a «p». Por eso, desde el punto de vista justificativo de la decisión judicial, el convencimiento del juez es irrelevante. Sin embargo, son muchos los ejemplos en los que la legislación procesal menoscaba esta exigencia básica, utilizando criterios como la «íntima convicción» o cualquiera de las formulaciones que de uno u otro modo se vinculan con las creencias del juzgador. En otras ocasiones, es la doctrina jurisprudencial la que vincula a estados mentales fórmulas legales que no remiten directamente a ellos. Es el caso de la interpretación que ha dado la jurisprudencia norteamericana al estándar del «más allá de toda duda razonable»⁹. Así, negando la posibilidad de enunciar criterios intersubjetivos de razonabilidad de la duda, se afirma que esta es autoevidente y que solo la íntima convicción de cada uno de los miembros del jurado puede determinarla. En otras palabras, interpretado así, el «más allá de toda duda razonable» y «la íntima convicción» son dos maneras de decir lo mismo.

Con independencia de quién tiene la competencia para tomar una decisión y de si existen o no recursos para poderla impugnar, la decisión debe estar gobernada por criterios intersubjetivamente controlables, lo que hace conceptualmente posible el error en la aplicación de los criterios. Definitividad de la decisión e infalibilidad son, como insistía HART, cosas distintas¹⁰. Así, si el criterio para la compra de un automóvil es el gusto de quien lo compra, en ningún caso podremos imputarle error en la decisión; en cambio, si el criterio para tomar la decisión de comprar un modelo u otro es la mayor potencia del motor, aunque la decisión sea enteramente de quien compra y no haya posibi-

⁹ Véase, al respecto, un clarificador análisis en LAUDAN, 2003; también en *id.*, 2006: 59-102. Sobre la interpretación en Inglaterra, véase ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 361 y ss.

¹⁰ Véase HART, 1961: 141-147.

lidad de devolución, cabe conceptualmente decir que se equivocó, puesto que seleccionó un automóvil que no es el de mayor potencia en el mercado.

b) Los criterios que se utilicen en el estándar de prueba deben cumplir la función de establecer un umbral lo más preciso posible a partir del cual una hipótesis fáctica pueda considerarse suficientemente corroborada a los efectos de la decisión que debe tomarse. Evidentemente, no cumplen con este criterio las apelaciones a la sana crítica (que, en el mejor de los casos, sería un método de valoración, pero no un umbral probatorio), ni la inducción (por las mismas razones) ni tampoco el respeto de las leyes científicas o de la lógica. Así, resulta claro que, por ejemplo, el razonamiento probatorio es siempre un razonamiento inductivo, también que debe respetar las leyes de la lógica o de la ciencia, y que ello debe hacerse en todos los estadios del procedimiento; en cambio, en esos distintos estadios (*e.g.*, determinar la apertura de juicio oral, la adopción de medidas cautelares o la declaración de hechos probados en la sentencia final) las exigencias probatorias son y deben ser distintas, por lo que no basta con decir que esas decisiones deben estar inductivamente justificadas, etc., es necesario determinar el umbral a partir del cuál se entenderán justificadas.

c) Dado que la estructura del razonamiento probatorio está dada por la probabilidad lógica o inductiva, no matemática¹¹, el umbral de suficiencia probatoria no puede establecerse mediante números ni fórmulas matemáticas, sino a través de la utilización de criterios cualitativos.

2.2. La fundamentación del nivel de exigencia probatoria de los estándares de prueba

El punto de partida para comprender el tipo de condicionantes que operan a la hora de establecer un estándar de prueba pasa por entender que la función del estándar es la distribución del riesgo del error entre las partes¹². Así, por

¹¹ Véase una justificación detallada de esta tesis en FERRER BELTRÁN, 2007: 98-120.

¹² La teoría general de la prueba debe apuntar sus esfuerzos a dos estrategias, para las que disponemos de instrumentos distintos. La primera es la reducción de los errores, para la que, fundamentalmente, hay que diseñar mecanismos procesales que maximicen la incorporación del mayor número posible de pruebas relevantes al acervo probatorio del proceso y la mayor información sobre su fiabilidad. La segunda estrategia es la distribución del riesgo del error entre las partes, que obedece a preferencias de tipo moral o político sobre quién debe soportarlo y en qué medida. Para ello, los mecanismos procesales más importantes son las cargas de la prueba, las presunciones y, precisamente, los estándares de prueba. Sobre el papel de los estándares de prueba como mecanismo de distribución de los errores, véase STEIN, 2005: 133-134, y LAUDAN, 2006: 107 y ss. En concreto, la estrategia de LAUDAN parte de la necesidad de determinar la distribución de errores (de falsos inocentes y falsos culpables) que estimamos adecuada para después establecer el estándar de prueba que sea capaz de producir una distribución tal. Sin embargo, en mi opinión, esta estrategia supone algo imposible. En efecto, para poder determinar qué estándar de prueba resulta adecuado para la distribución de errores que se estima adecuada, deberíamos tener un mecanismo que permitiera identificar las falsas absoluciones y las falsas condenas que

ejemplo, si aumentamos el umbral de exigencia probatoria en el proceso penal tendremos menos inocentes condenados (puesto que será más difícil que se reúna contra ellos un acervo probatorio incriminador de ese nivel), pero tendremos más culpables absueltos¹³ (dado que también respecto de los sujetos que efectivamente hayan cometido los hechos que se les imputan será más difícil alcanzar las exigencias probatorias establecidas por el estándar)¹⁴. En sentido inverso, si bajamos el nivel de exigencia probatoria del estándar de prueba, es previsible que tengamos menos culpables absueltos (porque será más fácil recaudar pruebas de la culpabilidad que permitan alcanzar ese nivel de exigencia), pero más inocentes condenados (porque también respecto de ellos será más fácil superar el grado de corroboración requerido). Es por ello que el estándar de prueba, junto con otras reglas como las que establecen cargas de prueba o presunciones, tiene el efecto de distribuir el riesgo del error entre las partes.

No es extraño encontrar quien sostenga la tesis de que un estándar de prueba exigente disminuye el número de errores sobre los hechos, pero esta es una conclusión muchas veces apresurada, basada en la observación de un solo tipo de errores, las condenas falsas, desconociendo o ignorando que junto a ellas también son probatoriamente erróneas las absoluciones falsas. En otros términos, si se acepta que el objetivo institucional de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad, cualquier discordancia entre lo que sucedió y lo que se ha probado es materialmente un error (aunque, como veremos más adelante, puede que inferencialmente no lo sea). El hecho de que, en ciertas circunstancias, podamos tener preferencia por uno

no fuera dependiente de su propio objeto de análisis: las pruebas existentes en el expediente judicial y el razonamiento probatorio aplicado a ellas. Así, por ejemplo, si queremos determinar la *ratio* de falsos positivos y falsos negativos de un dispositivo para la detección de embarazos, es suficiente con aplicarlo a una muestra suficientemente amplia de mujeres y observar posteriormente cuáles de ellas estaban efectivamente embarazadas, comparándolo con los resultados del dispositivo. El embarazo de las mujeres es perfectamente identificable de forma independiente al dispositivo mismo, lo que permite establecer la *ratio* de errores de falsos positivos y negativos del dispositivo. ¿Pero cuál es el mecanismo con el que podríamos establecer la *ratio* de falsos positivos y negativos resultante de la aplicación de un estándar de prueba en el proceso judicial? No hay forma, en mi opinión, de diseñar un mecanismo independiente de las mismas pruebas, el razonamiento probatorio y la aplicación de uno u otro estándar de prueba (este problema ha sido destacado, entre otros, por BAYÓN, 2008: 26 y ss.).

Sin embargo, este problema no obsta para que pueda afirmarse que los estándares de prueba tienen un efecto directo en la distribución del *riesgo* del error. Basta para ello con mostrar que, sobre un mismo acervo probatorio, la aplicación de un estándar de prueba exigente concluye, por ejemplo, en la absolución, mientras que la aplicación de un estándar de prueba menos exigente concluiría en la condena. En el primer caso, es la acusación quien cargaría con el riesgo del error, mientras que lo haría defensa en el segundo.

¹³ Entiéndase que estoy usando la expresión «inocente» y «culpable» en el sentido material, es decir, para referirme a aquellos imputados que, respectivamente, no han cometido el delito que se les imputa y sí lo han hecho (con independencia de las pruebas existentes contra ellos).

¹⁴ En realidad, puede suceder que en muchos casos no se inicie el proceso contra el sujeto que cometió el delito porque la propia acusación o el juez que debe acordar la apertura del juicio oral consideren que las pruebas disponibles no permitirán alcanzar de ningún modo el estándar de prueba previsto para la condena.

de los tipos de error (hasta cierto punto, preferimos una absolución falsa que una condena falsa) no afecta, en definitiva, a la consideración de todos ellos como errores.

Por supuesto, la epistemología jurídica debe estar interesada no solo, ni principalmente, en la distribución de los errores sino en su disminución. Pero los instrumentos procesales adecuados para maximizar las probabilidades de acierto en la decisión probatoria son otros: en particular, aquellos que apuntan a promover la formación de un conjunto probatorio lo más rico posible cuantitativa y cualitativamente. Quién, cómo y cuándo puede proponer la admisión de pruebas, qué pruebas se admiten, cómo se controla su fiabilidad a través de la práctica de la prueba o de la incorporación de otras pruebas sobre la prueba, etc., son algunos de los aspectos que inciden en la riqueza del acervo probatorio, lo que, a su vez, afecta a la probabilidad de acierto. A mayor y más fiable información, mayor probabilidad de acierto en la decisión sobre los hechos.

Si esto es así, entonces, la determinación del nivel de exigencia probatoria del estándar de prueba no incide sobre la disminución de errores, sino sobre la distribución del riesgo del error entre las partes. Así, la razón principal para determinar el grado de exigencia probatoria en el que situaremos el estándar de prueba tiene que ver con la distribución del riesgo del error (falsas condenas y falsas absoluciones) que estimamos aceptable¹⁵, lo que supone claramente una decisión político-moral¹⁶.

¹⁵ Tal como mencioné en la nota 12, no se trata de que, *à la* LAUDAN, una vez determinada la *ratio* de errores de un tipo y de otro que estimamos deseable podamos formular un estándar de prueba que sea capaz de ofrecer esa *ratio*. Se trata más bien de determinar para cada tipo de casos a partir de qué grado de exigencia probatoria estamos dispuestos a que el riesgo del error (de una condena falsa) recaiga en la defensa (o, mirado desde la otra cara de la moneda, hasta qué grado de exigencia probatoria estamos dispuestos a que el riesgo del error, de una absolución falsa, recaiga en la acusación). Evidentemente, a mayor exigencia probatoria aumentará también el riesgo del error de la absolución falsa, y a la inversa.

¹⁶ En el mismo sentido, véase STEIN, 2005: 121-2. Frente a las concepciones psicologistas o persuasivas de la prueba, que basan el razonamiento probatorio en la íntima convicción o en las creencias subjetivas del juzgador, la concepción racionalista de la prueba pretende ofrecer una teoría que parta del axioma de que ante un mismo conjunto de pruebas no pueden estar justificadas a la vez tanto la condena como la absolución, en función del juez que decida. Esto es capturado por la teoría epistemológica evidencialista (véase FELDMAN y CONEE, 1985), que sostiene que la justificación epistémica de las creencias depende únicamente de las pruebas en que se basan. Siendo así, dos jueces que tengan disponibles las mismas pruebas deberán llegar siempre a un mismo resultado probatorio justificado. Sin embargo, la teoría evidencialista no es capaz de capturar la idea de que, en función de los bienes en juego, las exigencias probatorias (*i. e.*, el estándar de prueba) pueden ser distintas y, por tanto, ante las mismas pruebas un juez civil y uno penal, por ejemplo, podrían estar justificados en llegar a conclusiones probatorias distintas.

Un modo de dar fundamento teórico a la relatividad contextual del grado de exigencia probatoria para considerar justificada una hipótesis fáctica es el denominado, precisamente, contextualismo. De acuerdo con esta teoría, la justificación de una creencia en la que basamos una decisión práctica es contextual y depende de la importancia de lo que esté en juego en esa decisión. Un ejemplo de FANTL y MACGRATH (2002: 67-68) puede ser útil aquí: imaginemos que estamos en la estación de tren de Boston a punto de tomar un tren para Providence para visitar a unos amigos. Preferimos tomar un tren directo, a

Pero, ¿qué razones pueden contar para tomar la decisión sobre el nivel de exigencia probatoria? La lista de razones es, desde luego, abierta y en ningún caso nos podrá ofrecer resultados objetivos (puesto que de preferencias políticas hablamos). Sin embargo, creo importante destacar las cinco siguientes:

1) La gravedad del error en caso de condena falsa, lo que tiene que ver fundamentalmente con la relativa importancia del bien afectado por la consecuencia jurídica y por el grado de afectación del mismo. Podemos convenir en que no tiene la misma gravedad una sanción pecuniaria que una privación de libertad, un arresto domiciliario de fin de semana que veinte años de cárcel. La mayor importancia del bien jurídico afectado y la mayor afectación del bien tiende a aconsejar un estándar probatorio más exigente, puesto que el error de la condena falsa tendría más graves consecuencias¹⁷.

Por esta razón, tradicionalmente se ha distinguido en los sistemas anglosajones, por ejemplo, entre el estándar de prueba que regiría en los procesos penales y el estándar o los estándares aplicables en los procesos civiles. A la luz de esta primera razón, sin embargo, creo que la distinción debería ser mucho más fina. En efecto, nuestros sistemas penales han sufrido en estas últimas décadas una gran transformación, olvidándose del modelo de mínima intervención penal e incluyendo entre los tipos penales conductas de la más variada

poder ser, pero en realidad tampoco esto es fundamental. En ese contexto, preguntamos a otro pasajero que espera el mismo tren si el próximo es un tren directo y nos responde que no. Imaginemos ahora que nos encontramos en la misma situación y lugar, pero que por razones de las que depende toda nuestra carrera profesional, debemos ir a Foxboro, una pequeña parada intermedia en el camino a Providence, de manera urgente; preguntamos también al mismo pasajero que espera el tren y nos informa que el próximo tren tiene parada en todas las estaciones. La pregunta es la siguiente: ¿es suficiente la información ofrecida por el pasajero para tomar la decisión de abordar el tren en la primera situación? ¿y en la segunda? Dado que la información es la misma y la fuente también, la concepción evidencialista de la justificación de creencias debería responder que sí o que no en los dos casos. El contextualismo, en cambio, es sensible al interés práctico de la decisión a la hora de determinar el grado de información que se considera suficiente para justificar la creencia que da fundamento a la decisión. Así, según esta teoría, podríamos responder que, aún con la misma información disponible, estamos justificados en creer que el tren tiene parada en Foxboro en la primera situación y no, en cambio, en la segunda: en esta última, dada la importancia de lo que está en juego, la justificación de la creencia exigiría mayor información y más fiable (véase FANTL y MACGRATH, 2002: 78-79).

Queda un último punto importante: ¿quién evalúa la importancia de lo que está en juego en cada decisión? Si es el sujeto decisor, en nuestro caso el juez, entonces corremos el riesgo de caer de nuevo en el subjetivismo de las decisiones, de modo que para dos jueces, ante las mismas pruebas y los mismos bienes en juego, evalúen de distinto modo la importancia de los bienes en juego y, por tanto, adopten distintos niveles de exigencia probatoria. Para evitarlo, la única solución es que esa evaluación, por su carácter político-moral y para huir del subjetivismo judicial, sea realizada por los legisladores, incorporando los estándares de prueba que determinen los niveles de exigencia probatoria para cada tipo de casos en la legislación procesal. Para mayor abundamiento sobre el contextualismo, véase, entre otros, S. COHEN (1999), FOLLEY (2000), RYSIEW (2001), STANLEY (2005: especialmente, cap. 5) y HAWTHORNE y STANLEY (2008).

¹⁷ Por otro lado, también hay que considerar que el caso de condena falsa incluye el supuesto en que el sujeto ha sido condenado por un hecho delictivo que, en realidad, no se produjo, y el supuesto en el que el hecho sí existió pero el autor no fue el sujeto condenado. En este último caso se comenten en realidad dos errores cuyos costes deberán ser tenidos en cuenta, puesto que un inocente es condenado, pero también queda libre el culpable material del delito.

condición. Como contrapartida, también la diversidad de penas ha crecido exponencialmente, incluyendo sanciones pecuniarias, inhabilitaciones profesionales o para el ejercicio de cargo público, obligación de prestar servicios sociales, órdenes de alejamiento, junto a las tradicionales penas privativas de libertad, que pueden ser, a su vez, no solo de tiempo muy variado sino también en establecimiento penitenciario o incluso en el propio domicilio. Por supuesto, además, algunas de estas consecuencias jurídicas no son distintas de las que pueden resultar de un proceso civil, contencioso-administrativo o laboral. Si esto es así, la gravedad de la consecuencia jurídica ante una determinación errónea de los hechos no es siempre la misma en el proceso penal, lo que aconseja, teniendo en cuenta esta primera razón, disponer de diversos estándares de prueba para ese tipo de procesos en función de la gravedad de la consecuencia jurídica prevista. Tampoco tiene porqué ser siempre más grave el error en un proceso penal que en uno civil (no es obvio, por decirlo así, que una sanción pecuniaria errónea en un proceso penal sea más grave que la errónea retirada de la patria potestad en un proceso civil) de manera que, de acuerdo con esta primera razón, no sería apropiado identificar un estándar de prueba unificado para todos los procesos penales, que necesariamente debiera ser más exigente que el estándar de prueba de los procesos civiles, contencioso-administrativos, etcétera.

En consecuencia, con independencia de los graves problemas de indeterminación del estándar del «más allá de toda duda razonable», su aplicación indistinta a todos los procesos penales debería ser, pues, abandonada. Por otro lado, si la razón que tomamos en consideración para hacer muy exigente el estándar de prueba penal es la gravedad de la sanción y, consecuentemente, de la condena errónea, ello no es aplicable cuando se trata de determinar el estándar de prueba de la hipótesis de la inocencia, que permita considerar probada (ya no presumida) la inocencia del acusado. Siendo así, parece razonable disponer en el proceso penal de estándares de prueba distintos para las hipótesis de la inocencia y de la culpabilidad¹⁸.

2) El coste del error de las absoluciones falsas. Es claro que si nuestro único interés fuera el de evitar las falsas condenas, la mejor manera de asegurarlo (de hecho, la única) es la de no condenar nunca a nadie. De ese modo, conseguiríamos realizar completamente una de las pretensiones que tenemos frente al Estado: que no use su capacidad sancionadora para dañar a sujetos inocentes. Sin embargo, también de ese modo estaríamos descuidando absolutamente otro reclamo que dirigimos al Estado como sociedad: que proteja

¹⁸ Evidentemente, a la defensa le bastará en muchas ocasiones con conseguir que el acervo probatorio de cargo no alcance las exigencias del estándar de prueba para la hipótesis de la culpabilidad, resolviéndose entonces a favor de la presunción de inocencia. Pero, como veremos más adelante en el ámbito de la indemnización por prisión preventiva errónea o también en casos como el del delito por denuncias falsas, hay también otras ocasiones en las que resulta muy relevante (no solo personal o socialmente, sino también jurídicamente) que la inocencia no sea solo presumida sino probada.

nuestros derechos (a la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, la libertad sexual, etc.), evitando que terceros nos dañen¹⁹. Por ello, debemos ser conscientes de que conforme se aumenta el nivel de exigencia del estándar de prueba aumentaremos también el riesgo de absoluciones falsas o, lo que es lo mismo, el riesgo de culpables absueltos. En la medida en que estos puedan ser reincidentes o que la falta de condenas disminuya o elimine la capacidad disuasoria del derecho, el estándar de prueba tendría un impacto a considerar en el grado de cumplimiento de la función del Estado de protección de los derechos.

3) La tercera razón a considerar en el momento de determinar el estándar de prueba tiene que ver con las dificultades probatorias del tipo de casos al que se pretende aplicar, tal como ha sido caracterizado por el legislador²⁰. Veamos un ejemplo que puede ser ilustrativo: la evolución de la tipificación de los delitos sexuales en muchos países de nuestro entorno cultural ha llevado a eliminar la exigencia de resistencia física para determinar la falta de consentimiento, bastando ahora con la sola negativa a la relación sexual. Pues bien, lo que sin duda constituye un avance en un sentido introduce, en otro, serios problemas probatorios, puesto que es mucho más sencillo el escenario probatorio en el que quedan huellas de la resistencia física que el escenario en el que debe probarse una ausencia de consentimiento que puede ser solo verbal o incluso no verbal. Dado que, además, los delitos sexuales no suelen cometerse en público, esto conlleva que estemos ante un tipo de delitos que conllevan normalmente muy serias dificultades probatorias.

Otro ejemplo claro de este tipo de problemas se encuentra en los delitos de corrupción, donde se enfrentan considerables dificultades para seguir el movi-

¹⁹ Ya LAPLACE (1814: 133) destacó esta doble pretensión frente al Estado al plantearse el grado de exigencia probatoria (de probabilidad) que debía tener la hipótesis acusatoria para justificar la condena: «la prueba del delito del acusado ¿posee el alto grado de probabilidad requerido para que los ciudadanos teman menos los errores de los tribunales, si el inocente es condenado, que sus nuevos atentados y los de los desdichados a quienes exasperaría el hecho de su impunidad si el culpable fuera absuelto?». Este planteamiento ha sido también retomado por LAUDAN, 2016: 27 y ss. En el ámbito del derecho penal, ROXIN, entre otros muchos, ha insistido también en el doble objetivo de protección de los derechos de los ciudadanos a través del derecho penal y frente al derecho penal (véase ROXIN, 1994: 137). En el mismo sentido, ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 9 y ss, 355. Finalmente, haciendo referencia a la prisión preventiva, el Tribunal Constitucional español también ha planteado la misma dualidad, situándola «entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano» (STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2.º).

²⁰ También el contextualismo, como teoría de la justificación de las creencias sobre la base de las cuales fundamos la decisión, asume que las dificultades probatorias pueden ser uno de los factores a tener en cuenta para determinar el grado de exigencia probatoria (véase FANTL y MACGRATH, 2002: 81). Puede verse una clasificación de los tipos de casos que plantean dificultades probatorias en HUNTER, 2015: 213 y ss. Vale la pena señalar que HUNTER distingue dificultades probatorias que relativas al tipo de hechos y relativas a la disponibilidad o facilidad probatoria de una parte en el proceso, y en ninguno de los tipos plantea como posibilidad de actuación la disminución del estándar de prueba. Sí lo hace, en cambio, ORMAZÁBAL, 2004: 14-15. Por mi parte, limito la toma en consideración a las dificultades probatorias relativas al tipo de hechos como razones que pueden intervenir en la fijación del grado de exigencia del estándar de prueba.

miento del dinero (muchas veces entre cuentas de diversos países, especialmente de paraísos fiscales, con personas interpuestas, etc.), para vincular esas disposiciones económicas con el pago de decisiones políticas, por ejemplo, etcétera.

En estos tipos de casos²¹, las dificultades probatorias operan como una razón para disminuir el nivel de exigencia del estándar, evitando así la impunidad y con ello que el tipo penal devenga inútil por inaplicable. En otras palabras, las especiales dificultades probatorias de estos tipos de casos tienden a producir un gran número de falsas absoluciones, con la consiguiente desprotección de los bienes jurídicos a los que el tipo penal pretendía proteger. Si queremos evitar ese resultado, podemos modificar la definición del tipo delictivo, de modo que no produzca esos graves problemas probatorios, o bien disminuir la exigencia del estándar de prueba²².

Evidentemente, no es nada extraño que se presenten simultáneamente razones para aumentar o mantener alto el nivel de exigencia probatoria y razones para disminuirlo. Esto sucede, por ejemplo, cuando a los tipos de casos que presentan fuertes dificultades probatorias se les atribuye una consecuencia jurídica de especial gravedad (*e.g.*, una privación de libertad de larga duración). No disponemos de un método objetivo para ponderar esas razones que tensan la cuerda en sentidos opuestos y la decisión no podrá ser más que política. Pero hay que tomar seriamente en consideración que un diseño legislativo que defina los supuestos de hecho de tal modo que impliquen graves dificultades probatorias y que, a la vez, les atribuya graves consecuencias jurídicas corre un serio riesgo de acabar resultando ineficaz y/o inefectivo.

4) Como ya mencioné anteriormente, los estándares de prueba no son las únicas reglas que inciden en la distribución del riesgo probatorio en nuestros sistemas jurídicos. También lo hacen, entre otras, las reglas que establecen cargas de la prueba y las presunciones²³. La carga de la prueba determina quién pierde el procedimiento en caso de que ninguna de las partes consiga corroborar sus respectivas hipótesis fácticas al nivel del estándar o estándares de prueba aplicables. En consecuencia, esa será la parte que corra con el riesgo del error por falta de prueba (el error por absolución falsa). Observar la incidencia conjunta de las distintas reglas de distribución del riesgo probatorio nos permite constatar, por ejemplo, que contra lo que se afirma en muchas ocasiones el denominado estándar de la preponderancia de la prueba no distribuye necesariamente a partes iguales el riesgo del error. Ello depende no

²¹ Es importante enfatizar que estoy hablando de tipos de casos, no de casos individuales que, por las razones que sean, enfrenten dificultades probatorias. Por razones básicas de previsibilidad de las reglas con las que se nos juzga, los estándares de prueba tienen que estar previstos como reglas generales y abstractas.

²² Con lo que disminuiríamos el número de falsas absoluciones pero aumentaríamos también el de las condenas falsas. Por otra parte, es claro que esta tercera razón es, en realidad, instrumental de la segunda.

²³ Véase ALLEN y CALLEN, 2003: 5.

solo del estándar, sino también de la atribución de la carga de la prueba. Así, aunque el estándar sea el mismo para las hipótesis fácticas de las dos partes y exija solo la preponderancia de la prueba, será una de las partes la perjudicada por la carga de la prueba, es decir, quien pierda si no hay prueba suficiente, siendo, por tanto, solo esta quien corra con el riesgo de la falta de prueba.

Las presunciones, por su parte, pueden ser de distintos tipos²⁴: las presunciones *sensu stricto* y las denominadas presunciones aparentes o verdades interinas. Las primeras tienen forma condicional y, dado cierto hecho base, ordenan tomar como cierto un hecho presumido si no hay prueba en contrario. Veamos un ejemplo: muchos ordenamientos civiles prevén la denominada presunción de conmorienencia para el caso en que dos o más personas, llamadas a sucederse, fallezcan en un mismo accidente²⁵. Así, la regla civil dispone que probado un hecho base (el fallecimiento en el mismo accidente) se presumirá otro hecho (que las distintas personas han muerto en el mismo momento), salvo prueba en contrario. Esta es una técnica legislativa muy útil para resolver situaciones de dificultad probatoria: en efecto, probar el momento en que dos personas han muerto puede ser muy complicado si lo hacen en un corto lapso de tiempo y no hay testigos (situación muy habitual en los desastres naturales o en los accidentes). Entonces bastará con probar otro hecho mucho más simple, la muerte en el mismo accidente, en cuyo caso se presumirá, salvo prueba en contrario la muerte simultánea de todas las víctimas. El efecto probatorio es doble: en primer lugar cambia el *thema probandum* (el hecho a probar) y probado este, altera la carga de la prueba de la no ocurrencia del hecho presumido. Un ejemplo de cómo a través de esta técnica se opera en situaciones de dificultad probatoria lo encontramos también en algunas legislaciones penales que tipifican el delito de enriquecimiento ilícito. En ellas, dado un hecho base (el aumento patrimonial durante el periodo de ejercicio de un cargo público no explicable por los ingresos lícitos conocidos del titular del cargo) se presume otro hecho (la ilicitud del aumento patrimonial), salvo prueba en contrario²⁶.

Las presunciones aparentes o verdades interinas, por su parte, comparten con las presunciones *stricto sensu* la característica de admitir prueba en contrario y situar la carga de la prueba en quien no es favorecido por la presunción; divergen de estas, en cambio, en que no un hay hecho base que probar a los efectos de desencadenar la presunción. La presunción de inocencia o la de buena fe en materia civil son ejemplos claros de este tipo de reglas. Su efecto práctico no es distinto en absoluto al de las reglas que determinan las cargas de la prueba.

²⁴ Dejo voluntariamente a un lado las denominadas presunciones *iuris et de iure*, que no tienen un impacto en el razonamiento probatorio, puesto que funcionan, precisamente, excluyéndolo.

²⁵ Véase, por ejemplo, el art. 95 del Código Civil y Comercial argentino o, de forma menos clara por lo que hace a la identificación del hecho base de la presunción, el art. 33 del Código Civil español.

²⁶ No entraré ahora en el debate, aunque es ciertamente interesante, sobre si esta es una técnica compatible con la presunción de inocencia en el proceso penal.

Pues bien, es fácil observar que, si queremos distribuir el riesgo probatorio a través de los estándares de prueba, debemos también tener en cuenta qué otras reglas operan en esa misma distribución. Si, por ejemplo, con el argumento de favorecer a la parte débil en las relaciones de consumo, establecemos la regla de que la carga de la prueba en procesos por productos defectuosos corresponde al fabricante y simultáneamente rebajamos mucho el estándar de prueba, quizá el resultado será exactamente el contrario al buscado. En definitiva, al tomar en consideración las razones atinentes a la gravedad de las consecuencias de la decisión probatoria errónea o a las dificultades probatorias de los tipos de casos, debe tenerse en cuenta simultáneamente quién tiene la carga de la prueba, así como los efectos de posibles presunciones aplicables al caso²⁷.

5) Por último, las razones anteriores parecerían apuntar a la necesidad de contar con estándares de prueba para la adopción de decisiones sobre los hechos al momento de dictar sentencia sobre el caso. Sin embargo, este no es el único momento del proceso en que debe pararse la dinámica probatoria para tomar decisiones sobre los hechos²⁸. Veamos algunos ejemplos extraídos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española:

Prisión provisional. Art. 503.1 LECr: «Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

[...]

2.º Que aparezcan en la causa *motivos bastantes para creer* responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión».

Sobreseimiento libre. Art. 637 LECr.: «Procederá el sobreseimiento libre:

1.º Cuando *no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho* que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

[...]

3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores».

Art. 640 LECr.: «En el caso 3.º del artículo 637, se limitará el sobreseimiento a los autores, cómplices o encubridores que *aparezcan indudablemente*

²⁷ LAUDAN (2006: 174 y ss.) ha defendido la tesis de que una vez incorporada al estándar de prueba la preferencia por una determinada distribución de los errores (de falsas absoluciones y falsas condenas), ninguna otra regla probatoria debería modificar esa distribución. La crítica de LAUDAN se dirige explícitamente a las reglas de exclusión de pruebas relevantes que benefician solo a la defensa en el proceso penal y tiene mucho sentido en su argumento. Sin embargo, formulada en términos generales, atribuyendo a los estándares de prueba en exclusiva la función de distribuir los errores, me parece una tesis exagerada. Como he señalado en el texto, también las reglas que establecen la carga de la prueba y las presunciones tienen necesariamente una función distributiva del riesgo del error y, no pudiéndose prescindir al menos de las cargas de la prueba, ello supone que debemos tomarlas conjuntamente en consideración para determinar la distribución que estimamos adecuada.

²⁸ Al respecto, véanse ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2005: 230 y ss.

exentos de responsabilidad criminal, continuándose la causa respecto a los demás que no se hallen en igual caso».

Sobreseimiento provisional. Art. 641 LECr.: «Procederá el sobreseimiento provisional:

[...]

2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y *no haya motivos suficientes* para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores».

Procedimiento abreviado. Apertura de juicio oral Art. 790.6 LECr.: «Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del núm. 2 del artículo 637 de esta Ley o que *no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado*, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda».

Como puede observarse, el propio legislador ha sido consciente de que, en diversos momentos del proceso, el juzgador deberá tomar decisiones acerca de la suficiencia probatoria: para continuar con la instrucción (y no sobreseer el caso), para abrir juicio oral, para dictar una medida cautelar como la prisión preventiva, etc. No obstante, los criterios que el legislador español ha utilizado no cumplen en absoluto los requisitos metodológicos expuestos en el epígrafe 2.1 de este trabajo; en concreto, no utilizan criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio que sean intersubjetivamente controlables y no son aptos para establecer un umbral probatorio.

Si se quieren formular adecuadamente los estándares de prueba intermedios del procedimiento, deberán tenerse en cuenta todos los requisitos metodológicos y políticos ya expuestos, con un requisito metodológico añadido: el grado de exigencia probatoria de los distintos estándares de prueba para distintas fases del procedimiento debe seguir una línea ascendente, de modo que la exigencia probatoria para sobreseer (o no) el caso debe ser inferior que la que se requiera para abrir juicio oral y esta debe ser inferior que la que se pida para dar por probada la hipótesis en la decisión final. De otro modo, las decisiones intermedias no serían más que una anticipación de la decisión final, haciendo inútil todo el procedimiento subsiguiente. Lo mismo puede decirse de la decisión sobre las medidas cautelares, como la prisión preventiva, pero también de otras medidas patrimoniales, limitaciones de movimientos, etc. Por un lado, la importancia del bien afectado puede variar y el grado de afectación también, por lo que la gravedad del error es también diversa. Por otro lado, en ningún caso debiera exigirse a los efectos de la adopción de una medida cautelar el mismo grado de corroboración probatoria que para la decisión final, lo que tiene importantes efectos a la hora de determinar qué cuenta como error en cada caso, como se verá más adelante.

2.3. Algunos ejemplos de estándares de prueba

Acabamos de ver cuán deficientes son las formulaciones de los pretendidos estándares de prueba en el derecho procesal penal español. A los ya reproducidos hay que añadir lo establecido para la decisión final por el art. 741 LECr.: «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 por esta Ley*». Finalmente, a nivel jurisprudencial tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han sostenido que solo puede condenarse si el resultado de las pruebas acredita la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Valga un ejemplo por todos:

el derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que toda Sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que sustenta la declaración de responsabilidad penal; además, dichas pruebas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado normalmente en el juicio oral y haberse valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de tal modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad *ha quedado establecida más allá de toda duda razonable* (STC 43/2003, FJ 4.º La cursiva es mía)²⁹.

Como ha sido ya señalado, sin embargo, no parece una buena idea asumir que en todo proceso penal deba regir un mismo estándar de prueba para la decisión final sobre la hipótesis acusatoria. Si a ello se añaden los problemas derivados de la falta de criterios de razonabilidad de la duda, resulta imprescindible diseñar legislativamente de modo distinto las reglas que establecen los umbrales de suficiencia probatoria para cada tipo de decisión sobre los hechos durante el proceso.

En los epígrafes precedentes he expuesto los requisitos metodológicos y valorativos o políticos que deben tomarse en consideración para definir un estándar de prueba. En este epígrafe, en cambio, me limitaré a ofrecer un abanico de formulaciones que cumplirían todos los requisitos antes señalados, fijando el grado de corroboración de mayor a menor exigencia. No pretendo con ello proponer que estos deberían ser los estándares que se utilicen, entre otras cosas porque ello presupone una decisión sobre la distribución del riesgo probatorio que se estime políticamente adecuada en cada momento. Aspiro solo a mostrar cómo podrían formularse estándares de prueba que no conlleven los problemas de las formulaciones vigentes.

²⁹ En el mismo sentido, de forma muy clara, se expresa la STC 66/2009, FJ 6.º Por citar solo dos sentencias del Tribunal Supremo, véanse las SSTs 258/2003, de 25 de febrero, FJ 3.º y 1991/2002, de 25 de noviembre, FJ 13.º

Estándar de prueba 1)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*³⁰.

Estándar de prueba 2)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa, si es plausible, explicativa de los mismos datos, y compatible con la inocencia del acusado, salvo que se trate de una mera hipótesis *ad hoc*.

Estándar de prueba 3)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

a) Que la hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y

b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)³¹.

³⁰ Una presentación de este estándar de prueba y su explicación puede encontrarse en FERRER BELTRÁN, 2007: 147 y ss. En todo caso, conviene señalar aquí, para evitar interpretaciones subjetivistas, que la plausibilidad a la que hace referencia la segunda cláusula del estándar se entiende de un modo muy mínimo como compatibilidad con el conocimiento que tenemos del mundo.

³¹ Una presentación de este estándar de prueba y su explicación puede encontrarse en FERRER BELTRÁN, 2014: 227 y ss. Quisiera destacar la mención del peso probatorio, noción que debe ser cuidadosamente distinguida de la de valor probatorio. El concepto de peso probatorio al que me refiero tiene su origen en KEYNES (1921: cap. IV, 71 y ss) y fue adaptado al contexto de la probabilidad inductiva por L. J. COHEN (1986). El valor probatorio es el grado de confirmación que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis. En cambio, el peso probatorio mide el grado de completitud (*i. e.*, la riqueza) del conjunto de elementos de juicio con el que se adopta la decisión. En términos de KEYNES, el peso probatorio es la suma de elementos de juicio relevantes, favorables y desfavorables, que permiten atribuir valor probatorio a cada una de las hipótesis en conflicto. Así, mientras que el valor probatorio de una hipótesis da cuenta de la probabilidad de que esa hipótesis sea verdadera en términos comparativos con sus hipótesis rivales, el peso probatorio da cuenta de la probabilidad de acierto de la decisión, en función de la riqueza de los elementos de juicio tomados en consideración para decidir. Es en este sentido que puede decirse que a mayor información disponible mayor probabilidad de acierto. Así, respecto de cual-

Estándar de prueba 4)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)

Estándar de prueba 5)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

La hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Estándar de prueba 6)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

La hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Con estos u otros estándares formulados de este modo, el legislador dispondría de un abanico de posibilidades para decidir en función del nivel de exigencia probatoria que estimara oportuno prescribir para cada decisión sobre los hechos en el proceso. Todas estas formulaciones tienen, además, la virtud de hacer operativas las otras reglas de distribución del riesgo probatorio: la carga de la prueba y las presunciones. En efecto, y esto es muy importante, ni una ni otras en mi opinión tienen implicación alguna respecto del grado de

quier hipótesis fáctica podemos preguntarnos qué pruebas son necesarias para acreditar cada uno de sus elementos y la pregunta por el peso es ¿están esas pruebas en el expediente judicial? (con independencia de su valor probatorio, es decir, de si resultan fiables o no para probar lo que pretenden probar).

Las dimensiones que pretenden capturar las dos cláusulas del estándar propuesto son análogas a la distinción que plantea HAACK (1993: 82 y ss.; 2008: 264; 2013: 79) entre el grado de apoyo que ofrecen las pruebas a una hipótesis y el grado de *inclusividad* (*comprehensiveness*) de las pruebas, que responde a la cuestión acerca de cuántas de las pruebas relevantes tenemos. También STEIN (1997: 581 y ss.), siguiendo a KEYNES, distingue entre probabilidad de una hipótesis y peso probatorio, considerando la necesidad de que la decisión sobre los hechos probados tenga su fundamento en ambas dimensiones.

El estándar propuesto permitiría, de este modo, evitar el problema señalado por LAUDAN (2007: 111 y ss.) respecto del uso de la inferencia a la mejor explicación como estándar de prueba: en breve, que la mejor explicación disponible puede ser una mala explicación, debido a que, aunque comparativamente a otras hipótesis esté más corroborada, tenga a su favor un acervo probatorio muy pobre. Así, incorporando el requisito de la completitud del peso probatorio ya no se produciría la consecuencia de tener que declarar probada una hipótesis con muy escaso apoyo probatorio, únicamente por ser relativamente mejor que su contraria.

exigencia probatoria que debe alcanzarse, pero presuponen que disponemos de una regla que lo establezca. No es posible aplicar la regla de la carga de la prueba en caso de insuficiencia probatoria si no está determinado cuándo hay insuficiencia probatoria. Y, del mismo modo, no hay modo de que pueda ser operativa una presunción *iuris tantum*, como la presunción de inocencia en el proceso penal, si no está establecido en qué condiciones podrá considerarse derrotada la presunción, esto es, cuándo habrá prueba suficiente en contrario.

3. ESTÁNDARES DE PRUEBA Y TIPOS DE ERRORES JUDICIALES SOBRE LA PRUEBA

Hasta el momento, he usado sistemáticamente la noción de error para hacer referencia a la discordancia entre lo que se declara probado o no probado en el proceso judicial y los hechos sucedidos en el mundo. En este sentido, hay error cuando se condena a un inocente (alguien que no cometió los hechos que se le imputan) y también cuando se absuelve a un culpable (alguien que cometió los hechos que se le imputan). En este último caso, es indiferente si la absolución fue motivada por falta de prueba suficiente de la culpabilidad o incluso por prueba de su inocencia.

Sin embargo, este tipo de error, al que llamaré material, no es el único posible. También cabe otro tipo de error, que llamaré inferencial, que no surge de la confrontación directa entre el resultado probatorio del proceso y el mundo externo al proceso, sino del análisis del propio razonamiento probatorio del juzgador. Diremos que hay un error inferencial cuando a partir de las pruebas aportadas al proceso y tomando en consideración el estándar de prueba aplicable, la conclusión probatoria obtenida por el juzgador no es la que estaba justificado obtener.

Tomando «p» como un enunciado fáctico cualquiera, los resultados probatorios posibles son evidentemente tres: probado «p», no probado «p» y probado «no-p». Si «p» designa la comisión de una acción constitutiva de delito, entonces su prueba implicará la condena, mientras que la falta de prueba o la prueba de la no comisión conllevará la absolución. Es importante destacar que el error inferencial depende de aspectos netamente procesales: de las pruebas desahogadas en el proceso y del estándar de prueba aplicable. Si varían las primeras o el segundo la conclusión justificada evidentemente puede variar también. Así, ante el mismo acervo probatorio puede suceder que la conclusión justificada sea que está probado «p», si el estándar es de un nivel de exigencia medio, mientras que el resultado justificado sea que no está probado «p» si a las mismas pruebas le aplicamos un estándar superior. De este modo, puede estar perfectamente justificado en el sentido inferencial condenar a un inocente material (si las pruebas existentes corroboran la hipótesis acusatoria

al nivel del estándar exigido) o absolver a un culpable material (si las pruebas no permiten alcanzar ese mismo estándar).

Las combinaciones posibles de los dos tipos de errores son las siguientes³²:

- 1) Condena a un inocente (error material) inferencialmente justificada (acierto inferencial).
- 2) Condena a un inocente (error material) inferencialmente injustificada (error inferencial).
- 3) Absolución a un culpable (error material) inferencialmente justificada (acierto inferencial).
- 4) Absolución a un culpable (error material) inferencialmente injustificada (error inferencial).
- 5) Condena a un culpable (acierto material) inferencialmente injustificada (error inferencial).
- 6) Absolución a un inocente (acierto material) inferencialmente injustificada (error inferencial).

4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRISIÓN PREVENTIVA «INDEBIDA»

Una vez presentado un esbozo muy superficial de la teoría general sobre los estándares de prueba, creo que puede ser de utilidad analizar un problema en el que, precisamente, se encuentra la necesidad de distinguir muy diversos niveles de exigencias probatorias: la determinación de la responsabilidad civil del Estado por prisión preventiva «indebida» o «errónea». Estamos situados, en este tema, en una encrucijada entre distintos momentos del proceso penal con sus reglas específicas (el que rige la determinación de la prisión preventiva y el de la decisión final sobre el caso), la determinación de una responsabilidad civil derivada de un proceso penal, la tramitación en sede de distintas jurisdicciones, etc. En definitiva, estimo por ello que se trata de un buen *test case* para una teoría de los estándares de prueba.

En trabajos anteriores he analizado la compatibilidad entre la presunción de inocencia como regla de trato procesal y las medidas cautelares, con especial atención a la prisión preventiva³³. Ahora, en cambio, quisiera poner el acento en la relación entre la presunción de inocencia como regla de juicio y sus implicaciones para la decisión posterior a la absolución penal frente a

³² El cuadro de posibilidades puede complicarse ulteriormente si distinguimos, como veremos que es útil hacer a los efectos de la reparación por prisión preventiva errónea, entre la falta de prueba de la culpabilidad (no probado «p») y la prueba de la inocencia (probado «no-p»).

³³ Véase FERRER BELTRÁN, 2013 y 2017.

una posible demanda por prisión preventiva errónea. Para ello va a resultar fundamental la comprensión de los lineamientos teóricos presentados hasta el momento sobre los estándares de prueba y los tipos de error judicial. Antes de extraer las conclusiones de ese análisis, sin embargo, conviene presentar la doctrina original del Tribunal Supremo español, a partir de lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), sobre la regulación legal de la indemnización por prisión preventiva «indebida» y la enmienda crucial a la misma a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.1. La doctrina original del Tribunal Supremo

Establece el art. 121 de la Constitución española que «[l]os daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Esta cláusula constitucional ha sido desarrollada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo un régimen general (art. 293) y un régimen específico para algunos supuestos de la denominada prisión preventiva «indebida» (art. 294) que, en todo caso, no impide el recurso al régimen general para los demás casos. Así, el régimen específico del art. 294 LOPJ dispone que:

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 le hayan irrogado perjuicios.

En cambio, el régimen general, relativo a cualquier supuesto de error judicial, exige un procedimiento específico ante el Tribunal Supremo y, sobre todo, ha sido siempre interpretado por el propio Tribunal en el sentido de exigir que el error sea «objetivo, patente e indudable»³⁴, es decir, que se trate de un error palmario. Con independencia de las condiciones en que pueda decirse que un error tal se produce, es evidente que, tanto procedimental como sustantivamente, el régimen general es más restrictivo que el específico para la prisión preventiva³⁵. Este último requiere únicamente una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre recaídos en el mismo procedimiento penal en el que se decretó la prisión preventiva. Pero sorprendentemente, la dicción literal del art. 294 LOPJ limita este supuesto a los casos en los que la absolución sea debida a la inexistencia del hecho delictivo, de modo que no abarcaría los supuestos en que el hecho haya existido pero no sea de autoría

³⁴ Véanse la STS, Sala 2.ª, de 12 de septiembre de 1991 o también la STS, Sala 4.ª, de 7 de junio de 2011, entre las muchas en el mismo sentido.

³⁵ Una crítica a esa interpretación restrictiva puede verse en TOLIVAR ALAS, 2009: 203 y ss.

de quien fue sometido a prisión preventiva (que constituyen la gran mayoría de casos de prisión preventiva seguida de absolución).

Esta extraña restricción, difícilmente conciliable con el derecho a la igualdad³⁶, fue rápidamente eliminada por vía de interpretación jurisprudencial. Así, el Tribunal Supremo, previo dictamen en el mismo sentido del Consejo de Estado³⁷, consideró que la inexistencia del hecho delictivo debía entenderse tanto en su faceta «objetiva», literal, como en su faceta «subjetiva», es decir, que el hecho delictivo cometido por el acusado no ocurrió (incluyendo así al sujeto actuante en la definición del propio hecho)³⁸. En definitiva, entendió el Alto Tribunal que procede la indemnización por prisión preventiva indebida cuando sobre la causa se dicte sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por haberse probado la inexistencia del hecho delictivo o la no participación del sujeto que fue sometido a prisión preventiva³⁹. Frente a este sujeto, pues, las opciones son tres:

a) Se prueba el hecho delictivo y su participación (probado que «p») y, en consecuencia, el acusado es condenado.

b) Se prueba que el hecho delictivo no existió o que el sujeto no participó (probado que «no-p») y, en consecuencia, el sujeto es absuelto por prueba de su inocencia, ameritando una indemnización por la prisión preventiva indebida.

c) No hay prueba suficiente de su culpabilidad ni de su inocencia, por lo que el sujeto es absuelto, pero no tiene derecho a la indemnización por la prisión preventiva indebida.

Este régimen indemnizatorio merece, a la luz de lo estudiado en los epígrafes 2 y 3 de este trabajo, algunos comentarios. En primer lugar, hay que ponerlo en relación con los distintos tipos de error judicial que fueron identificados anteriormente, teniendo en cuenta que, para sostener la existencia de un error inferencial en alguna de las decisiones, este depende del estándar de prueba aplicable a esa concreta decisión y de las pruebas disponibles en ese momento. Dado que el estándar de prueba para la adopción de la prisión preventiva, relativo a la participación del sujeto en el hecho delictivo imputado⁴⁰, debe ser necesariamente más bajo que el estándar de prueba para la

³⁶ En el mismo sentido puede verse la STC 98/1992, de 22 de junio, FJ 2.º, y utilizando el mismo argumento como crítica a la jurisprudencia del TEDH que se analizará más adelante, véase DÍAZ FRAILE, 2017: 68.

³⁷ Véase el Dictamen del Consejo de Estado de 9 de octubre de 1986, núm. 49283.

³⁸ Véase la STS, Sala 3.ª, de 27 de enero de 1989, jurisprudencia que, como veremos, se mantuvo constante hasta la sentencia *Tendam v. España* del TEDH.

³⁹ En este tema, como en la mayoría de los problemas jurídicos, en España hay muy poca información empírica disponible. Una excepción, que puede ser orientativa, es el estudio de GUERRA PÉREZ (2010: 371), que analiza 250 casos de la provincia de Málaga, durante los años 2003 y 2004, en los que se sometió al imputado a prisión preventiva: de ellos un 16 por 100 resultaron finalmente no condenados, un 12 por 100 por sentencia absolutoria y un 4 por 100 por sobreseimiento de la causa.

⁴⁰ Es importante advertir que para decretar la prisión preventiva se exige prueba sobre dos hechos muy diversos: debe superarse un cierto umbral de suficiencia probatoria respecto de la comisión del

decisión final sobre la hipótesis acusatoria, y dado que las pruebas disponibles en el momento de adoptar la decisión de someter al acusado a prisión preventiva no tienen por qué coincidir con las disponibles en el momento de adoptar la decisión final, cabe perfectamente la posibilidad de que la decisión judicial de decretar la prisión preventiva sea inferencialmente correcta, a pesar de que también lo sea la decisión final de absolver (incluso por prueba de la inocencia). Es decir, ambas decisiones pueden ser correctas inferencialmente, aun llegando a conclusiones distintas, dado que parten de un conjunto de pruebas también distinto y aplican diferentes estándares de prueba. En ese caso, aun cuando la sentencia absolutoria considere probada la inocencia del acusado, podríamos concluir que hubo un error material en la decisión sobre la prisión preventiva, pero no un error inferencial imputable al juez. Decidir que procede la indemnización en ese caso, sitúa el resarcimiento en la órbita de la responsabilidad objetiva del Estado. Si, en cambio, se acreditara que hubo también un error inferencial en la decisión sobre la prisión preventiva (la decisión no estaba justificada a la luz de las pruebas disponibles en ese momento y del estándar de prueba aplicable), la responsabilidad del Estado sería por acción culposa del juez (o por acción dolosa, en caso de prevaricación).

El supuesto más interesante, sin embargo, es el de la absolución final por falta de prueba, es decir, por no haberse satisfecho el estándar de prueba previsto para la hipótesis de la culpabilidad ni el previsto para la hipótesis de la inocencia (no estando probado «p» y tampoco que «no-p»). En ese caso, es pacífico considerar que la presunción de inocencia como regla de juicio impone que debe absolverse al acusado, pero si durante el procedimiento se decretó la prisión preventiva no podemos afirmar que se ha producido un error material (porque no está probada la inocencia) y tampoco necesariamente un error inferencial (porque el hecho de que el grado de corroboración de la hipótesis de la culpabilidad no supere el estándar previsto para la condena no permite inferir que no superara en su momento el previsto para la prisión provisional, que es necesariamente más bajo). Cabe, pues, la absolución por presunción de inocencia sin que la prisión preventiva pueda considerarse errónea ni material ni inferencialmente. Y es por esto que resulta acertada la solución de la jurisprudencia del TS: en esos casos debe absolverse (porque no se ha probado la culpabilidad) pero no cabe indemnización por la prisión preventiva (porque no se ha probado el error judicial ni en sentido material ni inferencial). En otros términos, no se habría acreditado en estos casos un daño resarcible.

delito que se imputa y debe acreditarse la existencia de alguno de los peligros procesales previstos en la legislación (fuga, destrucción de pruebas, reiteración delictiva). En este trabajo solo será abordado el primero de los aspectos.

4.2. La jurisprudencia del TEDH

Frente a esta jurisprudencia del Tribunal Supremo español actuó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, principalmente a través de la Sentencia *Tendam v. España*⁴¹, que tenía ya un precedente menos claro en la Sentencia *Puig Panella v. España*⁴². La doctrina sentada por el TEDH en estas y otras sentencias al respecto puede resumirse en los siguientes extremos⁴³:

a) Ni el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, ni ninguna otra disposición del Convenio, obliga a los Estados a indemnizar por el tiempo pasado en prisión preventiva de forma legal, aun cuando el sujeto que la sufrió sea finalmente absuelto.

b) Ahora bien, si un Estado decide reconocer un derecho a ser indemnizado por prisión preventiva indebida debe hacerlo de modo que respete todo el alcance de la presunción de inocencia y de los demás derechos reconocidos en el Convenio.

c) El derecho a la presunción de inocencia como regla de trato no solo rige hasta el momento en que se dicta sentencia de fondo sobre el caso, sino que, además, si esta es absolutoria, impone que el sujeto sea tratado como inocente del delito del que se le acusaba en toda interacción posterior con el Estado.

d) Por ello, el Estado no puede tomar ninguna decisión posterior al proceso penal, sea en sede judicial o administrativa, en la que se pueda poner en duda la inocencia del sujeto que recibió una sentencia absolutoria.

e) Siendo así, es contrario a la presunción de inocencia distinguir, a los efectos indemnizatorios de la prisión preventiva, los casos en que la absolución se fundó en la prueba de la inocencia de los casos en que el fundamento radica en la insuficiencia probatoria de la hipótesis de la culpabilidad. A estos efectos, para el TEDH «no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona»⁴⁴.

⁴¹ STEDH, de 13 de julio de 2010.

⁴² STEDH, de 25 de abril de 2006; previamente, aunque no era parte el Estado español, el TEDH se había pronunciado en términos parecidos ante una regulación austríaca muy similar a la jurisprudencia del TS en la sentencia del caso *Asan Rushiti v. Austria*, de 21 de marzo de 2000.

⁴³ Puede verse una excelente presentación de la Sentencia *Puig Panella* en MARTÍN REBOLLO (2009) y de esta misma y de la Sentencia *Tendam* en COBREROS MENDAZONA (2012). La misma doctrina ha sido reproducida en relación con el art. 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por la Corte de Justicia de la UE: al respecto, véase una buena presentación en LUPÁRIA, 2017: 203 y ss.

⁴⁴ STEDH *Tendam v. España*, de 13 de julio de 2010, § 37, que tenía ya precedentes que apuntaban en la misma dirección desde las SSEDH *Englert v. Alemania* y *Nölkenbockhoff v. Alemania*, ambas de 25 de agosto de 1987, *Sekanina v. Austria*, de 25 de agosto de 1993 y *Rushiti v. Austria*, de 21 de marzo de 2000.

Ante los argumentos que fundan la condena a España por violación de la presunción de inocencia del absuelto en juicio penal, cabrían dos salidas, a saber: el reconocimiento de un derecho a la indemnización de todos los sujetos sometidos a prisión preventiva que hayan recibido una sentencia absolutoria, con independencia del fundamento probatorio de la absolución, o, en el otro extremo, la denegación del derecho a la indemnización a todos los absueltos (por inexistencia subjetiva del delito).

El Tribunal Supremo optó rápidamente⁴⁵ por la segunda de las opciones, adoptando una interpretación literal del art. 294 de la LOPJ y reconociendo únicamente el derecho a la indemnización en los casos en que haya quedado probada la inexistencia objetiva del hecho delictivo⁴⁶.

La doctrina ha destacado el efecto perverso, la paradoja, de que una interpretación pretendidamente más garantista de la presunción de inocencia haya llevado a una seria restricción de las reparaciones por prisión preventiva indebida⁴⁷. Sin embargo, lo que quisiera destacar en esta parte final del trabajo es la profunda incompreensión del funcionamiento de los estándares de prueba en el procedimiento que está en la base de la doctrina del TEDH. Veámoslo.

La primera de las razones políticas o valorativas, quizá la más importante, para fijar el estándar de prueba en un nivel u otro de exigencia, es la gravedad de los errores judiciales (falsos positivos y falsos negativos) en el tipo de casos de que se trate, lo que depende en gran medida de la gravedad o importancia de la consecuencia jurídica establecida y de los efectos sobre la capacidad del derecho de motivar la conducta. Por eso, es razonable disponer de estándares de prueba diversos para casos (incluso penales) en que la consecuencia sea una sanción pecuniaria, una inhabilitación profesional o una privación de libertad. Siendo así, aumentar la exigencia del estándar de prueba en un tipo de casos penales por razón de la gravedad de la pena prevista y, por ello, de la gravedad de un potencial error judicial respecto de los hechos, nada tiene que ver con posibles procesos administrativos o judiciales posteriores en los que la consecuencia jurídica prevista no tenga en absoluto la misma gravedad.

Esta parece ser una buena razón para tratar con estándares de prueba distintos la responsabilidad penal derivada de un hecho típico y la responsabilidad civil que pudiera derivarse del mismo hecho. No hay ninguna razón que justifique que a la víctima le sea probatoriamente más sencillo obtener una reparación de un daño que no constituye delito que una reparación de un daño constitutivo de delito: En cambio, esto es lo que sucedería si la responsabilidad civil derivada de un hecho (que de ser probado penalmente) sería cons-

⁴⁵ Véase la STS de 23 de noviembre de 2010 y, al respecto, De MATEO MENÉNDEZ, 2011: 80 y ss.

⁴⁶ Aunque en principio queda abierta la posibilidad de acudir al régimen general del error judicial del art. 293 LOPJ, al que, recordemos, se da una interpretación muy restrictiva.

⁴⁷ Véanse, por todos, COBREROS MENDAZONA, 2012 y DÍAZ FRAILE, 2017: 190 y ss.

titutivo de delito se dirimiera necesaria y únicamente en sede penal y con el estándar de prueba propio de la decisión penal. La distinta gravedad de la atribución errónea de las consecuencias jurídicas (reparación civil y pena privativa de libertad, por ejemplo) es una buena razón para juzgarlas con estándares distintos, pero ello hace posible que el absuelto penalmente sea condenado civilmente por los mismos hechos⁴⁸. Hacerlo, sin embargo, resulta contrario a la presunción de inocencia según la doctrina del TEDH.

Lo mismo sucede en el supuesto de la pretensión indemnizatoria por prisión preventiva errónea: puede suceder que la absolución, como destacaba el TS en su doctrina originaria, sea debida al particular nivel de exigencia del estándar de prueba penal que se aplique, pero nada parece sostener que las razones para elevar el estándar de prueba en esos procesos penales deban comprometernos a usar el mismo estándar en un proceso contencioso-administrativo posterior.

La misma incompreensión del papel de los estándares de prueba por parte del TEDH se muestra en otros ejemplos. Mencionaré únicamente uno entre muchos⁴⁹.

En la STEDH *Stavropoulos v. Grecia*, de 27 de septiembre de 2017, se resuelve un caso en el que estaban implicados aspectos contencioso-administrativos y penales. Los aspectos principales del caso son los siguientes: el Sr. Stavropoulos solicitó una vivienda social, para cuya concesión era requisito necesario no ser propietario de ninguna vivienda en la región, extremo que certificó. La vivienda le fue concedida, pero tiempo más tarde se descubrió que Stavropoulos sí era propietario de otra vivienda, razón por la que se revocó administrativamente la concesión de la vivienda social y se inició un proceso penal por fraude. En la vía penal, el Sr. Stavropoulos fue finalmente absuelto por no haber sido suficientemente acreditada la intención de defraudar. Amparado en la absolución penal, el Sr. Stavropoulos solicitó que fuera anulada la revocación de la vivienda social en vía administrativa, lo que fue denegado sobre la base de que la sentencia penal no tenía efectos sobre esta última y que tampoco había quedado acreditado en sede penal que el acusado no tuviera la intención de defraudar (es decir, no se había probado la inocencia).

Pues bien, el TEDH considera, en su sentencia, que se violó la presunción de inocencia, puesto que el Estado griego, una vez emitida la sentencia penal absolutoria, tenía la obligación de tratar al Sr. Stavropoulos como inocente (es decir, como no autor de los hechos) en todos los ámbitos en los que los mismos hechos juzgados en sede penal fueran relevantes. Pero esto, eviden-

⁴⁸ Véanse, al respecto, entre otras, las SSTS (Sala civil) de 28 de noviembre de 1992 y 21 de marzo de 2005. También la estupenda presentación y análisis de DOMÉNECH PASCUAL, 2015: 24 y ss.

⁴⁹ Véase un elenco de casos del TEDH en el mismo sentido en DOMÉNECH PASCUAL, 2015: 28.

temente, desconoce una vez más los distintos bienes en juego en sede penal y administrativa, así como la distinta gravedad de los respectivos potenciales errores, que hacen que los estándares de prueba aplicables no deban ser necesariamente los mismos. En otros términos, si no se hubiesen iniciado acciones penales contra el Sr. Stavropoulos ¿hubiese sido correcta la decisión administrativa de revocar la adjudicación de la vivienda social? Si la respuesta es, como creo, afirmativa, ¿qué razón tenemos para que las exigencias probatorias en sede administrativa cambien, asumiendo un estándar probatorio ajeno a ella y más exigente, por el hecho de que la acción pueda tener consecuencias penales adicionales?⁵⁰

En definitiva, la doctrina del TEDH extiende la aplicabilidad del derecho a la presunción de inocencia a toda actuación estatal posterior a la absolución penal y relacionada con los mismos hechos. Claro está que cuando se hace esto ya no estamos frente a una presunción *iuris tantum* sino ante una presunción *iuris et de iure* o incluso ante una ficción. Además, la extensión de esta presunción inderrotable a cualquier otro procedimiento posterior, como el de la determinación de la procedencia de una reparación por la prisión provisional «indebida», supone en la práctica considerar que el estándar de prueba en esos otros procedimientos sea el mismo que el penal y, en consecuencia, que la cuestión probatoria ya haya sido decidida en esa sede. Todo ello, como espero haber demostrado, se basa en una seria confusión del rol de los estándares de prueba en el procedimiento judicial y de su relación con la presunción de inocencia⁵¹.

⁵⁰ Una variante de este problema se presenta así: por un lado, se asume que la presunción de inocencia está vinculada a un estándar de prueba especialmente elevado, y, por otro, se asume que puede y debe extenderse la aplicación de la presunción de inocencia a otros ámbitos, como el derecho administrativo sancionador, el derecho laboral disciplinario, etc. Dadas las dos asunciones conjuntamente, entonces se concluye que también en esos otros ámbitos se requiere un estándar de prueba particularmente exigente, igual al del proceso penal. Como espero haber mostrado en este trabajo, esta conclusión es totalmente inadecuada, pero para rechazarla hay que abandonar también alguna de las premisas o asunciones de partida; pues bien, mi propuesta es rechazar la vinculación entre presunción de inocencia y un determinado estándar de prueba. Para derrotar la presunción de inocencia debe estar probada la hipótesis de la culpabilidad, pero cuán altas sean las exigencias para considerar probada la hipótesis depende de las razones políticas expuestas en la sección 2.2 de este trabajo y no de la presunción de inocencia misma.

⁵¹ La doctrina del TEDH tiene otra consecuencia, que parece haber pasado inadvertida a la doctrina y al propio Tribunal Supremo español. En efecto, nuestro sistema penal (como muchos otros de nuestro entorno) tiene tipificado (art. 456) el delito de acusación y denuncia falsa y simulación de delitos. Tanto la dicción literal del precepto como su interpretación jurisprudencial exige que la imputación delictiva sea falsa y que esa falsedad haya sido conocida por quien denunció. Siendo así, en el proceso judicial resultante de la denuncia debe haber quedado probada la falsedad de la denuncia, es decir, la inocencia del acusado, no bastando, por tanto, su absolución por falta de prueba. Pues bien, de acuerdo con la doctrina del TEDH expuesta, no es compatible con la presunción de inocencia distinguir, una vez absuelto el acusado, entre las absoluciones por falta de prueba y las absoluciones por prueba de la inocencia y, siendo así, quedan solo dos opciones respecto del delito de denuncias falsas: 1) entender que son falsas todas las denuncias que concluyen en absolución por falta de prueba, lo que es claramente absurdo, o 2) abolir el tipo delictivo de denuncias falsas, desprotegiendo una vez más a los ciudadanos frente a las acusaciones maliciosas de la comisión de delitos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, R. J., y CALLEN, C. R., 2003: «The Juridical Management of Factual Uncertainty», *International Journal of Evidence and Proof*, vol. 7.
- ANDERSON, T.; SCHUM, D., y TWINING, W., 2005: *Analysis of Evidence*, 2.^a ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- BAYÓN, J. C., 2008: «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», *Analisi e diritto*, 2008.
- COHEN, L. J., 1977: *The Probable and the Probable*, Oxford: Clarendon Press. Citado por la reimpresión de Gregg Revivals, Aldershot, 1991.
- 1986: «Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight», *The British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 37, núm. 3.
- COHEN, S., 1999: «Contextualism, Skepticism, and the Structure of Reasons», en J. TOMBERLIN (ed.), *Philosophical Perspectives*, Cambridge: Blackwell.
- COBREROS MENDAZONA, E., 2012: «Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida (Las sentencias Puig Panella y Tendam del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia (Un análisis jurisprudencial). Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. II, Madrid: Civitas.
- DE MATEO MENÉNDEZ, F., 2011: «Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida: nueva jurisprudencia», *Jueces para la Democracia*, núm. 70.
- DÍAZ FRAILE, F., 2017: *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., 2015: «¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4/2015.
- FANTL, J., y MACGRATH, M., 2002: «Evidence, Pragmatics, and Justification», *The Philosophical Review*, vol. 111, núm. 1.
- FELDMAN, R., y CONEE, E., 1985: «Evidentialism», *Philosophical Studies*, 48.
- FERRER BELTRÁN, J., 2002: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons. Citado por la 2.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.
- 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- 2013: «Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia», en J. L. MARTÍ y J. J. MORESO (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona, 2010*, Madrid: Marcial Pons.
- 2014: «La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil», en D. M. PAPA-YANNIS (ed.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons.
- 2017: «Presunción de inocencia y prisión preventiva», en J. M. ASENSIO MELLADO y J. L. CASTILLO ALVA (eds.), *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*, Lima: Ideas-Universitat d'Alacant.
- FOLEY, R., 2000: «Epistemically Rational Belief and Responsible Belief», en R. COBB-STEVENS (ed.), *Proceedings of the Twentieth World Congress of Philosophy*, Bowling Green, Ohio: Philosophy Documentation Center.

- GASCÓN ABELLÁN, M., 1999: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons. Citado por la 3.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GUERRA PÉREZ, C., 2010: *La decisión judicial de prisión preventiva (Análisis jurídico y criminológico)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HAACK, S., 1993: *Evidence and Inquiry. Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford: Blackwell Publishers, 2001.
- HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HAWTHORNE, J., y STANLEY, J., 2008: «Knowledge and Action», *Journal of Philosophy*, vol. 105, núm. 10.
- HUNTER, I., 2015: «Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial. Críticas y una propuesta», *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, vol. 22, núm. 1.
- KEYNES, J. M., 1921: *A Treatise on Probability*, London: Macmillan & Co. Citado por la edición de Watchmaker Publishing, 2007.
- LAPLACE, P. S., Marqués de, 1814: *Essai philosophique sur les probabilités*, Paris. Citado por la traducción inglesa de F. W. TRUSCOTT, y F. L. EMORY, *A Philosophical Essay on Probabilities*, London: John Wiley & Sons, 1902.
- LAUDAN, L., 2003: «Is Reasonable Doubt Reasonable?», *Legal Theory*, 9.
- 2005: «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», *Doxa*, 28.
- 2006: *Thuth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press. Citado por la traducción castellana de C. VÁZQUEZ, y E. AGUILERA, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- 2007: «Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof», *The International Journal of Evidence and Proof*, vol. 11, núm. 4. Citado por la traducción castellana de E. AGUILERA, «Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal», en L. LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2012.
- 2016: *The Law's Flaws. Rethinking Trial and Errors?*, Milton Keynes: College Publications.
- LUPÁRIA, L., 2017: «La presunción de inocencia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2.
- MARTIN REBOLLO, L., 2009: «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación ambigua (a propósito de la sentencia TEDH de 25 de abril de 2006)», en AAVV, *Derechos fundamentales y otros estudios, en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- MENDONCA, D., 2000: *Las claves del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- NANCE, D. A., 2016: *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ORMAZÁBAL, G., 2004: *La carga de la prueba y sociedad del riesgo*, Madrid: Marcial Pons.
- ROBERTS, P., y ZUCKERMAN A., 2004: *Criminal Evidence*, Oxford: Oxford University Press.

- ROXIN, C., 1994: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2. München: Auflage Beck. Citado por la traducción española de D. M. LUZÓN PEÑA *et al.*, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, 2003.
- RYSIEW, P., 2001: «The Context-Sensitivity of Knowledge Attributions», *Noûs*, 35.
- STANLEY, J., 2005: *Knowledge and Practical Interest*, Oxford: Clarendon Press.
- STEIN, A., 1997: «Against Free Proof», *Israel Law Review*, núm. 31.
- 2005: *Foundations of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press.
- TARUFFO, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè.
- TOLIVAR ALAS, L., 2009: «La adjetivación reductora del error judicial: ¿un fraude de Constitución?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142.
- ULLMANN-MARGALIT, E., 1983: «On Presumption», *Journal of Philosophy*, 3.