

Pablo Muyo Bussac  
Universidad Complutense de  
Madrid

## Sumario

-

*En este artículo se estudia lo que denominamos el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético, producto de la acción pretoriana del TEDH y de los artículos 4 y 5 de la Directiva (UE) 2016/343 de 9 de marzo de 2016, según el cual toda persona física o jurídica que sea o haya sido sospechosa o acusada de haber cometido un hecho delictivo deberá ser tratada, reputada y mostrada por las autoridades públicas ante el público en general, en el proceso penal del cual sea sujeto pasivo, así como en cualquier otro proceso judicial de cualquier orden jurisdiccional, procedimiento administrativo o comisión parlamentaria, de tal forma que no se sugiera que es culpable de dicho delito mientras no se haya establecido dicha culpabilidad mediante una sentencia firme de condena. En primer lugar, se pondrán de relieve tres riesgos asociados al fenómeno de la imputación a los que pretende hacer frente este derecho y que obligan a repensar el fenómeno del honor y la reputación del encausado, la imparcialidad judicial y el monopolio jurisdiccional del ius puniendi desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia. A continuación, se propondrá una definición circunstanciada del derecho y de las correlativas obligaciones exigibles a los poderes públicos en nuestro ordenamiento vigente. Posteriormente, se propondrá un modelo posible y vertebrado de garantías procesales para el tratamiento de las infracciones de este derecho dentro del proceso.*

## Abstract

-

*This article examines the right to the presumption of innocence as a rule of aesthetic treatment, stemming from the jurisprudence of the ECtHR and Articles 4 and 5 of Directive (EU) 2016/343 of 9 March 2016. According to these provisions, any natural or legal person who is or has been suspected or accused of having committed a criminal offense must be treated, portrayed, and represented by public authorities to the general public in criminal proceedings, as well as in any other judicial proceedings of any court, administrative procedure, or parliamentary committee, in a manner that does not suggest that they are guilty of such an offense until such guilt has been established by a final judgment of conviction. Firstly, it will highlight three risks associated with the phenomenon of accusation that this right seeks to address, making it necessary to reevaluate the concepts of the honour and reputation of the accused, judicial impartiality, and the jurisdictional monopoly of ius puniendi from the perspective of the right to the presumption of innocence. Next, a detailed definition of the right and the corresponding obligations of public authorities in our current legal system will be proposed. Subsequently, a possible and structured model of procedural guarantees will be proposed for addressing infringements of this right within the process.*

## Zusammenfassung

-

*Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Untersuchung des sog. Rechts auf die Unschuldsvermutung als eine Regel der ästhetischen Behandlung nenn. Es stellt das ein Ergebnis der Vorarbeiten des EGMR und der Artikel 4 und 5 der Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9. März 2016, wonach jede natürliche oder juristische Person, die verdächtigt oder beschuldigt wird bzw. wurde, eine Straftat begangen zu haben, von den Behörden in einem gegen sie geführten Strafverfahren sowie in jedem anderen gerichtlichen Verfahren und gegenüber der Öffentlichkeit so behandelt werden soll, dass solange ihre Schuld nicht durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, nicht der Eindruck entsteht, sie sei einer solchen Straftat*

schuldig. Zunächst werden drei mit dem Phänomen der Unterstellung verbundene Risiken hervorgehoben, denen dieses Recht entgegenwirken soll und die es erforderlich machen, das Phänomen der Ehre und des Rufs des Angeklagten, der richterlichen Unparteilichkeit und des gerichtlichen Monopols des *ius puniendi* unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf die Unschuldsvermutung neu zu überdenken. Anschließend wird eine detaillierte Definition dieses Rechts und der entsprechenden Pflichten der Behörden in unserem Rechtssystem vorgeschlagen. Anschließend wird ein mögliches und strukturiertes Modell von Verfahrensgarantien für die Antwort auf diese Verstöße gegen dieses Recht im Rahmen des Strafverfahrens vorgeschlagen.

**Title:** *The presumption of innocence as a rule of aesthetic treatment.*

**Titel:** *Die Unschuldsvermutung als Regel der ästhetischen Behandlung.*

-

**Palabras clave:** presunción de inocencia, reputación del acusado, prejuicio de culpabilidad, monopolio jurisdiccional *ius puniendi*, regla de tratamiento

**Keywords:** *presumption of innocence, reputation of the accused, prejudice of guilt, jurisdictional monopoly of ius puniendi, treatment rule*

**Stichwörter:** *Unschuldsvermutung, Ruf des Angeklagten, Vorverurteilung der Schuld, gerichtliches Monopol des ius puniendi, Behandlungsregel*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i3.08

-

Recepción  
05/12/2023

-

Aceptación  
25/03/2024

-

## Índice

-

1. *A modo de introducción: lo que de “kafkiano” tiene el proceso penal*
2. *La reputación del encausado, la imparcialidad judicial y el monopolio jurisdiccional en materia penal desde la óptica de la presunción de inocencia*
  - 2.1. Una primera aproximación a la vertiente estética de la presunción de inocencia
  - 2.2. El triple fundamento de la vertiente estética de la presunción de inocencia
    - a. Evitar que el proceso anticipe la pena
    - b. Evitar la anticipación de la culpabilidad en el juicio: «¡Que pase el condenado!»
    - c. El monopolio jurisdiccional en la constitución de la culpabilidad
3. *La regla de tratamiento estético del encausado*
  - 3.1. La vertiente estética de la presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
  - 3.2. La vertiente estética de la presunción de inocencia en la Directiva (UE) 2016/343
    - a. Artículo 4: referencias públicas a la culpabilidad del encausado
    - b. Artículo 5: las condiciones estéticas de presentación del acusado
  - 3.3. Propuesta de una definición del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente
4. *(Posible) tratamiento procesal de las infracciones a la regla de tratamiento estético*
  - 4.1. Las garantías *procesales* frente a las vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético
  - 4.2. Impugnación de «infracciones individuales»
    - a. Rectificación de declaraciones orales o escritas que afirmen la culpabilidad del encausado
    - b. Impugnación de formas de presentar al encausado en las que no preceda una decisión formal al respecto
    - c. Impugnación de resoluciones judiciales interlocutorias que presupongan al encausado como culpable o tenga como efecto presentarlo como culpable
  - 4.3. El prejuicio de culpabilidad como causa de recusación
  - 4.4. Nulidad y retroacción de actuaciones como efecto pretendido de un motivo de impugnación de la sentencia condenatoria
5. *A modo de conclusión: lo estético de la regla de tratamiento estético*
6. *Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. A modo de introducción: lo que de “kafkiano” tiene el proceso penal\*

Se suele decir que la realidad supera la ficción; pues bien, en ocasiones, la ficción es capaz de dar cuenta de la realidad desvelando aristas y dimensiones que pasan desapercibidas incluso al ojo más atento. Esto es exactamente lo que sucede con las tribulaciones de Josef K. en *El proceso* de KAFKA cuando se trata de pensar acerca del proceso penal. Este autor probablemente no tenía ninguna intención de reflexionar sobre la administración de justicia de la primera República checoslovaca en su novela, ni pretendía redactar un libelo denunciando sus malas praxis; su ambición era mayor y las pesadillas que hace padecer a su protagonista estaban destinadas a hablar de la condición humana. No obstante, esta novela tiene la virtud de hablar del fenómeno de la acusación penal en su esencia. Aunque es sobradamente conocido, debe recordarse que este relato versa sobre la acusación y condena del protagonista por un hecho del que nunca se le informa. Josef K. clama por su inocencia y busca la asistencia y amparo de múltiples personajes para defenderse de una acusación cuyo contenido desconoce. He aquí lo interesante: sus peripecias no son la respuesta frente a una acusación infundada por un homicidio, una agresión sexual, un robo o cualquier otra declinación del Código Penal, sino frente a una acusación en su estado más puro, en su quintaesencia. A Josef K. se le imputa la comisión de un delito –no importa cuál– y su existencia queda sujeta a la potestad de las autoridades judiciales que conocen del proceso penal que se dirige contra él. Quisiera recordar tres episodios de la novela como forma de abrir la discusión sobre el tema que nos ocupa en este artículo.

El primer episodio es el del encuentro de Josef K. con su tío, quien pretende confirmar los rumores de que un proceso penal se dirige contra su sobrino:

«“Sí tío”, dijo K., “es verdad”. “¿Verdad?” exclamó el tío. “¿Cómo puede ser verdad? ¿Qué clase de proceso? ¿No será un proceso criminal?” “Un proceso criminal”, contestó K. “¿Y estás sentado aquí, tan tranquilo, teniendo un proceso criminal a cuestas?”, preguntó el tío levantando la voz. “Cuanto más tranquilo, mejor”, dijo K., “yo no temo nada”. “¡Esto no me puede tranquilizar a mí!”, exclamó el tío. “José, querido José, piensa en ti, en tu familia, en nuestro buen nombre. Hasta ahora eras un motivo de honra para nosotros, tú no puedes convertirte en nuestra vergüenza”. (...) “¿Es que quieres perder el proceso? ¿Sabes lo que esto significaría? Significaría que quedarías simplemente aniquilado, y que toda la parentela sería arrastrada detrás de ti o, al menos, humillada. Josef, domínate. Tu indiferencia me vuelve loco. Mirándote, uno casi daría fe al dicho de que tener semejante proceso encima es como tenerlo ya perdido”»<sup>1</sup>.

Poco importa el contenido concreto de la acusación: el tío se encarga de recordarle al investigado que el deshonor y la humillación ya reposan sobre su espalda y se extienden por la de su familia. Incluso ahí donde la acusación puede versar sobre un hecho delictivo, pero éticamente aplaudible, una cierta marca de infamia recae sobre el acusado. Como ya sostuvo CARNELUTTI, «la afirmación del delito, en cualquier manera que se haga, con carácter definitivo o aun provisorio, se resuelve en la censura de quien lo ha cometido. Justamente el concepto de censura se presta a representar el valor penitencial del juicio penal»<sup>2</sup>. Y es que «el simple hecho de señalar a una

\* Pablo MUYO BUSSAC (pmuyo@ucm.es). Este artículo se enmarca dentro de los resultados del Grupo de Investigación UCM 940446 «Problemas actuales de la justicia y el proceso». Cabe precisar, además, que una parte de los resultados de esta investigación -relativos al análisis de las garantías adecuadas al artículo 4 de la Directiva 2016/343- fueron expuestos en una comunicación defendida en el IX Memorial Manuel Serra Domínguez «Hacia un derecho procesal europeo», celebrado en la Universidad de Valladolid los días 13 y 14 de noviembre de 2023.

<sup>1</sup> KAFKA, *El proceso*, 1984, pp. 94, 96.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 111.

persona como sospechosa, genera automáticamente un recelo social ante ese individuo»<sup>5</sup>. Da igual el delito en concreto, el hecho mismo de ser el sujeto pasivo de un proceso penal comporta el riesgo de ser señalado como un criminal, con las connotaciones simbólicas que conlleva esta etiqueta en toda sociedad humana.

El segundo episodio no es tanto un acontecimiento como una idea que se prolonga a lo largo de toda la novela: aparece una y otra vez la idea de que cualquier esfuerzo defensivo es vano; desde el momento en el que el proceso se dirige contra K., su culpabilidad ya ha sido establecida. No se trata de que los ominosos tribunales corruptos de este universo literario estén libres de cometer errores, sino de que, por el contrario, el prejuicio de culpabilidad queda generado desde el momento en el que el proceso penal se dirige contra una persona. Lo propiamente *kafkiano* de este proceso es que no es un proceso sino un ritual de castigo cuya forma de terminar es cierta y previsible (la condena), sin perjuicio de la máxima inseguridad respecto del momento temporal en el que va a acontecer y la falsa ilusión en la que viven los acusados de que existe una cierta posibilidad de defenderse y de que se reconozca su inocencia. El juicio es la mera confirmación y reproducción del prejuicio: acusar es, por tanto, de alguna forma prejuzgar.

Por último, quiero reseñar el encuentro de nuestro protagonista con el huraño y destartado pintor y retratista de los tribunales en busca de un nuevo aliado para su inútil estrategia defensiva. Solicito ante las peticiones de ayuda, el pintor le pregunta a K. si desea la absolución real, la aparente o la dilación indefinida de su proceso. Pero el pintor le advierte: «he presenciado innumerables procesos en sus fases más interesantes y los he seguido hasta donde era posible, pero no he visto ni una absolución real»<sup>4</sup>. En cambio, sí resultaban posibles las absoluciones aparentes, aquellas en las que se declara la inocencia de la persona, pero que no impiden que los efectos de la acusación se desplieguen en otros ámbitos o que se pueda reabrir otra causa penal contra la misma persona por los mismos hechos.

Abandónese la “crítica” literaria y tráigase a colación los tres problemas anudados al fenómeno real de la imputación o la acusación que vislumbra la novela de KAFKA:

- (i) Toda acusación comporta un carácter aflitivo sobre la persona del encausado. Independientemente de que el hecho por el que se le acuse pueda ser una fuente de orgullo o una marca de estatus en círculos privados, toda acusación es un signo de deshonor, una marca de censura social respecto de esa persona, un elemento que le aliena del resto de la comunidad. Es un factor *penitencial*: el propio proceso adquiere *ya* desde sus inicios el carácter de una pena anticipada.
- (ii) Toda acusación supone el riesgo de que el destino del proceso esté escrito. Un prejuicio de culpabilidad y un riesgo de indefensión material se ciernen sobre la persona del encausado. ¿Cómo asegurar que los argumentos de defensa sean realmente escuchados, atendidos y puedan convencer a quien está llamado a determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado? «Cuando el río suena, agua lleva», dice el refrán.
- (iii) Toda acusación implica la posibilidad de que, aun cuando se haya absuelto al acusado, toda una serie de efectos aflitivos o perjudiciales se desplieguen más allá del proceso. La marca indeleble del estigma de la acusación puede permanecer sobre la cabeza del declarado

<sup>5</sup> NIEVA FENOLL, «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret*, (1), 2016, p. 5.

<sup>4</sup> KAFKA, *El proceso*, 1984, p. 140.

inocente<sup>5</sup>. Es decir, existe el riesgo de que la absolución no sea *real* en el sentido de acallar todos los efectos materiales o jurídicos derivados de haber sido sujeto pasivo de un proceso penal. Cualquiera que haya ejercido alguna profesión jurídica en o ante los tribunales sabe que la absolución de un acusado no significa necesariamente que el acusado sea *inocente* en el sentido popular del término. Esto, sin duda, puede condicionar el tratamiento que del acusado absuelto se haga en otras instituciones: a modo ejemplificativo, puede pensarse en la indemnización del preso provisional absuelto<sup>6</sup>, en el derecho de extranjería<sup>7</sup>, en el juicio social efectuado por otras autoridades<sup>8</sup> o en la permanencia de inscripciones en los registros policiales<sup>9</sup>.

Estas tres clases de problemas son las que pretende afrontar, disciplinar y regular lo que denomino la presunción de inocencia como regla de tratamiento *estético* de quien es o ha sido sujeto pasivo de un proceso penal.

<sup>5</sup> Para un estudio empírico sobre la pervivencia de estigmas y prejuicios sobre las personas injustamente condenadas, véase, CLOW/LEACH, «After innocence: Perceptions of individuals who have been wrongfully convicted», *Legal and Criminological Psychology*, (20), 2015, pp. 147-164. En dicho trabajo se referencian otros estudios empíricos en la misma línea. Quisiera destacar uno de los resultados alcanzados por esta investigación que apoyaría esta tesis sobre los efectos de la acusación en sí misma considerada –sin ser una prueba suficiente y con las prevenciones oportunas, pues el objeto de investigación no es exactamente ese: «*Participants may have assumed that wrongfully convicted persons engaged in previous criminal activity to make them suspects in the first place or, as one of the first author's colleagues once told her, "sure, they might be innocent of that crime but they probably committed other crimes that they got away with". Although some wrongfully convicted persons do have criminal records prior to their wrongful conviction, many have no previous interactions with the criminal justice system. Thus, the assumption that wrongfully convicted persons really are criminals is a false stereotype*» (p. 159).

<sup>6</sup> A esta situación puso remedio nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia que se explicará en este artículo en su STC (Pleno) 85/2019, de 19 de junio (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2019).

<sup>7</sup> Por ejemplo, el artículo 69.1.e) del RD 557/2011 (Reglamento de Extranjería) prevé que pueda denegarse la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena cuando «conste un informe policial desfavorable». Si este informe se basase en antecedentes policiales que no tuviesen un correlato en antecedentes penales, lo cierto es que estaríamos ante una aplicación problemática de esta norma. En este sentido, véase, LARRAURI PIJOAN, «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *InDret*, (2), 2016, pp. 6 ss. Nuestro ordenamiento prevé otra norma “problemática” a este respecto: el artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería (en adelante LOEx): «7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior». Esta renuncia al ejercicio del *ius puniendi* para favorecer la ejecución de una resolución administrativa de expulsión presenta múltiples problemas. Ahora bien, uno de ellos es que pueda basarse en la idea de que la persona extranjera sea culpable del delito del que se le acuse “cualificando” la expulsión administrativa acordada, dándole la legitimidad de una decisión judicial. Sobre el artículo 57.7 LOEx, véase, GARCÍA ESPAÑA, «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-15), 2017.

<sup>8</sup> La dimensión extraprocesal de la vertiente a la presunción de inocencia que se examina en este artículo sirvió de apoyo argumental para la condena a la exministra de Igualdad, Irene Montero, al pago de una indemnización por sugerir en unas declaraciones públicas que la expareja de María Sevilla era un maltratador, a pesar de los múltiples pronunciamientos judiciales en contra que se sucedieron a lo largo del tiempo. Véase, STS 910/2023, Civil, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2529).

<sup>9</sup> Cabe recordar que si para un hecho aparentemente delictivo hubo de intervenir el Cuerpo de Policía Nacional, la Guardia Civil u otro cuerpo de las Fuerzas y Seguridad del Estado a nivel autonómico o local, esa intervención queda registrada en el correspondiente registro de «antecedentes policiales», distinto del Registro Central de Penados, el Registro Central de Delincuentes Sexuales u otro registro en el que se anoten los *antecedentes penales*. La absolución del sospechoso o acusado no conlleva la supresión de oficio de las inscripciones en los correspondientes ficheros, sino que sólo se efectuará a instancia de parte, quedando el «estigma» de esa intervención y quedando plasmado en los correspondientes atestados efectuados posteriormente tras eventuales nuevas actuaciones policiales.

El objetivo de este trabajo consiste, en primer lugar, en realizar una exposición y análisis del contenido de este derecho y las correlativas obligaciones de los poderes públicos y, en segundo lugar, efectuar un estudio y propuesta de las posibles garantías que puedan articularse *dentro del proceso*. En la primera parte, comenzaré sacando a la luz el fundamento de esta vertiente estética para, a continuación, exponer la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) al respecto y la articulación del derecho por parte de la Directiva 2016/343 y, finalmente, ofrecer una exposición sintética y clara de cuáles son el contenido y los límites de este derecho y las correlativas obligaciones principales de los poderes públicos en nuestro ordenamiento vigente. Ello servirá de punto de anclaje necesario para el ejercicio que se realizará en la última parte dedicada a proponer diversas garantías procesales concretas. Huelga decir que para evitar lagunas de protección se deberían prever otra serie de garantías extraprocesales cuando la infracción del derecho sea imputable a poderes públicos distintos de las autoridades involucradas en la persecución de un delito que no pueden simplemente articularse procesalmente. No obstante, dejaré de lado esa cuestión debido a que los efectos *ad extra* de la vertiente estética de la presunción de inocencia están recibiendo más atención que los efectos intraprocesales, sobre los que me detendré.

## **2. La reputación del encausado, la imparcialidad judicial y el monopolio jurisdiccional en materia penal desde la óptica de la presunción de inocencia**

### **2.1. Una primera aproximación a la vertiente estética de la presunción de inocencia**

Esta vertiente del derecho a la presunción de inocencia ha sido largamente ignorada en nuestro país – afortunadamente la situación se ha modificado drásticamente – y es el producto, en primer lugar, de la acción pretoriana del TEDH y posteriormente de la actividad del legislador europeo con la entrada en vigor de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Esta vertiente estética de la presunción de inocencia se refiere al derecho de todo sujeto pasivo del proceso penal<sup>10</sup> a que los poderes públicos (vinculados, o no, a la persecución del delito) se abstengan de hacerle aparecer a través de referencias públicas o resoluciones judiciales o de presentarle, en general, como culpable desde el momento en el que se le imputa materialmente

---

<sup>10</sup> Debe advertirse que, por ejemplo, mientras que desde el estándar de protección garantizado por la Directiva 2016/343, el ámbito de protección se limitaría a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales (artículo 2), una semejante limitación no sería aceptable en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo extenderse también a las personas jurídicas. Como afirma GASCÓN INCHAUSTI, «si el legislador ha querido que a las personas jurídicas se les pueda exigir responsabilidad penal, entonces no tiene más remedio que asumir que serán sujetos pasivos de procesos penales que se beneficien de todas las garantías, pues de otro modo el resultado sería inconstitucional (...), incluida, de forma singular, la presunción de inocencia en su doble vertiente, como regla de tratamiento del imputado y como regla de enjuiciamiento», GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso penal y persona jurídica*, 2012, p. 67. El considerando 14 de la Directiva especifica lo siguiente: «En el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas. Por consiguiente, la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia».

la comisión de un hecho delictivo<sup>11</sup> mientras no recaiga una sentencia condenatoria firme<sup>12</sup>, ya sea ante el público, en el proceso o como presupuesto para la adopción de una decisión dentro o fuera del proceso. Parte de los efectos de esta vertiente del derecho a la presunción de inocencia es lo que la doctrina ha llamado regla de tratamiento extraprocesal o efectos *ad extra* de la presunción de inocencia<sup>13</sup>. Esta caracterización me parece insuficiente y parcial, pues opaca todos los importantes efectos intraprocesales que proyecta esta vertiente estética.

Lo realmente interesante de esta vertiente, como trataré de argumentar, es que obliga a vislumbrar desde su óptica tres problemas fronterizos que no son más que el reflejo de las tres dimensiones *kafkianas* del proceso penal: a saber, la afectación de la reputación del encausado no deberá examinarse (sólo) desde la óptica del derecho al honor (18.1 CE) o el derecho a la vida privada y familiar (8 CEDH y 7 CDFUE), sino, sobre todo, desde la más genérica prohibición de anticipación de la pena; la problemática de los sesgos, los prejuicios o las tomas de posición previas de los órganos jurisdiccionales no deberá afrontarse (sólo) desde el derecho a un juez imparcial y el derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE; 6.1 CEDH), sino desde la perspectiva del respeto a las exigencias de la presunción de inocencia como regla probatoria y de juicio que disciplinan los condicionantes de una sentencia condenatoria constitucionalmente legítima; por último, el monopolio jurisdiccional en materia penal (arts. 1 LECrim y 3 CP) queda reinterpretado a la luz de la presunción de inocencia: no sólo no se impondrá pena alguna salvo al amparo de una sentencia condenatoria firme, sino que sólo el juez ordinario predeterminado por la ley con competencia para conocer el asunto podrá constituir la culpabilidad de un encausado en una sentencia firme de forma exclusiva y excluyente al resto de poderes públicos. Sólo cuando ese órgano haya establecido su culpabilidad en una sentencia firme, el resto de los poderes públicos podrán mostrar al culpable como tal o tomar decisiones con base en ese estatus. Analizar estas tres cuestiones desde la perspectiva de la presunción de inocencia no es baladí, pues como ya advirtió Vittorio GREVI hace medio siglo, este derecho exige coordinar el tratamiento legislativo y judicial del imputado «*sub specie libertatis*», es decir, bajo el aspecto del hombre libre<sup>14</sup>.

Dado el origen supranacional de estas reglas -que analizaré posteriormente- esta vertiente debe inscribirse con coherencia dentro de nuestra concepción de la presunción de inocencia. Sin duda, la noción genérica de presunción de inocencia manejada por el TEDH y en la Directiva 2016/343 es propia de la tradición jurídica del *common law* que centra el núcleo de este derecho en la distribución de la carga de la prueba y el principio *in dubio pro reo*<sup>15</sup>. Difícilmente puede

<sup>11</sup> Podemos definir el concepto de imputación material como la situación por la que «de las actuaciones llevadas a cabo se puede deducir con claridad que el proceso se está dirigiendo, de hecho, contra una persona», sin necesidad de que haya una imputación formal a través de una resolución del tipo que fuere. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Penal. Materiales para el estudio*, 5ª ed., 2023, p. 105.

<sup>12</sup> Nuevamente, como tendremos ocasión de desarrollar más profusamente, debe advertirse un desnivel entre el estándar del legislador comunitario y la doctrina del TEDH en el ámbito temporal y los efectos que desplegaría este derecho: mientras que el artículo 2 de la Directiva limita el ámbito temporal hasta el momento en el que «adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión», en la doctrina del TEDH la presunción de inocencia sigue desplegando sus efectos sin límite temporal en caso de que se haya dictado una sentencia absolutoria (o una resolución con efectos equivalentes, podríamos añadir).

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, DE HOYOS SANCHO, *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, 2020.

<sup>14</sup> GREVI, «Libertà personale dell'imputato (1974)», en EL MISMO, *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, v. I, t. I, 2011, p. 491.

<sup>15</sup> En opinión de Jaime VEGAS el sentido del derecho a la presunción de inocencia otorgado por los textos internacionales vigentes proviene principalmente de la cultura jurídica anglosajona «en la que la presunción de inocencia constituye un principio fundamental del sistema probatorio, que determina que la carga de la prueba de la culpabilidad pesa siempre sobre la parte acusadora. Presunción de inocencia y prueba de la culpabilidad a



encontrarse reflejada meridianamente en esas fuentes normativas la concepción continental-revolucionaria de la presunción de inocencia tal y como quedó plasmada en el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, más centrada en disciplinar el uso de la privación de libertad precondena o, en general, los efectos afflictivos producidos por la represión penal anteriores al momento de la sentencia condenatoria firme. No obstante, esta dimensión sí ha sido reconocida en nuestra tradición –no sin ciertas limitaciones o infradesarrollos<sup>16</sup>.

En todo caso, puede afirmarse que el núcleo de la presunción de inocencia consiste en que el encausado no se encuentre sujeto a los efectos jurídicos y materiales propios de las penas legalmente previstas hasta que no recaiga una sentencia firme que declare su culpabilidad reuniendo las garantías asociadas a la presunción de inocencia como regla probatoria y de juicio o las asociadas al dictado de una sentencia de conformidad. De alguna forma, la semilla de la vertiente estética de la presunción de inocencia ya se encontraba plantada en el concepto de presunción de inocencia que manejaba nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) desde sus orígenes. Así definió este derecho fundamental en 1986: «el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo»<sup>17</sup>.

Esta idea, bien considerada, puede dividirse analíticamente en dos: por un lado, el derecho a la presunción de inocencia protege al sujeto pasivo de la imposición de una pena anticipada (el valor protegido sería, en un sentido amplio, el valor de *libertad*); por otro, el derecho a la presunción de inocencia impone un procedimiento para determinar la culpabilidad (el valor protegido sería el de *verdad* o, más bien, el de *justicia*, en la medida en que la justicia de una decisión judicial se apoya en su capacidad de dar cuenta de la realidad de los hechos acaecidos)<sup>18</sup>, según el cual sólo podrá condenarse a alguien si existe una mínima actividad probatoria en el juicio oral, que ésta se haya practicado y obtenido con todas las garantías, resulte objetiva y suficientemente incriminatoria respecto de todos los elementos constitutivos del delito y sea

---

cargo de la acusación son, pues, conceptos equivalentes en los sistemas jurídicos del área del *common law*». VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, 1992, p. 37.

<sup>16</sup> Recordemos que el artículo 9 de la DUDHC afirmaba que «*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*». La inclusión de este artículo fue obra del abogado DUPORT que, un año después, en su tratado sobre los principios fundamentales de policía y justicia, al comentar la idea de presunción de inocencia insistía en que este derecho estaba destinado a proteger al encausado de ser custodiado en «prisiones malsanas o demasiado incómodas». DUPORT, *Principes fondamentaux de la police et de la justice. Présentés au nom du Comité de Constitution*, 1790, p. 11. Esto entra en contraste directo con la doctrina del TEDH que sostiene que la presunción de inocencia no regula de ninguna manera el régimen penitenciario de la prisión provisional. Así en la clásica sentencia del asunto *Peers c. Grecia* (28524/95), de 19 de abril de 2001, § 76-78, el tribunal consideró que no había violación de la presunción de inocencia por situar al demandante en un régimen penitenciario equivalente al de los penados. No obstante, lo cierto es que alcanzar una conclusión semejante sobre nuestro ordenamiento jurídico nacional no es posible a tenor del artículo 5 de nuestra Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuyo tenor literal es: «El régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos». En todo caso, al respecto de esta tradición de la presunción de inocencia puede verse también D'HAILLECOURT, «Article 9», en CONAC/DEBENE/TEBOUL (dirs.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, 1993; GUILHERMONT, «Qu'appelle-t-on "Présomption d'innocence"», *Archives de politique criminelle*, (1-29), 2007; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 1979; ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, 1987, pp. 134 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, «Presunción de inocencia y prisión sin condena», en EL MISMO (dir.), *Detención y prisión provisional*, 1996, p. 25, entre tantos otros textos.

<sup>17</sup> STC (Sala Primera) 109/1986, de 24 de septiembre (BOE núm. 253, de 22 de octubre de 1986).

<sup>18</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., 2011, pp. 549-550.

valorada conforme a las reglas de la razón y la experiencia, fijándose la culpabilidad más allá de toda duda razonable y recayendo la carga de la prueba en las acusaciones<sup>19</sup>. El hilo que uniría ambas dimensiones es lo que SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES expresó de la siguiente forma: «no hay culpabilidad allende al proceso. (...) La presunción de inocencia (...) significa que el resultado del proceso, condena o absolución, se encuentra abierto hasta que sea dictada la sentencia, porque, de otro modo, no estaríamos ante un proceso, sino ante un mero ritual»<sup>20</sup>. La vertiente estética del derecho a la presunción de inocencia encuentra su lugar en ese intersticio entre *verdad y libertad*, es decir, en el carácter abierto e indeterminado del resultado del proceso y disciplina el trato que debe darse dentro y fuera del proceso por parte de los poderes públicos en general a quien es sospechoso o acusado de ser responsable de un delito. En consecuencia, esta vertiente estética pretende tres cosas, íntimamente ligadas entre sí, pero analíticamente diferenciables:

(i) Proteger al encausado de que el mero hecho de encontrarse sujeto a un proceso penal sea una forma de medida penitencial o una especie de *poena naturalis*<sup>21</sup>; el proceso ni puede anticipar una

<sup>19</sup> VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, 1992, p. 285; GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Penal*, 5ª ed., 2023, pp. 251 ss. Véase también, VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, 1984; MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, 1997.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, 2012, pp. 35-36. En la misma línea, véase STUCKENBERG, «Who is Presumed Innocent of What by Whom?», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, p. 312: «The original task of the presumption of innocence is to maintain the openness of the outcome, which is constitutive of a procedure».

<sup>21</sup> La utilización del concepto de *poena naturalis* en este contexto puede ser problemática: no pretendemos comprometernos con él, sino más bien utilizarlo de forma expresiva y sugerente de lo que hay en juego. No obstante, que el propio proceso pueda desplegar esta clase de efectos es algo que ha sido reconocido por el Tribunal Supremo como fundamento de la atenuante de dilaciones indebidas, no sin fuertes y sólidas críticas doctrinales. Por ejemplo en la STS 288/2016, Penal, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1439), citando a su vez la STS 1387/2004, de 27 de diciembre, se expone que una excesiva duración del proceso constituye «un sufrimiento innecesario e injustificado» para el acusado y que, «en un derecho penal de la culpabilidad como en el sistema vigente –art. 10 del Código Penal–, como recuerda la STC 150/91, el cumplimiento de la pena extingue completamente la culpabilidad, por ello, se estima que (...) es razonable compensar con una reducción de la pena la parte de culpabilidad ya “pagada” por la excesiva duración del proceso». Al abordar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, nuestro TC también ha apuntado a la idea de *poena naturalis*. Por ejemplo, en la STC (Sala Segunda) 153/2005, de 6 de julio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005) afirma lo siguiente: «Este Tribunal, en coincidencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sintetizada en sus SSTEDH de 23 de septiembre de 1997, caso Robins, y de 21 de abril de 1988, caso Estima Jorge), tiene declarado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es invocable en toda clase de procesos, si bien en el penal, en el que las dilaciones indebidas puedan constituir una suerte de *poena naturalis*, debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su consumación (SSTC 109/1997, de 2 de junio, FJ 2, 78/1998, de 31 de marzo, FJ 3, y 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2). En el proceso penal estas demoras tienen mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales, pues en él están en cuestión valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes, entre ellos el derecho a la libertad personal». Si los hechos dañosos posteriores a la comisión del hecho delictivo independientes de la voluntad del autor o partícipe en el delito deben ser subsumidos bajo la categoría de pena natural es algo que a los efectos de este trabajo resulta irrelevante. Lo importante es que la jurisprudencia y el legislador han identificado una dimensión penitencial en el mero hecho de encontrarse encausado por un tiempo excesivamente largo, de tal forma que la compensación del daño por la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no puede verse reparado procesalmente (mediante, por ejemplo, una nulidad de actuaciones), ni –solamente– por vía indemnizatoria por responsabilidad de la administración de justicia, sino, sobre todo, por medio de una atenuación de la pena, por haber «pagado» o expiado parte de la pena que, de no haberse producido el hecho dañoso, habría tenido que cumplir. Este es un hecho sorprendente puesto que, por ejemplo, cuando se vulnera un derecho fundamental sustantivo del encausado en la obtención de fuentes de prueba de cargo, a nadie se le ocurre plantear la posibilidad de tipificar una atenuante por ese motivo, sino que la respuesta adecuada (además de las posibles responsabilidades penales, disciplinarias o patrimoniales) es la exclusión de esa fuente de prueba del proceso. Tampoco sucede esa atenuación de la responsabilidad penal por el sacrificio especial de la libertad personal que constituye la prisión provisional: en caso de que se acabe condenando al preso preventivo, no se disminuye su pena, sino que se compensan los días en los que se ha encontrado privado de libertad en la liquidación de su condena. De esta forma, una atenuación de este tipo supone

pena, ni ser una pena en sí mismo<sup>22</sup>: el hecho de ser sospechoso o acusado no puede convertirse en un factor humillante que menoscabe la dignidad de la que todo hombre libre es acreedor, convirtiendo al proceso en un ritual de castigo en vez de en la sucesión ordenada de actos destinados a una correcta cognición de los hechos en aras de aplicar las consecuencias jurídicas previstas en las leyes.

(ii) Asegurar que el tribunal forme y exprese su juicio de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos al efecto y de acuerdo con la razón, no en un momento anterior mediante una toma de posición previa que cierre el posible resultado del juicio: es decir, proteger al encausado de una anticipación de la culpabilidad en el juicio<sup>23</sup>.

(iii) Garantizar al encausado que su culpabilidad sólo será establecida en el proceso y no fuera de él, de forma que mientras no lo sea, ningún otro poder público pueda deducir consecuencias propias de ella en todo tipo de relación jurídica y que, en caso de absolución firme, dicha absolución sea *real* y no meramente aparente<sup>24</sup>.

## 2.2. El triple fundamento de la vertiente estética de la presunción de inocencia

Antes de entrar en la concreta configuración de este derecho por parte de la doctrina del TEDH o por la Directiva 2016/343, así como los contornos que presentaría a su amparo en nuestro ordenamiento jurídico vigente, es necesario profundizar en este triple fundamento que acabamos de señalar: si no se profundizase en él, la labor de establecer las adecuadas garantías preventivas o reactivas del derecho no tendría el sostén adecuado. Debe insistirse en que el hilo común entre los tres fundamentos se resume en que el proceso sigue abierto y su resultado se encuentra indeterminado y éste es un valor que pretende proteger la presunción de inocencia en todas sus vertientes y dimensiones.

### a. Evitar que el proceso anticipe la pena

En un momento histórico de expansión del derecho administrativo sancionador, con sanciones cada vez más imponentes –p. ej. la sanción máxima por una infracción muy grave prevista en la

---

reconocer que el propio proceso, que es el instrumento para determinar si procede la imposición de una pena o no, es una sucesión de actos que, en sí mismos considerados, produce antes de tiempo una expiación penitencial. Para una aproximación doctrinal al concepto de *poena naturalis*, véanse BACIGALUPO ZAPATER, «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual», en OUVIÑA, *Teorías actuales en el derecho penal, 75º aniversario del Código Penal*, 1998; SERRANO, «La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*)», *Cadernos de Derecho Actual*, (16), 2021; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, 2007, pp. 198 ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «La *poena naturalis* en el Derecho penal vigente», en GARCÍA VALDÉS *et al.*, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 1121 ss.; MAPPELI CAFFARENA, «Pena natural -*poena naturalis*- o daños colaterales en la realización de una infracción penal», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 1003 ss.

<sup>22</sup> STUCKENBERG, *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, p. 313: «The main consequence of this understanding of the presumption of innocence is the forbidden anticipation of punishment before the procedure has come to the determined end. Hence, it is forbidden to conceive the procedure itself as a form of punishment (...) and to tolerate procedural restraints, which can only be explained as serving punitive purposes».

<sup>23</sup> STUCKENBERG, *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, p. 313: «The presumption of innocence would also guard the procedure against any threats to the openness or impartiality of the fact-finding, whether from the outside (excessive media coverage/careless police press releases) or from institutional arrangements (defendant appears in court-shackled and in prison garb, etc.)».

<sup>24</sup> Nuevamente, coincidimos con STUCKENBERG: «If the presumption of innocence protects a given procedure, it also protects the distribution of competences to decide on criminal guilt». STUCKENBERG, *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, p. 313.

LO 4/2015 de Seguridad Ciudadana puede alcanzar los 600.000€–, cabe preguntarse cuál es el elemento diferenciador material y no meramente formal entre este sector de nuestro ordenamiento jurídico y el derecho penal. La respuesta habitual suele ser, sin duda, el tipo de consecuencia jurídica asociada a las infracciones penales que, normalmente, suelen ser más onerosas para el infractor porque pueden implicar la privación de su libertad personal, consecuencia vetada constitucionalmente al derecho administrativo sancionador al amparo del artículo 25.3 CE. No obstante, este criterio queda en entredicho por las importantísimas sanciones pecuniarias o de otra naturaleza que pueden llegar a imponerse por parte de la Administración. En última instancia, el criterio diferenciador fundamental es de naturaleza simbólico-social: el derecho penal describe las conductas máximamente ilícitas<sup>25</sup>, aquellas que merecen un mayor reproche. Piénsese en una situación cotidiana, una comida entre amigos o con familiares, en el que uno de los comensales se queja de que ha sido multado –administrativamente, entiéndase– por dar positivo en alcohol mientras conducía su vehículo. Probablemente se sentirá desinhibido a la hora de narrarlo, se permitirá incluso quejarse y podrá sentir el apoyo del resto de comensales. ¿Qué hubiese sucedido si por haber bebido una copa de más, la tasa de alcohol hubiese superado el umbral del artículo 379.2 CP? ¿Esa misma persona narraría que se encuentra sujeto a un proceso penal por la posible comisión de un hecho delictivo con la misma naturalidad? ¿No es más probable que cierto halo de vergüenza pese sobre su cabeza y el reproche del resto de personas sea más grande? Dos infracciones cualitativamente muy similares dan origen a dos reacciones sociales diferenciadas: en el primer episodio el conjunto de la sociedad lo sigue observando como un conciudadano, en el segundo como un delincuente. La atribución simbólico-social de la condición de delincuente a una persona la separa y aliena del resto de la sociedad, consecuencia que no se obtiene mediante la aplicación del derecho administrativo sancionador.

Este efecto se produce desde el momento mismo en el que el proceso penal se dirige contra una persona, a pesar de que no exista certidumbre de ningún tipo acerca de si resultará condenado o no. De acuerdo con CARNELUTTI, «la pena principia con el aflorar de la sospecha contra una persona en el ánimo de un oficial o de un agente de la policía judicial y se realiza (...) a través de la instrucción, el debate y la expiación»<sup>26</sup>, es decir, «no hay acto del juicio que no ocasione un sufrimiento a quien es juzgado»<sup>27</sup>. Ello se produce, en su opinión, porque una de las dimensiones *penitenciales* de la pena, entre otras, sería la humillación del condenado, humillación que comenzaría desde el momento mismo de la imputación. ¿Qué entendía por humillación? Una humillación, que asocia a la idea de humildad como contrapuesta a la idea de soberbia, es la «reducción del soberbio a la humildad, esto es, el efecto de alguna cosa por la cual él se siente reducido a menos de aquello que se había creído»<sup>28</sup>. Pero CARNELUTTI identificaba varias formas de humillación diferenciadas en cuanto a su intensidad u objeto y todas ellas reconducibles, en última instancia, a la estima social y propia, en definitiva, a la reputación del reo, destinadas a hacerle sentir «*el desprecio de lo que él ha apreciado*, habiendo despreciado a los otros y apreciado a sí mismo»<sup>29</sup>: las medidas destinadas a (i) hacerle perder un *status dignitatis* (pérdida de honores, cargos electivos, empleos públicos o, incluso, derechos de participación política), (ii) a constituir un *status indignitatis* (p.e., la inscripción de una condena en un registro de antecedentes penales) y (iii) las medidas de censura social del comportamiento imputado<sup>30</sup>. Es en la censura social en la

<sup>25</sup> DE LA OLIVA SANTOS *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., 2003, p. 30.

<sup>26</sup> CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 72.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 73.

<sup>28</sup> CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 109.

<sup>29</sup> CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 110.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, pp. 110-112.

que CARNELUTTI identifica al proceso como pena: «la verdad es que la afirmación del delito, en cualquier manera que se haga, con carácter definitivo o aun provisorio, se resuelve en la censura de quien lo ha cometido. Justamente el concepto de censura se presta a representar el valor penitencial del juicio penal»<sup>31</sup>.

En este sentido, es útil reseñar las muy ilustrativas palabras sobre su paso por el sistema de justicia penal y los efectos sociales producidos por su imputación de Anónimo García, artista satírico, condenado por un delito contra la integridad moral por la creación junto con el grupo Homo Velamine de una página web anunciando un falso tour recorriendo el trayecto efectuado por los condenados en el caso de la Manada destinada a denunciar el tratamiento mediático del suceso:

«En primer lugar, está el rechazo de muchas personas, cercanas y no. Mucha gente con la que guardaba una relación estrecha y cariñosa me empezó a considerar un ser abominable. (...) También está la amenaza constante de que se difunda tu nombre y foto por los medios de comunicación, que asociarían a toda clase de podredumbre. (...) Junto a ello también está el sentimiento de culpa. ¿Qué he hecho tan grave para que el sistema me quiera recluir? Que te acusen de ir en contra de las normas sociales es el castigo más duro, porque supone expulsarte del grupo y arrebatarte toda sensación de pertenencia y arraigo. Ojo a esto que se dice fácil pero se siente difícil»<sup>32</sup>.

El derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético está, por tanto, destinado a garantizar que los efectos penitenciales inherentes al proceso sean los menores posibles. Se trata de asegurarse de que, ante la mirada ajena, la culpabilidad de un sujeto no sea percibida como cierta antes de tiempo, que el proceso sigue abierto y su resultado indeterminado. Debe protegerse la apariencia del encausado ante los ojos de la sociedad no para preservar su honor, sino para preservarle del sufrimiento producido por el sentimiento de humillación y vergüenza generado por el reproche social por la comisión de un hecho delictivo. Se trata, en suma, de, por una parte, no amplificar la «noticia» de la imputación o acusación, para que el círculo de personas que puedan verle como una persona alienada de la comunidad sea lo menor posible y, por otra parte, de no censurar anticipadamente comportamientos que no han sido debidamente probados en juicio dado el elemento *humillante* que contiene que una autoridad te señale como un delincuente.

Esto conlleva naturalmente que se aborde, por un lado, la relación de las autoridades implicadas en la persecución en el delito con los medios de comunicación -máxime en una sociedad hiperconectada por las redes sociales y los medios de comunicación gracias a internet- y, por otro, el lenguaje empleado y las decisiones de cómo debe mostrarse al acusado en público y en el proceso que empleen y adopten las autoridades competentes para ello.

b. *Evitar la anticipación de la culpabilidad en el juicio: «¡Que pase el condenado!»*

El que fuera teniente fiscal, Pedro MARTÍNEZ, recordaba en una tribuna en el diario *El País* de 15 de agosto de 2006 que, en su primer destino en 1982, el presidente del tribunal «se dirigía al ujier con esa frase: “¡Que pase el condenado!”», para indicar que se iniciaba la audiencia y el acusado

<sup>31</sup> CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 111.

<sup>32</sup> Puede leerse el testimonio entero en el *post* de Anónimo García titulado «¿Cómo es pasar por un proceso penal?», publicado el 1 de marzo de 2021 en el perfil de Homo Velamine de la red social *Ko-fi*. Disponible en línea en el siguiente enlace: <https://ko-fi.com/post/Como-es-pasar-por-un-proceso-penal-Z8Z33SXJX>

debía presentarse ante el tribunal»<sup>33</sup> a fin de que se celebrase el juicio en el que, paradójicamente, debía dirimirse si era inocente o culpable. Quizás los modos en los que se exprese esta idea sean menos obscenos y mucho menos frecuentes hoy en día en nuestros juzgados y tribunales, pero el modelo *kafkiano* del «¡que pase el condenado!» es un riesgo latente en todo sistema de represión del delito. Su antítesis es un proceso vertebrado por la vertiente de la presunción de inocencia que estamos analizando.

TARUFFO señalaba que una de las dimensiones de las decisiones judiciales era la *dialéctica-diacrónica*. Esto quiere decir que «la decisión judicial no proviene de *uno actu* al final del proceso, sino que es el resultado final de un procedimiento largo a través del cual se formulan y adquieren las premisas que determinarán la decisión» a través de «una secuencia de argumentos provenientes de varios temas con diversas finalidades», siguiendo «un esquema dialéctico que determina la estructura misma del procedimiento»<sup>34</sup>. Este dinamismo dialéctico que transcurre a lo largo del tiempo ya había sido puesto de manifiesto con gran acierto por GOLDSCHMIDT en su teoría del proceso como situación jurídica, según la cual las normas procesales operan como «medidas del juez y resultan que tienen el carácter de promesas o amenazas de una conducta determinada del juez, en último término de una sentencia de contenido determinado». Así:

«Los lazos jurídicos de los individuos que se constituyen correspondientemente son *expectativas* de una sentencia favorable o *perspectivas* de una sentencia desfavorable. Pero a la sentencia precede el proceso, y puesto que es una lucha por el derecho, las expectativas de una sentencia *favorable* dependen *generalmente* de un acto procesal anterior de la parte interesada, el cual tiene éxito. Al contrario, las perspectivas de una sentencia *desfavorable* dependen *siempre* de la omisión de tal acto procesal de la parte interesada. Ahora bien, la parte que se encuentra en la situación de proporcionarse por un acto una ventaja procesal tiene una *posibilidad* u *ocasión* u *oportunidad* procesal. Al contrario, cuando la parte tiene que practicar un acto para prevenir a una desventaja procesal, le incumbe una *carga* procesal»<sup>35</sup>.

Ahora bien, en un proceso penal en el que rija con mayor fuerza el principio acusatorio, el *nemo tenetur se ipsum accusare* y en el que la presunción de inocencia distribuya la carga formal y material de la prueba sobre los hechos constitutivos de la responsabilidad criminal, puede afirmarse que, desde la perspectiva *goldschmidtiana*, la defensa (i) no debe levantar ninguna carga<sup>36</sup>, sino que lo que tiene son exclusivamente oportunidades procesales para influenciar al órgano jurisdiccional a fin de que la sentencia le sea favorable, y (ii), *a priori*, tiene la *expectativa* de una sentencia favorable aun cuando desaprovechase todas las oportunidades u ocasiones procesales para defender su posición, siempre y cuando no observe que la o las acusaciones hiciesen un uso provechoso de las suyas y levantasen todas las cargas procesales que le imponga la ley procesal –a diferencia de un proceso *kafkiano* en el que el acusado tiene, de entrada, *perspectivas* de una sentencia desfavorable.

La perspectiva de la condena que pueda generarse intersubjetivamente en esta dimensión diacrónica del proceso sólo puede constituirse por la calidad y contundencia de la actuación de

<sup>33</sup> Puede leerse la tribuna entera en el siguiente enlace: [https://elpais.com/diario/2006/08/15/madrid/1155641064\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2006/08/15/madrid/1155641064_850215.html)

<sup>34</sup> TARUFFO, «Sobre la complejidad de la decisión judicial», *Precedente*, (1), 2012, p. 186.

<sup>35</sup> GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935*, 2016, p. 49.

<sup>36</sup> Evidentemente, existen múltiples cargas de la defensa a lo largo del procedimiento, incluso que pueden afectar a la sentencia: por ejemplo, ésta tiene la carga de recurrir en apelación la sentencia condenatoria si no quiere que devenga firme y quiere obtener su revocación o nulidad.

la acusación, pero nunca por una anticipación de la opinión del órgano jurisdiccional: la decisión final adoptada en sentencia (o en el auto de procesamiento o de transformación o de apertura de juicio oral o equivalentes, en función de la fase procesal en la que nos encontremos) se construye en la conciencia del juez en una sucesiva serie de actuaciones que transcurren a lo largo del tiempo. Pero, y he aquí lo que me interesa, en definitiva, esa decisión no puede manifestarse más que en sentencia y no en un momento anticipado a lo largo del proceso. En caso contrario, lo que se establece es un prejuicio de culpabilidad contra el acusado.

Dicho lo cual es importante señalar cómo *no* interpretar este fundamento de la vertiente del derecho a la presunción de inocencia o qué perspectiva *no* debe abordarse en la ideación de los instrumentos concretos para garantizar el derecho. No debe olvidarse que el presupuesto material de todo proceso penal es la pervivencia de la apariencia de la comisión de un hecho delictivo atribuible a un determinado sujeto (persona física o jurídica) que exija la actuación de los poderes públicos involucrados en la persecución y represión penal<sup>37</sup>. Este es el equivalente, con las salvedades oportunas, del concepto de *interés* en el resto de los órdenes jurisdiccionales<sup>38</sup>. Analíticamente pueden dividirse las causas de desaparición del presupuesto material del proceso penal en función de dos ejes: hecho/sujeto y cuestión fáctica/cuestión jurídica. Por ejemplo, la muerte del sujeto pasivo del proceso penal determina el archivo inmediato de las actuaciones respecto de su persona, pues su responsabilidad criminal quedaría extinguida: se trata de una circunstancia subjetiva y jurídica que afecta al presupuesto material del proceso. Otro supuesto: si al finalizar la fase de instrucción no se han reunido suficientes elementos probatorios para sostener la acusación frente a alguien, procederá el sobreseimiento provisional respecto de esa persona, aun cuando el hecho en sí considerado pueda ser demostrado y revista la apariencia de un hecho delictivo. En los ordenamientos procesales en los que rija con mayor o menor fuerza el principio de oportunidad, otro criterio más a valorar será el interés social en la persecución del delito<sup>39</sup>.

Ahora bien, la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético sólo opera desde el momento en el que el proceso se dirige contra alguien, imputándole la comisión de un hecho delictivo. Pero, y aun cuando parezca contraintuitivo en este momento del argumento, un

<sup>37</sup> GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal penal*, 5ª ed., 2023, p. 27; DE LA OLIVA SANTOS *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., 2003, p. 190.

<sup>38</sup> GASCÓN INCHAUSTI define la noción de interés como sigue: «El interés, por ello no debe confundirse con el fondo del asunto en sí, sino con la afirmación –y en su caso, demostración– de que el fondo del asunto es «litigioso», «controvertido» y, por ende, debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales. (...) Así entendido, el concepto de interés es la respuesta a la pregunta de por qué es necesaria la tutela judicial que pide el actor frente al demandado. Éste es, a nuestro juicio, la verdadera función del interés como condición de la acción: evitar tutelas innecesarias». GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, 2003, p. 28. En materia penal, el presupuesto material del proceso, que expresa la existencia de un interés estatal de persecución del delito, no es estrictamente un presupuesto de la acción, puesto que el titular del *ius puniendi* no es ninguna de las partes acusadoras. En todo caso, expresa la misma idea de que la actividad jurisdiccional sólo se justifica si es necesaria para la consecución de los fines del derecho penal y la represión del delito. La cercanía entre ambos conceptos se hace más patente si cabe en los ordenamientos procesales en los que rige con mayor fuerza el principio de oportunidad frente al de legalidad. Mientras que los modelos inspirados fuertemente por el principio de legalidad se apoyan en una concepción retributiva del derecho penal que exige siempre la actuación de los poderes públicos ante todo hecho delictivo, en aquellos que sean permeables al principio de oportunidad las consideraciones sobre la necesidad social y la conveniencia de la pena en el caso concreto –dando prioridad a la función preventivo-general y preventivo-especial de la pena– muestran que, incluso en materia penal, pueden existir tutelas innecesarias aun cuando exista un hecho con apariencia delictiva imputable a un sujeto determinado. A este respecto, véase, ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 2000, p. 89 ss.

<sup>39</sup> A este respecto puede leerse una interesantísima exposición que se realiza sobre el ejercicio del derecho de acusar en el contexto británico en DAMIÁN MORENO, *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, 2014.

proceso penal informado y vertebrado por el derecho a la presunción de inocencia es uno que no puede admitir que se investigue o acuse a alguien sin que el fundamento de la imputación supere un umbral de probabilidad lógica racional y creciente a medida que progresa en sus fases. No puede iniciarse o proseguirse una investigación *contra alguien* basada en meras conjeturas o intuiciones ni ir a la pesca de indicios sin otros previos que fundamenten la actividad investigadora<sup>40</sup>.

Por ello la presunción de inocencia como regla estética no debe interpretarse como una forma *hipócrita* de ocultar o maquillar la existencia del *fumus delicti comissi* que da sostén a la imputación. Al contrario: debe ser una forma de reafirmar el carácter *aparente y provisional* del título de imputación mientras no se haya dictado una sentencia firme por la que se constituya la culpabilidad del autor.

Esto ha sido, en mi opinión, bien visto por el legislador europeo al delimitar negativamente el artículo 4 de la Directiva 2016/343. En la segunda parte del apartado primero el precepto reza lo siguiente: «Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo». Al insistir en que esta clase de actos no son contrarios a la presunción de inocencia, no se hace más que explicitar que sólo hay y puede haber proceso ahí donde exista un fundamento y que hay actuaciones (como la adopción de medidas investigativas restrictivas de derechos fundamentales o la medida de prisión preventiva) que no pueden adoptarse sin un previo examen de la fiabilidad e intensidad de ese fundamento. Pero ello no es óbice para insistir en que el proceso sigue abierto y su resultado indeterminado, pues es *la verdad*; e insistir en esa *verdad* es una garantía de que así sea.

Como corolario, no se trata únicamente de insistir en lo que el *fumus* tiene de humo, sino en disciplinar también la forma de construir ese juicio de apariencia. Descender la mirada del humo hasta aperebrar la hoguera que lo origina: ¿qué la alimenta? ¿Una interpretación sesgada de los indicios de cargo o la valoración ponderada de «las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo»<sup>41</sup>? La misma pregunta se impone al juicio de culpabilidad en sentencia: ¿se funda en un prejuicio o en un auténtico juicio? Por tanto, nuevamente, la vertiente *estética* de la presunción de inocencia no puede ser el biombo tras el que ocultar los prejuicios o los sesgos, sino, al contrario, una forma de exigir luz y taquígrafo en el proceso; no es una máscara teatral con la que interpretar el rito judicial, sino una auténtica imposición para tomarse la función jurisdiccional *en serio* y *actuar* con la dignidad y exigencia que acompaña el cargo.

Si por el tipo de ejercicio intelectual que efectúan los jueces y magistrados se han establecido no sin fundamento comparaciones con la profesión del historiador<sup>42</sup>, al menos en lo que respecta al juicio histórico sobre los hechos que deben efectuar, no debe tampoco soslayarse la comparación con la profesión de actor: cierto dramatismo debe anidar en el rito judicial, una forma de puesta en escena y de dramaturgia se impone para constituir el simbolismo de la autoridad y la potestad

<sup>40</sup> No están permitidas en nuestro ordenamiento las causas generales, que puede definirse como «un proceso penal que da cobertura a aquella investigación ilimitada o que se instrumentaliza al servicio de esto último; de un proceso, en fin, en que se investiga cualquier hecho delictivo sin particularizar ninguno o a una persona sin tener noticia previa del hecho o hechos delictivos que ésta hubiera podido cometer». AGUILERA MORALES, *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, 2008, p. 51.

<sup>41</sup> Artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>42</sup> A este respecto, véase, TARUFFO, «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 2021, pp. 13-39.



del juez. Pero no sólo por la toga o determinadas formalidades que puedan imponerse, sino también por la forma en la que debe comportarse: se espera del juez que actúe como *juez*, es decir, como tercero que debe dirimir una controversia entre la afirmación y la negación de una hipótesis acusatoria. En la tensión entre el juez como historiador y el juez como actor es donde se inscribe - al menos en lo que respecta a los órganos jurisdiccionales- esta vertiente de la presunción de inocencia. El oficio y el *ethos* del juez le exigen una superación de sí mismo<sup>43</sup> como individuo constituido socialmente y con sus rasgos de personalidad particulares. En el momento en el que se pone la toga, su cosmovisión del mundo, sus sesgos y sus conocimientos deben quedar, en la medida de lo posible, detrás de la puerta del juzgado. Su conciencia debe ser una suerte de *tabula rasa*<sup>44</sup> y su conocimiento deberá nutrirse exclusivamente del material que se vaya formando conforme al procedimiento legalmente previsto para ello con un espíritu crítico y objetivo. El juez deberá actuar con contención y sobriedad, porque la actitud que debe adoptar y encarnar es la propia del escéptico, la *epojé*, es decir, la suspensión del juicio «por el que ni se rechaza ni afirma nada»<sup>45</sup>, hasta que la ley le obligue a decidir -y lo estará conforme al principio de prohibición del *non liquet* en múltiples ocasiones, no sólo en sentencia-, momento en el que hará decantar la balanza de un lado u otro. Pero si en algo existe consenso es en que la presunción de inocencia disciplina cómo, cuándo, quién y por qué se toma la decisión de declarar culpable e imponer una pena al sujeto pasivo del proceso penal. La vertiente estética de la presunción de inocencia protege a la presunción de inocencia como regla probatoria y de juicio, por la vía de exigir que ese juicio de culpabilidad no quede anticipado y la forma de actuar de los jueces y magistrados quede igualmente disciplinada hasta que llegue el momento de tomar esa decisión. Y quien está llamado a no afirmar ni rechazar nada, pero lo tendrá que hacer en un momento dado, deberá estar también abierto a ser convencido adecuadamente por una u otra posición: ello debe quedar transparentado a lo largo del proceso y encarnado por el juez.

Ahora bien, el fenómeno de los prejuicios o tomas de posición previa de los órganos jurisdiccionales ha sido analizado tradicionalmente desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, perspectiva que, en mi opinión, no da cuenta de lo que hay en juego en este caso. La noción de imparcialidad judicial manejada por el TEDH es la siguiente: un órgano jurisdiccional será imparcial siempre y cuando se encuentre ausente de prejuicios, sesgos o toma de posición previa<sup>46</sup>. El examen acerca de la existencia de un prejuicio o sesgo que comprometa su imparcialidad debe realizarse según un doble test<sup>47</sup>:

<sup>43</sup> CADIET/NORMAND/AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2010, p. 82.

<sup>44</sup> Esta idea de *tabula rasa* es la que se encuentra, por ejemplo, en el origen de la técnica procesal italiana del «*doppio fascicolo*»: las actuaciones documentadas en la fase de instrucción a disposición del órgano sentenciador serán mucho más reducidas que las que se encuentren a disposición de las partes. La idea de fondo sería evitar que los resultados de las diligencias de investigación de la fase de instrucción accedan al conocimiento del órgano sentenciador, influenciando su juicio y cognición del asunto, a pesar de que sean actuaciones sin valor probatorio. Se habla también de “virginidad psicológica” del juez. CAMON *et al.*, *Fondamenti di Procedura penale*, 3ª ed., 2021, pp. 520 ss.

<sup>45</sup> SEXTO EMPÍRICO, *Esbozos pirrónicos*, 2014, p. 63. También valdría como equivalente la máxima *wittgensteiniana* según la cual *de lo que no se puede hablar hay que callar*.

<sup>46</sup> En inglés el Tribunal emplea el concepto de *bias* cuya traducción al castellano más correcta, a mi parecer, es «sesgo»; en cambio, en francés emplea el concepto de *parti pris* que, en castellano, debería ser traducido como «toma de postura previa». El matiz semántico entre ambos conceptos me parece relevante y expresa dos dimensiones interesantes de la imparcialidad, íntimamente conectadas. Pero, mientras que el sesgo es un vicio del juicio, la toma de postura previa puede responder a factores externos a la facultad intelectual de juzgar, por ejemplo, cuando el juez está influenciado por una amistad o enemistad con una de las partes o tenga un interés en la causa. En esos casos, el juez podría vislumbrar perfectamente cuál es la solución correcta al caso, desviándose de ella por un interés espurio.

<sup>47</sup> Por ejemplo, en el STEDH de 15 de octubre de 2009, caso *Micallef c. Malta*, §95, el Tribunal afirma lo siguiente: «*impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways*».

(i) El primer criterio es el *test subjetivo*: se deberá examinar «la convicción personal y el comportamiento del juez para determinar si demuestran una toma de posición previa o un prejuicio personal»<sup>48</sup>.

(ii) El segundo criterio es el *test objetivo*: se trata de examinar si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable sobre su imparcialidad a los ojos de un observador externo<sup>49</sup>. Lo que hay en juego sería no sólo el *ser* del Tribunal (es decir, el que efectivamente y en la realidad sea imparcial), sino también su *aparencia* y *reputación* de cara a «asegurar la confianza que los tribunales deben inspirar a la sociedad en una sociedad democrática, incluido en la persona del acusado»<sup>50</sup>. O como ya afirmó en 1984 en el asunto *De Cubber c. Bélgica*, «*justice must not only be done: it must also be seen to be done*»<sup>51</sup>.

Las categorías de análisis de nuestro TC respecto de la imparcialidad judicial difieren de las del TEDH, sin perjuicio de que aborden de forma similar este fenómeno. Integrado el derecho a un juez imparcial dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del 24.2 CE<sup>52</sup>, define la imparcialidad judicial como «la obligación de ser ajeno al litigio», no pudiendo el juez «asumir procesalmente funciones de parte» ni «mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra»<sup>53</sup>.

El TC distingue igualmente una vertiente subjetiva y otra objetiva de la imparcialidad judicial, pero que no se corresponden con las del TEDH. Así, la vertiente subjetiva «garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en las que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas»<sup>54</sup>; en cambio, la vertiente objetiva, «referida al objeto del proceso, (...) asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él», es decir, que «se acerquen al mismo sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso»<sup>55</sup>.

En el fondo lo que hay en juego es evitar que el juez tome partido internamente por una decisión antes del momento procesal oportuno para ello, cerrando la puerta a los argumentos de sentido contrario. La idea de imparcialidad manejada es, por tanto, bastante amplia. El problema radica en que una categorización de la imparcialidad en estos términos es problemática conceptualmente. Como ya puso de manifiesto MONTERO AROCA, la imparcialidad judicial debe ser definida estrictamente como la prohibición de que el juez sirva «a la finalidad subjetiva de

<sup>48</sup> STEDH de 2 de marzo de 2021, caso *Kolesnikova c. Rusia*, § 51.

<sup>49</sup> STEDH de 23 de abril de 2015 caso *Morice c. Francia*, § 73: «*according to an objective test, that is to say by ascertaining whether the tribunal itself and, among other aspects, its composition, offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality*».

<sup>50</sup> STEDH de 23 de abril de 2015 caso *Morice c. Francia*, § 78.

<sup>51</sup> STEDH de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber c. Bélgica*, § 26. Esta máxima ya fue empleada en la STEDH de 17 de enero de 1970, caso *Delcourt c. Bélgica*, § 31.

<sup>52</sup> Al no ser un derecho singularmente positivizado en la Constitución, pero siendo un requisito fundamental de la función jurisdiccional y de la justicia de un proceso y una decisión, la imparcialidad se ha visto ligada a este derecho que «tiene un marcado carácter residual y subsidiario» y «desempeñaría, entonces, una actividad integradora respecto de aquellos instrumentos de protección atípicos o no expresamente reconocidos». CALDERÓN CUADRADO, «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de Derecho Público*, (10), 2000, p. 160.

<sup>53</sup> STC (Pleno) 121/2021, de 2 de julio (BOE núm. 161, de 7 de julio de 2021).

<sup>54</sup> STC 121/2021.

<sup>55</sup> STC 121/2021.

alguna de las partes en un proceso, esto es, que su juicio ha de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión»<sup>56</sup>. Mientras que para la noción de imparcialidad judicial lo fundamental es que la fuente del prejuicio o la toma de posición sea o pueda ser una influencia ajena al proceso que le anime a beneficiar o perjudicar a una parte, para la presunción de inocencia la fuente del prejuicio es irrelevante, siendo el momento temporal en el que se expresa el aspecto más importante. Se exige contención y sobriedad en las manifestaciones escritas u orales del órgano jurisdiccional, así como en las decisiones que pueda adoptar en el ejercicio de las funciones de dirección procesal, no sólo como una forma de esconder un posible prejuicio que se vaya formando y generar una apariencia de limpieza del proceso, sino para reafirmar que el resultado del proceso sigue indeterminado y que su convicción no está todavía formada. Con la positivización de la vertiente estética de la presunción de inocencia, una concepción tan expansiva de la imparcialidad judicial como la operada por el TEDH o el TC no es adecuada, sin perjuicio de que los mecanismos de protección puedan ser muy parecidos, puesto que en el corazón de ambos derechos se encuentra la protección frente al prejuicio judicial.

En definitiva, el fenómeno del prejuicio, los sesgos o las tomas de posición previas en el proceso penal deben leerse no sólo desde la noción de imparcialidad judicial o el principio del juez no prevenido o contaminado (incompatibilidad de funciones entre juez instructor y juez enjuiciador, e incompatibilidad entre juez que dicta una resolución y juez que resuelve un recurso devolutivo frente a la misma), sino también desde la idea de la presunción de inocencia. No obstante, no se trata de sustituir el modelo de «¡que pase el condenado!» por el de «¡que pase el inocente!», sino simplemente por el de «¡que pase el acusado!».

### c. *El monopolio jurisdiccional en la constitución de la culpabilidad*

MONTERO AROCA puso de relieve que las sociedades civilizadas han tomado tres decisiones en lo relativo al derecho penal o, en términos generales –añado–, en la gestión del castigo de los comportamientos máximamente ilícitos, sea cual sea la fuente normativa que tipificase esos comportamientos, que se traducirían en tres monopolios. El primer monopolio sería la exclusividad estatal en la «determinación del derecho penal en general y en su aplicación al caso concreto»<sup>57</sup>, es decir, la expropiación a los particulares de su poder natural de venganza y la prohibición de la justicia privada en materia penal. Esto se traduciría, por un lado, en la prohibición de autotutela y en la prohibición de disposición de las consecuencias jurídico-penales por parte de los particulares<sup>58</sup>. El segundo monopolio consistiría en atribuir de forma exclusiva y excluyente a los órganos jurisdiccionales la potestad de declarar e imponer penas, respecto del resto de órganos que componen los distintos poderes del Estado<sup>59</sup>. Finalmente, el

<sup>56</sup> MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales (el sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*, 1999, pp. 187-188. Véase también, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, 1997, pp. 86 ss. Una definición similar de imparcialidad es adoptada por BACHMAIER WINTER. En su opinión, la parcialidad se produciría cuando existan «influencias de circunstancias subjetivas y ajenas al caso», sin perjuicio de que haya circunstancias subjetivas del juez vinculadas a su personalidad, sus circunstancias sociales o su trayectoria biográfica que sean inevitables, que terminen por decantar la decisión a favor o en perjuicio de una de las partes. BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*, 2008, p. 22.

<sup>57</sup> MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, p. 16.

<sup>58</sup> MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, pp. 17-18.

<sup>59</sup> MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, pp. 18-19.

último monopolio sería la exclusividad procesal, es decir, que los tribunales «han de utilizar necesariamente el medio que es el proceso, no pudiendo imponer penas de cualquier otra forma» lo que habría «llevado a prohibir aplicaciones del derecho penal que no se realicen precisamente con las garantías del proceso»<sup>60</sup>.

Esto, en última instancia, provocaría en su opinión dos consecuencias –entre otras que no viene al caso reseñar–: por un lado, no existiría en esa clase de ordenamientos, entre los que se inscribe claramente el nuestro, «relación jurídica material penal, ni un derecho subjetivo a la imposición de una pena por quienes ejecutan la acción penal, pues la aplicación del Derecho penal pertenece exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, no estando atribuido a las partes, ni siquiera al Ministerio Público» y, por otro lado, al no existir «aplicación del Derecho penal por órganos distintos de los órganos jurisdiccionales, ni fuera del proceso, (...) los términos delito, proceso y pena [serían] correlativos y no [existirían] uno sin los otros»<sup>61</sup>. O lo que viene a ser lo mismo: el *ius puniendi*, el derecho de penar, es un derecho «justicial» «porque exclusiva e inmediatamente tiende a una realización procesal»<sup>62</sup> y la culpabilidad es *constituida* en sentencia, no existiendo allende al proceso<sup>63</sup>: toda sentencia condenatoria a una pena, incluye un pronunciamiento constitutivo de la culpabilidad, como presupuesto necesario para la imposición de la misma. Mientras que la efectividad y realización de la inmensa mayoría de las ramas del derecho civil puede –y es deseable que así sea– cumplirse *fuera* del proceso (p. ej. que las partes cumplan con el contrato en su integridad), ello no es posible con el derecho penal. El hecho dañoso que se produce en la realidad sólo será delito si una sentencia condenatoria firme así lo establece, pero seguirá siendo un hecho dañoso que pueda ser indemnizable y cuya indemnización por la responsabilidad civil extracontractual podrá seguir siendo satisfecha más allá del proceso.

Esta situación que, en principio, no es más que una elección social y política en la forma de gestionar el uso de la violencia para combatir comportamientos socialmente reprobados, adquiere nuevos tintes desde la óptica de la presunción de inocencia en su vertiente estética. Los efectos *ad extra* de esta regla no son sólo una forma de reafirmar que el Estado ha monopolizado en la jurisdicción y en el proceso la realización del derecho penal, sino que brinda un derecho subjetivo público al sospechoso, acusado o absuelto firme a que se respete esta exigencia de monopolio y reserva jurisdiccional y procesal en la constitución de la culpabilidad y la imposición de una pena. Lo que resulta lógico, pues este monopolio y reserva es una *garantía* del particular

<sup>60</sup> MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, pp. 20.

<sup>61</sup> MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, pp. 44.

<sup>62</sup> GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 2016, p. 26. Este mismo autor efectúa la siguiente apreciación –muy pertinente– unas páginas antes (p. 23): «Pero desde que la pena pública ha reemplazado a la composición privada, y, por consiguiente, el proceso penal se ha destacado del proceso civil, el proceso penal requiere sus propias categorías adecuadas a la esencia de su objeto, el derecho del Estado de penar. Como la pena es una manifestación de la justicia distributiva, corresponde el *ius puniendi* al tribunal mismo, es decir: el derecho de penar coincide con el poder judicial de condenar al culpable y de ejecutar la pena. La concepción de la exigencia punitiva desconoce que el Estado titular del derecho de penar realiza su derecho en el proceso no como parte, sino como juez. En efecto, fuera de los derechos judiciales mencionados, no hay derecho de penar. El primero, a saber, el poder de condenar al culpable es un derecho potestativo. Es anterior al proceso, porque nace del delito según la ley penal, pero ha de ejercerse esencialmente en el proceso, porque corresponde sólo al titular de la jurisdicción, que es el representante de la justicia humana; es pues un derecho potestativo. Este parecer podría basarse en que la medición de la pena tiene un carácter constitutivo. Pero la medición de la pena no altera la naturaleza condenatoria de la sentencia penal, como tampoco en lo civil la valuación del daño transformaría la sentencia condenando al demandado a una indemnización en una sentencia constitutiva. El poder judicial de condenar al culpable es un derecho potestativo sólo en el sentido de que se necesita una sentencia condenatoria para que se pueda irrogar el mal de la pena al delincuente».

<sup>63</sup> CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, 2018, p. 309; CARNELUTTI, *Lecciones sobre el Proceso Penal*, 2019, p. 116.

frente al monopolio estatal de la violencia (física y/o simbólica): el *ius puniendi* sólo puede ejercitarse respetando las reglas del proceso justo y con todas las garantías, porque es la forma más civilizada que los seres humanos hemos hallado hasta la fecha de lidiar con los conflictos dentro de la sociedad. Permitir que otros poderes del Estado y las personas que lo encarnen presenten como culpable o adopten decisiones con base en una presuposición de esta clase, supone permitir que se huya de las garantías propias del proceso en el establecimiento de efectos aflictivos por la realización de determinados comportamientos. Defender que uno no es culpable hasta que no haya una sentencia condenatoria firme (tras la celebración de un juicio o tras prestar conformidad) es un mecanismo de protección del individuo frente al poder estatal. No sólo debe contenerse el órgano jurisdiccional *durante* el proceso, sino que también deben contenerse el resto de los poderes públicos.

### 3. La regla de tratamiento estético del encausado

#### 3.1. La vertiente estética de la presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El núcleo sobre el que giraría la doctrina del TEDH es que la presunción de inocencia tal y como queda recogida en el artículo 6.2 CEDH exige que los miembros del tribunal que conocen del proceso que se dirige contra un sospechoso o acusado no partan de una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa<sup>64</sup>. En este sentido, esta vertiente del derecho prohibiría la expresión prematura de la culpabilidad del acusado. Para violar esa prohibición podría bastar cualquier razonamiento que *sugiera* esa culpabilidad<sup>65</sup>, sin perjuicio de que se pueda expresar, como resulta lógico, que sobre el sujeto pasivo del proceso penal recae la sospecha de haber cometido un delito<sup>66</sup>. De hecho, podría violarse esta vertiente de la presunción de inocencia en una sentencia *absolutoria* cuando la motivación de la misma diese pie a pensar que, en realidad, el acusado es culpable<sup>67</sup>.

Como explica GASCÓN INCHAUSTI, «el entronque más fuerte de esta dimensión de la presunción de inocencia no es con el derecho al honor, sino con el derecho a un tribunal imparcial y libre de prejuicios: ésta es la principal preocupación para el TEDH y éste es, en definitiva, el fundamento del enfoque que brinda a estas situaciones»<sup>68</sup>. Ahora bien, lo cierto es que el despliegue de efectos de esta prohibición no es del todo coherente con esta consideración inicial por tres motivos:

(i) El ámbito personal de los sujetos obligados a respetar la presunción de inocencia no se limita a las autoridades judiciales, sino que se amplía al resto de poderes públicos, estén vinculados al proceso penal o no (p.e. oficiales de policía, miembros del gobierno, fiscales, o el presidente del Parlamento)<sup>69</sup>. Además, aun cuando, como regla general, las expresiones prematuras de

<sup>64</sup> STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso *Barberà, Messegú y Jabardo c. España*, § 77.

<sup>65</sup> STEDH de 10 de febrero de 1995, caso *Allenet de Ribemont c. Francia*, § 35.

<sup>66</sup> STEDH de 27 de febrero de 2007, caso *Nestak c. Eslovaquia*, § 89. Debe precisarse que, en este asunto, el Tribunal consideró que sí hubo una violación del derecho a la presunción de inocencia.

<sup>67</sup> STEDH de 15 de enero de 2015, caso *Cleve c. Alemania*, § 45. Véase también a este respecto el interesantísimo comentario de los más ilustres procesalistas italianos y alemanes de mitad del siglo XX sobre un supuesto similar en ESCOBEDO, *Le sentenze suicide*, 1942. Se acuñan los conceptos de «sentencias suicidas» y «antimotivación» en los casos de sentencias absolutorias que contienen una clara motivación inculpatória en aras de ser revocadas en instancias superiores.

<sup>68</sup> GASCÓN INCHAUSTI, «Lizaso Azconobieta c. España: dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor», en ALCÁCER GUIRAO/BELADIEZ ROJO/SÁNCHEZ TOMÁS (coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2013, p. 372.

<sup>69</sup> Con cita de otros asuntos, véase el STEDH de 15 de octubre de 2013, caso *Gutsanovi c. Bulgaria*, § 193.

culpabilidad que sean imputables a entidades privadas o particulares no puedan analizarse desde la perspectiva de la presunción de inocencia, sino a lo sumo del artículo 8 CEDH, siempre y cuando no sean la reproducción de la información provista por las autoridades<sup>70</sup>, lo cierto es que también este Tribunal ha considerado que determinadas campañas mediáticas virulentamente adversas sí podrían comprometer la presunción de inocencia<sup>71</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo acierta a la hora de ampliar el alcance personal de sujetos obligados, pero ello no puede encontrar su justificación únicamente en que en que mostraría un prejuicio de culpabilidad por parte del tribunal o que esas declaraciones podrían impactar en la correcta formación del juicio por parte del órgano sentenciador. Dos fundamentos suplementarios deben entrar en juego: por una parte, evitar que el proceso se convierta en una pena, disminuyendo el carácter humillante producido por la censura social; por otra parte, reafirmar la reserva de jurisdiccionalidad en el establecimiento de la culpabilidad y los efectos aparejados a ella. Si un ministro declara en una rueda de prensa que un acusado es culpable prematuramente, no hay motivos para pensar que esa declaración, por sí misma, pueda repercutir en un tribunal libre de prejuicios.

(ii) El ámbito temporal del derecho produce una escisión en dos: las declaraciones de culpabilidad de una autoridad pública deben recibir un trato diferenciado en función de si ha recaído una sentencia absolutoria o una resolución distinta con efectos equivalentes como nuestro auto de sobreseimiento libre, o no. Si este derecho despliega sus efectos desde el momento en que recae una sospecha sobre el sujeto pasivo, su protección «sólo cesa cuando un acusado ha sido correctamente declarado culpable»<sup>72</sup> mediante una sentencia firme. Ahora bien, mientras no exista una resolución con efectos absolutorios y efecto de cosa juzgada, las autoridades pueden seguir declarando, con las prevenciones oportunas, que existen sospechas frente a un determinado individuo. Ello ya no sería posible después de la absolución:

«el Tribunal ya ha tenido la ocasión de subrayar que la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado ya no es aceptable después de una absolución definitiva (...). Una vez la absolución sea definitiva – incluso cuando se produzca por el beneficio de la duda conformemente al artículo 6.2 – la expresión de dudas sobre la culpabilidad, comprendidos aquellos extraídos de los motivos de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia»<sup>73</sup>.

Si el fundamento de esta extensión temporal de la presunción de inocencia fuese únicamente lograr un tribunal sin prejuicios de culpabilidad, ¿por qué proyectar sus efectos más allá de la finalización del proceso penal cuando hay una sentencia absolutoria?

<sup>70</sup> STEDH de 7 de mayo de 2019, caso *Mityanin y Leonov c. Rusia*, § 102 y 103.

<sup>71</sup> En la STEDH de 14 de diciembre de 2004, caso *Anguelov c. Bulgaria*, el Tribunal afirma lo siguiente: «*Finally, as regards the applicant's allegation that the proceedings were unfair on account of the fact that the press ran articles about them in the morning of 8 November 2000, the Court accepts that, in certain cases, a virulent press campaign can adversely affect the fairness of the trial and involve the State's responsibility (see Jespers v. Belgium, no. 8403/78, Commission decision of 15 October 1980, Decisions and Reports (DR) 22, p. 100). This is so with regard to the impartiality of the Court under Article 6 § 1 as well as with regard to the presumption of innocence embodied in Article 6 § 2 (see Ninn-Hansen v. Denmark (dec.), no. 28972/95, ECHR 1999-V)*». Sería interesante reflexionar acerca de si las campañas mediáticas adversas y virulentas que no comprometan la imparcialidad del órgano jurisdiccional pudieran recibir un tratamiento sustantivo similar al de las dilaciones indebidas: ¿por qué no imaginar una causa de atenuación de la responsabilidad criminal como forma de compensar la humillación pública y sobreexposición del encausado ante el público? Quizás esto no sea nada más que una mera ocurrencia, pero considero que una de las posibles soluciones justas a los juicios paralelos agresivos sea ésta.

<sup>72</sup> STEDH de 15 de enero de 2015, caso *Cleve c. Alemania*, § 45.

<sup>73</sup> STEDH de 25 de septiembre de 2008, caso *Paraponiaris c. Grecia*, § 32.

(iii) El ámbito material de esta prohibición de declarar la culpabilidad no establecida legalmente no ha sido limitado al proceso penal en el que se dirime la responsabilidad criminal del encausado, sino que el Tribunal también lo ha extendido a otros procedimientos judiciales o administrativos o comisiones parlamentarias de investigación<sup>74</sup> paralelos o subsiguientes a la absolución: este derecho, recuerda el tribunal, «excluye una declaración de culpabilidad allende al proceso penal seguido ante el tribunal competente, irrespectivamente de las salvaguardias procesales que se sigan»<sup>75</sup>. En suma, el TEDH ha creado un cuerpo doctrinal en el que ha determinado una serie de efectos *estéticos* de la presunción de inocencia que van más allá del propio proceso penal en el que se tiene que dirimir la inocencia o culpabilidad del encausado.

### 3.2. La vertiente estética de la presunción de inocencia en la Directiva (UE) 2016/343

Siguiendo la senda de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, el legislador comunitario ha positivizado la vertiente estética de la presunción de inocencia en sus artículos 4 y 5, relativos a la prohibición de efectuar referencias públicas a la culpabilidad del encausado y a la prohibición de presentar físicamente al sospechoso o acusado como culpable ante el público y/o en el proceso<sup>76</sup>.

#### a. Artículo 4: referencias públicas a la culpabilidad del encausado

En el artículo 4.1, se preceptúa que:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo».

A su vez, el artículo 4.3 especifica que esta obligación «de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público».

<sup>74</sup> Respecto de las comisiones parlamentarias de investigación, véase el STEDH de 18 de febrero de 2016, caso *Rywin c. Polonia*, § 208.

<sup>75</sup> STEDH de 3 de octubre de 2002, caso *Bohmer c. Alemania*, § 67.

<sup>76</sup> Para un análisis pormenorizado de las disposiciones de la Directiva, véanse, VILLAMARÍN LÓPEZ, «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», *InDret*, (3), 2017; GONZÁLEZ MONJE, «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», *Revista General de Derecho Europeo*, (39), 2016; y, GUERRERO PALOMARES, «Algunas cuestiones y propuestas sobre la construcción teórica del derecho a la presunción de inocencia, a la luz de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, del parlamento europeo y del consejo, por la que se refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO (dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, 2018, pp. 143 ss. Para un análisis global de las directivas europeas en material de garantías en el proceso penal, con comentarios sobre esta directiva, véase, ARANGÜENA FANEGO, «Las directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español», *Revista de Estudios Europeos*, (extra 1), 2019, pp. 5 ss.

En el considerando 17 define el concepto de declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas como «cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos, bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad».

En el considerando 16, se especifica que las «declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable» y ofrece ejemplos de actos o resoluciones que no vulnerarían *per se* la presunción de inocencia: «el escrito de acusación» o «las resoluciones relativas a la prisión preventiva, siempre y cuando no se refieran al sospechoso o acusado como culpable»<sup>77</sup>. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)<sup>78</sup> se ha pronunciado también sobre otra clase de resoluciones o actos y las condiciones que deben revestir: en los procedimientos con varios coacusados por un mismo hecho y en los que quepa una conformidad respecto de una parte de ellos, el TJUE ha señalado que la sentencia de conformidad podrá hacer mención del resto de acusados si (i) la referencia al coacusado que se declara inocente resulta necesaria para calificar jurídicamente la responsabilidad criminal de quien se conforma y (ii) que se establezca que en la sentencia de conformidad no se está declarando la culpabilidad del coacusado, que será objeto de prueba y de una sentencia diferenciadas<sup>79</sup>. Esto mismo estableció ya no respecto de la sentencia, sino también del acuerdo de conformidad<sup>80</sup>.

En lo que respecta a la difusión de información a través de los medios de comunicación, el considerando 18 de la Directiva ofrece los siguientes ejemplos de difusión legítima: «cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal», «se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente» o cuando «se facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público». Ahora bien, se precisa igualmente que «el recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses» y que, «en cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley».

El artículo 4 no es especialmente ambicioso y se inscribe claramente en la línea de la jurisprudencia del TEDH. No obstante, debe tenerse en cuenta que este derecho quedaría limitado, *desde el nivel de protección comunitario*, a las personas físicas y durante la pendencia del

---

<sup>77</sup> En la STJUE de 19 de septiembre de 2019 C-310/18, el TJUE reitera que la adopción de resoluciones preliminares de naturaleza procesal, como la decisión de mantenimiento o prórroga de la prisión provisional, basada en sospechas o indicios de cargo, son compatibles con la presunción de inocencia siempre y cuando no se refieran al sospechoso como culpable. Ahora bien, especifica que la Directiva no regula las condiciones en las que las medidas de prisión preventiva deben ser adoptadas. En el Auto TJUE de 12 de febrero de 2019, C-8/19, el Tribunal aclara, además, que la presunción de inocencia no se opone a que el órgano judicial que deba adoptar la medida de prisión «sopese las pruebas de cargo y de descargo que se le presenten y motive si resolución no solo indicando las pruebas en que se ha basado, sino también pronunciándose sobre las objeciones de la defensa de la persona de que se trate, siempre que la resolución que se adopte al respecto no se refiera a la persona privada de libertad como culpable».

<sup>78</sup> Para un análisis de la jurisprudencia del TJUE al respecto de la Directiva, véase DAMINOVA, «The CJEU Faced with 'Presumption of Innocence' Directive 2017/343. Reshaping the ECHR Standards?», en CZECH *et al.*, *European Yearbook on Human Rights 2022, 2023*, pp. 137 ss.

<sup>79</sup> Auto TJUE de 25 de mayo de 2020, C-709/18.

<sup>80</sup> STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-377/18.



proceso penal. De alguna forma, el alcance temporal y personal del derecho, al menos como se colige literalmente de la Directiva, es menor que el estándar del TEDH. Ahora bien, tampoco debe olvidarse la cláusula de no regresión del artículo 13 de la Directiva que, en realidad, relativiza en grandísima medida este apunte.

*b. Artículo 5: las condiciones estéticas de presentación del acusado*

Ahí donde la Directiva sí da un paso más que el TEDH es en el artículo 5:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física.

2. El apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar los medios de coerción física que sean necesarios por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas».

Es cierto que, más allá de las referencias públicas a la culpabilidad, el TEDH también había abordado estos fenómenos desde la óptica del artículo 6.2 CEDH por la forma en la que se *presentaba* al acusado en prisión provisional ante el público y en el proceso, aunque quizás de forma más tímida<sup>81</sup>: por ejemplo, en los asuntos *Samoila y Cionca c. Rumanía*<sup>82</sup> y *Jiga c. Rumanía*<sup>83</sup> consideró que la obligación de llevar en público indumentaria carcelaria fuera del contexto penitenciario, cuando los acusados podían disponer de su propia vestimenta civil, era contraria a la presunción de inocencia, en la medida en que era «susceptible de reforzar en el seno de la opinión pública la impresión de su culpabilidad». Del mismo modo, en el asunto *Ramishvili y Kokhraidze c. Georgia* afirmó que «el confinamiento del acusado dentro de una cabina que parecía una jaula metálica, sumado a la presencia de “fuerzas especiales” en la sala de vista (...) [constituían] medidas humillantes e injustificadamente estrictas de contención durante la vista pública, que fue retransmitida a todo el país, [que] empañaron la presunción de inocencia, cuyo respeto es de vital importancia en todas las fases del proceso penal»<sup>84</sup>.

En todo caso, nuevamente, debemos completar el alcance del artículo 5 de la Directiva con los considerandos que lo acompañan para su interpretación:

«(20) Las autoridades competentes deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas. La posibilidad de aplicar medios de coerción física no implica que las autoridades competentes deban adoptar una decisión formal sobre el uso de tales medios.

<sup>81</sup> Marie-Aude BEERNAERT considera que «la Cour européenne des droits de l'homme se montre toutefois assez prudente en la matière, et n'a jusqu'ici retenu de violations de la présomption d'innocence que dans des affaires où les mesures appliquées étaient illégales ou manifestement non justifiées», BEERNAERT, «Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense», en PICOD/VAN DROOGHENBROECK, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2020, p. 1012.

<sup>82</sup> STEDH de 4 de marzo de 2008, caso *Samoila y Cionca c. Rumanía*, § 99-100. En este caso los acusados comparecieron ante la Corte de Apelaciones en indumentaria de prisión.

<sup>83</sup> STEDH de 16 de marzo de 2010, caso *Jiga c. Rumanía*, § 101-103.

<sup>84</sup> STEDH de 27 de enero de 2009, caso *Ramishvili y Kokhraidze c. Georgia*, § 132.

(21) Cuando resulte viable, las autoridades competentes tampoco deben presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión, para evitar dar la impresión de que esas personas son culpables».

El acento ya no reside en las manifestaciones de las autoridades públicas respecto de la persona encausada, sino en la forma en la que se le hace comparecer ante el público y en el proceso. Tres son las cuestiones que entran en juego, a pesar de la pobre técnica legislativa empleada, y que pueden comprometer el derecho a la presunción de inocencia: (i) el uso de medios coercitivos sobre el encausado; (ii) la configuración del espacio reservado para el investigado/acusado en las salas de vistas; y (iii) la apariencia física del acusado. La división es meramente analítica y expositiva pues estas tres dimensiones se imbrican entre sí: por ejemplo, el uso de “jaulas de cristal” supone el empleo de un medio coercitivo, pero afecta también a la configuración del espacio reservado para el investigado/acusado en la sala de vistas; si además hay vigilancia policial o el cristal dificulta la visión del acusado, también condiciona su apariencia física ante el público y los operadores jurídicos.

Al menos en lo que respecta al uso de medios coercitivos «personales», es decir, aquellos que implican una restricción física directa sobre el cuerpo del encausado, la tradición anglo-americana de *common law* hacía ya tiempo que le venía prestando cierta atención. La matriz de estas reflexiones puede situarse en la denominada *Blackstone's rule*. En efecto, ya en 1769, William BLACKSTONE en su *Commentaries of the Laws of England* afirmó que el acusado «debía comparecer al juicio sin cadenas, ni ningún tipo de grillete o de atadura, excepto si existe un riesgo evidente de fuga»<sup>85</sup>. Un siglo antes, Edward COKE ya recogía la máxima anterior en los siguientes términos: «Si el criminal comparece en juicio para contestar, deberá hacerlo sin cadenas o cualquier tipo de atadura, de forma que su dolor no le arrebatase de ninguna forma su razón»<sup>86</sup>. Aunque los orígenes históricos de esta regla estaban vinculados principalmente a disciplinar la apariencia física del acusado ante el *jurado* y se fundamentaba en facilitar la autodefensa<sup>87</sup>, su progresiva vinculación con el derecho a la presunción de inocencia no se hizo esperar mucho: «las reglas de *common law* reconocían que los medios coercitivos podrían distorsionar la percepción del carácter del acusado»<sup>88</sup>. Así, en palabras de HAWKINS en su decimonónico *Pleas of the Crown*, el acusado «no debía comparecer bajo ninguna forma de desdén, como por ejemplo con las manos atadas o con cualquier otra marca de ignominia o

<sup>85</sup> «Must be brought to the bar without Irons, or any manner of shackles or bonds; unless there be evident danger of an escape». BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, v. IV, 16<sup>a</sup> ed., 1825, p. 323.

<sup>86</sup> «If felons come in judgment to answer, they shall be out of Irons and all manner of bonds, to that their pain shall not take away any manner of reason», COKE, «The Third Part of the Institutes of the Laws of England Concerning High Treason, and other Pleas of the Crown and Criminal Causes», *The Institutes of the Laws of England*, (4), 1628-1664, p. 34.

<sup>87</sup> LEHR, «Brought to the Bar: The Constitutionality of Indiscriminate Shackling in Non-Jury Criminal Proceedings», *Northern Kentucky Law Review*, (48-1), 2021, pp. 3 ss. Este autor explica lo siguiente (pp. 3-4): «Shackling restrictions in criminal proceedings have a long history in Anglo-American law. These restrictions may have developed in response to criminal trials' unique nature in the early modern English period – the late sixteenth and seventeenth centuries. Criminal trials were not organized proceedings with lawyers and strict procedural rules; rather, criminal trials were direct, relatively unstructured altercations between the accuser and accused, absent defence counsel or prosecution. Accordingly, the ability of a criminal defendant to defend himself or herself was of primary concern. The burdensome physical restraints of the period posed a legitimate threat to that ability, as period restraints inflicted great physical pain on defendants and, consequently, hindered criminal defendants' abilities to use their mental faculties. In response, the common law adopted a rule stating that, absent an evident danger of escape, criminal defendants were to be free of restraints to ensure full use of their reasoning in defending themselves».

<sup>88</sup> MAROUF, «The Unconstitutional Use of Restraints in Removal Proceedings», *Baylor Law Review*, (67- 214), 2015, p. 224, traducción propia.

reproche, excepto si hubiese algún peligro de fuga»<sup>89</sup>. No obstante, no fue hasta el 2005 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos vinculó específicamente el uso de medios coercitivos sobre la persona del acusado al derecho a la presunción de inocencia en el asunto *Deck v. Missouri*<sup>90</sup> en los términos siguientes: «el uso de medios coercitivos visibles menoscaba la presunción de inocencia y la justicia del juicio de hecho. (...) Sugiere al jurado que el sistema de justicia en sí estima una “necesidad de separar al acusado del resto de la comunidad”»<sup>91</sup>. Ahora bien, dado el enfoque adoptado -similar al del TEDH- centrado en evitar prejuicios a la hora de realizar el juicio de hecho, la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha hecho extensiva esta relación entre medios coercitivos y presunción de inocencia a las actuaciones procesales realizadas ante un juez profesional, a los que se les presumiría la capacidad de no verse afectados por la forma de presentar al acusado<sup>92</sup>.

Resulta, por tanto, de gran interés que, atendiendo a que los Estados miembros de la UE cuentan con muchos más jueces profesionales en sus jurisdicciones penales, estas consideraciones se hayan hecho extensivas a toda clase de juicios, sin atender a si el órgano enjuiciador está compuesto por jueces legos o jueces profesionales, lo que, por otra parte, se compadece mucho mejor con las investigaciones empíricas al respecto<sup>93</sup>.

Otro gran acierto de la Directiva es situar la ubicación del acusado en la sala de vistas como un elemento que debe ser analizado desde la perspectiva de la presunción de inocencia<sup>94</sup>. Merece

<sup>89</sup> «Ought not be brought to the Bar in a contumelious Manner; as with his Hands tied together, or any other Mark of Ignominy and Reproach, unless there be some Danger of Escape», citado en MAROUF, *Baylor Law Review*, (67-214), 2015, p. 224 y LEHR, *Northern Kentucky Law Review*, (48-1), 2021, pp. 4-5.

<sup>90</sup> «Visible shackling undermines the presumption of innocence and the related fairness of the factfinding process. (...) It suggests to the jury that the justice system itself sees a “need to separate a defendant from the community at large”», *Deck v. Missouri*, 544 U.S., 2005.

<sup>91</sup> Es interesante destacar que esta sentencia considera que el uso indiscriminado de medios coercitivos no sólo puede afectar a la presunción de defensa, sino también al derecho a una defensa y participación efectiva en el proceso, así como a la dignidad y decoro del proceso.

<sup>92</sup> LEHR critica que no se haya hecho extensivo a los actos celebrados ante el juez en atención a los descubrimientos de las ciencias empíricas, LEHR, *Northern Kentucky Law Review*, (48-1), 2021. Esta misma crítica puede localizarse en MAXWELL, «Judges Judge Too: Analyzing the Shackling of Criminal Defendants in Nonjury Proceedings», *Penn State Law Review*, (125-1), 2020, pp. 289 ss. Igualmente, véase, ETEMAD, «To Shackle or not to Shackle? The Effect of Shackling on Judicial Decision-Making», *Review of Law and Social Justice*, (28-2), pp. 349 ss. No obstante, algunas Cortes Supremas de ciertos Estados sí que han reconocido esta relación; véase la reseña efectuada por MAROUF, *Baylor Law Review*, (67-214), 2015, pp. 228 ss.

<sup>93</sup> Además de los trabajos citados en la nota anterior, véanse los siguientes trabajos sobre los sesgos y procedimientos heurísticos que afectan a los jueces profesionales, demostrando que, igualmente, son susceptibles al mismo nivel que los jueces legos de sucumbir en ciertos errores cognitivos. STEIN/DROUIN, «Cognitive Bias in the Courtroom: Combating the Anchoring Effect through Tactical Debiasing», *University of San Francisco Law Review*, (52-3), 2018, pp. 393 ss.; PEER/GAMLIEL, «Heuristics and Biases in Judicial Decisions», *Court Review*, (49-2), 2013, pp. 114 ss.; FARIÑA/ARCE/NOVO, «Anchoring in Judicial Decision-Making», *Psychology in Spain*, (7-1), 2003, pp. 56 ss.; GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, «Inside the Judicial Mind», *Cornell Law Review*, (86-4), 2001, pp. 777 ss.

<sup>94</sup> A este respecto, véanse los interesantísimos trabajos multidisciplinares de Linda MULCAHY: MULCAHY, *Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law*, 2011, pp. 59 ss.; MULCAHY, «Putting the Defendant in Their Place: Why Do We Still Use the Dock in Criminal Proceedings», *British Journal of Criminology*, (53-6), 2013, pp. 1139 ss. Quisiera rescatar dos citas de este último trabajo: «The pre-conviction incarceration of the accused in a separate enclosure at the margins of the courtroom, isolated from counsel and supporters, can be understood as a form of punishment through process, or, in Foucauldian terms, as a trace of torture in the modern criminal justice system» (p. 1140). «As Rosen (1966) has argued: For a man (or woman) to stand in the dock is a humiliating and degrading experience. He is isolated from his legal adviser. He is a man apart. He is the cynosure of all eyes. He is placed, as it were, in a pillory, and must feel he is an object of scorn and derision. Persons who have been acquitted have stated that their sojourn in the dock has been the part of their ordeal they have found hardest to bear. (Rosen 1966: 296-7) (...) The use of the dock has also prompted concerns that the containment of the defendant interferes with the presumption of innocence. Specific reference has been made by the Ministry of Justice (2010) to the importance of avoiding a 'cage like

una mención expresa a este respecto la STS 811/2021, Penal, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:811) en la que se realiza una magnífica e interesantísima reflexión sobre la figura del banquillo de los acusados y la escenografía judicial en general desde la perspectiva del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia que llega a sobrepasar el enfoque de la Directiva, que se limita a problematizar el uso de ciertas ubicaciones como las jaulas de cristal, es decir, aquellas que resultan más agresivas para el acusado:

«en la audiencia del juicio se toman un número muy significativo de decisiones que no giran solo sobre las reglas de desarrollo del debate o de producción de los medios de prueba. También se adoptan decisiones que inciden en las condiciones comunicativas, simbólicas o escénicas en que aquel se desenvuelve. Ambos grupos de decisiones interactúan permitiendo observar la profunda relación que existe entre la justicia sustancial de la decisión final y el modo en que se haya desarrollado el rito que la precede. La dirección de la vista reclama un decidido y activo compromiso con las finalidades comunicativas del acto procesal y con los valores constitucionales y metajurídicos que deben configurarlo. Entre otros, la efectiva garantía de los derechos a la igual consideración y respeto, a la defensa y a la presunción de inocencia como regla, además, de tratamiento. El juicio oral es, también, un acto de reconocimiento a las personas que intervienen en el mismo de su condición de ciudadanas, de titulares de derechos. Una verdadera precondition para su efectivo ejercicio. Por ello, cuestiones "escénicas" como las de la ubicación de las partes en la sala de justicia, la posición en la que deben participar o los mecanismos de aseguramiento de las personas que acuden como acusadas pueden adquirir una relevancia muy significativa. Muchas Salas de Justicia responden, originariamente o por inercia, a una concepción histórica determinada y, sobre todo, a una plasmación de un imaginario simbólico que no se ajusta de la mejor manera posible a las exigencias constitucionales y convencionales de garantía del derecho a un proceso justo y equitativo.

Un ejemplo muy claro de lo antedicho se encuentra en la ubicación de la persona acusada en la Sala. Nuestra escenografía tradicional, en la que sigue presente el "banquillo", parece responder a una suerte de regla consuetudinaria que vendría a cubrir la ausencia de precisa regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre dónde debe situarse la persona acusada -silencio normativo que convierte en paradójica la regla del artículo 786 bis LECrim, introducida por la Ley 37/2011 sobre medidas de agilización procesal, por la que se establece que el representante de la persona jurídica inculpada en el proceso penal deberá ocupar en la sala "el lugar reservado para la persona acusada". Ese ignoto "lugar reservado para la persona acusada" suele situarse, sin norma que lo justifique, de frente al tribunal, a las espaldas, por tanto, del espacio de práctica probatoria y, con no menos frecuencia, a una distancia insalvable del abogado defensor. La persona acusada suele ser el único partícipe del proceso que no puede visualizar la expresión y el rostro de los testigos y peritos que deponen en el acto del juicio. Esa "deslocalización" de la persona acusada puede transmitir una imagen estigmatizante, poco compatible con su condición de persona inocente, confirmatoria de lo que ha venido a denominarse por la sociología jurídica como una predicción social creativa de culpabilidad que, por lo demás, siempre acecha en los procesos penales».

En definitiva, gracias al artículo 5 de la Directiva, se ha abierto explícitamente y de forma inapelable<sup>95</sup> la veda a reflexionar sobre los condicionantes escenográficos del rito judicial desde

---

*oppressive environment for the defendant' (para. 6.4), but the dock could be said to create an impression that the defendant needs to be segregated from others because they are dangerous. For some commentators, anyone sitting in the dock surrounded by security guards is bound to look guilty (Rosen 1966; Kirk 2012; Howard League 1976b; Law Society 1966a; Morton 2005). As The Guardian expounded in 1966, 'Set in an isolated pen with rails all around him, the accused has already been moved significantly out of the common run of men: he looks different from us' (The Guardian 1966c 10). Others have argued that the use of the dock does not just make people look guilty, it makes them feel guilty (Gifford 1986) and that this effectively means that that punishment does not have to wait until conviction (Wright 1996)» (p. 1144).*

<sup>95</sup> Debe ponerse de relieve que nuestro legislador nacional ya reflexionó sobre la cuestión desde la perspectiva del derecho de defensa cuando en el artículo 42.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado estableció que «el acusado

la óptica de la presunción de inocencia. No sólo se trata de prohibir que un magistrado afirme «¡Que pase el culpable!», sino también que, al entrar a la sala de vistas, la impresión generada sea la de que «ha entrado el culpable»: y no sólo porque eso pueda condicionar el resultado final del proceso al generar un sesgo irracional e inconsciente en la persona o personas llamadas a juzgar los hechos, sino porque el mensaje transmitido es la de que se está juzgando a alguien que ya se encuentra condenado, lo que compromete sin género de dudas la justicia y equidad del proceso que precede a la decisión final.

### 3.3. Propuesta de una definición del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente

Expuesto todo lo anterior, es el momento de definir el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético de quien es o ha sido sujeto pasivo de un proceso penal, tal y como debería entenderse *vigente* en nuestro ordenamiento jurídico por una lectura cruzada de nuestra jurisprudencia constitucional, la doctrina del TEDH y la Directiva 2016/343.

Este derecho, en los términos que se expondrán, debe entenderse vigente por dos razones: en primer lugar, porque ante la ausencia de transposición de la Directiva en esta materia en el plazo previsto para ello<sup>96</sup>, por considerarse en nuestro país que nuestro ordenamiento reflejaba ya suficientemente sus disposiciones<sup>97</sup>, cabe entender que al reconocerse derechos en los artículos 4 y 5, estos despliegan efectos directos y los particulares pueden invocarlos ante los órganos

---

o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores». En opinión de CHOZAS ALONSO esta decisión fue no solamente «importante desde el punto de vista formal (...) sino también desde el material, puesto que potencia al máximo el ejercicio del derecho de defensa del acusado. Esta afortunada supresión plástica del *banquillo del acusado*, que le aislaba del resto de las personas participantes en el acto vista –incluso de su propio defensor –, deja paso a la comunicación directa entre éste y su abogado, lo cual permite un cumplimiento más idóneo del art. 6.3.d. CEDH». CHOZAS ALONSO, «Artículo 42. Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en DE LA OLIVA SANTOS (coord.), *Comentarios a la Ley de Jurado*, 1999, p. 451. Sin perjuicio de que este tipo de preocupaciones sobre la escenografía judicial no sea novedoso, lo cierto es que su lectura desde el prisma de la presunción de inocencia y no sólo desde la mirada del derecho de defensa es algo que, sencillamente, no puede ignorarse. Para un estudio empírico sobre el impacto del diseño y la disposición espacial de la sala de vista sobre los tribunales de jurado, véase ZHANG, «Spatial Cognition in the Courtroom: A Quasi-Experimental Study of the Influence Canadian Courtroom Design Has on Jury Cognition», *The Young Researcher*, (3-1), pp. 33 ss.

<sup>96</sup> La fecha para la transposición de la Directiva finalizó el 1 de abril de 2018 de acuerdo con su artículo 14.

<sup>97</sup> El Gobierno, respondiendo a la pregunta del senador Joan COMORERAS ESTARELLAS acerca de si resultaba necesaria la transposición de la Directiva, afirmó lo siguiente el 15 de enero de 2019: «En relación con el asunto interesado, se señala que la ampliación del contenido de la presunción de inocencia realizada por la Directiva 2016/343/UE, no obliga a cambios legislativos en el proceso penal. En el ordenamiento jurídico de España, el derecho a la presunción de inocencia aparece mencionado dentro del artículo 24 de la Constitución Española, referido al derecho a la tutela judicial efectiva. Su contenido ha sido perfilado a través de la doctrina del TC que a partir de la STC 31/1981 de 28 de julio y sus sucesivas aclaraciones, ha dejado establecido que el derecho fundamental a la presunción de inocencia despliega sus efectos esencialmente sobre el enjuiciamiento, la valoración probatoria inherente y las garantías asociadas. La incorporación legislativa de esta jurisprudencia constitucional se observa especialmente en el marco de las causas con jurado en el art. 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el art. 70 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Esa línea de jurisprudencia constitucional y legislativa es plenamente acorde con las referencias de la Directiva al derecho al silencio o a no declarar contra uno mismo (art. 7) o a las reglas de carga de la prueba (art. 6). *Si bien la Directiva abre una nueva perspectiva del derecho a la presunción de inocencia al conectar ese derecho fundamental con las informaciones sobre los procesos o la presentación del sospechoso o acusado, no se trata, desde luego de una novedad en sentido estricto, pues la relación entre la presunción de inocencia y el tratamiento de la información sobre una persona investigada o acusada, o el modo en que es presentada ante los tribunales o en público, está generalmente aceptada.* Por todo ello, con fecha 7 de noviembre de 2016, se ha notificado oficialmente a la Comisión que la Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, ya ha sido objeto de trasposición en nuestro ordenamiento jurídico», (cursiva nuestra).

jurisdiccionales de nuestro país<sup>98</sup>, en el supuesto de que considerásemos que no formaban parte todavía de nuestro ordenamiento vigente. En segundo lugar, o como alternativa, debe entenderse vigente por vía de integración de la doctrina del TEDH sobre la presunción de inocencia en la interpretación del artículo 24.2 CE de conformidad con el artículo 10.2 CE. Es más, son numerosas las resoluciones del TC y de nuestros jueces y tribunales que ya han incorporado y aplicado la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia. En todo caso, propongo la siguiente concreción de la regla:

Toda persona física o jurídica que sea o haya sido sospechosa o acusada de haber cometido un hecho delictivo deberá ser tratada, calificada y mostrada por las autoridades públicas ante el público en general, en el proceso penal del cual sea sujeto pasivo, así como en cualquier otro proceso judicial de cualquier orden jurisdiccional, procedimiento administrativo o comisión parlamentaria, de tal forma que no se sugiera que es culpable de dicho delito mientras no se haya establecido dicha culpabilidad mediante una sentencia firme de condena<sup>99</sup>.

Este derecho obliga a las autoridades a abstenerse de realizar cualquiera de los siguientes comportamientos mientras no se haya establecido la culpabilidad con arreglo a la ley:

- (i) Realizar manifestaciones a través de cualquier medio y/o en cualquier entorno o contexto que sugieran o afirmen que el sujeto pasivo del proceso penal es culpable del delito que se le imputa.
- (ii) Presentar físicamente al sospechoso o acusado ante los órganos jurisdiccionales o ante el público de cualquier forma que sugiera que es culpable del delito cometido.
- (iii) Tomar decisiones de cualquier naturaleza en el proceso penal o cualquier otro proceso judicial o administrativo que sugieran o presupongan que el sujeto pasivo del proceso penal es culpable.

Lo anterior no será óbice para que las autoridades puedan realizar los siguientes comportamientos:

- (i) Llevar a cabo actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, de acuerdo con la legislación procesal.
- (ii) Dictar resoluciones preliminares de carácter procesal – adoptadas por las autoridades judiciales o el Ministerio Fiscal – que deban basarse en el análisis y valoración de indicios o en pruebas de cargo con arreglo a la legislación procesal, siempre que se establezca en ellas que no se está declarando la culpabilidad del investigado o acusado, debiendo indicar que esa valoración no prejuzga la culpabilidad del acusado.
- (iii) Presentar denuncias, querrelas o abrir de oficio una investigación cuando existan indicios de que se ha cometido un delito, así como presentar escrito de conclusiones provisionales o escrito de acusación y demás actos procesales destinados al ejercicio de la acción penal.
- (iv) Divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público. No obstante, no deberá crearse la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.
- (v) Excepcionalmente, emplear medios coercitivos sobre la persona del encausado, siempre y cuando, a la luz de las circunstancias concretas del caso, resulte estrictamente necesario,

<sup>98</sup> Entendemos que se cumplen los requisitos de precisión e incondicionalidad establecidos por la jurisprudencia del TJUE en la STJUE de 19 de enero de 1982, C-8/81.

<sup>99</sup> El ámbito temporal se extiende *ad infinitum* en caso de sentencia absolutoria firme. Así lo ha asumido nuestro TC. En la STC (Pleno) 77/2023, de 20 de junio (BOE núm. 176, de 25 de julio de 2023), se afirma que este derecho «no se limita a los procedimientos penales que estén pendientes, sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado, en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión, en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado».

congruente, oportuno y proporcional para evitar (a) un riesgo de fuga, (b) que entre indebidamente en contacto con terceras personas cuando exista un riesgo de que atente contra sus bienes jurídicos y (c) por motivos de seguridad para evitar que se autolesione o lesione a terceros o pueda causar daños materiales<sup>100</sup>.

Se entenderá comprendido por el concepto de autoridad pública a los efectos de este derecho (a) toda autoridad o agente de la misma que participe en el ejercicio de sus funciones en la investigación o el enjuiciamiento relativos a la infracción penal imputada, (b) cualquier miembro del Gobierno de la Nación o de los órganos de colaboración y apoyo del Gobierno con arreglo a la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, así como cualquier miembro de los gobiernos autonómicos y locales con arreglo a la legislación autonómica y local, (c) cualquier miembro electo del Congreso de los Diputados, del Senado, de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Diputaciones Provinciales o de las corporaciones locales, (d) cualquier autoridad judicial o miembro del Ministerio Fiscal que no participe en la investigación o enjuiciamiento de la infracción penal imputada, (e) cualquier órgano administrativo que deba tomar una decisión en la que se haya de tomar en consideración la culpabilidad o inocencia del titular del derecho por la comisión de un delito.

#### **4. (Posible) tratamiento procesal de las infracciones a la regla de tratamiento estético**

##### **4.1. Las garantías procesales frente a las vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético**

Más allá del tratamiento sustantivo de una infracción del derecho que acabamos de enunciar, mediante la previsión legal de acciones civiles y de responsabilidad penal o disciplinaria, así como de su tutela en amparo o en sede de demandas contra el Estado ante el Tribunal de Estrasburgo, es necesario estudiar las garantías dentro del propio proceso frente a las vulneraciones del derecho y sus correlativas obligaciones por parte de uno de los sujetos destinatarios de la norma. Debo insistir en que lo que hay en juego no es sólo una dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, sino que se impone un canon de procedimiento, de juez y, en general, de modelo político-social de castigo a luz de los fundamentos y el contenido de este derecho. Dotar de instrumentos a la parte perjudicada por estos comportamientos (o al Ministerio Fiscal en su labor de garante de la legalidad) que le permitan impugnarlos eficazmente es no sólo deseable, sino que también es una exigencia inmediata de la Directiva 2016/343: su artículo 4.2 indica que «los Estados miembros velarán por que se disponga de medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación (...) de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables» y el artículo 10 indica que «Los Estados miembros velarán por que, en caso de vulneración de los derechos establecidos en la presente Directiva, los sospechosos y acusados dispongan de vías efectivas de recurso». Lo que se expondrá a continuación pretende ser una propuesta ordenada de un sistema de garantías procesales congruente e idóneo con el derecho que hay en juego, sin perjuicio de que varias de las mismas puedan ser ya empleadas directamente, o por analogía, al amparo de nuestro ordenamiento vigente. Hoy en día no existe un sistema de tutela a instancia de parte de este derecho dentro de nuestra legislación procesal que pueda ser calificado como vertebrado. Por ello, las propuestas aquí efectuadas se harán en términos abstractos y conceptuales con el objetivo de servir de modelo para cualquier proceso penal que deba encontrarse inspirado por esta regla, sin entrar al detalle a través una propuesta

---

<sup>100</sup> Los medios coercitivos a los que nos referimos aquí no son la prisión provisional o la detención como instituciones, sino otros como son los grilletes, las bridas, o el banquillo del acusado dispuesto con distintas barreras o medidas de seguridad.

de reforma de determinados artículos de las distintas leyes que regulan los diversos procedimientos penales. Es labor del legislador en el futuro hilvanar este sistema de garantías para adecuar al máximo el proceso con la idea y los valores que subyacen a la presunción de inocencia: no sólo es una regla probatoria y de juicio que determina los elementos constitucionalmente necesarios para fundar una sentencia condenatoria, también es el eje sobre el que construir el proceso que precede a la sentencia condenatoria.

Cuando hablo de garantías procesales me refiero únicamente a las que deben establecerse en el marco del proceso penal al que se encuentra sujeta como sospechosa o acusada la persona que pretenda hacerlos valer. El sistema de garantías en el proceso frente a infracciones de esta vertiente de la presunción de inocencia debe clasificarse en tres categorías independientes entre sí en función de si están destinadas a proteger uno u otro de los tres fundamentos de este derecho que hemos destacado anteriormente.

La primera clase de garantías, cuya finalidad se cifraría principalmente en disminuir el efecto humillante o aflictivo del proceso penal, comprende aquellas que pretenden rectificar o corregir inmediatamente la infracción cometida. Por un lado, en caso de que la autoridad involucrada en la persecución penal haya infringido el contenido del derecho mediante una declaración oral o escrita, debe exigirse la previsión de instrumentos procesales que permitan la rectificación de la declaración efectuada, mediante la emisión de una nueva declaración equivalente en la que se afirme que la culpabilidad no ha sido todavía establecida; por otro lado, si la infracción se ha cometido en la forma en la que se *presenta* al encausado, deberán existir recursos efectivos o momentos procesales en los que poner de manifiesto esa infracción para que se reconsidere la decisión adoptada y se ordene presentarle conforme a derecho. Se trata, en suma, de corregir las infracciones individuales que puedan ir aconteciendo a lo largo del procedimiento para encauzarlo y asegurarse de que se respeta la vertiente estética de la presunción de inocencia: no se trata de impugnar el proceso en su totalidad, sino actuaciones procesales individuales que supongan una infracción de las obligaciones atribuidas a los poderes públicos.

La segunda clase de garantías es aquella destinada a proteger al encausado de ser investigado o juzgado por un órgano jurisdiccional con un prejuicio fuerte respecto de su culpabilidad condicionando, de entrada, el resultado de la instrucción, del juicio o de la resolución de los recursos devolutivos frente a la sentencia. En definitiva, se trata de articular una causa de recusación<sup>101</sup>. Una causa de recusación de este tipo es inexistente en nuestro ordenamiento procesal (teniendo en cuenta que se trata de un listado *numerus clausus* de supuestos y que ésta no es reconducible a los del interés directo o indirecto en la causa o el de enemistad manifiesta con el acusado, ni siquiera forzando su interpretación)<sup>102</sup>.

Por último, la tercera clase de garantías pretende proteger la equidad del proceso en su integridad desde la óptica de la presunción de inocencia, es decir, de alguna forma, el monopolio jurisdiccional y procesal en el establecimiento de la culpabilidad. El instrumento adecuado, en caso de que se haya producido indefensión material, es la nulidad y retroacción de actuaciones. Cuando se haya dictado una sentencia condenatoria como resultado de un prejuicio de

---

<sup>101</sup> Debe tenerse en cuenta que las causas de recusación y/o de abstención no necesariamente se encuentran naturalmente vinculadas a la protección de los justiciables frente a la parcialidad judicial, sino en general frente a los supuestos de prejuicio o toma de posición previa que, como decimos, no quedan (o no deberían quedar) agotados por el concepto de imparcialidad.

<sup>102</sup> En la misma línea, pero desde el punto de vista de la imparcialidad judicial, BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados*, 2008, pp. 181 ss.



culpabilidad o de una forma de conducir el juicio, esta circunstancia deberá poder alegarse como motivo en un recurso devolutivo frente a la sentencia que, de ser estimado, debería producir como efecto la nulidad de la sentencia y del juicio.

Estas tres clases de garantías son independientes entre sí en la medida en que:

- (i) La impugnación de actos individuales que supongan una declaración oral o escrita o una forma de presentar como culpable al encausado debería poder efectuarse para supuestos de hecho que no alcanzasen la gravedad suficiente para dar pie a una recusación del juez o magistrado o que permitiesen fundar un motivo de nulidad de las actuaciones.
- (ii) La recusación de un miembro del tribunal debería poder fundarse en el análisis global de su comportamiento, sin que sea exigible que se acredite que el juez o magistrado haya realizado comportamientos individualizados que *explícitamente* manifiesten un prejuicio de culpabilidad, a diferencia de los supuestos de hecho para una posible rectificación, siempre y cuando su comportamiento revista una cierta gravedad.
- (iii) Si bien toda causa fundada de recusación que sea desatendida debería dar origen a la estimación de un motivo de nulidad de las actuaciones, ésta no está necesariamente vinculada a un análisis de la existencia de un prejuicio de culpabilidad en la persona del juez o magistrado, sino que podría fundarse también en situaciones objetivas que, a pesar de la buena voluntad y predisposición del juez, pudiesen quebrantar la equidad del proceso por infringir la presunción de inocencia en su vertiente estética con la suficiente gravedad. A su vez, no toda infracción individual (reparada o no) en el procedimiento de este derecho debería dar sostén a una nulidad de actuaciones, pues de lo que se trata es de averiguar globalmente si una determinada forma de conducir el procedimiento se fundaba en una preconcepción de la culpabilidad del acusado que le privó o le limitó en sus capacidades efectivas de participar en el proceso y de defenderse.

#### 4.2. Impugnación de «infracciones individuales»

##### a. Rectificación de declaraciones orales o escritas que afirmen la culpabilidad del encausado

En caso de que la infracción consista en una declaración escrita u oral por la que se sugiera o afirme que el encausado es culpable en un momento prematuro, debería dotarse al perjudicado de un derecho o pretensión a la *rectificación*.

Debe entenderse por rectificación la solicitud del afectado dirigida al órgano competente para conocer de la fase en la que el procedimiento se encuentre (juez de instrucción/Ministerio Fiscal, juez o tribunal de la fase intermedia, juez o tribunal enjuiciador, etc.) por la que se pretende la modificación de la referencia pública de la culpabilidad mediante una nueva declaración que aclare que no se ha determinado la culpabilidad del encausado con arreglo a la ley, publicada a través de un medio con relevancia y difusión equivalente a aquel en que se difundió la referencia a la culpabilidad.

No obstante, aquí deberá diferenciarse entre las infracciones cometidas *directamente* por el órgano al que se dirige la solicitud, de las que pueda haber cometido otro poder público durante la pendencia del proceso.

En el primer caso, si se tratase de una resolución judicial (o un decreto o resolución equivalente del Ministerio Fiscal) el instrumento adecuado es uno análogo a nuestra petición de aclaración,

complemento o rectificación de resoluciones judiciales<sup>105</sup>. No se trata de variar el contenido de la decisión, ni en cuanto a su motivación fáctica o jurídica ni en cuanto a su pronunciamiento – en su caso, deberían emplearse los recursos legalmente previstos al efecto–, sino modificar una determinada expresión que, de trascender, puede perjudicar la reputación del acusado. Si la infracción se hubiese cometido a través de una manifestación oral efectuada durante la sustanciación de actos procesales, esta solicitud debería articularse a través de una protesta oral en el momento en el que se efectúe dicha manifestación. Por último, si la infracción se cometiese a través de una manifestación oral o escrita fuera del proceso, el instrumento adecuado tendría que ser similar a nuestra petición de rectificación prevista en la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Ahora bien, creemos que la mejor forma de articular esta petición de rectificación es dando la posibilidad al perjudicado de acudir a un sistema de tutela sumaria que se sustancie dentro del propio proceso penal y cuya competencia correspondería al juez con competencia objetiva o funcional para conocer de la fase en la que se halle el procedimiento –es decir, el mismo que infringió el derecho–, sin perjuicio de que quede a salvo el ejercicio de acciones civiles o penales que puedan nacer de ese tipo de manifestaciones que se ejercitarían conforme a las normas generales. No olvidemos que la finalidad de prever un instrumento de esta clase es limitar la trascendencia pública de la censura social inherente a este tipo de manifestaciones: no se busca la revocación de ninguna decisión, ni tampoco la condena por responsabilidad civil, penal o disciplinaria de quien emite las declaraciones.

Todo lo anterior, dejando a salvo que, de realizarse una declaración de este tipo, ello pudiese dar lugar a la recusación de quien la hiciese.

En el segundo supuesto, puede imaginarse perfectamente un sistema (que, de hecho, sería el nuestro actualmente vigente) por el que cualquier petición de rectificación o cualquier acción de protección del honor, la intimidad y la propia imagen tuviesen que sustanciarse de forma autónoma y paralela al procedimiento aun cuando éste siguiese pendiente de finalizar. No obstante, se cohonstaría más con la protección del monopolio jurisdiccional en la constitución de la culpabilidad el que se articulase procedimentalmente esta acción autónoma de rectificación en aras de tutelar el derecho a la presunción de inocencia como un incidente dentro del proceso penal, tramitándose en pieza separada, en la que podría comparecer como demandada la autoridad que, de acuerdo con el sospechoso, infringiese el derecho, siempre y cuando, evidentemente, no hubiese recaído una sentencia firme de absolución. La idea sería responsabilizar al órgano penal en la protección de la presunción de inocencia de la persona que investiga o enjuicia, estableciendo un cauce de tutela sumaria (en el doble sentido) de la presunción de inocencia para corregir ese tipo de declaraciones, cuyo objeto sería únicamente averiguar si la declaración efectuada sugiere o afirma que el sospechoso es culpable ante el público y su rectificación, dejando a salvo una acción civil de protección de derechos

---

<sup>105</sup> A este respecto, resulta muy interesante exponer la regulación italiana efectuada con ocasión de la transposición de la Directiva 2016/343 en el *Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 188 Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*. En su artículo 4, introduce en el *Codice di Procedura Penale* un artículo 115 bis, cuyos apartados 3 y 4 preceptúan lo siguiente: «3. En caso de infracción de lo dispuesto en el apartado 1, el interesado podrá, bajo pena de caducidad, en el plazo de diez días desde que tuvo conocimiento de la resolución, solicitar su rectificación, cuando sea necesario para salvaguardar la presunción de inocencia en el proceso. 4. Sobre la solicitud de rectificación resolverá el juez del procedimiento, mediante resolución motivada, en el plazo de cuarenta y ocho horas desde su presentación. (...) El decreto se notificará al interesado y a las demás partes y se comunicará al Ministerio Fiscal, quien, bajo pena de caducidad, podrá, en los diez días siguientes, formular oposición ante el Presidente de la Corte o del Tribunal, que resolverá mediante decreto sin formalidades procesales».

fundamentales en la que pudieran acumularse otras pretensiones, como una indemnización por daños y perjuicios.

*b. Impugnación de formas de presentar al encausado en las que no preceda una decisión formal al respecto*

Debe recordarse que el considerando 20 de la Directiva 2016/343 afirma que «la posibilidad de aplicar medios de coerción física no implica que las autoridades competentes deban adoptar una decisión formal sobre el uso de tales medios». Si ese es el caso y, por ejemplo, el investigado comparece a su declaración con grilletes o el acusado es situado en una “jaula de cristal” durante el juicio por mera inercia, o por decisión de los agentes de policía custodios, la forma de articular la garantía debe realizarse mediante una solicitud oral dirigida al órgano judicial al iniciarse la actuación a fin de que se corrija la situación (en nuestro país, si se sigue el cauce procedimental del procedimiento abreviado, el momento procesal oportuno sería el de cuestiones previas, por ejemplo), que deberá ser estimada o desestimada oralmente con base en las causas que legitiman el uso de estos medios de coerción o la concreta forma de mostrar al encausado. Frente a la decisión, debería darse la oportunidad a la parte de formular un recurso oral no devolutivo (es el primer momento en el que toma conocimiento de los motivos del empleo de esos medios) que, igualmente, será estimado o desestimado *in situ*, dando la posibilidad de formular protesta oral, a fin de fundar por esta razón un eventual motivo de recurso frente a la sentencia por infracción procesal.

*c. Impugnación de resoluciones judiciales interlocutorias que presupongan al encausado como culpable o tenga como efecto presentarlo como culpable*

El tratamiento a instancia de parte de las resoluciones judiciales (o del Ministerio Fiscal) que presupongan al encausado como culpable para la decisión adoptada o tengan como efecto presentarlo como culpable debe resolverse sencillamente a través de los recursos legalmente previstos para esa clase de resoluciones, produciendo su estimación la revocación de dicha resolución y el dictado de una nueva conforme a derecho.

Es merecedor de un comentario expreso la relación, aunque sea una cuestión parcialmente distinta, entre el prejuicio de culpabilidad y la obtención de fuentes de prueba en la fase de instrucción. Una fuente de prueba no debe considerarse *per se* ilícita y, por tanto, inutilizable – art. 11 LOPJ– porque el instructor haya actuado guiado por un prejuicio de culpabilidad que vaya más allá de lo aceptable. No obstante, lo cierto es que si el prejuicio de culpabilidad es irrazonable<sup>104</sup>, lo más probable es que la adopción de la resolución por la que se acuerda practicar diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales se base en una motivación aparente, inexistente o insuficiente. No creo que pueda afirmarse, por tanto, que una infracción de este derecho pueda dar origen a declarar ilícita una fuente de prueba, pero, sin duda, puede servir de apoyo para argumentar que, además de haberse producido una vulneración de un

<sup>104</sup> DE LA OLIVA SANTOS hace un apunte que no podemos soslayar si queremos razonar sobre este fenómeno de forma adecuada: «En efecto, puede ocurrir que esos *prejuicios*, esas *ideas preconcebidas* sean, no ya correctas, sino admirables resultados de una especial perspicacia, de un juicio crítico excepcional y, en suma, de las mejores cualidades intelectuales. No se considera, empero, conveniente iniciar el juicio oral con tales prejuicios o ideas preconcebidas», DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, 1988, p. 30.

derecho fundamental sustantivo, se ha producido una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías afectando a la igualdad de armas.

#### 4.3. El prejuicio de culpabilidad como causa de recusación

Mientras que el alcance de protección, por ejemplo, del derecho de rectificación analizado anteriormente debería ser lo más amplio posible, interpretando laxamente qué es una expresión que constituya una referencia pública de culpabilidad, en este caso, la causa de recusación de los miembros del órgano jurisdiccional debería estar prevista únicamente cuando, a la luz de las circunstancias concretas del caso, un miembro del órgano competente para conocer de la fase en la que se encuentre el procedimiento efectuase manifestaciones escritas u orales (dentro o fuera del proceso), llevase a cabo cualquier comportamiento o tomase decisiones en el ejercicio de sus funciones de los que se puedan colegir por un observador externo una toma de posición más allá de lo aceptable sobre la culpabilidad del acusado<sup>105</sup>. Entendiendo por toma de posición más allá de lo aceptable aquella que sea susceptible de hacer difícilmente penetrable o impenetrable a la conciencia del juez los argumentos o informaciones de descargo; o, lo que es lo mismo, ahí donde se pueda colegir que el miembro del órgano jurisdiccional no está dispuesto a atender los argumentos de descargo.

Puede haber una serie de manifestaciones, comportamientos o decisiones que, en sí mismos considerados no sean susceptibles de rectificación o de una impugnación individualizada, pero que den origen a una posible recusación por esta causa cuando son valorados globalmente. Imagínese que a lo largo del juicio oral un juez o magistrado mostrase una actitud agresiva u hostil hacia el abogado de la defensa, el acusado o los testigos de descargo a través de expresiones corporales, intercalando juicios de valor aparentemente inocuos, o mediante interrupciones frecuentes e injustificadas, ¿no sería razonable considerar ese comportamiento como un dato externo que denotase una toma de posición más allá de lo aceptable sobre la culpabilidad del acusado, susceptible de comprometer su derecho a la presunción de inocencia? En última instancia, determinar si el juez está imbuido en esta clase de prejuicios será un problema probatorio y valorativo en aquellos casos en los que no se exprese de forma burda y transparente. Ello no obsta para que pudiera estimarse una recusación fundada en esta causa con base en un análisis global de la actitud, las palabras y las decisiones del juez.

En todo caso, es necesario que, en sistemas como el nuestro en el que existe un listado tasado de causas de recusación, se prevea una expresamente en este sentido. No olvidemos que una de las dimensiones fundamentales de la presunción de inocencia es que los órganos jurisdiccionales no partan de una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado: la única forma de garantizar la equidad del proceso es evitando que ningún miembro de los órganos jurisdiccionales involucrados actúe guiado por ese prejuicio de culpabilidad. Sin la posibilidad de recusarlos, existiría una clara laguna de protección de un derecho fundamental nuclear en la vertebración de un proceso penal justo.

La sustanciación de una recusación por este motivo no debería presentar ninguna especialidad respecto de los incidentes de recusación legalmente previstos.

---

<sup>105</sup> Esta definición se inspira de las consideraciones efectuadas, desde la perspectiva del derecho a la imparcialidad judicial, sobre la anticipación del fallo, en BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados*, 2008, pp. 92 ss.

#### 4.4. Nulidad y retroacción de actuaciones como efecto pretendido de un motivo de impugnación de la sentencia condenatoria

Por último, debe analizarse qué tratamiento procesal puede ofrecerse a los supuestos en los que, habiéndose infringido el derecho en cuestión en el transcurso del procedimiento, se acabase dictando una sentencia condenatoria contra el acusado.

Si, normalmente, cuando se invoca una vulneración de la presunción de inocencia en un recurso devolutivo frente a la sentencia, el efecto de su estimación es la anulación de la resolución y el dictado de una nueva sentencia absolutoria por el órgano *ad quem*, ¿cabría también la posibilidad de que se abra la puerta a una posible declaración de nulidad de la sentencia y del juicio y que se ordene su repetición a través de esa clase de recursos? La respuesta sólo puede ser que sí.

No hay un vínculo lógicamente necesario entre la presunción de inocencia y todas sus vertientes con esta garantía de reparación de una de sus vulneraciones, sino sólo con aquellas que vicien los elementos fundantes de una sentencia condenatoria. La presunción de inocencia no impone sólo un canon a las sentencias que constituyan la culpabilidad del acusado, sino que también impone, como hemos visto, un canon de juez y de forma de desarrollo del juicio: una contención y sobriedad del órgano jurisdiccional es exigible como forma de reafirmar que la culpabilidad no ha sido todavía declarada, que el proceso está abierto.

De esta forma, el perjudicado deberá poder impugnar la sentencia condenatoria por estos motivos en los siguientes supuestos:

– Cuando a pesar de estar justificada la recusación de un miembro del tribunal, ésta hubiese sido desestimada o no hubiese podido ponerse de manifiesto anteriormente (por no estar prevista causa legal alguna al respecto o por tomar conocimiento de hechos que funden la recusación con posterioridad al dictado de la sentencia).

– Cuando se hayan cometido a lo largo del procedimiento una o varias infracciones del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente estética imputable a cualquier poder público que hayan sido puestas de manifiesto en el momento procesal oportuno o no hayan podido serlo, que puedan suponer, a su vez, una privación o limitación de las capacidades defensivas del acusado causantes de indefensión material.

La estimación de un motivo de impugnación de la sentencia de esta clase tendría por efecto la nulidad de la sentencia y:

- (i) En caso de que se fundase en una causa de recusación desatendida, la nulidad de todo lo actuado por ese órgano y la retroacción al momento inicial de la fase procesal que hubiese conocido, sin perjuicio de que, en caso de ser el órgano instructor y al amparo del principio de conservación de actos, puedan conservarse las actuaciones y diligencias que no se encontrasen directamente contaminadas<sup>106</sup>.

<sup>106</sup> La recusación por un prejuicio de culpabilidad de esta naturaleza del juez instructor plantea problemas mucho más complejos que en el caso de que afecte al órgano sentenciador o al que conozca de los recursos devolutivos frente a la sentencia. En primer lugar, debe recordarse que el órgano instructor no realiza un *juicio* en sentido estricto. No obstante, como recuerda DE LA OLIVA SANTOS «la fase preparatoria del juicio oral» (...) no entraña solamente *investigación*, que, en cuanto tal, puede realizarla y de ordinario realiza la policía (...). La fase preparatoria comprende, además de actos de investigación, actos de valoración fáctica y jurídica, del resultado de

- (ii) En caso de que se fundase en una o varias infracciones procesales concretas, se ordenará la nulidad de la sentencia y se ordenará la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la vulneración del derecho, debiendo ser necesaria la repetición íntegra del juicio oral si la infracción se cometió en ese momento.

Todo ello sin perjuicio, evidentemente, de que el condenado pueda optar también por impugnar la sentencia solicitando su anulación alegando, por ejemplo, que se ha producido una valoración irracional de los medios de prueba practicados o que no existe prueba de cargo suficiente.

## 5. A modo de conclusión: lo estético de la regla de tratamiento estético

Adjetivar como *estética* la regla de tratamiento del encausado deducible del derecho a la presunción de inocencia puede parecer un ejercicio estéril de nomenclatura: ¿por qué no limitarme a hablar de regla de tratamiento intra- y/o extraprocesal? ¿Qué tipo de información o perspectiva sobre el derecho aporta nombrarlo y señalarlo de esta forma? Esta elección ha sido, como puede imaginarse el lector, plenamente consciente. Por una parte, reducir el contenido del derecho analizado en este trabajo a la categoría de regla de tratamiento procesal del encausado tiene el riesgo de opacar, más si cabe, otra dimensión de la regla de tratamiento que guarda relación con la disciplina y tratamiento de las medidas cautelares personales y notablemente de la prisión provisional y del régimen de custodia de los presos precondena. Por otra parte, reducir el contenido del derecho analizado, como indicábamos al comienzo del trabajo, a los efectos *ad extra* del proceso supone opacar que este derecho impone un determinado canon de procedimiento y de comportamiento del órgano jurisdiccional, con importantes consecuencias a nivel procesal.

Los conceptos deben ser útiles para describir una parcela de la realidad (natural o jurídica) y diferenciarla de otras. El concepto de *estética* reenvía a varias ideas fundamentales expuestas en este trabajo. Su origen etimológico, como indica la entrada en el DRAE de dicho concepto, proviene de la palabra latina *aestheticus* y griega *aisthētikós*, que quieren decir aquello «que se percibe por los sentidos», así como de las palabras *aesthetica* y *aisthētiké*, es decir «el conocimiento que se adquiere por los sentidos». La *estética* y lo *estético* tendrían acepciones contemporáneas como «el conjunto de elementos estilísticos y temáticos» o la «armonía y apariencia agradable a los sentidos desde el punto de vista de la belleza». Justamente, la presunción de inocencia establece un canon de juez, de proceso y, en general, de ejercicio por

---

los actos de investigación y también importantes enjuiciamientos jurídicos, relativos a la *procedibilidad* de la entera causa criminal y a *medidas cautelares*». DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, 1988, p. 70.

En segundo lugar, debe asumirse que, dado el transcurso dilatado y los fines de la fase de instrucción, lo esperable sea que el juez o fiscal instructor se forme un prejuicio – pues no puede ser juicio propiamente dicho – sobre la culpabilidad o inocencia del investigado. De ahí que, en virtud del principio del juez no prevenido, sean incompatibles las funciones de juez instructor y juez sentenciador.

Atendiendo a estos dos datos, cabría señalar que la recusación del instructor sólo podría fundarse por un prejuicio de culpabilidad manifiesto que comprometiese la equidad del proceso desde la fase de instrucción. Así, si este prejuicio es existente desde los inicios mismos, quizás nos situemos de lleno también en el problema de las causas generales, de difícil tratamiento procesal como ha puesto de relieve AGUILERA MORALES en su monografía al respecto, citada anteriormente, o en el de la imparcialidad judicial y la enemistad manifiesta del juez hacia el acusado. En ese caso, podría ser legítimo una nulidad completa de las actuaciones, en atención a las circunstancias. No obstante, también puede darse el caso –y suele ser lo más habitual– que el prejuicio de culpabilidad del instructor *sobrevenga* una vez iniciada la instrucción. En ese caso, las actuaciones anteriores a ese momento temporal no deberían porqué considerarse afectadas por ese prejuicio.

parte de los poderes públicos del *ius puniendi* que disciplina la forma en la que tienen que manifestarse *sensiblemente*: lo que se dice, lo que se hace, lo que acontece a los ojos del público, la forma de percibir y considerar al encausado, la manera en la que esa percepción pueda condicionar su juicio, la manera de exhibir al sujeto pasivo del proceso penal, etc.

La *belleza* del juicio penal con arreglo al canon establecido por el derecho a la presunción de inocencia no reside en que las actuaciones se celebren en majestuosos palacios de justicia, sino en que el encausado sienta que se respeta la dignidad de la que es acreedor como sujeto pasivo de un proceso en el que tiene derecho a defenderse en un entorno y un rito de gran tensión humana por la naturaleza de los hechos que se están enjuiciando.

Existe consenso en afirmar que la presunción de inocencia es, en primer lugar, un principio informador del proceso penal en cuanto obliga a vertebrarlo en torno a las garantías en defensa de los intereses del encausado. Lo importante de esta regla de tratamiento estético es que transforma una serie de valores y principios en un verdadero derecho subjetivo público cuyo titular es quien es o ha sido sujeto pasivo de un proceso penal mientras no se haya establecido su culpabilidad conforme a los procedimientos legalmente previstos, lo que debería permitirle defender en interés propio una correcta forma de conducir el proceso para que no sólo sea justo, sino que también sea percibido como justo por él y por toda la sociedad. Las apariencias, sin duda, importan.

## 6. Bibliografía

AGUILERA MORALES, *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, Civitas, Pamplona, 2008.

ANDRÉS IBÁÑEZ, «Presunción de inocencia y prisión sin condena» en EL MISMO (dir.) *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 13 ss.

ARANGÜENA FANEGO, «Las directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español», *Revista de Estudios Europeos*, (extra 1), 2019, pp. 5 ss.

ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

BACIGALUPO ZAPATER, «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual», en OUVIÑA, *Teorías actuales en el derecho penal, 75º aniversario del Código Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 73 ss.

BEERNAERT, «Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense», en PICOD/VAN DROOGHENBROECK, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 1007 ss.

BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, v. IV, 16ª ed., A. Strahan, London, 1825.

CADIET/NORMAND/AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010.

CALDERÓN CUADRADO, «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de Derecho Público*, (10), 2000, pp. 153 ss.

CAMON *et al.*, *Fondamenti di Procedura penale*, 3ª ed., Cedam – Wolters Kluwer, Padova, 2021.

CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. por Sentís Melendo, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

———, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. por Sentís Melendo, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

CHOZAS ALONSO, «Artículo 42. Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en DE LA OLIVA SANTOS (coord.), *Comentarios a la Ley de Jurado*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, pp. 450 ss.

CLOW/LEACH, «After innocence: Perceptions of individuals who have been wrongfully convicted», *Legal and Criminological Psychology*, (20), 2015, pp. 147 ss.

COKE, «The Third Part of the Institutes of the Laws of England Concerning High Treason, and other Pleas of the Crown and Criminal Causes», *The Institutes of the Laws of England*, (4), 1628-1664.

D’HAILLECOURT, «Article 9», en CONAC/DEBENE/TEBOUL (dirs.), *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, Économica, Paris, 1993.

DAMIÁN MORENO, *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Dykinson, Madrid, 2014.

DAMINOVA, «The CJEU Faced with ‘Presumption of Innocence’ Directive 2017/343. Reshaping the ECHR Standards?», en CZECH *et al.*, *European Yearbook on Human Rights 2022*, Intersentia, Cambridge, 2023, pp. 137 ss.

DE HOYOS SANCHO, *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

DE LA OLIVA SANTOS *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2003.

———, *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988.

DUPORT, *Principes fondamentaux de la police et de la justice. Présentés au nom du Comité de Constitution*, Chez Baudouin, imprimeur de l’Assemblée nationale, Paris, 1790.

ESCOBEDO, *Le sentenze suicide*, Fratelli Bocca, Milano, 1942.

ETEMAD, «To Shackle or not to Shackle? The Effect of Shackling on Judicial Decision-Making», *Review of Law and Social Justice*, (28-2), pp. 349 ss.

FARIÑA/ARCE/NOVO, «Anchoring in Judicial Decision-Making», *Psychology in Spain*, (7-1), 2003, pp. 56 ss.



FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Andrés Ibáñez, 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011.

GARCÍA ESPAÑA, «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-15), 2017, pp. 1 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Penal. Materiales para el estudio*, 5ª ed., Docta UCM, Madrid, 2023.

———, «Lizaso Azconobieta c. España: dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor», en ALCÁCER GUIRAO/BELADIEZ ROJO/SÁNCHEZ TOMÁS (COORDS.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 351-384.

———, *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

———, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003.

GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

GONZÁLEZ MONJE, «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», *Revista General de Derecho Europeo*, (39), 2016.

GREVI, «Libertà personale dell'imputato (1974)», en EL MISMO, *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, v. I, t. I, Cedam, Milano, 2011, pp. 479 ss.

GUERRERO PALOMARES, «Algunas cuestiones y propuestas sobre la construcción teórica del derecho a la presunción de inocencia, a la luz de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, del parlamento europeo y del consejo, por la que se refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO (dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 143 ss.

GUILHERMONT, «Qu'appelle-t-on "Présomption d'innocence"?, *Archives de politique criminelle*, (1-29), 2007, pp. 41 ss.

GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, «Inside the Judicial Mind», *Cornell Law Review*, (86-4), 2001, pp. 777 ss.

ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979.

KAFKA, *El proceso*, trad. por De Alarcón, Ediciones Buma S.A., Madrid, 1984.

LARRAURI PIJOAN, «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *InDret*, (2), 2016.

LEHR, «Brought to the Bar: The Constitutionality of Indiscriminate Shackling in Non-Jury Criminal Proceedings», *Northern Kentucky Law Review*, (48-1), 2021, pp. 3 ss.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «La *poena naturalis* en el Derecho penal vigente», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1121 ss.

———, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

MAPPELI CAFFARENA, «Pena natural -*poena naturalis*- o daños colaterales en la realización de una infracción penal», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2017, pp. 1003 ss.

MAROUF, «The Unconstitutional Use of Restraints in Removal Proceedings», *Baylor Law Review*, (67-214), 2015, pp. 214 ss.

MAXWELL, «Judges Judge Too: Analyzing the Shackling of Criminal Defendants in Nonjury Proceedings», *Penn State Law Review*, (125-1), 2020, pp. 289 ss.

MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales. El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

———, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

MULCAHY, «Putting the Defendant in Their Place: Why Do We Still Use the Dock in Criminal Proceedings», *British Journal of Criminology*, (53-6), 2013, pp. 1139 ss.

———, *Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law*, Routledge, London, 2011.

NIEVA FENOLL, «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret*, (1), 2016.

PEER/GAMLIEL, «Heuristics and Biases in Judicial Decisions», *Court Review*, (49-2), 2013, pp. 114 ss.

ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, trad. por Córdoba/Pastor, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

SERRANO, «La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*)», *Cadernos de Dereito Actual*, (16), 2021, pp. 322 ss.

SEXTO EMPÍRICO, *Esbozos pirrónicos*, trad. por Gallego Cao/Muñoz Diego, Gredos, Madrid, 2014.

STEIN/DROUIN, «Cognitive Bias in the Courtroom: Combating the Anchoring Effect through Tactical Debiasing», *University of San Francisco Law Review*, (52-3), 2018, pp. 393 ss.

STUCKENBERG, «Who is Presumed Innocent of What by Whom?», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, pp. 301 ss.

TARUFFO, «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 2021, pp. 13 ss.

———, «Sobre la complejidad de la decisión judicial», *Precedente*, (1), 2012, pp. 181 ss.

VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch Editor, Barcelona, 1984.

VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

VILLAMARÍN LÓPEZ, «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», *InDret*, (3), 2017.

ZHANG, «Spatial Cognition in the Courtroom: A Quasi-Experimental Study of the Influence Canadian Courtroom Design Has on Jury Cognition», *The Young Researcher*, (3-1), pp. 33 ss.