

PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y *PRINCIPIO DE* VICTIMIZACIÓN: UNA CONVIVENCIA IMPOSIBLE *

PRESUMPTION OF INNOCENCE AND VICTAMIZATION PRINCIPLES: AN IMPOSSIBLE COEXISTENCE

Perfecto Andrés Ibáñez¹

1. El planteamiento que se cuestiona

El n.º 159 de *Revista do Ministério Público* incluye un trabajo de la profesora Teresa Lancry A. S. Robalo. En él se pronuncia a favor de la consagración, como principio, de una presunción de victimización, que considera imprescindible para la tutela de la víctima en el proceso penal. Entiende que este nuevo principio sería compatible con el constitucional de presunción de inocencia.

Se trata de un texto bien construido y dotado de un cuidadoso soporte argumental, pero que, a mi juicio, defiende una tesis procesal-constitucionalmente insostenible. Trataré de explicarlo.

La autora parte de la constatación de que la víctima, en la Constitución portuguesa, goza de un auténtico derecho de intervención procesal en su calidad de ofendida, que le habilita para actuar como asistente o colaborador del Ministerio Público, en una posición subordinada. Salvo en el supuesto de delitos de naturaleza particular, en que podría operar con autonomía, en la calidad de parte acusadora. No obstante, tratándose de los de carácter público o semipúblico, la regulación actual le permite instar la apertura de la instrucción con respecto a hechos que el Ministerio Público hubiera decidido no perseguir.

Lo postulado es que la persona que se presenta como víctima sea favorecida por la presunción de que efectivamente lo ha sido, hasta que, en su caso, resultase probado lo contrario. Esto porque, de ser vista como una víctima solo potencial, experimentaría una disminución en sus derechos fundamentales, que le impediría tener una intervención efectiva e informada en sede procesal.

¹ Profesor y ex Magistrado del Tribunal Supremo Español

Con objeto de evitar que esto se produzca, la autora defiende la vigencia de esa presunción, que, además, tendría que ser operativa desde el momento mismo de la denuncia. Así, entre otras cosas, la denunciante, ya amparada por aquella, quedaría a salvo de tratamientos inapropiados por parte de las autoridades o de cualquier interviniente en el proceso, obligado a respetar su estatuto.

En el discurso que se examina, el hecho de que este principio no se encuentre reconocido constitucional ni legalmente, no sería un obstáculo, porque los principios no precisan de ese reconocimiento para que puedan valer como tales. Pueden estar expresamente acogidos en disposiciones legales o, alternativamente, ser extraídos por vía interpretativa de la *ratio legis*. Porque, siendo esta el principio estructurante de la norma, tendría una presencia en él *a priori*, al tratarse de su razón de ser; lo que haría posible su descubrimiento por vía doctrinal o jurisprudencial.

Más concretamente, el principio de que se trata, aun sin reconocimiento constitucional y legal —es la tesis—, emergería inductivamente de una forma natural, de normas que miran a garantizar la tutela de la víctima en el proceso y de otros principios, estos sí constitucionales, como el de dignidad de la persona, de acceso a la justicia. En fin, situado en un nivel inferior al de presunción de inocencia, por no ser constitucional en sentido propio, en caso de conflicto es aquel el que tendría que prevalecer. Pero, se dice, esta sería una rara hipótesis, debido a que uno y otro tienen propósitos distintos: uno busca proteger al imputado de una condena que no esté basada en la acreditación probatoria de su culpa; el otro pretende que la víctima sea reconocida como tal en el proceso penal desde el primer momento, sin esperar a que se pronuncie una sentencia condenatoria.

2. Principio de presunción de inocencia: razón de ser constitucional y función procesal

Habermas ha escrito que «en la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra»². Se trata de una perspectiva que debe estar muy presente, incluso presidir cualquier aproximación seria al tratamiento las garantías fundamentales del

² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. cast. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 470.

imputado, que, no por casualidad, son de las que más sufren en los momentos de involución autoritaria. De ellas merece particular atención la representada por el principio de presunción de inocencia, central y estructural del proceso penal, hasta el punto de que, como ha hecho ver Illuminati, de no partirse de él como imperativo rector del máximo rango, «no existiría ninguna necesidad lógica de proceso»³. En efecto, ya que, derechos como el de defensa, a un juicio de carácter contradictorio y a un juez imparcial, no son sino derivaciones o implicaciones del mismo. Se trata, pues, de una opción *de fondo* que conecta, en esa dimensión profunda, con un básico compromiso (consigo mismo y con la ciudadanía), del estado constitucional, en la materia. Para este, «decir “inocente” equivale a connotar el estatus del ciudadano en la integridad de sus prerrogativas originarias»⁴.

La vigencia del principio de presunción de inocencia, con todas sus implicaciones, es lo que impide que el proceso penal sea un mero rito formal de castigo. Tal es lo pretendido, desde luego, en su vertiente de regla de tratamiento del imputado, que fue la primeramente asumida, como reacción frente a las atrocidades de la justicia del *ancien régime*, con la masiva utilización de la tortura. Pero también e, incluso, sobre todo, en su calidad de regla de juicio. Esta se concreta en la exigencia de que la aplicación del *ius puniendi* —tan abierto a usos abusivos como se sabe— para ser legítima, vaya asociada a la previa determinación de una *verdad* fáctica de calidad, siguiendo un curso procesal que, *inexcusablemente*, deberá discurrir dentro de un exigente marco de garantías jurídicas. Y por eso, o lo que es lo mismo, por una elemental razón de coherencia interna del modelo, el derecho del imputado a la presunción de inocencia únicamente podrá decaer en presencia de prueba de cargo suficiente para enervarlo, pero *solo si* lícita o regularmente adquirida. Por tanto, después de que esto se haya producido. Nunca antes.

Desde este punto de vista normativo, el derecho que se examina es un derecho *absoluto* de su titular, que deberá regir para él sin restricciones ni atenuaciones posibles, pues tiene *todo* el derecho a *toda* la presunción de inocencia, en *todos* los casos. Por decirlo con una terminología muy cara a las jurisprudencias constitucionales,

³ Giulio Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979, p. 84.

⁴ Oreste Dominioni, «La presunzione d'innocenza», en *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 209.

contemplado en esta vertiente, en él no es posible distinguir un centro y una periferia: todo es *núcleo duro*.

Sabido es también, porque, además, los tribunales se encargan de recordarlo, seguramente con demasiada frecuencia, que los demás derechos son graduables y admiten limitaciones. Pero no es el caso de este: en ausencia de una sólida certeza práctica acerca de la culpabilidad del acusado, siempre que exista un motivo razonable para dudar, no habrá más alternativa que la absolución. Absolución que —en la expresiva afirmación de Sentís Melendo— «además de libre, como dispone la ley, debe ser *limpia*»⁵. Y es que la vigencia del principio que nos ocupa impide que la acción criminal pueda ponerse a cargo del acusado cuando no exista certeza probatoria acerca de su autoría. Todo lo que no sea acreditada culpabilidad, es decir, cualquier fracaso de la hipótesis acusatoria —bien por falta de sustento o por la concurrencia de otra hipótesis plausible favorable al acusado—, solo puede llevar a la afirmación incondicionada de su inocencia⁶.

El principio de presunción de inocencia como regla de juicio, tiene, además, la virtualidad de dotar al proceso penal de una relevante dimensión epistémica; que el juzgador debe asumir con convicción, como integrante del mismo derecho fundamental del imputado.

3. El principio de presunción de inocencia: su dimensión epistémica

La presunción de inocencia, como derecho fundamental y cimiento de la disciplina constitucional del proceso penal, dota a este, en efecto, de la aludida dimensión epistémica, que no está legalmente *tipificada* como tal, es decir formulada de manera expresa en lenguaje legal, en el que, sin embargo, sí figuran con expresión suficiente sus presupuestos institucionales, que son también parte relevante de sus condiciones de posibilidad.

⁵ Santiago Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 161

⁶ Cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación (cualquiera que sea la causa) solo puede confirmar el estatus de inocencia preexistente. Lo contrario llevaría por fuerza a la distinción inaceptable entre una absolución por inexistencia de pruebas y otra *solo* por la insuficiencia de estas; y, como consecuencia, a establecer categorías de inocentes.

En el proceso penal acusatorio, se produce la transposición a su marco de un método de verificación de hechos⁷, a través de la separación y distribución de papeles entre los sujetos que intervienen en él, es decir, el juez y las partes, induciendo en estas la dialéctica de la confrontación argumental. Así resulta una estructura y una dinámica de comunicación triangular, normativamente asegurada por tres garantías procesales: la formulación de la acusación, es decir, de una hipótesis acusatoria, que abre el juicio contradictorio; la carga de la prueba de esta, que pesa sobre el acusador; y el derecho de defensa, que corresponde al imputado. Son garantías que, dice expresivamente Ferrajoli, designan otras tantas actividades cognoscitivas, de ahí que —siendo primarias, por básicas, como inherentes a la propia estructura de la actividad— las califique de *epistemológicas*. Luego identifica otras de orden secundario: la publicidad, la oralidad, la legalidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones⁸. Como es fácil advertir, se trata de garantías o cautelas de naturaleza procesal, porque están destinadas a articular, ordenándolo, un marco de esta clase, tienen como vehículo normas de la misma índole, y atañen a los sujetos implicados en un proceso. Pero, al mismo tiempo, es evidente que en ellas se expresan exigencias que son las idealmente llamadas a presidir cualquier marco de debate racional, que tuviera por fin la obtención de buen conocimiento empírico.

En un proceso penal regido por los principios y normas a los que acaba de aludirse, lo que se busca, no hay duda, es verificar la veracidad de una imputación, su objeto es, pues, *comprobar* la eventual culpabilidad, no la inocencia del denunciado, lo que obliga a situar la afirmación (constitucional) de esta en el punto de partida. Así, la atribución a alguien de la autoría de un delito es *solo* un aserto, que, de ser verosímil, se tomará en consideración y dará lugar a la apertura de una causa, en la que tendrá que probarse su eventual correspondencia con la realidad fáctica a la que se refiera. Por tanto, quien denuncia, no goza de ningún privilegio procesal; y tampoco le asiste ninguna presunción de veracidad en lo que dice. Por eso, su actividad acreditativa ante el investigador y luego ante el tribunal del enjuiciamiento deberá *partir de cero*. Antes de comenzar a probar, *no hay nada* que, desde el punto de vista epistémico, pueda

⁷ Es una idea muy bien expresada por Francesco Carnelutti, al subrayar que «el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho» (en *La prueba civil*, apéndice de G. P. Augenti, trad. cast. de N. Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, Buenos Aires, ²1982, p.XIV).

⁸ En *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 13ª edición, 2018, pp. 152-153 y 606.

degradar el estatus de inocente del imputado. Este entra en el proceso con su situación de inocencia intacta y la mantiene hasta ser condenado por sentencia firme, si esto llegara a producirse. Y, si en el curso del desarrollo de la causa, fuera objeto de una medida cautelar como la prisión provisional, ello, en rigor, tendría que deberse a razones de estricta índole procesal, nunca de carácter sustantivo. Claro que los efectos del terrible instituto sobre la libertad del afectado serán en todo caso, para él, bien *materiales*.

3. El *principio* de victimización y su incidencia en la dimensión epistémica del enjuiciamiento

El núcleo de la reivindicación del de victimización como *principio*, se concreta en que la víctima debería ser tenida por tal, desde el momento de la denuncia. Esta, salvo que fuera dirigida contra persona desconocida, recaerá no solo sobre un *hecho* concreto tratado de delictivo, individualizado mediante la descripción de *las particularidades de la acción*, sino también sobre *alguien* señalado como autor de la misma. En efecto, pues lo buscado por quien denuncia, no es solo el reconocimiento de un determinado estatus procesal, de alcance meramente formal. No. Lo pretendido es que se considere veraz la atribución por su parte de una responsabilidad criminal a un tercero. Por eso, si la denuncia, además de simplemente verosímil, se considerase verdadera en algún grado, ya en el momento de su formulación, se degradaría de forma inevitable, en idéntica medida, la constitucional condición de inocente del denunciado.

En efecto, pues presumir la veracidad de la autoatribución de la condición de víctima de un delito, equivaldrá a *tener ya por cierta*, de algún modo y por su sola afirmación, la *notitia criminis*, normalmente referida a una acción y a una persona como autor. Por tanto, será *presumir, contra reo*, la implicación del denunciado en la realización de la conducta que se le imputa. Incurriendo, al hacerlo, en manifiesta petición de principio, al darse por acreditado, aunque fuera solo en parte, precisamente, lo que habría que *probar dentro del proceso*.

Pero sucede que el campo semántico del predicado «inocente», referido al imputado (antes de la condena por sentencia firme), en el diccionario, en general, y en el léxico constitucional, en particular, carece por completo *de elasticidad*, es como un bloque compacto, de una pieza, que solo opera en favor del imputado. No puede

fragmentarse ni experimentar disminución alguna. Denota una cualidad que no admite atribuciones parciales ni reducciones en su significación. Aquel es —*del todo*— inocente, por presunción constitucional. Y siendo así, atribuir formalmente, de la forma apriorística que se propone, la condición de víctima a quien denuncia⁹, es como convertir al señalado en *presunto* autor —*incluso aunque fuera limitada y condicionalmente*— de la acción correspondiente, ya en el inicio de la causa. Ello, cuando sucede que el principio a examen exige que el denunciado, e incluso el acusado, entren en el proceso y en el juicio, respectivamente, como inocentes; que no haya nada que pueda (incluso mínimamente) tenerse por cierto contra ellos, en ese momento. De ahí que el juzgador esté obligado, como exigía Calamandrei, a poner su conciencia *en modo* «página en blanco»¹⁰, para empezar a saber del *thema probandum*, únicamente, en el marco del juicio efectivamente regido por el principio de contradicción. Con la particularidad de que en tal modo de proceder no se juega solo un derecho del imputado, sino, también una relevante cuestión de método¹¹. Método, el hipotético-deductivo, que es el más idóneo y acreditado, para obtener una verdad fáctica fiable. Por eso, limitar de cualquier forma su campo de actuación, es comprometer la calidad del resultado del proceso mismo como instrumento cognoscitivo.

Así las cosas, hay que concluir que la presunción constitucional de inocencia que favorece al imputado, y el posible reconocimiento de un derecho de quien denuncia haber sido víctima de la acción criminal de una persona concreta a ser tenida por veraz en esta doble afirmación, guardan una irreductible relación de antagonismo que no es susceptible de composición. Son términos excluyentes. Por eso, la incorporación del segundo al ordenamiento, aunque fuera por vía interpretativa, daría lugar a un conflicto «necesario (no contingente)» de principios, «ya que todos los supuestos concretos

⁹ Es claro que cuando quien denuncia presenta estigmas inequívocos de haber sido objeto de una agresión física, nada impedirá tener por cierta la afirmación relativa a la producción y el real sufrimiento de esta, y los datos correspondientes deberán ser objeto de valoración como parte del cuadro probatorio. Pero esto solo.

¹⁰ Piero Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. cast. de H. Fix Zamudio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 89. Al respecto, ha escrito Francesco M. Iacoviello, «la indagación cognoscitiva del juez parte de la duda, no de la ingenuidad [...] el juez que entra en el juicio oral no es un juez ingenuo, sino un juez dubitativo. Un juez que se encuentra en la mejor situación epistemológica posible» (en *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milán, 1997, p. 139).

¹¹ Cfr. al respecto Paolo Ferrua, «Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali», en Varios autores, *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 70.

disciplinados por el primero son también disciplinados —de un modo incompatible— por el segundo»¹².

Problema similar al que acaba de examinarse, es el que suscita una corriente de opinión, con reflejo en alguna jurisprudencia, que postula que cuando se trate de delitos de violencia sexual contra la mujer, la prueba debe ser examinada con «perspectiva de género», lo que, para algunos, se traduce en el reconocimiento de la condición de «testigo privilegiado» a la que denuncie haber sido víctima de tal clase de acciones¹³.

Al respecto, es emblemática la sentencia n.º 282/2018, de 13 de junio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español (ponente Magro Servet). En ella puede leerse: «la víctima se encuentra procesalmente en la situación de *testigo*, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido». Es por lo que, se concluye: «la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado»

Un criterio semejante puede observarse en la sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de México que resuelve el recurso de amparo directo n.º 3186/2016 (ponente Cossío Díaz), en la que se afirma que, en casos de violencia sexual contra la mujer, la declaración de la víctima del delito requiere un tratamiento distinto pues debe realizarse con perspectiva de género.

En la motivación de esta sentencia es de advertir, además, la presencia, no siempre explícita, de un argumento también frecuente en muchas de la jurisprudencia española, de todas las instancias. Es el que se concreta en la constatación de que las acciones delictivas de que se trata suelen cometerse generalmente en condiciones de

¹² Riccardo Guastini, *Teoria e dommatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, p. 302.

¹³ Para un amplio y riguroso tratamiento de la materia, remito a José Luis Ramírez Ortiz, «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», en la revista *on line Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1 (2019).

clandestinidad, es decir, transcurren entre el autor y la víctima, sin testigos, circunstancia a la que se anuda la conclusión de que no debería perjudicar a esta.

Pues bien, en semejante modo de discurrir se reitera la aludida petición de principio, que consiste en dar algo por probado (además, *contra reo*), ya en el punto de partida de un curso procesal. Pero también, en otro plano, una notable falta de rigor e incluso capciosidad en la manera de razonar, porque las circunstancias del entorno en que suelen acontecer los actos criminales de esta clase, que —según se dice— no podrían perjudicar a la víctima, parece que *sí deberían*, en cambio, darse en perjuicio del imputado, para quien el hecho de enfrentarse a una testifical de cargo privilegiada implicará una degradación de su derecho a la presunción de inocencia.

No es posible desconocer que la violencia sobre la mujer, directamente conectada, mejor ocasionada por su condición de tal, es un fenómeno gravísimo, de lacerante actualidad y que justifica la existencia de una hondísima preocupación. Más, cuando existen sectores de opinión insensibles al mismo, y empeñados en un negacionismo sectario, que da la espalda a una evidencia atroz, y tiene su mejor exponente en el discurso de ciertos partidos de extrema derecha.

Tampoco cabe poner en cuestión —aparte la imprescindible política socio-cultural orientada a la prevención— la necesidad de una respuesta penal eficaz, que, es obvio, solo podrá discurrir por el cauce de la disciplina constitucional del proceso. A este respecto, y lamentablemente, nunca debería dejar de tenerse en cuenta que, en la persecución de esta clase de delitos, será inevitable contar con una cifra oscura seguramente alta. Porque son muchísimos los casos de agresiones, no solo de carácter sexual, perpetradas por extraños, que se producen en las aludidas situaciones de clandestinidad. Estas, generalmente, implican acometimientos por la espalda, en lugares solitarios, en condiciones de escasa o ninguna iluminación, con extrema brusquedad de movimientos, utilización de armas¹⁴, circunstancias que, además, por el intenso estrés

¹⁴ «La presencia de un arma en la escena de un delito representa un elemento que acapara automáticamente la atención del testigo. Consigue así que el resto de la escena se codifique de una forma relativamente pobre, y por tanto que el testigo sea capaz de recordar muy bien el arma del delito, pero mucho peor quién lo ha cometido» (Giuliana Mazzoni, *Psicología del testimonio*, trad. cast. de A. Moreno, Trotta, Madrid, 1919). Cfr. asimismo, Vitor de Paula Ramos, *Prova testemunhal: Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a epistemologia*, RT, Sao Paulo, 2018 (hay trad. cast. de L. Criado Sánchez, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp.125 ss., por donde cito).

que generan, dificultan extraordinariamente la captación por la víctima de los rasgos fisionómicos del agresor, y, con ello, su persecución. Al tiempo que provocan el riesgo de un incremento de los falsos positivos en las diligencias de identificación¹⁵.

De lo que acaba de exponerse se sigue que el tratamiento de la testifical de la víctima que se cuestiona, privilegia a esta incorrectamente como testigo en dos planos. Primero, en el procesal constitucional, según se ha razonado; y luego en el epistémico, por la sugerencia implícita de una calidad acreditativa del testimonio que está muy lejos de poder presumirse.

El carácter particularmente odioso de los delitos de que se trata, unido a su incidencia estadística, contribuye a generar una intensa y justificada alarma social en un amplio sector de la ciudadanía, que vive la situación actual como de emergencia y reclama medidas excepcionales, con el consiguiente redimensionamiento a la baja de las garantías penales y procesales.

Pues bien, llegados a este punto, conviene recordar que cada época tiene sus emergencias, y también el alto coste que suele pagarse por las políticas antigarantistas que casi invariablemente las acompañan. Autores como Cesare Beccaria y Gaetano Filangieri advirtieron ya de la necesidad de evitar deslizamientos por la pendiente de la excepcionalidad, representada en su época por las prácticas judiciales amparadas en el tópico doctrinal y jurisprudencial: *In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi* (en los delitos más atroces bastan las más leves conjeturas y es lícito que el juez traspase los límites del derecho)¹⁶. Una inclinación frente a la que sería

¹⁵ En este punto, sigue siendo del mayor interés la clásica obra de François Gorphe, *La crítica del testimonio*, trad. cast. de M. Ruiz Funes, Editorial Reus, Madrid, 1933, pp. 209 y 246 ss. «Las percepciones cinéticas —dice el autor— son esencialmente lacunarias. La imagen de un objeto [obviamente, también de un sujeto] en movimiento es la resultante de una serie de imágenes parciales de movimiento. Esta serie es generalmente incompleta, y son la imaginación o el razonamiento quienes suplen esas lagunas» (pp. 209-210). También: «Cuando la emoción deviene violenta se altera toda la percepción; no puede formarse más que de impresiones afectivas, revestidas de algunos restos de imágenes, que la imaginación tiene buen cuidado de completar en detrimento de la verdad objetiva» (p. 262). Por otra parte, la moderna psicología del testimonio, con sólida base experimental, ha venido a reforzar la validez de esas ya históricas apreciaciones. Al respecto, cfr., entre otros: Giuliana Mazzoni, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. cast. de J. M. Revuelta López, Trotta, Madrid, 2010; y Margarita Diges, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, prólogo de J. J. López Ortega, Trotta, Madrid, 2016.

¹⁶ Beccaria lo denunció como «dictado por la más cruel imbecilidad» (cfr. *De los delitos y de las penas*, prefacio de Piero Calamandrei, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, texto italiano fijado por G. Francioni, Trotta, Madrid, 2011, p. 153, nota). También se hizo eco de él, críticamente, Gaetano Filangieri, que lo calificó de «máxima errónea que ha sacrificado a la imbecilidad de nuestros jurisconsultos un número infinito de inocentes» (en *Ciencia de la legislación*, trad. cast. de J. Ribera,

bueno recordar la advertencia de Benjamin Constant en el sentido de que «las formas [las garantías] no tienen otro objeto que el de conducir a los jueces al conocimiento de la verdad»¹⁷. Es lamentable, pero cierto, que nuestros autores —Beccaria, Filangieri, Constant— hallarían motivos para mantener su diagnóstico y su preocupación, a la vista de las pautas jurisprudenciales de excepción que no acaban de abandonar el campo y que incluso experimentan un cierto reverdecimiento. Unas pautas en las que, sin embargo, sí se reconocería el Baldo de «*Propter enormitatem delicti non concedenda conceduntur, et licitum est leges transgredi*»¹⁸.

4. La imposibilidad de inferir un *principio* de victimización

Riccardo Guastini ha discurrido con rigor sobre los «principios implícitos», como los «no expresamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino elaborados o “construidos” por los intérpretes». Un buen ejemplo sería el del principio dispositivo en el proceso civil. Pero para que resulte posible operar de ese modo en el ámbito de la interpretación —dice— habrá que contar con una *ratio*, es decir, un fin o un valor que ha de ser el perseguido y que justifica la norma de partida¹⁹.

Pues bien, ya se ha dicho por qué, a juicio del que escribe, el *principio* de que aquí se trata carece de encaje en un modelo procesal como el vigente en nuestros países; que es por lo que no aparece contemplado en los correspondientes ordenamientos. Pero es que tampoco podría inferirse de alguna de las disposiciones integrantes de estos, pues, por las razones expuestas, lo impide el principio de presunción de inocencia, eje del proceso penal, que no podría servir de premisa para el alumbramiento inferencial de otro que lo contradiga frontalmente.

Además, hay que afirmar que, incluso en el caso de no darse este obstáculo insalvable, habría un problema de método, por la falta de pertinencia al caso del que pudiera brindar Karl Larenz, reiteradamente citado como fundamental en ese plano, en

revisada por L. Prieto Sanchís, con prólogo de Dario Ippolito, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, libro, III, p. 659).

¹⁷ *Comentario sobre la Ciencia de la legislación de Filangieri*, trad. cast. de J. C. Pagés, Librería de F. Rosa y Comp^a, París, 1825, II, pp. 162 ss. El autor dedica el capítulo VIII de la Tercera parte, titulado «De la abreviación de las formas» a este asunto, donde mantiene el mismo punto de vista que Filangieri.

¹⁸ Cit. por Isabella Rosoni, en *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 195.

¹⁹ Riccardo Guastini, *Teoria e dommatica*, cit. pp. 288-289; *Íd. Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, pp. 452 ss.

el texto que se comenta. Esto, de un lado, porque las preocupaciones y el marco teórico de referencias del que fuera preclaro exponente de la nacionalsocialista Escuela de Kiel²⁰, difícilmente podrían ser más ajenos a las cuestiones de principio que suscita la disciplina constitucional del proceso en un estado de derecho. Nada compatible, por lo demás, con una idea de orden jurídico directamente inspirada en la metafísica hegeliana, que se manifiesta en categorías tan elocuentes como la de la ley «expresión del “espíritu objetivo”», del que los principios serían asimismo «formas de expresión, direcciones de movimiento, tendencias que se abren paso en la conciencia jurídica general»²¹. Y, de otro, porque su *Metodología de la ciencia del derecho*, y, en concreto, las consideraciones del autor en torno a lo que llama «el desenvolvimiento (abierto) del derecho»²², se mueven en el ámbito estricto del derecho privado y no son referibles en modo alguno a una cuestión tan heterogénea como el alcance y la ponderación de derechos fundamentales totalmente alejada de la preocupación e incluso de las representaciones teóricas del jurista alemán.

Escribe nuestra autora que la presunción de victimización que postula, en realidad, «ya existe, puesto que las normas que miran a conferir especial protección a la víctima [...] encuentran su *ratio legis* en la presunción de que cualquier persona que entre en contacto con los órganos de la policía criminal, los judiciales o los del ministerio público debe ser tratada con respeto, de modo equitativo, debiendo prestársele la información debida sobre la marcha del proceso e incluso los cuidados médicos o psicológicos necesarios»²³.

Pues bien, solo tiene razón en un sentido. En el de que el imperativo de respeto a todas las personas que participen o se vean implicadas en el proceso penal está legalmente reconocido, y, además, no plantea ningún problema de compatibilidad con el constitucional principio de presunción de inocencia del imputado. De este modo, de ser

²⁰ Cfr. al respecto, Massimo La Torre, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho*, trad. cast. de C. García Pascual, Dykinson, Madrid, 2008; Alfred Verdross, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, trad. cast. de M. de la Cueva, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1962, pp. 252-253; Federico Fernández-Crehuet López, *Hegel bajo la esvástica. La filosofía del derecho de Karl Larenz y Julius Binder*, Comares, Granada, 2017; Ingo Müller, *Los juristas del horror*, trad. cast. de C. A. Figueredo, Álvaro Nora, Librería jurídica, Bogotá, 2009, pp. 121 y 338-339; y Javier Llobet Rodríguez, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 127-129.

²¹ Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. cast. de E. Gimbernat, Ariel, Barcelona, 1966, pp. 207, 326 y *passim*.

²² *Ibid.*, pp. 286 ss.

²³ P. 194 del artículo que se toma como referencia.

tal el contenido de la *presunción* de victimización, dado que está ya normativamente acogida en esos términos, no habría nada que reclamar al respecto y carecería de sentido la reivindicación que da contenido al trabajo que es objeto de examen.

Pero no tiene razón, en cuanto la carga de probar que la acción denunciada por alguien como delictiva se produjo de la manera, en las circunstancias, y con los efectos que dice, y fue debida a la persona a quien se la atribuye, pesará siempre, *de manera exclusiva y en toda su extensión*, sobre la parte denunciante y/o acusadora.

Este, el de presunción de inocencia, no importa reiterarlo, es el principio constitucional central, incluso la razón de ser del proceso acusatorio y contradictorio. Por tanto, de ser tomado —y, al respecto, no hay alternativa— como verdadera *ratio legis* y fundamento último de cualquier precepto relativo al estatuto de quienes intervienen en aquel, es claro que no puede dar fundamento a disposición legal alguna que lo menoscabe o lo contradiga.

4. Acerca de la posición de la víctima en el proceso penal

Es inevitable que las afirmaciones de la persona que se presenta ante una autoridad judicial como víctima de un delito sean objeto de una primera indagación, destinada a evaluar su fiabilidad. Una manifestación verosímil, coherente, estructurada, y con el imprescindible contenido de datos deberá dar lugar a su recepción como denuncia, a reserva de lo que resulte de la investigación que se inicie. Cuando, además de esto, concurra la existencia de estigmas que, en términos de experiencia, sugieran una acción agresiva como causa, podrá atribuirse a aquella con razonable fundamento, ya desde el inicio, la condición de víctima, y esos elementos de juicio y lo aportado por su deposición, orientarán las obligadas diligencias de averiguación relativas a la dinámica comisiva y al posible autor, elementos sobre los que no podrá operarse presuntivamente.

Desde el punto de vista procesal estricto, la persona que se considere afectada por una acción criminal —en ordenamientos como el español— podrá mantenerse como simple denunciante, en cuyo caso, toda la iniciativa de la persecución de aquella corresponderá al juez de instrucción y al fiscal. Pero también constituirse en parte, actuando como tal en el proceso, en ejercicio de las acciones penales y civiles.

Por fortuna, nuestros países se han dotado en momentos recientes de legislaciones de protección a la víctima²⁴ ajustadas a estándares internacionales, que, aparte medidas asistenciales dirigidas a reponerla en su situación *ex ante* (que debieran estar generosamente previstas con carácter general), contemplan nuevos derechos procesales, ausentes de las leyes históricas. Así, el de quien denuncia sin personarse en la causa, a recibir la notificación de resoluciones como la que dispusiera el archivo de esta, o la adopción de medidas relativas a la situación personal del imputado detenido, preso o condenado (que quien estuviera personado recibirá a través de su representante legal). Y el referente al respeto de su intimidad, cuando se vea obligada a declarar, durante la instrucción y en el juicio, entre otros.

Pero, en cualquier caso, la práctica del interrogatorio como testigo de quien en el proceso actúa en la calidad de denunciante y víctima, sobre todo cuando se trate de delitos relativos a la libertad sexual, suscitará fácilmente delicados problemas de límites, difíciles de manejar, cuya concreción práctica solo puede quedar encomendada a la prudencia del investigador judicial y del juzgador, que deberán modular las iniciativas y las resistencias de las partes en el juego del contradictorio. En efecto, pues, por ejemplo, hay conductas objeto de reproche penal, que se sitúan en el marco de las relaciones de pareja, cuya indagación puede hacer inevitable la formulación de preguntas que incidan en determinados aspectos de esta, íntimos por definición. Aquí será necesario distinguir las cuestiones de imprescindible clarificación por su estrecha atinencia a los hechos, de aquellas, inadmisibles, que respondan a estrategias defensivas de descalificación o de descrédito de la persona que actúe como víctima-testigo de cargo, o que sean pura y simple expresión de estereotipos intolerables. Al fin, los problemas de esta índole tendrán que resolverse caso por caso, en un delicado ejercicio

²⁴ En el caso de España la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima de delito. El artículo 3 de esta ley relaciona en términos generales los derechos de la víctimas: «a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso». Derechos cuyo contenido tiene un desarrollo puntual en el resto del articulado, que, además, ha dado lugar a las necesarias reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Por lo demás, es de inexcusable referencia, por su relevancia, el importante Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

de ponderación, que permita el normal desarrollo del juicio contradictorio en el incancelable respeto de la dignidad de las personas.