

En la duda, a favor del reo: ahora, también para las atenuantes

Sergio Herrero Álvarez

Abogado, Decano emérito del Ilustre Colegio de la Abogacía de Gijón

Diario LA LEY, Nº 10508, Sección Tribuna, 20 de Mayo de 2024, LA LEY

ÍNDICE

[En la duda, a favor del reo ahora, también para las atenuantes](#)

[I. La cuestión planteada](#)

[II. La jurisprudencia tradicional](#)

[III. Los nuevos vientos](#)

[IV. El cambio de rumbo definitivo](#)

Normativa comentada

Constitución Española de 1978

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

CAPÍTULO II. DERECHOS Y LIBERTADES

SECCIÓN 1.ª. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Artículo 24

LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO PRIMERO. De la infracción penal

CAPÍTULO II. De las causas que eximen de la responsabilidad criminal

Artículo 20

LIBRO II. Delitos y sus penas

TÍTULO III. De las lesiones

Artículo 149.

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 298/2024, 8 Abr. 2024 (Rec. 6489/2021)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 291/2024, 21 Mar. 2024 (Rec. 3837/2022)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 77/2024, 25 Ene. 2024 (Rec. 10248/2023)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 398/2021, 10 May. 2021 (Rec. 10711/2020)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 690/2019, 11 Mar. 2020 (Rec. 1807/2018)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 335/2017, 11 May. 2017 (Rec. 1961/2016)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 802/2016, 26 Oct. 2016 (Rec. 892/2016)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 639/2016, 14 Jul. 2016 (Rec. 10183/2016)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 489/2004, 19 Abr. 2004 (Rec. 1748/2003)

Comentarios

Resumen

En la duda a favor del reo es un principio de valoración probatoria sólidamente anclado en el derecho constitucional a la presunción de inocencia, que opera en un doble ámbito: la acreditación de la existencia del delito y de la participación del acusado en el mismo. Cabe plantear si el in dubio pro reo es también aplicable a la hora de apreciar o no circunstancias eximentes o atenuantes. La jurisprudencia tradicional lo negaba taxativamente: las circunstancias modificativas tenían que estar tan probadas como el propio delito. Sin embargo, un trascendental viraje acaba de completarse en esta cuestión, como se muestra en este artículo.

I. La cuestión planteada

Como todos sabemos, el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) Española de 1978, consiste en el requerimiento para cualquier condena de la existencia y suficiencia de una prueba de cargo capaz, en una evaluación racional, de provocar el decaimiento de esa presunción constitucional. Dicho de otra forma, debe existir una prueba de cargo, válidamente obtenida y legalmente introducida en el juicio oral, que sea suficiente, tras su contraste y valoración con la prueba de descargo, para obtenerse razonadamente el axiomático juicio de certeza sobre la culpabilidad de la persona condenada con el canon de *«certeza más allá de toda duda razonable»*, tanto desde la lógica del razonamiento como de su suficiencia y consistencia.



Ese ámbito de la culpabilidad de la persona condenada comprende, técnicamente, la prueba indudable de dos elementos sucesivos: la existencia del propio hecho delictivo y la participación criminal en ese hecho de la persona condenada.

Hasta aquí, la síntesis, reducida al mínimo, de lo establecido constitucionalmente y concretado jurisprudencialmente.

A ello puede añadirse que esa exigencia tan estricta (la inexistencia de ninguna duda razonable sobre lo requerido para la condena) que condiciona el éxito de la pretensión acusatoria, contrasta vivamente con el nivel exigido para que prospere la tesis contraria de la parte defensora. Sobre la defensa de la persona acusada no pesa una carga equivalente a la soportada por quien acusa. No tiene que probar más allá de toda duda razonable que no existió el delito, o que, si existió, la persona acusada no participó en tal hecho delictivo. Al contrario, le basta con que exista la duda sobre cualquiera de las dos negaciones postuladas para que sea acogida su petición de absolución.

Esa radical disimilitud de los requerimientos constitucionales para el acogimiento de las tesis enfrentadas de la parte acusadora y la defensora es una de las manifestaciones del singular estatuto que la persona acusada ostenta en el proceso penal, que acarrea que la incertidumbre sobre esos dos elementos (hecho delictivo y participación en el mismo) obligue a resolver a su favor.

Mas ¿qué ocurre si la duda probatoria se refiere a la concurrencia o no de circunstancias eximentes o atenuantes? ¿También entonces el órgano sentenciador debe inclinarse por lo más favorable al acusado?

Esa es la cuestión: en caso de duda ¿debe apreciarse una circunstancia modificativa de responsabilidad penal favorable al reo, pese a no estar plenamente probada?

II. La jurisprudencia tradicional

La respuesta jurisprudencial a la cuestión planteada era un no rotundo. El Tribunal Supremo venía afirmando, de forma monolítica, que, en materia de eximentes, eximentes incompletas o atenuantes, al igual que ocurría con cualquier circunstancia agravante, la existencia de una duda razonable no permitía apreciar la circunstancia modificativa sujeta a esa incertidumbre. Se reiteraba uniformemente por el Tribunal Supremo que la existencia de circunstancias modificativas tenía que estar tan acreditada como la del propio hecho delictivo. Cientos de resoluciones incluyen esa afirmación textual. Estaba claro: en caso de duda no debe apreciarse una circunstancia modificativa de responsabilidad penal favorable al reo, por no estar plenamente probada.

III. Los nuevos vientos

Las puertas del cambio en la muy asentada doctrina jurisprudencial comenzaron a abrirse en la **STS 639/2016 (LA LEY 85740/2016)**, de 14 de julio de 2016 (ponente: Luciano Varela Castro), dictada en un asunto enjuiciado por el procedimiento con jurado. En el fundamento jurídico segundo de esta resolución se contienen las siguientes afirmaciones:

«2.- Para resolver este motivo hemos de discrepar en primer lugar de la doctrina citada por la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior cuando dice que la *carga probatoria* en relación a eximentes o atenuantes compete a la parte que las alega. Añade que deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo y que los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal. En definitiva, afirma que para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "*in dubio pro reo*". La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determinaría su apreciación. Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal.

Tal tesis, por más que puede invocar no poca jurisprudencia en su favor, es incompatible con la garantía constitucional que cita. Lo que ésta supone es precisamente la erradicación del concepto mismo de carga de prueba en el proceso penal. La carga de la prueba se vincula a un sistema de enjuiciar en el que, dadas las facultades dispositivas de las partes sobre el objeto del mismo, se establecen criterios de resolución de la situación de duda cuyas consecuencias se hacen recaer onerosamente sobre la parte cuya pretensión se ampara en ese hecho que no puede ser afirmado como probado por el resultado dudoso de la actividad probatoria al respecto.

...

En el proceso penal la Constitución garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea este constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad.

No ha de ser diverso el alcance de la garantía si de lo que se duda es de la participación causa de responsabilidad que si de lo que se duda es de la existencia de la enajenación de la que depende la inocencia del acusado.»

El segundo pronunciamiento en esa línea fue el de la **STS 802/2016 (LA LEY 151030/2016)**, de 25 de octubre de 2016 (ponente: Juan Saavedra Ruiz), que se refiere a un caso en que los hechos probados expresaban que los dos acusados de lesiones recíprocas «se golpearon el uno al otro, sin que haya quedado debidamente acreditado quien comenzó la agresión y quien se defendió del ataque del contrario», resultando ambos absueltos y siendo recurrente en casación el ministerio fiscal, en demanda de su condena, alegando que no habían quedado acreditados los requisitos legales de la exención de responsabilidad penal por legítima defensa, dada la duda del tribunal enjuiciador al respecto. El Tribunal Supremo desestima su recurso y confirma las absoluciones con la argumentación siguiente, en su fundamento jurídico primero:

«Pues bien, en el presente caso la Audiencia sitúa sus dudas en el plano de la antijuricidad material de la conducta de los dos actores del hecho y se refieren a la existencia de una causa de justificación, como es que uno de ellos actuase en legítima defensa, que excluiría el supuesto de la riña mutuamente aceptada incompatible con aquélla, de forma que la falta de certeza sobre quién agredió y quién se defendió alcanza en un segundo plano a la presunción de inocencia, porque se trata de un hecho incierto, determinante de la culpabilidad o la inocencia, no probado, que conforme a las reglas de la prueba en el proceso penal (*in dubio pro reo*) debe determinar una sentencia absolutoria.»

La **STS 335/2017 (LA LEY 44194/2017)**, de 11 de mayo de 2017 (ponente: Antonio del Moral García), trata de un delito de enaltecimiento de terrorismo y humillación de sus víctimas, en el que el condenado reclamaba en casación, entre otros pedimentos, la disminución de su responsabilidad penal por enfermedad mental. El Tribunal Supremo desestima su recurso, pero incide en la línea iniciada por las dos resoluciones anteriores incluyendo, en su fundamento jurídico quinto, esta explicación:

«Partimos de la diferenciación entre presunción de inocencia e *in dubio*, diferenciación controvertida pero consagrada por el TC en doctrina acogida con alguna modulación por esta Sala. ¿Rige tal principio —*in dubio*— en materia de eximentes o de atenuantes? La doctrina clásica, machaconamente reiterada en numerosos pronunciamientos de esta Sala (las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo: por todas y entre muchas SSTS 415/2016, de 18 de abril o 489/2004, de 19 de abril (LA LEY 12723/2004)), merece probablemente una revisión ya anunciada en algún aislado precedente (*vid.* SSTS 639/2016 (LA LEY 85740/2016), de 19 de julio o 802/2016, de 26 de octubre (LA LEY 151030/2016)). Pero aquí la cuestión es baladí. No es que la Sala haya dudado de la imputabilidad del acusado y en la duda haya optado por considerarlo imputable; es que en virtud del único informe médico forense largamente desarrollado y analizado llega a la conclusión de que está probada la falta de influjo de su padecimiento psíquico en los hechos y por tanto la irrelevancia de esas patologías. Aunque la Sala comienza su razonamiento

buscando cobijo en esa tradicional doctrina (controvertible), su razonamiento posterior evidencia que ha considerado acreditado que los padecimientos psíquicos no tuvieron influjo en la conducta enjuiciada.

...

No hay pues la más mínima base para tener dudas de que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, el recurrente no estuviese en condiciones de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1 CP (LA LEY 3996/1995)). No es que eso no esté acreditado y por tanto hayamos de rechazarlo. Es que la Sala ha declarado probado lo contrario y lo ha hecho no caprichosa o voluntariosamente sino con el respaldo del único informe pericial psiquiátrico practicado al que guarda total fidelidad su valoración».

El cuarto paso en la misma dirección lo da la **STS 690/2019 (LA LEY 12814/2020)**, de 11 de marzo de 2020 (ponente: Pablo Llarena Conde), al resolver el recurso de casación de la acusación particular frente a la sentencia absolutoria de un caso de contagio del VIH mediante relaciones sexuales sin protección, hecho que había motivado la acusación por lesiones dolosas muy graves, del artículo 149 del Código Penal (LA LEY 3996/1995). En el relato fáctico de la sentencia recurrida se afirmaba que «No ha quedado acreditado, fuera de toda duda, que C. ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo», reflejando luego en su fundamentación jurídica de forma detallada y motivada el conjunto de elementos que llevaban al órgano de enjuiciamiento a encontrar «una duda razonable de hasta qué punto C. ignoraba que L. no padecía tal enfermedad y, en consecuencia, si la misma aceptaba el riesgo de mantener relaciones sexuales con el mismo en tales condiciones». El Tribunal Supremo termina confirmando la absolución recurrida e incluye, en su fundamento jurídico segundo, estas afirmaciones:

«la jurisprudencia de esta Sala ha ido anunciando en diversas ocasiones (SSTS 639/2016 (LA LEY 85740/2016), de 19 de julio; o 335/2017, de 11 de mayo (LA LEY 44194/2017)) la conveniencia de revisar la inflexibilidad del presupuesto, habiendo llegado a apreciar la operatividad del principio *in dubio pro reo* cuando existen indicios fundados y estables de ausencia de antijuridicidad material de la conducta (STS 802/2016, de 26 de octubre (LA LEY 151030/2016)), lo que pasa por que la alegación no haya sido sorpresiva y se ofrezca a la acusación la oportunidad de rebatirlo en debate contradictorio. Si en tales circunstancias surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena o absolución del acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio *in dubio pro reo*, elemento judicial de ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia».

Un avance más se produce en la **STS 398/2021 (LA LEY 48256/2021)**, de 10 de mayo de 2021 (ponente: Antonio del Moral García), que confirma en casación la condena por asesinato en un proceso con jurado, desestimando la pretensión de la defensa de obtener una disminución de responsabilidad penal por anomalía psíquica. Pese a ese resultado, en la resolución se vierten, en su fundamento jurídico primero, estas afirmaciones que, de nuevo, abundan en la necesidad del giro jurisprudencial que se viene anunciando:

«Detrás del debate suscitado laten temas enjundiosos que no llegan a aflorar en la argumentación del recurso. ¿Juega la presunción de inocencia en relación a las circunstancias eximentes o atenuantes? La jurisprudencia, sin perjuicio de algún matiz aislado, ofrece una respuesta rotundamente negativa a ese interrogante; aunque viene cristalizando la idea de que el viejo dogma a tenor del cual las eximentes o atenuantes deben estar tan probadas como el hecho mismo ha de abandonarse definitivamente. Aflora ya en diversos pronunciamientos el muy fundado criterio de que en ese campo —atenuantes, eximentes— también manda el *in dubio*. Un eco de esos diferentes estándares probatorios (uno para afirmar la culpabilidad; otro para apreciar una eximente o atenuante) podría verse en las distintas mayorías exigibles en un jurado para declarar probados los hechos favorables frente a los no favorables.

...

En materia de eximentes y atenuantes no puede exigirse el mismo canon

En materia de eximentes y atenuantes no puede exigirse el mismo canon probatorio que en las cuestiones sobre las que se asienta la responsabilidad penal

probatorio que en las cuestiones sobre las que se asienta la responsabilidad penal. Si para afirmar la culpabilidad hace falta un grado de certeza más allá de toda duda razonable —según la fórmula cuasi sacramental que aparece en el derecho proyectado—; para apreciar una atenuante, o una eximente incompleta o completa sería suficiente con constatar que es más probable su concurrencia que su no concurrencia.»

IV. El cambio de rumbo definitivo

Si las cinco resoluciones mencionadas apuntaban la necesidad de una modificación jurisprudencial, en los primeros meses del presente año 2024 el giro cristaliza en el texto de dos sentencias con términos concluyentes, a las que se suma su recordatorio episódicamente en una tercera.

En primer lugar, la **STS 77/2024 (LA LEY 9730/2024)**, de 25 de enero de 2024 (ponente: Antonio del Moral García), asevera, en su fundamento jurídico tercero, que en la materia analizada rige plenamente el principio *in dubio pro reo* y que «ha de considerarse sepultada definitivamente la idea de que las eximentes o atenuantes han de estar tan acreditadas como el hecho mismo».

Luego, la **STS 291/2024 (LA LEY 67136/2024)**, de 21 de marzo de 2024 (ponente: Javier Hernández García), remarca y corrobora el cambio definitivo hacia la aplicación del *in dubio pro reo* a la apreciación o no de circunstancias modificativas favorables al acusado. Esta sentencia analiza y resuelve, en sus propias palabras, «una cuestión de particular complejidad y, desde luego, de gran alcance, como lo es el juego de la presunción de inocencia como regla de juicio y su proyección a la hora de considerar acreditados, o no, hechos extintivos o modificativos de la responsabilidad penal pretendida por las acusaciones». Reproducimos a continuación sus más significativas expresiones.

«En el caso, el tribunal de instancia en su fundamentación jurídica reconoce sin ambages que la información pericial producida en juicio arrojó un resultado confuso sobre si las facultades mentales del recurrente *estaban solo gravemente disminuidas o estaban totalmente anuladas (sic)*. Duda que despeja a favor de la semiexención de responsabilidad al considerar que los presupuestos de exención no pueden presumirse y que, por tanto, deben quedar indubitadamente acreditados.

...

4. Tanto la fórmula utilizada por la Audiencia para despejar la duda probatoria como la empleada por el Tribunal Superior para validarla cuentan, no cabe ocultarlo, con un amplio soporte en la jurisprudencia de este Tribunal.

...

5. Ahora bien, el peso de esta jurisprudencia que podríamos calificar de *tradicional* no ha impedido pronunciamientos que, con mayor o menor grado de explícita contraposición y con fundamentos diversos —algunas incidiendo en la presunción de inocencia como regla material de juicio, otras poniendo el acento en el principio "*in dubio pro reo*" como método valorativo—, la han cuestionado, abogando por un profundo cambio de orientación.

...

6. La tensión jurisprudencial patentiza la inevitable evolución de los sistemas procesales que, como el nuestro, se fundan en el paradigma de las garantías efectivas para la mejor y mayor protección de los derechos a la dignidad y a la libertad personal. Poniendo en valor la necesidad de revisar continuamente el alcance de las fórmulas con las que, a modo de convenciones, operamos los jueces. Constituyendo, a la postre, una seria llamada de atención sobre la obligación de tomar en consideración la fuerza expansiva del estándar probatorio *más allá de toda duda razonable* mediante el que opera la presunción de inocencia como regla de juicio. Regla que cumple la decisiva función de determinar las consecuencias que se derivan de las incertidumbres fácticas que, resultantes de la prueba practicada, se proyectan sobre los hechos constitutivos, modificativos o extintivos que fundan las respectivas hipótesis enfrentadas en el proceso penal.

...

En consecuencia, si la persona acusada decide activar una estrategia defensiva que no se limite a negar o a debilitar las bases probatorias de la hipótesis acusatoria mediante la introducción de hechos alternativos de no participación,

de justificación, de no culpabilidad o de inimputabilidad, resulta razonable exigirle que asuma la carga formal de probar su concurrencia.

...

Si bien ambos supuestos —la duda razonable sobre la hipótesis acusatoria y la plausibilidad de la hipótesis defensiva—, conducen al mismo resultado: la duda razonable sobre la concurrencia de algún hecho relevante que funde la acusación implica que la hipótesis acusatoria no pueda considerarse plenamente acreditada. Por su parte, cuando no se cuestiona el hecho constitutivo, pero sí la afirmada por la acusación plena culpabilidad, la prueba de la plausibilidad del hecho modificativo permite considerarlo acreditado.

...

Si no es constitucionalmente admisible afirmar la participación de la persona acusada en el hecho punible, objeto de acusación, si se identifica una duda razonable —ya sea porque se ha debilitado la conclusividad de las pruebas de la acusación o porque la defensa ha introducido una hipótesis fáctica alternativa mínimamente plausible a la luz de los resultados probatorios—, no puede serlo tampoco castigar con pena cuando existe una duda razonable de que la persona acusada no merece ser castigada porque es plausible que sea inimputable. Como tampoco resultaría admisible que dicha persona deba ser castigada con la pena prevista para las plenamente imputables cuando hay dudas razonables de que pudiera sufrir un déficit de imputabilidad.

13. En ninguno de estos dos supuestos puede afirmarse que la pretensión penal en su conjunto formulada por la acusación esté acreditada más allá de toda duda razonable. La probable existencia de circunstancias fácticas favorables a la persona acusada que se asientan sobre hechos alternativos a los que sostienen la acusación activa irreversiblemente la presunción de inocencia como regla "epistémica" de juicio. La *incertidumbre razonable* obliga a fijar los hechos favorables.

14. Las consecuencias parecen claras:

Primera, no se puede imponer una pena cuando el tribunal, a la luz de los resultados de la prueba practicada, tenga dudas razonables de que la persona no merece ser castigada porque resulta plausible, por razonable, que concurra una causa de inimputabilidad.

Segunda, con igual razón, no se puede castigar con la pena prevista en el tipo cuando es plausible que la persona acusada merece, por ser parcialmente inimputable, menos pena.

Tercera, ante un resultado probatorio de clara incertidumbre sobre si la persona acusada es inimputable o semiinimputable, no es asumible que la duda pueda despejarse metodológicamente "*in malam partem*", declarando probada la semiinimputabilidad porque no se haya probado plenamente la inimputabilidad. En este supuesto, la duda sobre que la persona acusada carece de capacidad de culpabilidad seguiría subsistiendo, afectando, nada más y nada menos, a uno de los elementos constitutivos del delito.»

Finalmente, la **STS 298/2024 (LA LEY 65952/2024)**, de 8 de abril de 2024 (ponente: Antonio del Moral García), reafirma la nueva tesis deslizándose, incidentalmente, su enunciado al resolver un asunto en el que no se discutía la cuestión. Se refiere la resolución a un complejo delito tributario, motivo de condena a varias personas físicas y jurídicas. Y, con ocasión de analizar uno de los elementos del artículo 31 bis del Código Penal para la responsabilidad propia de estas últimas, la inexistencia de un plan eficaz de cumplimiento normativo, se pronuncia así en su fundamento jurídico cuarto:

«Se trata de un elemento negativo, lo que, al margen de cuál sea su naturaleza, acarrea ciertas elementales consecuencias procesales. Entre otras, que la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa. Si ésta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento; como, sin que se quiera extremar la analogía que, deliberadamente, es un tanto hiperbólica, tampoco se detecta inconveniente alguno en, a pesar de no contar con ninguna prueba o informe *ad hoc*, considerar imputable al acusado de un delito, cuando no existe el más mínimo indicio de un padecimiento psíquico, ni su defensa ha alegado nada al respecto. No podrá quejarse por haberse burlado su derecho a ser informado de la acusación en tanto en los escritos de acusación se omitía cualquier mención a su imputabilidad. Esta forma de razonar no supone

invertir la carga de la prueba: las dudas sobre la imputabilidad habrán de ser resueltas también con arreglo al principio *in dubio*.»

En suma, terminantes palabras en las resoluciones del presente año 2024 que permiten concluir que el viraje jurisprudencial en la cuestión estudiada se ha consumado.

En la duda, a favor del reo: ahora, también para las circunstancias que eliminan o disminuyen su responsabilidad penal.