



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero–diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3691

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ¿CIVIL? UN ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE EDUARDO DA FONSECA<sup>1</sup> Y J. HARVIE WILKINSON III<sup>2</sup>**

Presumption of innocence in the civil sphere? An  
analysis of the proposals of Eduardo da Fonseca  
and J. Harvie Wilkinson III

DIEGO ALARCÓN DONAYRE  
Instituto Nacional Penitenciario  
(Lima, Perú)

Contacto: [diego.alarcon@inpe.gob.pe](mailto:diego.alarcon@inpe.gob.pe)

### **RESUMEN**

El presente trabajo examina las propuestas de presunción de inocencia civil desarrolladas por Eduardo da Fonseca y J. Harvie Wilkinson III. Para ello, se analizan los presupuestos de ambas propuestas con relación a la concepción de la pena y los criterios morales y políticos asociados a la determinación de estándares de prueba. En ese sentido, se presentan dos aspectos problemáticos comunes a ambas propuestas consistentes en, primero, la

---

1 Juez federal en Ribeirao Preto/SP. Pós-Doutor por la Unisinos.

2 Juez de la Corte de Apelaciones para el Cuarto Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica.

adopción implícita de una perspectiva nominalista sobre la pena y, segundo, la ausencia de una problematización sobre los criterios morales y políticos que justifican tanto la exclusividad de la presunción de inocencia penal como su expansión al ámbito civil. Se concluye que para dar respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de una presunción de inocencia civil se requiere de nociones metaéticas y de filosofía política que ambas propuestas no desarrollan.

**Palabras clave:** presunción de inocencia; estándares de prueba; carga de la prueba; teoría de la pena; presunción de inocencia civil.

## ABSTRACT

This paper examines the presumption of innocence idea in the civil sphere developed by Eduardo da Fonseca and J. Harvie Wilkinson III. For this objective, it analyzes the assumptions of both proposals. They are elaborated on the basis of the relationship between the conception of punishment and the moral and political criteria associated with the determination of standards of proof. In this sense, it reveals two problematic aspects common to both conceptions consisting of: first, the implicit adoption of a nominalist perspective on punishment, and second, the absence of a discussion of the moral and political criteria that justify both the exclusivity of the presumption of criminal innocence and its expansion to the civil sphere. It is concluded that the answer to the question of the possibility of a presumption of civil innocence requires metaethical and political philosophy notions that both proposals fail to develop.

**Key words:** presumption of innocence; standards of proof; burden of proof; penalty theory; presumption of civil innocence.

Recibido: 30/06/2020      Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de presunción de inocencia, por defecto nos solemos ubicar en el ámbito del proceso penal. En la mayor parte de ordenamientos jurídicos, se la erige como un principio básico y orientador de ese tipo de proceso (Stumer, 2018). Con independencia de la concepción que tengamos sobre ella, que no es tan uniforme como se suele asumir (Laudan, 2013), una premisa de pacífica aceptación es que su ámbito de desarrollo natural es el proceso penal.

Pero ¿a qué se debe esa asociación inmediata?, ¿qué razones justifican ese tratamiento exclusivamente penal de la presunción de inocencia? Los trabajos de Costa (2017) y Wilkinson (2018) justifican formular estas preguntas. En ambos trabajos se propugna la posibilidad de expandir el horizonte de la presunción de inocencia más allá del ámbito penal. Ambos proponen, ciertamente desde diferentes perspectivas, una presunción de inocencia *civil*.

El propósito de este trabajo es analizar ambas propuestas. Me enfocaré en dos ideas que ambos planteamientos, pese a sus diferencias, parecen compartir: en primer lugar, la intercambiabilidad de las consecuencias jurídicas y, en segundo lugar, el problema de la indeterminación axiológica.

La intercambiabilidad de las consecuencias jurídicas hace referencia al presupuesto según el cual la pena y los demás tipos de consecuencias jurídicas (especialmente las civiles, desde luego) resultarían intercambiables, esto es, que podría hablarse de ellas (en este caso, con relación a la presunción de inocencia) de forma invariable, sin compromisos conceptuales ulteriores. Esta idea, sostengo, resulta en cierto modo un atajo argumentativo que impide la formulación del problema de indeterminación axiológica.

Como veremos, los fundamentos que se suelen emplear para justificar la exclusividad de la presunción de inocencia en el ámbito penal tienden a ser argumentos de naturaleza moral o política (Bystranowski, 2017). Ambas propuestas, al no determinar

qué caracterizaría a la pena, impiden establecer cuáles serían las razones que eventualmente deberían sopesarse en la discusión moral o política antes referida.

El trabajo se ha estructurado de la siguiente forma: en el §2, presentaré resumidamente, con todo el riesgo de sobresimplificación que ello implica, ambas propuestas. A continuación, en el §3, me abocaré a precisar algunas nociones que suelen aparecer conexas al tratamiento de la presunción de inocencia, a saber: la carga de la prueba y los estándares probatorios. Asegurado ello, finalmente, en los §4 y §5, abordaré cada uno de los problemas antes apuntados.

Este trabajo, debo dejar sentado, no busca ofrecer una respuesta a la pregunta sobre la viabilidad de la presunción de inocencia en ámbitos distintos al proceso penal, en general, y en el ámbito civil, en particular. Esa empresa requeriría de un desarrollo mucho más amplio. Considero, sin embargo, que los dos aspectos problemáticos de las propuestas que presentaré pueden resultar útiles para ese propósito.

## 2. LAS PROPUESTAS

Los planteamientos de Costa y Wilkinson difieren en muchos aspectos. No solo por las tradiciones jurídicas desde las que parten, sino también por el marco teórico y la perspectiva desde las que se construyen. Costa toma como marco de referencia el ordenamiento brasileño y su propuesta descansa, en buena medida, en una justificación constitucional; mientras que Wilkinson parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y desarrolla su propuesta, esencialmente, analizando las consecuencias prácticas de la inexistencia de la presunción de inocencia en el ámbito civil.

Costa distingue, de una parte, los principios *procesales*, y de otra, en un nivel inferior, los principios *procedimentales*. Los primeros tendrían carácter constitucional y abarcarían los distintos ámbitos procedimentales (penal, civil, arbitral, electoral, etc.),

mientras que los segundos serían infraconstitucionales y se ceñirían a un determinado ámbito procedimental. Establecida esa premisa, Costa sostiene que la presunción de inocencia se trataría de un principio procesal, de modo que limitarlo a la justicia penal sería injustificado.

A continuación, Costa (2017) propone la siguiente operación:

De acordo com a CF-1988, «ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória» (art. 5º, LVII). *As expressões «culpado» e «sentença penal condenatória», tomadas ipsis litteris, podem sugerir o procedimento penal como o exclusivo âmbito de incidência do princípio.* Entretanto, o dispositivo sofre de uma privação expressiva. Culpado é a situação do acusado que tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. *O problema é encontrar uma palavra que exprima a situação do demandado que tem contra si uma sentença civil de procedência transitada em julgado.* Poder-se-ia dizer, por exemplo, que «ninguém será considerado devedor até o trânsito em julgado de sentença condenatória obrigacional». Todavia, o civil ou extrapenal transcende os limites do obrigacional. (p. 131)

A propósito de este extremo del planteamiento de Costa, cabe mencionar que Cavani (2018) formuló una operación similar tomando como referencia el ordenamiento peruano:

En efecto, el artículo 139 inciso 10 de la Constitución, al consagrar que «no hay pena sin proceso judicial», en realidad no se refiere solo al proceso penal sino también al proceso extrapenal, siempre que se entienda que allí donde dice «pena» se habla de una sanción o consecuencia desfavorable para la libertad, patrimonio o la esfera jurídica en general del demandado. (p. 23)

Wilkinson, a diferencia de Costa, no parte de categorías procesales, sino de una realidad problemática: la expansión, a su juicio perniciosa, del *discovery*<sup>3</sup>. Desde su perspectiva, la posibilidad de

3 El *discovery* en el proceso civil norteamericano es una etapa en la que las partes se informan unas a otras acerca de los testigos y la evidencia que van a presentar en el juicio. Esta etapa comprende, a su vez, la toma de declaraciones previas o requerimientos de documentación y registros. Al respecto, véase Beisner (2010).

activar el sistema de justicia, cuyos costos en buena medida terminarían corriendo por cuenta de los demandados, es bastante alta, pese a que el mérito probatorio de las demandas suele no ser el adecuado.

Wilkinson (2018) entiende que, visto desde el prisma de las consecuencias, la posibilidad de la pena privativa de libertad o la pena capital en principio justificarían estándares de protección mucho más altos en la justicia penal; sin embargo, afirma que no deberíamos poner el foco únicamente en las consecuencias, sino en el proceso entendido como un todo, y que este (así entendido) debería ser el que ayude a «calibrar las protecciones» (p. 591).

Dentro de la extensa justificación de la propuesta de Wilkinson, se sostiene que no habría nada *sui generis* en el ámbito del proceso penal que justifique la exclusividad de la presunción de inocencia en ese ámbito, poniendo como ejemplo el caso de las personas jurídicas, que, en el ordenamiento estadounidense, pueden responder tanto civil como penalmente<sup>4</sup>.

Aunque, en principio, Wilkinson parece adherirse a una justificación retributivista<sup>5</sup> de la presunción de inocencia, también es posible encontrar ribetes consecuencialistas<sup>6</sup> en su planteamiento. En efecto, sostiene que si bien, por lo general, las consecuencias jurídicas devenidas de un ilícito penal son más serias que las civiles, ello no es del todo absoluto, pues existen ciertos supuestos, especialmente los que, dentro de la tradición romano-germánica, se corresponderían con los de la responsabilidad civil extracontractual, que suponen costos financieros y reputacionales que pueden llegar a ser igualmente serios.

Para finalizar con lo referido a la propuesta de Wilkinson, debo anotar que este expresamente reconoce que no busca, mediante su propuesta, sustentar el abandono del estándar de probabilidad preponderante en favor del estándar «más allá de toda duda

---

4 Al respecto, véase Laufer (2006).

5 Al respecto, véase Walen (2015).

6 Al respecto, véase Laudan y Saunders (2009).

razonable», sino, como se desprende sobre todo de la parte final de su trabajo, su objetivo se limita a establecer un mayor grado de protección al demandado en las etapas anteriores al juicio civil. Aquí cabe precisar que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, la presunción de inocencia cobra realmente relevancia en el ámbito del juicio, no así en las etapas anteriores (Laudan, 2013). En ese orden de ideas, lo que Wilkinson discute es el grado de suficiencia probatoria en las decisiones anteriores a la decisión final del proceso civil, postulando que estas sean más altas. De esta forma, la presunción de inocencia civil por la que apuesta Wilkinson tendría como mayor aporte reconocer la idea, mayormente indiscutida en el ámbito penal, de la «gradualidad» probatoria que debe existir en las diferentes decisiones del proceso. De este modo, el *discovery* no podría activarse si la solicitud no contara con *suficiente* soporte probatorio.

Como se dijo, dos son los aspectos de ambas propuestas sobre los que me voy a enfocar: el primero, relativo a la concepción de la pena que ambos autores asumen para la construcción de sus planteamientos, y el segundo, relativo a la dimensión axiológica de sus propuestas. Si bien Costa no desarrolla explícitamente este último aspecto, tuve la oportunidad de comentar su trabajo en un evento académico reciente<sup>7</sup>, en el que, con ciertos ejemplos, cuestionó por qué indiscutidamente consideramos que las consecuencias penales son necesariamente siempre más graves que las civiles.

### 3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIO

Antes de pasar al desarrollo de los aspectos problemáticos de las propuestas de Costa y Wilkinson, considero imprescindible establecer algunas precisiones conceptuales en torno a la presunción

7 I Coloquio Internacional de Derecho Procesal, desarrollado en septiembre de 2019, en Arequipa, Perú.

de inocencia. La primera, sin duda, que técnicamente no estamos ante una presunción (Nieva Fenoll, 2013).

Cuando hablamos de presunción de inocencia solemos asumir tácitamente que compartimos una noción común sobre su sentido, pese a tener en mente muy distintas concepciones (Laudan, 2013). Ello en buena cuenta viene favorecido por la gran cantidad de facetas que la literatura y la jurisprudencia le han reconocido.

Así, Ferrer Beltrán (2010) distingue dos dimensiones de la presunción de inocencia: una extraprocesal, y otra estrictamente procesal. Dentro de esta última, la presunción de inocencia se concebiría (i) como principio informador del proceso penal, (ii) como regla de trato procesal, (iii) como regla probatoria y (iv) como regla de juicio. Esta clasificación es útil para determinar cuál es el sentido de presunción de inocencia que adoptan las posturas analizadas.

En lo tocante a la presunción de inocencia como principio informador, Ferrer Beltrán sostiene que actuaría de forma bidireccional: por una parte, como límite de la potestad legislativa; y, por otro, como orientador de la actividad judicial. A partir de este principio, se extraerían diversos derechos subjetivos que se desenvolverían como específicas garantías procesales. En una versión más delimitada, Nieva Fenoll (2016) sugiere que la presunción de inocencia sería un principio «orientador de la mente judicial para conseguir preservar la imparcialidad del juzgador» (p. 16) y mitigar, así, la influencia del prejuicio social de culpabilidad. En la perspectiva de este autor, este sería el fundamento de la presunción de inocencia, que se erigiría sobre una base epistémica, consistente en la usual y generalizada desconfianza respecto al imputado. «El simple hecho de señalar a una persona como sospechosa», apunta Nieva Fenoll (2016), «genera automáticamente un recelo social ante este individuo» (p. 5). Habría, de este modo, un prejuicio social que condicionaría las expectativas del imputado a un juicio y una sentencia justos.

Ahora bien, incluso si acogiéramos como válida la existencia de este prejuicio, no considero que este sea el fundamento de la

presunción de inocencia. La atención que merece este prejuicio no se explicaría si no partiésemos de una convicción moral previa que juzga inaceptable la condena errónea de un inocente. El fundamento de la presunción de inocencia, así, no sería epistémico, sino moral y político. Esto no niega que, en efecto, pueda resultar, en cierto sentido, una garantía epistémica contra el error, sino que su fundamento no puede ser en sí mismo la mitigación de este, sin un juicio (moral y político) que explique por qué deberíamos evitarlo. La razón de mitigar los efectos del referido *prejuicio* solo se explica por lo indeseable del *perjuicio* asociado en caso de error.

La conceptualización de la presunción de inocencia como principio orientador resulta excesivamente amplia, al punto de carecer de utilidad. Como bien apunta Ferrer Beltrán (2010), teniendo en cuenta que jurisprudencial y legislativamente el contenido de la presunción de inocencia ha sido ampliamente desarrollado, su faceta como principio orientador se reduciría a la aplicación de ese contenido, expresado en garantías procesales y, por tanto, «no sería independiente de ellos» (p. 157). De ahí también la acertada observación de Ulväng (2013), según la cual si asumimos todos los valores que la presunción de inocencia buscaría optimizar, difícilmente hablaríamos de esta como *un* único principio.

Otra categoría que aparece usualmente asociada a la presunción de inocencia, no sin cuestionamiento (Nieva Fenoll, 2013), es la de carga de la prueba. Aquí es necesario distinguir entre los dos sentidos o facetas de esta. Tenemos así, como señala Ferrer Beltrán (2019) por un lado, una carga en sentido objetivo, que «responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente?» (pp. 51-87), y otra en sentido subjetivo, «que responde a la pregunta sobre qué parte *debe* aportar prueba al procedimiento» (Ferrer, 2019, p. 59). En el primer sentido, la presunción de inocencia opera como una regla de juicio asociada a un estándar de suficiencia probatoria. Cabe precisar que si bien la presunción de inocencia entendida como regla de juicio presupone un estándar probatorio, esta *per se* no implica su contenido (Ferrer, 2010).

Los estándares de prueba son aquellos criterios que indican cuándo se encuentra justificado aceptar como verdadera una hipótesis (Gascón, 2019), o más específicamente, «permiten determinar que hay pruebas *epistémicamente suficientes*» (Cumiz y Dei Vecchi, 2019, p. 13) para tener por probado un determinado enunciado fáctico. Ingresar al problema en torno a la ontología de estos estándares o su contenido procesal desbordaría el objeto de este trabajo. Basta para nuestro propósito señalar que se tiene establecido en buena parte de los ordenamientos que, en el caso del proceso penal, el estándar aplicable resulta ser el «*más allá de toda duda razonable*», y para el proceso civil, el equilibrio de probabilidades o posibilidad preponderante (Stumer, 2018). Asimismo, es mayormente aceptado en la literatura y la jurisprudencia que el estándar probatorio del proceso penal es más exigente que el aplicable al proceso civil (Stumer, 2018).

Las propuestas analizadas en este trabajo adoptan distintas concepciones de la presunción de inocencia. En ello, sin duda, cobra importancia que, en el sistema norteamericano, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ceñido los alcances de esta esencialmente al juicio y no a las etapas anteriores. De ahí que la propuesta de Wilkinson consista, en buena medida, en ampliar el horizonte (especialmente al *discovery*). Esta propuesta parece asumir la necesidad de exigencias probatorias graduadas según el estadio procesal, de modo que pueda limitarse la activación de la maquinaria estatal-procesal, protegiendo a los demandados de lo que, a juicio de Wilkinson, es una expansión de demandas carentes de mérito. En sus términos:

This structure of litigation — using the coercive tools of statesanctioned procedure to inflict punishing costs on a party that may have done nothing more than be sued— ignores a fundamental tenet of the AngloAmerican system of justice: presuming a party innocent until adjudicated otherwise. (Wilkinson, 2018, p. 589)

La propuesta de Costa, en cambio, abarca muchos más aspectos, por lo que es válido considerar que su concepción de la

presunción de inocencia es, naturalmente, más amplia. En efecto, el planteamiento de Costa llega a comprender ámbitos relativos a la ejecución civil, la prisión preventiva, la tutela anticipada e incluso las cargas dinámicas de la prueba.

Ahora bien, independientemente de los alcances a los que arriban ambos autores, el propósito de este trabajo no consiste en dictaminar sobre los resultados de sus propuestas, sino examinar los presupuestos de estas.

En lo tocante a este trabajo, considero que la presunción de inocencia en su faceta de regla de juicio resulta útil para mostrar el contraste existente entre el proceso penal y el proceso civil. El siguiente caso puede resultar particularmente ilustrativo: en Arequipa se siguió un caso contra dos imputados por el delito de homicidio en el que, pese a ser absueltos por duda razonable, se les impuso el pago de una reparación civil por el hecho dañoso (Reynaldi, 2016). El juez, pues, aplicó dos estándares distintos: la duda razonable para la responsabilidad penal, y la probabilidad prevaleciente para la responsabilidad civil. Debe recordarse que, en buena parte de los ordenamientos, incluyendo el peruano, el proceso penal, por economía procesal, comprende distintos tipos de pretensiones (civiles y administrativas) aunque estas no se despojan de su naturaleza (Río, 2010). Es posible, por tanto, afirmar que los estándares de prueba no se encuentran asociados a los procesos en sí, sino a las consecuencias jurídicas eventualmente aplicables.

Desde esta perspectiva, y aunque los resultados de las propuestas difieran en las nociones de presunción de inocencia que adoptan, en este trabajo asumiré principalmente a esta en su faceta de regla juicio. Considero que es esta faceta la que mejor permite problematizar la actual exclusividad de la presunción de inocencia penal, y examinar las bases de las propuestas que sugieren su expansión al ámbito de las consecuencias jurídico-civiles.

## 4. LA PENA COMO CONSECUENCIA JURÍDICA INTERCAMBIABLE

Si, como apunté anteriormente, los estándares de prueba se encuentran determinados no por el tipo de proceso sino por las consecuencias jurídicas cuya aplicabilidad se discute, no parece especialmente perspicaz preguntarnos, de entrada, si acaso la naturaleza de los diferentes tipos de consecuencias jurídicas podrían ser el fundamento de la diferenciación de estándares. Dicho de otro modo, si requerir un estándar probatorio más exigente para la imposición de consecuencias jurídico penales se justificaría por la propia naturaleza penal de ellas. Esta hipótesis, bastante intuitiva por lo demás, no es explorada en ninguna de las dos propuestas que analizamos en este trabajo. Ello explica, en buena medida, por qué ninguna incluye dentro de su justificación un desarrollo en torno a lo que se entiende por pena y qué la distinguiría de otros tipos de consecuencias. Sin ello, como veremos más adelante, la pregunta (fundamental, a mi juicio) acerca de cómo diferenciamos el cobro de un impuesto o el pago de una obligación civil de una pena de multa es difícilmente contestable (Mañalich, 2011).

Las propuestas analizadas, sobre todo la de Costa, adoptan en cambio una postura en la que las consecuencias jurídico penales pueden ser intercambiables, al punto que si variásemos el término penal e introduyésemos la denominación civil en específicas disposiciones normativas, el sentido de tales disposiciones sería igualmente funcional. Costa, como referimos anteriormente, considera que cuando la Constitución brasileña emplea los términos «acusado» o «sentencia penal condenatoria», tales denominaciones pueden ser fácilmente extrapolables a otros ámbitos del ordenamiento. Wilkinson, por su parte, estima que no habría algo *sui generis* dentro del proceso penal que justifique la exclusividad de la presunción de inocencia en ese ámbito. Al asumir estos planteamientos, considero que ambas propuestas adoptan implícitamente una posición nominalista en torno a la noción de pena, lo que, como veremos a continuación, supone la adopción de una

serie de compromisos teóricos de los que las propuestas bajo análisis no dan cuenta.

Una posición pacífica en la literatura penal consiste en que la pregunta general acerca del concepto de «derecho penal» puede responderse a través de la definición más específica del concepto de pena (Mañalich, 2011). Para ello, como sugiere Mañalich, siguiendo a Moore, debemos partir considerando que para diferenciar las denominadas áreas del derecho (en este caso, aquella denominada «derecho penal»), es necesario formularnos dos preguntas: la primera, «qué clase de cosa es un área del derecho» (Moore, 1997, p. 29), que cifra un problema ontológico; y la segunda, «cuáles son los criterios bajo los cuales es posible identificar un área del derecho frente a otras» (Moore, 1997, pp. 29-30), que constituye un problema de individuación. Estas preguntas, sostiene Moore, se encuentran en una relación de dependencia: los criterios que permiten identificar un área del derecho son dependientes de aquellos que definen qué cuenta como un área del derecho. El problema de individuación, así, sería dependiente del problema ontológico (Mañalich, 2011).

Para resolver el problema ontológico debemos atender a los siguientes tipos de clases de cosas: clases naturales, clases nominales y clases funcionales (Mañalich, 2011). Al respecto, Mañalich apunta que la primera se caracteriza por reunir a un conjunto de miembros a partir de una característica común en su naturaleza, que a su vez puede identificarse con una cierta composición estructural compartida por sus miembros. Piénsese, por ejemplo, en la composición química del oro. Por su parte, las clases nominales agrupan a sus miembros a partir de una denominación determinada convencionalmente. Por último, las clases funcionales agrupan a sus miembros a partir de una función común que cada uno de ellos desempeña.

La clase derecho penal presenta dificultades para identificarla como una clase nominal o una estructural. Dar cuenta de ellas desbordaría el objeto de este trabajo. Basta decir que el reparo a la conceptualización del derecho penal como una categoría nominal

queda objetada fundamentalmente por aquello que Hart (2008) denominó *definitional stop* (p. 5), consistente en que «partir de una definición de *pena*, tal que necesariamente resulten excluidas por ella una o más teorías que pretenden ser teorías de la pena, no constituiría más que una gran petición de principio» (Mañalich, 2011, p. 34). En lo tocante a la concepción del derecho penal como clase estructural, pese a que intuitivamente podríamos asumir que el elemento común sería la pena como la irrogación de un mal (Kindhäuser, 2001), esta resultaría poco explicativa, pues la pena, *per se*, con independencia de la función que cumple, puede resultar indistinguible de otras consecuencias jurídicas (pp. 3-28). Retomando lo dicho líneas arriba, la pregunta acerca de cómo diferenciamos el cobro de un impuesto o el pago de una obligación civil de una pena de multa es difícilmente contestable sin recurrir a las funciones a las que cada una de ellas responde.

Considerando que el derecho penal y, por tanto, la pena, pueden concebirse como una clase funcional, ingresamos a la conocida disputa teórica acerca de las teorías de la pena, en los términos establecidos por las teorías retributivas, preventivo generales y preventivo especiales. Para efectos de este trabajo, considero posible asumir que estas teorías no resultan incompatibles entre sí si tomamos como elemento funcional común «la expresión de reproche» como signo (Puppe, 2014, pp. 101-136), con independencia de los efectos perseguidos por tal función, donde las referidas teorías si se empiezan a bifurcar.

La expresión de reproche antes referida, siguiendo a Kindhäuser (2011), se ejecutaría mediante la irrogación de un mal. Esa función sería lo que distinguiría la pena de otras consecuencias jurídicas.

Pero, considerando que las otras consecuencias dentro de un ordenamiento determinado tienen características funcionales propias, ¿por qué esa característica definitoria de la pena haría que esta fuera merecedora de un estándar de prueba más alto? Dicho de otro modo, ¿por qué determinar la aplicación de la pena, caracterizada por su función expresiva de reproche, justificaría

tomar previsiones mucho más altas (en este caso, un estándar probatorio más exigente) que para la aplicación de otras consecuencias jurídicas?, ¿por qué la función expresiva de reproche (penal) se juzga más grave, por ejemplo, que la función resarcitoria (civil)?

Estas preguntas sugieren que, como apunta Bystranowski (2017), existe un juicio moral y político que juzga a la pena como la consecuencia más «grave» de todas las que comprende el ordenamiento. Esta afirmación se deja entender fácilmente si recurrimos al usual (y mayormente indiscutido) principio penal de intervención mínima o *ultima ratio* (Mañalich, 2018), según el cual únicamente se debería recurrir al derecho penal ante la inexistencia de otros medios «menos lesivos». A partir de esta observación, y recurriendo a la idea antes apuntada, relativa a que los estándares probatorios se encontrarían asociados a las consecuencias jurídicas cuya aplicación se discute, se podría esbozar la hipótesis consistente en que mientras más «graves» las consecuencias, más altas las previsiones en torno a la mitigación del error. Los estándares probatorios, vistos desde esa perspectiva, se modularían en atención a la gravedad de las consecuencias.

Dejando de lado la viabilidad teórica y práctica de la «modulación» de estándares, el problema que nos interesa es el siguiente: ¿con arreglo a qué criterios y mediante qué operaciones es posible fundamentar el juicio según el cual la pena es la consecuencia jurídica más «grave»? A partir de aquí ingresamos a la segunda observación que recojo en este trabajo: la indeterminación axiológica.

Considero que las propuestas bajo análisis, al no desarrollar las particularidades de la pena, en cierta forma se encuentran con un atajo argumentativo. Si la pena, y muchos conceptos derivados o relacionados con ella, son extrapolables a los ámbitos de otras clases de derecho, no hay necesidad de atender a sus distinciones, pues resultarían igualmente operativas. Así, al no considerar dichas distinciones, el problema axiológico que entraña la propuesta de expandir los contornos de la presunción de inocencia como regla de juicio es difícil de reconocer.

## 5. EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN AXIOLÓGICA

Había señalado que, intuitivamente, se acepta que la pena sería la «más importante» o «más grave» de las consecuencias jurídicas. Y había afirmado también que tal intuición reclama preguntarse por la forma en que tal juicio se justifica, esto es, cómo y con arreglo a qué criterios podemos emitir tal juicio. Tal interrogación, que busca comparar o sopesar la importancia o la gravedad entre las consecuencias jurídicas de diferentes áreas del derecho, se sitúa en un nivel superior de discusión al desarrollado dentro del derecho penal mismo, consistente en la disputa en torno al lugar común según la cual es preferible que un culpable sea absuelto por error a que un inocente sea condenado de la misma forma. Como veremos, este debate encuentra no menores dificultades que el anterior.

En el proceso penal se asume un juicio moral consistente en que es más grave o indeseable que un inocente sea declarado culpable a que un culpable sea absuelto. Este juicio ha tenido múltiples formulaciones, pero las más importantes, en el plano de la tradición romano-germánica y anglosajona, fueron las realizadas por Ulpiano y William Blackstone, respectivamente. El primero señalaba que «es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente» (citado por Nieva, 2013, p. 49), mientras que el segundo apuntaba que «es preferible que diez personas escaparan a que un inocente sufra» (Blackstone, 1979, p. 352).

Estas expresiones adquieren su real dimensión cuando entendemos que las decisiones en torno a la culpabilidad o la inocencia de un procesado se emiten no en contextos de certeza, sino de incertidumbre. La falta de certeza justifica la preocupación por el error, que, en el proceso penal, consiste en la posibilidad de falsos positivos (*false convictions*) y falsos negativos (*false acquittals*). En este contexto, las formulaciones antes señaladas se traducen en las bases de una regla sobre cómo la justicia penal debe distribuir el riesgo de error (Epps, 2016).

La discusión relativa a qué riesgo de error debería priorizarse en su mitigación usualmente se ha desarrollado en los términos establecidos, de una parte, por las posiciones deontologistas, de las cuales el retributivismo es su expresión más gravitante y, de otra, por las posiciones consecuencialistas (Picinali, 2018).

Usualmente, y la mayor parte de ordenamientos así lo consideran, la preocupación por el riesgo de una condena equivocada se prioriza sobre el riesgo de una absolución errónea. Y la forma mediante la cual se busca mitigar ese riesgo de error es la imposición de un estándar de prueba alto, que se suele identificar con el «más allá de toda duda razonable» (Stumer, 2018). En su noción más fundamental, el retributivismo justifica la priorización del riesgo de condena equivocada mediante la imposición de un estándar de prueba alto, por la vía de una posición absoluta: el Estado únicamente puede castigar al culpable, y un estándar de prueba alto facilitaría evitar que los inocentes sean castigados erróneamente (Bystranowski, 2017). Cualquier opción contraria se traduciría en la instrumentalización de los procesados. Por su parte, las posiciones consecuencialistas se inclinan por una justificación *relativa* de los estándares de prueba, a partir de la cual no aceptan la imposición de un único estándar, sino que estos deberían diversificarse en atención a la gravedad de los delitos y a las circunstancias particulares del caso (Kaplow, 2012). Los límites de este trabajo no nos permiten profundizar en este debate, pero un panorama bastante ilustrativo de él se puede encontrar en un reciente trabajo del profesor Federico Picinali (2018).

La discusión en torno a la fijación del estándar de prueba para la determinación del resultado final del proceso penal no es la única en la que advertimos la necesidad de ingresar a una discusión metaética. Como bien ha dado cuenta recientemente Cumiz y Dei Vecchi (2019), tal discusión puede encontrarse incluso en la fijación de los «estándares» de acreditación anteriores a la emisión del resultado final del proceso. De acuerdo con este lugar común dentro de la literatura procesal penal, cada una de las

decisiones que se van tomando en el curso del proceso (por ejemplo, las que disponen el inicio de una investigación, las que limitan derechos para realizar actos de investigación o las que permiten la coerción procesal) suponen afectaciones distintas. La intensidad de la afectación supone a su vez una escala de riesgos de error que, para mitigarlos, viene aparejada de distintos niveles de suficiencia acreditativa. Esta necesidad de graduar o modular las exigencias probatorias se sustenta, en buena medida, por la intuitiva idea de que cada una de estas decisiones supone, en caso de error, una afectación distinta (o gradual, vista desde la secuencia procesal) a ciertos valores. No es lo mismo ser citado a una declaración que ser arrestado provisionalmente. Esto es lo que Cumiz y Dei Vecchi (2019) han denominado «tesis de la asimetría», haciendo referencia a la «asimetría de los valores que se ponen en juego en cada decisión» (p. 8).

Tanto la discusión relativa a los criterios según los cuales es posible afirmar que es preferible la absolución errónea de un culpable a la condena igualmente equívoca de un inocente, como la referida a los criterios según los cuales es posible jerarquizar la intensidad de afectación a los valores de posible vulneración por las decisiones tomadas a lo largo del proceso penal requieren de mediciones objetivas de los respectivos riesgos de error como de «parámetros de corrección para los juicios morales o políticos» (Cumiz y Dei Vecchi, 2019, p. 17) que permitan sopesar y justificar las respuestas a las discusiones antes mencionadas.

Considero que para dictaminar que las consecuencias jurídico penales merecen mayor exigencia de corroboración frente a las otras, requeriríamos del andamiaje teórico antes mencionado. Solo con dichos instrumentos conceptuales podríamos resolver aquel argumento relativo a que, dentro de las consecuencias jurídico civiles, podrían existir riesgos más graves que los impuestos por ciertas penas.

Como señalé, el objetivo de este trabajo no consiste en responder a la viabilidad de la presunción de inocencia en el ámbito civil. Considero que, para ello, requeriríamos de un andamiaje metaético

y de filosofía política que es imposible desarrollar aquí. Sin embargo, considero que si es posible dar cuenta de algunos apuntes que, salvo mejor consideración, podrían servir para un ulterior desarrollo.

Una primera observación es que, en el ámbito civil, existe una mayor variedad de riesgos. En el proceso penal, con independencia de las pretensiones de carácter civil o administrativo que pudieran acumularse por economía procesal y de las medidas de seguridad, que responden más a la peligrosidad del agente que al castigo por un comportamiento así calificado como delito, el riesgo generalmente se estructura de forma binaria: se es o no culpable. El proceso civil comprende un abanico de consecuencias en los diferentes ámbitos que abarca, por lo que los riesgos de error resultan igualmente diversos, lo cual dificulta aún más el establecimiento de medidas objetivas para ellos.

Otra observación fundamental es que, en el derecho penal contemporáneo, las penas tienen diversas formas de ejecución. El juicio de que las penas son las consecuencias más graves del ordenamiento probablemente proviene de que por pena se asume, estereotípicamente, el encarcelamiento o incluso la pena capital. En ese escenario, al menos desde una intuición axiológica básica, la vida y la libertad se juzgan como los bienes más preciados y, por tanto, su afectación como lo más grave. Lo cierto es que el panorama de la ejecución de las penas resulta mucho más amplio. Piénsese, por ejemplo, en las penas cuya ejecución se suspende. Vistas así las cosas, la idea de que existen riesgos en el ámbito civil que pueden ser igual o más graves que los provenientes del ámbito penal cobra cierto sentido. ¿Perder una casa es menos grave que una pena de dos años de ejecución suspensiva? Es una pregunta que, de entrada, resulta inconmensurable y que requeriría de todo el desarrollo teórico antes mencionado, pero que, desde un cierto sentido práctico, deja no pocas dudas en torno al juicio absoluto según el cual, frente a las penas, ninguna consecuencia puede siquiera compararse. Este último punto parece apuntar a que la idea de los estándares probatorios relativos, defendida

por el consecuencialismo, podría ser un buen punto de partida para posteriores trabajos sobre la materia.

## 6. CONCLUSIÓN

En este trabajo, creo haber dado cuenta de dos aspectos problemáticos que subyacen a las propuestas de presunción de inocencia civil presentadas por Costa y Wilkinson. El primero consiste en que ambas no desarrollan una noción de pena que pueda, ulteriormente, ser operativa para problematizar por qué la presunción de inocencia no debería ser un principio exclusivo de las consecuencias penales. Por el contrario, ambas propuestas optan por una suerte de pena como consecuencia intercambiable que, tácitamente, supone compromisos teóricos con una concepción nominalista de la pena. En este trabajo he arribado a que el elemento característico de esta, y que permite distinguirla de las demás consecuencias, es su función expresiva de reproche, con independencia de los fines que ella persiga, pues tal discusión corresponde a un problema más profundo relativo a la justificación de la pena. Considerando la función expresiva de reproche como elemento diferenciador, he apuntado que, en la mayor parte de ordenamientos, esta aparece como la consecuencia más grave debido a los valores puestos en juego. El riesgo de una condena equívoca se juzga intuitivamente como el más indeseable, dentro del proceso penal y respecto de las demás áreas del derecho. Sin embargo, estos juicios requieren de un soporte teórico de índole metaético y de filosofía política que permitan hacer operativa la comparación de riesgos de error dentro y fuera del proceso penal.

Como anuncié al inicio, el alcance de este trabajo, sin duda alguna, se hubiese visto desbordado si intentaba ofrecer una respuesta a la viabilidad de la presunción de inocencia civil. Su valor, si tuviera alguno, en todo caso, estriba en dar cuenta de dos escollos que dificultan desarrollar esa respuesta y que, espero, puedan resultar útiles para quienes busquen dar respuesta a este problema.

## REFERENCIAS

- Beisner, J. (2010). Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform. *Duke Law Journal*, 60(3), 547-596.
- Blackstone, W. (1979) [1769]. *Commentaries on the Laws of England* (vol. 4). The University of Chicago Press.
- Bystranowski, P. (2017). Retributivism, Consequentialism, and the Risk of Punishing the Innocent: The Troublesome Case of Proxy Crimes. *Diametros*, (53), 26-49.
- Cavani, R. (2018). Prueba de oficio y prohibición de reemplazar cargas probatorias. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (65), 19-30.
- Costa, E. J. (2017). Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 25(100), 129-144.
- Cumiz, J. y Dei Vecchi, D. (2019). Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).
- Epps, D. (2016). One Last Word on the Blackstone Principle. *Virginia Law Review Online*, 102, 34-47.
- Ferrer, J. (2010). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 4(1). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocetal/article/view/2393>
- Ferrer, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. J. Giannini (ed.), *Contra la carga de la prueba* (pp. 53-87). Marcial Pons.
- Gascón, M. (2019). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. En C. Vázquez (ed.), *Hechos y razonamiento probatorio* (pp. 67-80). Zela.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford University Press.

- Kaplow, L. (2012). Burden of Proof. *The Yale Law Journal*, 121(4), 738-859.
- Kindhäuser, U. (2011). Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. En Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (pp. 3-28). B de F.
- Laudan, L. (2013). Convergence or Divergence in the Evolution of (Criminal) Rights? A Case Study of the Multiple Incoherencies of the Presumption of Innocence. *U of Texas Law, Public Law Research Paper*, (400).
- Laudan, L. y Saunders, H. (2009). Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes. *International Commentary on Evidence*, 7(2). <https://doi.org/10.2202/1554-4567.1099>
- Laufer, W. (2006). *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*. The University of Chicago Press.
- Mañalich, J. P. (2011). Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena. En Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (pp. 29-65). B de F.
- Mañalich, J. P. (2018). El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de la Justicia*, (29), 59-71.
- Moore, M. S. (1997). *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford University Press.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).
- Picinali, F. (2018). Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 31(2), 365-402.

- Puppe, I. (2014). *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. BdeF.
- Reynaldi, R. C. (2016, 25 de diciembre). Estándar de prueba o convicción judicial. Una crítica a la teoría de la probabilidad preponderante. *LP. Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/estandar-prueba-conviccion-judicial-una-critica-la-teoria-la-probabilidad-preponderante/>
- Río Labarthe, G. del (2010). La acción civil en el Nuevo Proceso Penal. *Derecho PUCP*, (65), 221-233. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.010>
- Stumer, A. (2018). *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el derecho probatorio y los derechos humanos*. Marcial Pons.
- Ulväng, M. (2013). Presumption of Innocence Versus a Principle of Fairness. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 42(3), 205-224.
- Walén, A. (2015). Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Balanced Retributive Account. *Louisiana Law Review*, 76(2), 355-446.
- Wilkinson, H. (2018). The Presumption of Civil Innocence. *Virginia Law Review*, 104(4), 589-655.