

LA PRESUNCIÓN DE AUTORIDAD DEL SOBERANO (TAMBIÉN CONOCIDA COMO PRESUNCIÓN DE INOCENCIA)

Peter RAMSEY***

Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2020

Fecha de aceptación: 18 de febrero de 2021

Resumen

En este artículo, sostengo que la mejor manera de entender la presunción de inocencia es como la presunción de que el soberano detenta autoridad política incuestionada. Tomo tres fundamentos de la presunción ya presentados por algunas Cortes Constitucionales y, en la literatura académica, por autores como Duff, Nance, Ho, Lee y Kitai. Sobre estas bases, se tiende a explicar el valor de la presunción desde el punto de vista de los intereses de los ciudadanos particulares. Sin discrepar, en sus propios términos, de lo que plantean sus argumentos, sostengo que se tornan más convincentes cuando se los mira desde el punto de vista de la autoridad política del soberano. A mi entender, la presunción de inocencia sirve para institucionalizar la normalidad de obedecer la ley y la integridad política del cargo del soberano y que, al hacerlo, constituye una forma de autoridad política del soberano y una característica común en diferentes tipos específicos de soberanías.

Title: The Sovereign's Presumption of Authority (also known as the Presumption of Innocence)

Abstract

In this paper, I argue that the presumption of innocence is best understood as a presumption that the sovereign enjoys unchallenged political authority. I take up three different rationales for the presumption of innocence already offered by constitutional courts and, in the academic literature, by writers including Duff, Nance, Ho, Lee and Kitai. These rationales tend to explain the presumption from the standpoint of the law's subjects as individuals. Without disagreeing with

* Profesor de Derecho en la London School of Economics and Political Science. Agradezco a Bowen Zhang por su ayuda en la investigación para este artículo. También doy las gracias a Federico Picinali, Jeremy Horder, Abenaa Owusu-Bempah, Jo Murkens, Lindsay Farmer, Malcolm Thorburn, Alan Norrie Mattia Pinto y, especialmente, a Martin Loughlin y Stephanie Classmann por comentar y criticar las versiones anteriores. Las equivocaciones y opiniones son mías.

** Traducción del inglés de Flora Bosch (traductora técnica-científica y literaria en idioma inglés en la ENS en Lenguas Vivas S. B. de Spangenberg) y Marcos Aldazabal (abogado, LIBA/London School of Economics and Political Science). Título original del artículo: "The Sovereign's Presumption of Authority (also known as the Presumption of Innocence)", publicado en LSE Legal Studies Working Paper, n.º 15/2020, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3743730#. Se mantuvo el formato de citas del original.

them in their own terms, I argue that each becomes more compelling once viewed from the standpoint of the sovereign. I argue that the presumption of innocence serves to institutionalise the normality of obedience to the law and the integrity of the office of the sovereign, and that, in so doing, the presumption of innocence constitutes a form of political authority, and a generic characteristic of different types of sovereignty.

I. Introducción

La presunción de inocencia en juicios penales está jurídicamente establecida como un derecho humano¹ y es una regla de prueba muy consagrada en el derecho anglosajón. El máximo tribunal inglés la declaró el “hilo de oro” que atraviesa “el tejido del derecho penal de Inglaterra”.² La apreciación extendida es que la presunción de inocencia es una de las características que definen el derecho penal.

En la literatura del derecho anglosajón, hay un debate sobre el alcance de la presunción de inocencia. Se discute acerca de cuáles de las reglas que limitan el poder de la policía y la fiscalía en el proceso penal pueden entenderse como institucionalizaciones de la presunción y hasta qué punto esta debería extenderse. En su sentido más limitado, siempre se ha creído que la presunción pone la carga de la prueba en el fiscal (el acusado es “inocente hasta que se pruebe lo contrario”) y que exige un estándar de prueba alto en juicios penales. Por más de dos siglos, ese estándar ha exigido pruebas “más allá de toda duda razonable”.³ Por lo tanto, podríamos decir que la presunción de inocencia, en sentido “limitado”, es una presunción fuerte. Una concepción más amplia sugiere que la presunción exige reglas que eviten que, antes de una eventual condena, se trate a los sospechosos y a los acusados como si fueran culpables.⁴ En las jurisdicciones del *common law*, se sigue debatiendo el alcance exacto de esta concepción más amplia.⁵ En las jurisdicciones del derecho continental, siempre se ha entendido a la presunción de inocencia en este segundo sentido⁶.

¹ Convención Europea de Derechos Humanos, art. 6.

² *Woolmington v DPP* [1935] AC 462, p. 481.

³ LANGBEIN, *The Origins of the Adversary Criminal Trial*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, pp. 261-266.

⁴ Para obtener más información sobre la concepción “limitada” y la “amplia”, véase ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 10, 2006, pp. 241, 243-249.

⁵ Véase, p. ej., HO, “The Presumption of Innocence as a Human Right”, en ROBERTS y HUNTER (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights*, Oxford, Hart, 2012; Lippke, *Taming the Presumption of Innocence*, Oxford University Press, 2016; OWUSU-BEMPAH, *Defendant Participation in the Criminal Process*, Nueva York, Routledge, 2017; Stumer, *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives*, Oxford, Hart, 2010, cap. 3.

⁶ Véase nota al pie 16.

En las cortes en las que rige el *common law*, se ha tendido a considerar a la carga y al estándar de prueba como cuestiones de la “justicia natural” o la imparcialidad procesal.⁷ Esta concepción estrecha de la presunción sirve para evitar que un acusado se vea forzado a desmentir acusaciones⁸ —situación que se considera repugnante al orden jurídico— y ayuda a asegurar que el proceso sea justo, al requerir que el tribunal que se expide sobre los hechos juzgue solo sobre la base de la prueba presentada.⁹ En un fallo destacado, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que “una sociedad que valora el buen nombre y la libertad de cada individuo no deberá condenar a un hombre por cometer un delito cuando existe una duda razonable acerca de su culpabilidad”.¹⁰ Esta doctrina apunta a uno de los fundamentos filosóficos de mayor peso sobre la presunción: la idea kantiana de que el Estado debe respetar la dignidad de las personas como norma deontológica. Esto significa que todo individuo tiene el derecho a ser tratado como irreprochable hasta que se demuestre que no lo es.¹¹

El respeto por la dignidad de la persona como un fin en sí misma opera, además, como respaldo de un fundamento adicional de la exigencia de un estándar de prueba elevado. Se reconoce que un estándar de prueba elevado lleva a más absoluciones erróneas que uno más bajo —lo que trae como consecuencias negativas una mayor dificultad de hacer justicia y una mayor reincidencia de delinquentes absueltos—. Sin embargo, a favor de la presunción de inocencia, se sostiene que es preferible que el Estado no logre hacer justicia cuando absuelve a un culpable que al condenar a un inocente.¹²

A pesar de la autoridad establecida de la que goza el estándar de “más allá de toda duda razonable”, en los últimos años algunos autores consecuencialistas han criticado sus fundamentos. Han cuestionado la distinción categórica entre cometer una injusticia y no hacer justicia; también han sostenido que, aunque los argumentos deontológicos o retributivos a favor de poner la carga de la prueba sobre el acusador en un juicio penal son lógicos, no son suficientes para explicar el alto estándar de prueba que se le exige al fiscal. Lo que se critica es que este aumenta el número de absoluciones erróneas (lo que resulta en que no se haga justicia y se incremente la reincidencia), sin

⁷ Véase, p. ej., Lord DIPLOCK en *Ong Ah Chuan v Public Prosecutor* [1981] AC 648, 671.

⁸ *Sheldrake v DPP* [2005] UKHL 1, at [292]-[293] (por Lord BINGHAM).

⁹ *Taylor v Kentucky* 436 US 478, 485 (1978).

¹⁰ *In re Winship* 397 US 358 (1970), at [363].

¹¹ Para una argumentación detallada, véase STEWART, “The Right to be Presumed Innocent”, en *Crime Law and Philosophy*, vol. 8 (2), 2014, pp. 407-420. Véase ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 10, 2006, pp. 241-279, 249; CAMPBELL “Criminal labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence”, en *Modern Law Review*, vol. 76 (4), 2013, p. 691.

¹² DUFF, *Answering for Crime*, Hart, 2007, p. 196.

evitar todas las condenas injustas.¹³ Estas inquietudes deontológicas solo podrían resolverse con un estándar de certeza poco realista. Por lo tanto, no pueden tomarse como decisivas a la hora de determinar el estándar de prueba preciso. En cambio, deberían usarse estimaciones consecuencialistas que maximicen el bienestar como consecuencia de haber encontrado un estándar basado en la evidencia que minimice el daño tanto de las condenas injustas como de las absoluciones erróneas.

Este debate, que está en curso, involucra una variedad de posiciones y argumentos diferentes, que se basan, sobre todo, en los recursos de la filosofía moral, aunque también presentan argumentos derivados de la idea del contrato social¹⁴. Mi propósito no es abordarlo en sus propios términos, sino presentar una interpretación alternativa de la presunción de inocencia basada en una concepción de la autoridad política. Sostengo que, con esta alternativa, se podría explicar el estatus elevado que tiene la presunción de inocencia fuerte —y el estándar de prueba que esta demanda—, independientemente de todos los argumentos derivados de la filosofía moral.

En concreto, sostendré que la presunción *legal* de la inocencia del acusado en un juicio penal es la expresión institucional de una suposición *política* de la existencia de la autoridad del soberano. Sobre esta base, la presunción de inocencia fuerte es una condición necesaria para la autoridad de todo el proceso de justicia penal, lo que explica su estatus legal sin importar las debilidades que pueda tener en otros aspectos. Esta manera de entender la presunción de inocencia complementa las teorías sobre el derecho penal sustantivo y el castigo por parte del Estado que buscan explicarlos y justificarlos como aspectos de la autoridad política del Estado.¹⁵

La argumentación que elaboraré tiene una limitación importante. El foco está en la interpretación más estrecha de la presunción, propia del *common law*: la que sostiene que la presunción exige la carga y el exigente estándar de prueba que se encuentran en la doctrina del derecho anglosajón. Por lo tanto, no exploro lo que esta teoría podría decir sobre las derivaciones de la presunción más allá de lo que hace a la carga y al estándar de prueba en un juicio penal. Además, como se manifestó, con estas afirmaciones no puedo presentar fundamentos para la presunción tal

¹³ Véase EPPS, “The Consequences of Error in Criminal Justice”, en *Harvard Law Review* vol. 128(4), 2015, pp. 1065, 1139.

¹⁴ Para reseñas exhaustivas del debate reciente, véase PICINALI, “Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 31(2), 2018, p. 365; WALEN, “Proof beyond a Reasonable Doubt: A Balanced Retributive Account”, en *Louisiana Law Rev.*, vol. 76 (2), 2015, p. 355.

¹⁵ Véase, p. ej., THORBURN, “Punishment and Public Authority”, en du BOIS-PEDAIN, ULVANG y ASP (eds.), *Criminal Law and the Authority of the State*, Cambridge, Hart, 2017; RAMSAY, *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012; BRUDNER, *Punishment and Freedom*, Oxford University Press, 2009; CLASSMANN, “Criminalisation as Political Representation”, trabajo no publicado, 2019.

como se la concibe en el derecho continental. Es que dicha interpretación es diferente al entendimiento más estrecho de suficiencia de evidencia que se encuentra en el derecho anglosajón, ya que provee límites sustantivos y procedimentales al tratamiento de los acusados.¹⁶ Asimismo, la carga y el estándar de prueba no se aplican a los sistemas inquisitivos de la misma manera que a los sistemas adversariales.¹⁷ Los sistemas inquisitivos interpretan que poner la carga de la prueba en cabeza del fiscal incluye tres reglas. Primero, impide tratar al acusado como si fuera culpable. Segundo, implica reconocer el principio *in dubio pro reo*. Tercero, requiere que los jueces motiven por escrito por qué priorizan algunas pruebas sobre otras. Sin embargo, pareciera probable que, si se las considera juntas, estas reglas pueden dar forma a la soberanía del Estado de maneras similares a las que desarrollaré a continuación sobre la presunción en el *common law*. No obstante, todavía no estoy en posición de desarrollar esa afirmación.

Espero que la discusión teórica que presento sea una introducción para entender mejor la realidad histórica del sistema penal. Al explicar las doctrinas del derecho penal como los aspectos jurídicos de la autoridad política, puede que comprendamos mejor por qué, en la práctica, la justicia penal es opresiva e innecesariamente dañina. Si el derecho penal es sobre todo una cuestión de la autoridad política del soberano, entonces las limitaciones y los defectos de la autoridad deberían ser una fuente importante de contradicciones y debilidades en la práctica de la justicia penal. Sin embargo, en esta introducción teórica, mi contribución a este proyecto se limitará a explicar un componente clave del proceso penal en esos términos.

Para establecer la conexión entre la presunción de inocencia y la autoridad política del soberano, voy a comenzar por tratar tres principios que han aparecido en casos importantes y que la literatura académica ya ha estudiado. Cada uno hace referencia a aspectos políticos distintivos de la presunción, pero, al igual que la mayoría de los argumentos a favor de una presunción de inocencia fuerte, ponen el foco directamente en los intereses de los ciudadanos como individuos y en la manera en la que la presunción protege esos intereses. Voy a sostener que estos tres principios se vuelven más convincentes cuando las problemáticas que abordan se consideran desde el punto de vista de la soberanía del Estado y no desde el de la ciudadanía.

¹⁶ Véase QUINTARD-MORENAS, "The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58 (1), invierno de 2010, p. 107.

¹⁷ Puede encontrarse un debate en WEIGEND, "Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice", en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, 2014, pp. 285, 290-293.

La Corte Suprema de Canadá sugirió la primera línea de argumentación en el caso *Oakes*, cuando se aproximó a la idea del derecho kantiano a no ser reprochado bajo una luz un poco diferente a la usual al observar lo siguiente: “La presunción de inocencia confirma nuestra fe en la humanidad; refleja nuestra creencia en que, hasta que se demuestre lo contrario, debe considerarse a los individuos como miembros decentes de la sociedad, que cumplen la ley”.¹⁸ Duff elaboró una idea similar: propuso que la presunción es una forma de “confianza cívica” institucionalizada, en la que, de manera colectiva, damos por sentado que todos somos racionales, presunción sin la cual no podríamos vivir juntos en una “república que funcione bien”.¹⁹ A su vez, Duff se basó en los argumentos de Nance acerca de la ventaja funcional de que las normas prescriptivas requieran, al menos, de un grado moderado de confianza.²⁰

La segunda y la tercera líneas argumentales están muy relacionadas. La Corte Suprema de los Estados Unidos recurrió a estas en el caso *Re Winship*:

... es indispensable el uso del estándar de duda razonable para ganar el respeto y la confianza de la comunidad a la hora de aplicar el derecho penal. Es fundamental que un estándar de prueba que genera dudas acerca de si se está condenando a hombres inocentes no debilite la fuerza moral del derecho penal. En nuestra sociedad libre, también es importante que cada individuo ocupado en sus asuntos personales tenga la seguridad de que el Estado no puede declararlo culpable de un delito penal sin antes convencer a un juez idóneo de esa culpabilidad con la mayor certeza.²¹

En la misma línea, la Corte Constitucional de Sudáfrica declaró que “la presunción de inocencia [...] no solo sirve para proteger a un individuo particular en un juicio, sino también para preservar la confianza pública en la integridad y seguridad perdurables del sistema legal”.²²

Estos precedentes judiciales tienen dos factores analíticos separados, que voy a tratar como argumentos distintos. Un factor es mantener la confianza de los ciudadanos individuales. Sin embargo, la confianza pública en la integridad del sistema depende de una función particular

¹⁸ *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R 103, p. [29].

¹⁹ DUFF, “Who Must Presume Whom to be Innocent of What?”, en *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 42, 2013, pp. 170, 179.

²⁰ NANCE, “Civility and the burden of proof”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17(3), verano de 1994, p. 647.

²¹ *In re Winship* 397 US 358 (1970), 364.

²² *State v Coetzee* [1997] 2 LRC 593, 677.

anterior de la presunción, que impone el peso de la responsabilidad por las acusaciones contra los individuos en el Poder Ejecutivo. Voy a empezar con esta función previa.

Ho²³ desarrolló la idea del juicio penal y la presunción de inocencia como un proceso que consiste en pedir explicaciones al Poder Ejecutivo; sostiene que no cumplir con la carga de la responsabilidad de justificar sus acciones atenta contra la libertad política. Lee y Kitai, entre otros,²⁴ han presentado, de distintas maneras, un argumento adicional que sostiene que, para mantener la confianza pública, es necesaria una presunción de inocencia fuerte, precisamente porque asegura la respuesta del Poder Ejecutivo por sus decisiones.

Voy a abordar cada una de estas tres teorías normativas sobre la presunción y a reanalizarlas desde el punto de vista del soberano que domina el proceso penal. El objetivo es demostrar que esta limitación del Poder Ejecutivo —que es deseable en lo normativo y que sirve para mantener la civilidad y para que responda por las acusaciones y la coerción que ejerce— es una consecuencia de la autoridad del soberano y es la forma jurídica requerida por la presunción de soberanía. Cuando una corte penal presume la inocencia de un acusado hasta que la fiscalía pruebe lo contrario, está presumiendo que la soberanía del Estado es real y efectiva.

En la sección II, voy a esbozar la idea de la presunción de inocencia como una cuestión de confianza mutua entre los habitantes de una comunidad política y de civilidad y voy a estudiarla desde el punto de vista de la soberanía. En las secciones III y IV, haré lo mismo con la responsabilidad del Poder Ejecutivo y con la confianza pública, respectivamente. Esas tres secciones son el núcleo de la argumentación. En la sección VI, haré un resumen de la teoría y argumentaré que la presunción de inocencia es común a todos los tipos de autoridad política soberana.

²³ HO, “LIBERALISM AND THE CRIMINAL TRIAL”, EN *Singapore Journal of Legal Studies*, 2010, P. 87. HO ha sido quien más ha profundizado el argumento, pero está lejos de ser el único. Para más ejemplos, véase STUMER, *supra* nota 5, p. 38; WELLS y QUICK, *Lacey, Wells and Quick: Reconstructing Criminal Law*, 4.ª ed., Cambridge University Press, 2010, pp. 73-74.

²⁴ VÉASE LEE, “DEONTOLOGY, POLITICAL MORALITY, AND THE STATE”, EN *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 8, 2011, pp. 385, 397-401; KITAI, “PROTECTING THE GUILTY”, EN *Buffalo Criminal Law Review*, 2003, PP. 1163, 1164; REIMAN Y VAN DEN HAAG, “ON THE COMMON SAYING THAT IT IS BETTER THAT TEN GUILTY PERSONS ESCAPE THAN THAT ONE INNOCENT SUFFER: PRO AND CON”, EN *Social Philosophy & Policy*, VOL. 7(2), 1990, PP. 226, 230-234; VÉASE TAMBIÉN STUMER, *supra* NOTA 5.

II. El principio de civilidad y la normalidad de la obediencia

1. “Confianza cívica” o el “principio de civilidad”

Duff trata la presunción de inocencia como una institución que refleja cierto grado de “confianza cívica”. El autor sostiene que “una confianza cívica moderada” es “fundamental para la ciudadanía en una república que funciona bien”.²⁵ La confianza cívica es moderada porque no requiere que confiemos en los otros ciegamente y que, por eso, no tomemos ninguna medida para protegernos del delito (como cerrar la puerta con llave o asegurarnos de manera básica). En cambio, la confianza cívica significa que, en circunstancias normales, no presumamos que otras personas específicas quieren dañarnos o están a punto de atacarnos. Dicha confianza nos marca que debemos tener una buena razón para reaccionar ante los desconocidos con los que interactuamos como si tuvieran una intención hostil hacia nosotros. Según Duff, este requisito nace de un respeto mutuo por nuestra agencia moral. Esta confianza cívica moderada significa “confiar en que tanto el otro como nosotros mismos vamos a responder con la razón” y que “nos tratamos como agentes que pueden reconocer las razones apropiadas para la acción y que pueden guiarse por estas”. También agrega lo siguiente: “Esas razones suelen ser morales, en particular, razones morales para no atacar al otro. Pero también están las razones prudenciales, en las que se basa el castigo disuasivo: confiamos en la idea de que un castigo futuro nos disuade”.²⁶

Quiero desarrollar esta última idea, ya que sostiene que al extenderle esta “confianza cívica moderada” a un individuo estamos presumiendo cuál es la actitud de esa persona respecto de la amenaza de castigo que se encuentra en el derecho penal y, por ende, estamos haciendo una presunción sobre la autoridad de las órdenes del soberano.

Duff cita la descripción análoga de Dale Nance sobre la presunción jurídica de inocencia como un mecanismo para institucionalizar el “principio de civilidad”.²⁷ Este último contrasta las presunciones que hacen los “optimistas” y los “pesimistas” sobre la conducta probable de los otros y se preocupa por explicar por qué sería racional que las personas hagan presunciones moderadamente optimistas acerca del comportamiento de los demás. Al hacerlo, presenta dos razones que explican por qué el proceso penal debe dar por sentado que las personas no han actuado en contra del

²⁵ DUFF, *supra* nota 19, pp. 170, 179. En este artículo, DUFF se encarga del uso de la presunción de inocencia fuera del juicio penal. Sin embargo, veremos que el fundamento sirve para su uso en este tipo de juicio.

²⁶ DUFF, *supra* nota 19, p. 181.

²⁷ NANCE, *supra* nota 20, p. 647.

ordenamiento jurídico. La primera surge del carácter dual que tiene cualquier cosa que se precie de ser una norma moral impuesta por el derecho. Nance explica que estas normas:

... sin duda son prescriptivas, pero también suelen ser descripciones acertadas, al menos sobre una base estadística general [...]. Si se viola una norma de manera rutinaria, va a parecer vacía y, de a poco, va a perder cualquier fuerza moral real [...]. Esta característica evolutiva, que tiende a asegurar la precisión descriptiva de las normas serias, es, en sí misma, un motivo para presumir del modo en que lo hacen los optimistas, ya que maximiza la probabilidad *ex ante* de precisión y, como consecuencia, la probabilidad de una interacción social exitosa. En esto, las normas sociales tienen los mismos mecanismos que las proposiciones de hecho, generales o abstractas.²⁸

Si la regla es que lo correcto es abstenerse de matar intencionalmente a otros sin causa, entonces hacerlo no solo es reprochable desde un punto de vista moral, sino también excepcional desde el punto de vista empírico.

El segundo motivo que da Nance por el cual el Estado debe tomar el punto de vista optimista es una de las razones de la veracidad del primero. La suposición de que las normas morales son también las empíricas tenderá a cumplirse:

La que pretendemos que sea nuestra conducta, aun cuando no lo es, puede serlo debido a la pretensión. Las expectativas impuestas en las personas para que estén a la altura de cierto estándar pueden aumentar la frecuencia con la que cumplan ese estándar, incluso cuando no haya sanciones efectivas si no lo hacen. Creo que cualquiera que haya sido padre o maestro, o que haya participado en un proyecto grupal, entenderá la fuerza de esta afirmación.²⁹

Para Nance, estos motivos establecen una obligación ética “a presumir el cumplimiento con las obligaciones jurídicas al menos al punto en que representan un consenso sobre los principales

²⁸ NANCE, *supra* nota 20, p. 652.

²⁹ NANCE agrega lo siguiente: “Podría decirse que este argumento solo es válido en presunciones sobre conductas futuras, ya que las presunciones sobre conductas anteriores no pueden tener efecto, positivo o negativo, sobre los hechos pasados. Sin embargo, es claramente irracional presumir que no va a haber infracciones en el futuro al tiempo que se presume que sí hubo infracciones en el pasado”. Nance, *supra* nota 20, p. 652.

deberes morales”.³⁰ Hacerlo trae aparejado los mejores resultados. Además, Nance afirma que, a pesar de que pocas veces se lo reconoce en la doctrina del derecho, la verdad de esta obligación moral es lo que explica el alto estándar de la presunción de inocencia: “Hay tantos ejemplos del principio de civilidad en la práctica como veces que se lo ha ignorado en la teoría”.³¹

Sin embargo, los dos motivos que ofrece el autor para explicar el lugar privilegiado que ocupa el principio de civilidad —la tendencia a producir tanto obediencia como predicciones estadísticas acertadas— lo transforman en más que un principio atractivo solo por su valor normativo. Hay razones más fuertes para creer, como Nance, que el manejo de los juicios penales se sustenta en el principio de civilidad, más allá de cómo la doctrina explique la presunción de inocencia. Estas razones se encuentran en la naturaleza misma del proceso penal.

2. La normalidad de la obediencia

Un juicio penal se inicia en nombre del soberano, a través del fiscal, que es el representante del Poder Ejecutivo para llevar a cabo esta función.³² El representante del Poder Judicial, también en nombre del soberano, preside el juicio. Y, de haber una condena, los representantes del soberano ejercerán la coerción penal sobre el imputado. A lo largo del juicio, el agente judicial le ordenará al jurado que delibere sobre la base de una fuerte presunción de inocencia y le exigirá a los agentes ejecutivos que cumplan con sus demandas.³³ En efecto, la acusación solo tendrá lugar si el fiscal está seguro de que hay más posibilidades de que quien decide sobre los hechos declare culpable al acusado que que lo absuelva. Es decir, si hay posibilidades de persuadir al jurado o al juez profesional de que retire la presunción de inocencia porque está “seguro” de que el acusado es responsable de lo que lo acusa el fiscal.³⁴ En la forma de la carga y el estándar de prueba, la presunción de inocencia es requerida por el agente judicial del soberano, quien entonces provee una regla de decisión que guía a los agentes ejecutivos. La presunción de inocencia es una presunción que hace el soberano.

³⁰ NANCE, *supra* nota 20, p. 689.

³¹ NANCE, *supra* nota 20, p. 655.

³² P. ej., en el Reino Unido, el fiscal actúa literalmente en nombre del monarca (*Regina v Smith*, etc.); en los Estados Unidos, lo hace en nombre del pueblo (*The People v Smith*, etc.).

³³ En particular, al instruir al jurado en cómo deben cumplir con su deber y en la situación de que la defensa diga que no existe caso, véase *R v Galbraith* [1981] 2 All ER 1060.

³⁴ Que el jurado tiene que estar “seguro” es la forma que toma el estándar de “más allá de toda duda razonable” y que actualmente se recomienda a los jueces para que dirijan a los jurados en los tribunales ingleses, véase *Crown Court Bench Book*, 16.

Si consideramos la idea de Duff sobre la confianza cívica y el principio de civilidad de Nance desde el punto de vista específico del soberano, quien los institucionaliza en la presunción de inocencia, vemos que esta idea es atractiva no solo desde lo normativo. La presunción de inocencia es una norma jurídica necesaria (en el sentido de lógicamente inevitable) para cualquier Estado que reivindique la forma de autoridad política conocida como soberanía. Hay una conexión conceptual entre la presunción de inocencia y la soberanía del Estado.

Antes de adentrarnos en la conexión entre la soberanía y la presunción de inocencia, es necesario clarificar la relación entre el Estado, el soberano y la soberanía y explicar el carácter de la autoridad soberana.³⁵ El Estado es la entidad en la que una multitud de personas naturales se unen para dar lugar a un pueblo.³⁶ El soberano es quien detenta el poder público; puede ser tanto una persona como un grupo de personas, que representan al Estado y actúan en su nombre. Dado que el soberano es el representante de la unidad política del pueblo, goza, dentro de su jurisdicción, de autoridad universal para dictar y aplicar las leyes que gobiernan a los ciudadanos, que están obligados a obedecerlas como producto de su propia voluntad. El concepto de soberanía se refiere a la relación de autoridad política y de obligación existente entre los ciudadanos y el soberano. Esta es la relación que unifica a la multitud en un Estado.

Por lo tanto, el orden cívico emana de la *autoridad* del soberano, de la soberanía del soberano. Cada ciudadano sabe que las leyes dictadas por el soberano generalmente serán obedecidas y que desobedecer una ley deriva en su aplicación en contra de la voluntad de los infractores por parte de un cuerpo designado para esa tarea. La soberanía del soberano le permite concentrar la capacidad de la multitud de ciudadanos individuales en un único poder político, que cuenta con la posibilidad

³⁵ Las siguientes conceptualizaciones se inspiran en el trabajo de LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 58 y 81-86. LOUGHLIN, a su vez, parte del *Leviathan* (Penguin, 1968) de Hobbes. Me apoyo en sus ideas, pero sin compartir la perspectiva hobbessiana que ve al Estado como el acuerdo de individuos libres que existen independientemente de su creación.

³⁶ Dado que aquí el foco está puesto en el soberano y en la soberanía, no ofreceré caracterizaciones más específicas del Estado. Existe un intenso debate entre los académicos hobbessianos acerca de qué tipo de persona es el Estado (véase RUNCIMAN, "What Kind of Person is Hobbes's State? A REPLY TO SKINNER", EN *The Journal of Political Philosophy*, VOL. 8(2), 2000, P. 268; SKINNER, "HOBBS ON REPRESENTATION", EN *European Journal of Philosophy*, VOL. 13(2), 2005, P. 155; OLSTHOORN, "LEVIATHAN INC.: HOBBS ON THE NATURE AND PERSON OF THE STATE", EN *History of European Ideas*, 2020. Para HEGEL, el Estado es el momento de la "vida ética" en el que lo particular y lo general encuentran su unidad (véase HEGEL, *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, 1991, pp. 258, 275-79).

de imponerse sobre todo aquel que desafíe su autoridad. La magnitud de este poder fue lo que llevó a Thomas Hobbes a identificar al soberano como el "Leviatán".³⁷

La autoridad del soberano no surge de la coerción, sino de la obligación de los individuos de cumplir las órdenes del soberano *como representante de ellos mismos*. Esa autoridad trae consigo el derecho concomitante que tiene el soberano de amenazar con el uso de la fuerza para lograr acatamiento y de emplearla para ejercer ese derecho cuando un individuo se aparta de su obligación y no cumple su deber de ser obediente.³⁸ El derecho penal sustantivo consiste en esta amenaza de usar la fuerza que el soberano tiene derecho a imponer. El castigo por haber actuado en contra de lo postulado por el derecho penal es la fuerza utilizada para materializar el derecho que tiene el soberano de ser obedecido.³⁹ Sin embargo, es la autoridad política del soberano la que fundamenta el derecho a ejercer coerción.

Desde el punto de vista del soberano, el principio de civilidad de Nance es fundamental para la autoridad del Estado que este gobierna, es decir, para la soberanía del soberano. El primer argumento de Nance a favor del principio de civilidad (a saber, que en la práctica la norma se suele cumplir) es otra forma de decir que la presunción de inocencia es la presunción de que lo normal es que se cumpla con las leyes del soberano, la presunción de que la persona o asociación identificada como el soberano tiene esa relación de autoridad con los individuos a la que llamamos soberanía. El segundo argumento de Nance (a saber, que proclamar la norma probablemente hará que sea normal en la práctica) es un elemento jurídico de la producción y mantenimiento de ese orden normal de civilidad y obediencia que caracteriza a la soberanía. Al presumir formalmente que el derecho se ha cumplido, el soberano hace que sea más probable que, en el futuro, se cumpla. Si damos este razonamiento, podemos decir que, en el caso de que, en un proceso judicial, los agentes del soberano no presumieran la inocencia del acusado, estarían dando por sentado que las leyes del

³⁷ "Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero" (HOBBS, *Leviatán*, Ediciones Libertador, p. 137).

³⁸ Esta concepción no surge de HOBBS, sino de THORBURN, *supra* nota 15, pp. 256-263; y BRUDNER, *The Owl and the Rooster: Hegel's Transformative Political Science*, Oxford University Press, 2017, p. 294, quienes a su vez se inspiran en KANT y HEGEL, respectivamente.

³⁹ Véase la discusión sobre los diferentes fundamentos para esta fuerza de acuerdo con el tipo político de soberanía en la sección V.

soberano no se suelen cumplir y que el soberano no detenta la relación de autoridad con la ciudadanía a la que llamamos soberanía.⁴⁰

A primera vista, este argumento podría parecer exagerado. Incluso si fuera cierto que el soberano, en general, tiene que presumir que el cumplimiento de la ley es la norma, esto no puede explicar, en verdad, las reglas acerca del tratamiento de los imputados o la aproximación de los tribunales a la evidencia contra ellos, ya que estos últimos representan una porción pequeña de la sociedad y no presumir que se rigen por la ley no nos dirá nada acerca de la construcción de la autoridad estatal sobre la gran mayoría. Sin embargo, eso sería malinterpretar la problemática de la soberanía y convertirla en un interrogante empírico acerca de qué tan extendido está el cumplimiento de la ley. A pesar de que la discusión empírica es, sin duda, importante, ya que una cantidad suficiente de desobediencia podría hacer que se cuestione la autoridad política del Estado, es secundaria. El problema principal de la autoridad política es simbólico e ideológico.⁴¹ Y, en este sentido, las afirmaciones del soberano abarcan literalmente todo.

La autoridad del soberano se basa en la pretensión ideológica del Estado de representar a *todos* los individuos,⁴² con la consecuencia de que la soberanía es tan poderosa que desafiarla es inútil e irracional. Sin embargo, las conductas delictivas son justamente un desafío a la autoridad del soberano⁴³ y, por lo tanto, los delitos intencionales representan una negación fundamental de la universalidad atribuida a esa autoridad. Ese desafío provoca una respuesta coercitiva por parte del soberano, que toma la forma de un proceso penal y un castigo, lo que es otro indicador del desafío a la autoridad, aunque el uso de la fuerza penal es necesario para restaurar la relación de autoridad.⁴⁴

⁴⁰ La presunción de inocencia formal en el proceso de llegar a una sentencia es muy importante ya que, cuando se involucra a agentes del Poder Ejecutivo para encontrar a los responsables del delito, a veces se les pide que, en la práctica, presuman culpabilidad para llevar adelante la investigación (véase PACKER, "Two Models of the Criminal Process", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113 (1), 1964).

⁴¹ Véase la nota al pie 69 para más información sobre la relación entre la autoridad simbólica y empírica.

⁴² O, en la concepción hegeliana, la pretensión de representar la voluntad racional que se encuentra en la unidad de lo particular y lo universal. Véanse las notas 35 y siguientes. *Ideológica* se usa en el sentido específico de una afirmación que toma los intereses de algunos como los intereses de todos y que tiene algunos fundamentos materiales (véase MESZAROS, *The Power of Ideology*, New York University Press, 1989, pp. 10-12). Entender la afirmación del Estado como ideológica en este sentido nos permite reconocer la verdad y la fuerza moral de la idea del Estado como representante del pueblo, al tiempo que mantenemos una distancia crítica de la afirmación en este sentido de cualquier Estado empírico particular.

⁴³ Thorburn, *supra* nota 15.

⁴⁴ THORBURN explica el punto anterior con elegancia al hacer referencia al castigo como un aspecto de la autoridad de los padres: "Una vez que el padre presenta la sentencia y administra el castigo, las maldades del niño pueden verse como una

Por ende, el castigo trae aparejado el reconocimiento oficial tanto de la negación de la autoridad del soberano como de la necesidad de que se reafirme esa autoridad desafiada haciendo uso del poder coercitivo legítimo. Cuanto más recae el Estado en el castigo, más se desafía la autoridad del soberano; esto es un indicador del debilitamiento de la relación subyacente entre autorización y obligación sobre la que se basa la autoridad política.⁴⁵ Como consecuencia, para poder mantener la autoridad del soberano, es necesario que estas negaciones de la autoridad se construyan y presenten simbólicamente como excepciones al orden normativo del soberano.

El colosal carácter universal que tiene la proclama de autoridad del soberano sirve para explicar la fuerza de la presunción legal de inocencia, el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”. Hobbes describió al Estado soberano como un “Leviatán” y un “Dios mortal” debido a la inmensidad del poder que surge de que sus actos estén autorizados por todos los ciudadanos.⁴⁶ La fuerza de la presunción le da una forma institucionalizada a la inutilidad, la irracionalidad y la excepcionalidad atribuidas a la desobediencia por parte de un individuo. Cualquier cosa por debajo de “más allá de toda duda razonable” sugiere la posibilidad de que la autoridad del soberano sea más débil que la de un verdadero Leviatán. La presunción es un símbolo clave de la autoridad del soberano.

En un juicio penal, cuando los agentes del soberano presumen la inocencia de los acusados, están suponiendo que el soberano detenta la autoridad política a la que llamamos soberanía y que

simple condición previa real para la ejecución de la máxima autoridad del padre. A pesar de que se siga lamentando la desobediencia [...], ya no supone una amenaza real a la demanda de autoridad del padre sobre el niño” (THORBURN, *supra* nota 15, 476). Por este motivo, la afirmación de Arendt relativa a que “la autoridad previene el uso de fuerza externa” debe ser evaluada con cautela (ARENDR, “What is Authority?”, en *Between Past and Future: Six Essays in Political Thought*, Viking Press, 1961, p. 93). El derecho a amenazar con el uso de la fuerza para asegurarse la obediencia y a ejecutar dicha fuerza cuando se la desafía es constitutivo de la autoridad política.

⁴⁵ Por lo tanto, ARENDT exagera el argumento cuando dice que “cuando se usa la fuerza, la autoridad ha fracasado” (*supra* nota 44). La autoridad solo *fracasaría* si la fuerza penal del soberano también fuese desobedecida, a través de una fuga de la custodia legítima, una rebelión armada o una huelga de hambre hasta la muerte. En cada uno de estos ejemplos, el soberano no puede reafirmar su derecho a ordenar obediencia. El punto de Arendt es, sin embargo, una exageración. Una mayor dependencia oficial en la coerción implica una disminución de las relaciones políticas subyacentes que constituyen la autoridad estatal y viceversa (véase BRUDNER, “The Contraction of Crime in Hegel’s *Rechtsphilosophie*”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 161; RAMSAY, “A Democratic Theory of Imprisonment”, en DZUR, LOADER Y SPARKS (eds), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 84-107.

⁴⁶ Véase *supra* nota 35, p. 227. Al mismo tiempo, es precisamente por el hecho de que el soberano es un “Dios mortal” que la resistencia constituye una amenaza para su autoridad. En última instancia, la soberanía es el resultado del trabajo de los ciudadanos; es una relación política que se instaura con la intención de resolver un problema político. A pesar del derecho a una autoridad absoluta, la persona que ocupa el puesto de soberano puede ser asesinada, y se puede derrocar el cargo, o este puede quedar en suspenso. En contraste, el Cristianismo se puede imaginar la naturaleza pecaminosa de la humanidad si no tuviera la amenaza de la autoridad de su Dios omnipotente e inmortal.

las leyes del soberano se cumplen de manera rutinaria. En las ocasiones en las que el fiscal convence al tribunal que juzga sobre los hechos de que retire la presunción y que declare culpable de un delito al acusado, el Poder Ejecutivo logró convencer al magistrado o jurado de que, en este caso, un individuo *excepcionalmente* desobediente le negó la autoridad normal al soberano. La conexión entre el mantenimiento del orden civil y los símbolos de la autoridad del soberano es tan fundamental que se la suele pasar por alto; en palabras de Nance: “el principio de la soberanía está tan asentado en la práctica, como generalmente es ignorado en la teoría”. La presunción de inocencia es un elemento fundamental de la soberanía del Estado.

Ahora analizaremos la presunción como una medida legal que ayuda a que el Poder Ejecutivo responda por sus acusaciones contra los individuos; con este argumento, también se demuestra la conexión necesaria entre la presunción de inocencia y la autoridad del soberano y que esa conexión requiere el estándar pruebas más allá de toda duda razonable.

III. La responsabilidad del Poder Ejecutivo y la integridad del soberano

1. La responsabilidad del Poder Ejecutivo

Ho ubica al fundamento de la presunción de inocencia dentro de una teoría más amplia del juicio penal y del debido proceso. En su teoría, el juicio penal es una “institución política” que se basa en la separación de poderes para asegurar que se aplique la “justicia política”, lo que se logra haciendo que el Poder Ejecutivo responda por las acusaciones en un foro independiente.

El autor considera que el juicio penal protege una condición de lo que llama “libertad pública”, es decir, que “los gobernantes están obligados a rendirles cuentas a los mismos individuos sobre los que ejercen poder”⁴⁷ y que eso “demanda que ‘las premisas objetivas para el uso de la coerción y la fuerza por parte del Estado’ estén expuestas y sean puestas a prueba en un proceso de confrontación”.⁴⁸ Está claro que la presunción de inocencia tiene un rol importante en este proceso en el que el Poder Ejecutivo debe responder, en la medida en que sostiene que “no es suficiente que el Poder Ejecutivo crea o asegure que el ciudadano o la ciudadana es culpable; tampoco alcanza con que, de hecho, lo sea. El tribunal debe absolver a la persona y dejarla ir, a no ser que el Poder Ejecutivo logre demostrar su culpabilidad en la manera correcta”.⁴⁹ A menos que el tribunal esté

⁴⁷ HO, *supra* nota 23, p. 89.

⁴⁸ HO, *supra* nota 23 (con cita de Zuckert).

⁴⁹ HO, *supra* nota 23, p. 91.

“seguro de que el Poder Ejecutivo ha encontrado al verdadero culpable”, no puede haber más acciones coercitivas contra el acusado.⁵⁰ La contribución particular que hace la presunción de inocencia es crucial, ya que determina que es responsabilidad del Poder Ejecutivo demostrar la culpabilidad del imputado hasta satisfacer a un tribunal independiente y que no se requiere legalmente nada del acusado. Hasta el momento de la condena, la presunción de inocencia obliga al Poder Ejecutivo a responder por sus acciones y creencias.⁵¹

Ho contrasta esta función de responsabilización del juicio penal con el propósito de encontrar la verdad que en general se cree que tiene. Su argumento es que no asegurar el debido proceso configuraría una injusticia *incluso si el acusado es, de hecho, culpable*:

Que no se cumpla con el debido proceso es más que una falla epistémica. Es una injusticia política en sí misma, en la que el Estado condena públicamente a un ciudadano por cometer un delito, sin haber presentado las justificaciones necesarias para la condena. Hay una falla, o una insuficiencia, en el deber del Estado de justificar su conducta. Esta injusticia es independiente de lo acertado del veredicto.⁵²

Pero ¿cuál es esta “injusticia política” que trae consigo un procedimiento que no hace responder al Poder Ejecutivo por sus acusaciones? O, en palabras de Ho: “¿Cómo puede un procedimiento injusto manchar el resultado?”⁵³ El autor discute diferentes posibilidades, incluidas las consecuencias negativas de que a un delincuente le cueste aceptar la justicia de una condena y el fracaso de la función del juicio de comunicar de manera efectiva los compromisos morales de la sociedad.⁵⁴ Sin embargo, cree que lo más importante es la falta de aseguramiento de la libertad pública que se produce cuando el Estado puede dañar a los ciudadanos sin tener que justificar la legitimidad de su accionar.⁵⁵ El deber del Estado liberal de justificar sus acusaciones es una cuestión de respeto por el estatus del individuo “como un ser moral autónomo y racional”.⁵⁶ Esto requiere que todos, en

⁵⁰ Ho, *supra* nota 23, p. 90.

⁵¹ Como señala LANGBEIN, un estándar de prueba alto incentiva al jurado a investigar lo que sostiene el Poder Ejecutivo, *supra* nota 3, p. 266.

⁵² Ho, *supra* nota 23, p. 103. Véase también Lee, *supra* nota 24, pp. 385, 397-401.

⁵³ Ho, *supra* nota 23, p. 104.

⁵⁴ Ho, *supra* nota 23.

⁵⁵ Ho, *supra* nota 23, p. 106.

⁵⁶ Ho, *supra* nota 23, p. 105.

especial los agentes del Poder Ejecutivo, “tratemos al acusado con respeto, dignidad y empatía y le aseguremos el debido proceso, porque debería importarnos llevar vidas honorables”.⁵⁷

Por lo tanto, el fundamento definitivo de Ho con relación al deber que tiene el Estado de asegurar el debido proceso se acerca a lo que plantea Stewart: el derecho a ser irreprochables que se nos debe en virtud de nuestra dignidad como individuos autónomos.⁵⁸ Sin negar el argumento de Ho de que se trata de compromisos liberales fundamentales, me gustaría sostener que, desde el punto de vista del soberano más que del individuo, hay un razonamiento más convincente para la descripción del juicio penal como un mecanismo de responsabilización pública impuesto al Poder Ejecutivo. El debido proceso en general y la presunción de inocencia en particular son mecanismos esenciales para proteger la integridad del soberano que, a su vez, es un baluarte de su autoridad y su soberanía.

2. La integridad del soberano

El soberano es un cargo público, ocupado por una persona o un grupo de personas naturales.⁵⁹ Es inevitable que estas personas y las que ofician como sus representantes en los diferentes poderes del Estado tengan intereses privados además del de cumplir con los deberes propios del cargo público. Uno de los mayores deberes de los agentes del Poder Ejecutivo es hacer cumplir la ley que garantiza el orden civil. Sin embargo, como hemos visto, el cargo del soberano es muy poderoso. El soberano tiene capacidad legislativa ilimitada, por lo que le puede brindar al Poder Ejecutivo poderes legales intrusivos y coercitivos, apoyados en vastos recursos. Como ese poder es ejercido por personas naturales, existe la posibilidad de que ellas abusen de este.

Se abusa del poder del soberano cuando sus representantes lo usan con fines que no son la búsqueda del interés del Estado o del interés público, para cuya persecución se constituyó el cargo del soberano. Las oportunidades de abusar del poder se ven muy limitadas por la responsabilización pública de los funcionarios del Poder Ejecutivo que proporcionan el debido proceso en general y la presunción de inocencia en particular. Esta última exige que los agentes del Poder Ejecutivo demuestren que las acusaciones que hacen de que se ha roto la ley estén fundadas en los hechos. Así, se limita el poder oficial y se tiende a asegurar que los funcionarios gubernamentales usarán el poder

⁵⁷ Ho, *supra* nota 23, p. 104.

⁵⁸ Véase STEWART, *supra* nota 11.

⁵⁹ Véase LOUGHLIN, *supra* nota 35.

coercitivo que se les otorga para perseguir el interés público al asegurar el cumplimiento de la ley.⁶⁰ Sin la presunción de inocencia, nada evitaría que los agentes (ejecutivos y judiciales) del soberano usaran el poder coercitivo del derecho público para sus propios intereses personales o partidarios mediante acusaciones falsas a rivales o enemigos, lo que abre la puerta a la posibilidad de privatizar o dividir en facciones el ejercicio del poder gubernamental y supone la desintegración de la naturaleza pública del cargo de soberano. Gracias a la presunción, los representantes judiciales del soberano pueden mantener la integridad global de su cargo.

Al proteger la integridad del cargo de soberano, el aspecto responsabilizador de la presunción también sirve para institucionalizar la autoridad del soberano. El soberano es a quien los individuos autorizaron para que actúe en nombre de ellos. La autoridad soberana surge de esta relación de autorización. Al garantizar que los representantes del soberano utilicen su poder coercitivo sobre los individuos solo cuando estén cumpliendo con sus deberes públicos,⁶¹ la presunción de inocencia también garantiza que el proceso por el cual se resuelven las violaciones de la ley opere como una reconstrucción ritualizada de la base racional de la autoridad del soberano.

Es difícil sobrestimar la importancia ideológica de esta función de la presunción, lo que explica el alto estándar de prueba que esta exige. No alcanza con que haya un juicio público ni con que la carga de la prueba recaiga en el fiscal; este debe probar el caso más allá de toda duda razonable; el tribunal tiene que estar “seguro” para condenar. No es suficiente que el tribunal que juzga los hechos crea que, estimadas todas las posibilidades, el poder del soberano se ha usado a favor del interés público. Cuando el tribunal condena a un acusado, declara que está *seguro* de que el poder coercitivo del soberano se está usando para el interés público, *seguro* de que, al usar ese poder, el cargo de soberano realmente es lo que afirma ser. A través de este acto, el tribunal realiza la autoridad del soberano. Cuando se entiende la fuerte presunción de inocencia como una condición necesaria para materializar la proclama de autoridad del soberano, se hace más sencillo explicar el aparente extremismo de la famosa fórmula de Blackstone, que muchas veces resulta difícil de defender.⁶²

⁶⁰ Véase A. BRUDNER, *supra* nota 15, p. 21. Qué constituye el interés público puede definirse de diversas maneras: para HOBBS, es la protección del bienestar; para Hegel, la efectivización del derecho a libertad (en la sección V se encuentran las diferentes consideraciones del derecho penal relacionadas con estos diferentes tipos de soberanía). La contienda sobre el significado y el contenido del interés público es la esencia de la política.

⁶¹ Se da por sentado que el derecho sustantivo que se está imponiendo cumple con los criterios de garantizar el interés público. Véase la discusión en la sección V.

⁶² Véase la dificultad para defenderla en REIMAN y VAN DEN HAAG, *supra* nota 24, p. 226; EPPS, *supra* nota 13.

“Que diez personas culpables escapen antes que un inocente sufra” no solo es “mejor”, sino también fundamental para el mantenimiento de la soberanía bajo circunstancias normales.

A su vez, la certeza sobre la integridad del cargo de soberano provee una base más convincente para el argumento de que la presunción de inocencia fuerte es necesaria para mantener la confianza de los individuos en el sistema legal.

IV. La confianza de los individuos y la condición de la soberanía

1. La confianza de los individuos

Lee toma el argumento central del análisis que hace Ho de la presunción como un mecanismo para obligar al Estado a responder y sostiene que la presunción de inocencia fuerte es un elemento fundamental de la legitimidad práctica del sistema penal. Para que el Estado mantenga su legitimidad, al tiempo que utiliza el “enorme poder” del derecho penal, por naturaleza coercitivo y estigmatizador, se necesita que:

... use la fuerza de una manera especificada. Es decir, antes de que el Estado pueda ejercer violencia y estigmatizar a un ciudadano, *le exigimos que pueda justificar las acciones que va a tomar mediante la correcta identificación de los delinquentes*. El requisito de proveer pruebas más allá de toda duda razonable surge de esta demanda.⁶³

Kitai presenta el mismo argumento por la negativa. Sostiene que un estándar de prueba menor al de “más allá de toda duda razonable” deja a los ciudadanos en una posición en la que tienen más posibilidades de ser castigados por un delito que no cometieron, lo que genera dudas sobre si les conviene respetar su parte del contrato social y obedecer la ley, ya que carecen de garantías de que el Estado no los va a castigar arbitrariamente.⁶⁴ Sin embargo, Kitai no avanza en la dirección de considerar que no solo se ponen en riesgo los intereses de los individuos y su derecho a ser libres de la coerción arbitraria, sino también la autoridad del soberano.

Como consecuencia, se pueden criticar estos argumentos con la idea de que, aunque pueden justificar la carga de la prueba, no explican, en verdad, su alto estándar. ¿Por qué “exigimos” pruebas más allá de toda duda razonable? Kitai sostiene que, sin el alto estándar, el Estado muestra “una falta

⁶³ LEE, *supra* nota 24, p. 399 (destacado agregado).

⁶⁴ KITAI, *supra* nota 24, p. 1175. El estándar inferior también socavaría una perspectiva hegeliana del Estado como la unidad de lo particular y lo universal en la libertad. Véase el texto que sigue a la nota al pie 83.

de interés en [el individuo] y una predisposición a sacrificarlo por un objetivo común”. También argumenta que, al borrar “los límites de lo permitido” de esta manera, lograría “debilitar la base de la relación entre el individuo y el Estado”.⁶⁵ Sin embargo, con esto no se sostiene que un individuo necesariamente estaría mejor sin un Estado de esas características. Podría suceder que un Estado con un estándar de prueba menor también impusiera en los ciudadanos un riesgo de victimización criminal más bajo, lo que resultaría en que a los ciudadanos les seguiría conviniendo atenerse a las reglas, a pesar del riesgo de sufrir una condena injusta.⁶⁶ Epps trata de dar vuelta el argumento del contrato social y dice que la confianza en el sistema legal podría verse debilitada por un estándar de prueba demasiado alto. Este podría indicar una excesiva “reticencia a castigar” por parte del Estado, lo que “podría amenazar, más que reforzar, el monopolio del castigo que tiene el Estado, porque podría incentivar la vigilancia contra los delincuentes libres”.⁶⁷

Los planteos de Lee y Kitai son susceptibles a estos contrargumentos consecuencialistas porque toman la presunción solo desde el punto de vista del individuo y no desde el del soberano. Epps podría tener razón cuando plantea que podría concebirse un Estado que, por un lado, sostuviera el estándar de “más allá de toda duda razonable”, pero que, al mismo tiempo, tuviera un sistema penal y de detección del delito tan incompetente o con tan pocos recursos que volviera imposible construir un caso en contra de un sospechoso manteniendo el estándar. Esto traería como resultado la absolución de muchos delincuentes y la consecuente pérdida de confianza en el Estado.⁶⁸ Sin embargo, desde el punto de vista de la soberanía, lo que Epps imagina es un *Estado fallido*. Los Estados pueden fracasar. Una incapacidad empírica de mantener el orden civil es, en efecto, un aspecto clave del fracaso. Sin embargo, los Estados que aspiran a la autoridad soberana, a la soberanía, fracasarán *conceptualmente* si abandonan la presunción de inocencia fuerte, ya que, al hacerlo, abandonan también la fuente de su autoridad política. Este fracaso ocurre independientemente de la situación empírica particular del orden civil.⁶⁹

⁶⁵ KITAI, *supra* nota 24, p. 1176.

⁶⁶ Véase WALEN, *supra* nota 14.

⁶⁷ EPPS, *supra* nota 13, pp. 1139.

⁶⁸ Como señala PICINALI, cuando la detección del delito y el sistema penal son generalmente eficientes y tienen recursos suficientes, es probable que sean mucho más efectivos a la hora de disminuir el riesgo de represalias futuras y absoluciones falsas que cuando se baja el estándar de prueba (véase PICINALI, *supra* nota 14, p. 35). Además, el argumento de EPPS necesita de un desinterés calculado sobre el contexto actual del estándar de prueba, en el que la presunción de inocencia formal se ve debilitada por otros aspectos del sistema penal (véase APPLEMAN, “A Tragedy of Errors: Blackstone, Procedural Asymmetry, and Criminal Justice”, en *Harvard Law Review Forum*, vol. 128, 2015, p. 91).

⁶⁹ Es más, podemos suponer que la falla conceptual precede a la empírica. Como ya he planteado en otro lado, respecto de la posibilidad de que esa falla pueda expresarse en el derecho sustantivo, “tiene que haber un elemento de profecía autocumplida cuando los Poderes del Estado dudan de su propia autoridad”, RAMSAY, *supra* nota 15, p. 226.

2. La condición de soberanía

Los agentes del soberano están autorizados a procesar a los individuos acusados de violar sus órdenes. Al presentar el argumento de Ho, vimos que, cuando dichos agentes presumen la inocencia del acusado para los fines del juicio penal, no solo están ejerciendo el poder, sino también afirmando su autoridad para ejercerlo; están afirmando que hacen solo lo que los ciudadanos los han autorizado a hacer. La presunción sirve para demostrar que los representantes del soberano se toman en serio la confianza que depositan los individuos en el abrumador poder del Estado, al asegurar de manera abierta que ese poder se usa solo a favor del interés público.⁷⁰ Al demostrar que, a pesar del poder legal ilimitado que tiene el soberano, sus agentes van a actuar a favor del interés público, el Estado demuestra su autoridad, ya que esta se basa en la relación de confianza entre el soberano y la ciudadanía, confianza que lleva a los ciudadanos al hábito de obedecer y constituye al Estado como una esfera política autónoma. Como se demanda que los agentes del Poder Ejecutivo justifiquen las acusaciones frente a un juez y un jurado, el juicio y su resultado no solo permiten presumir que las leyes del soberano tienen la autoridad que corresponde a la soberanía, sino también que son una condición institucional de la autoridad del soberano.

Weber definió al Estado como el cuerpo que ejerce el monopolio de la violencia legítima.⁷¹ La condena al final de un juicio penal permite que los individuos sean supeditados a un ejercicio de la fuerza por parte de los agentes del Poder Ejecutivo. Para que sea legítima y, entonces, dé lugar a la extendida obediencia habitual que caracteriza a la autoridad de un Estado soberano, la fuerza solo debe ser ejercida con el objetivo de cumplir con el deber del soberano.⁷² La presunción es el elemento clave de las garantías del debido proceso para lograr ese objetivo. Es una de esas restricciones al poder público que, como señala Loughlin, “asegura que el poder público se ejerza solo por motivos públicos, refuerza la confianza de las personas en la integridad del Estado y [...] mejora mucho [...] la capacidad del poder público”.⁷³ Es un límite a los agentes del soberano, que

⁷⁰ Por lo tanto, la justicia abierta es una condición clave para la autoridad del soberano; la máxima no es solo que se haga justicia, sino también que se vea que se hace.

⁷¹ WEBER, “Politics as Vocation”, en GERTH y WRIGHT MILLS (eds.), *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford University Press, 1946, p. 77.

⁷² Este punto no presupone una teoría preventiva general negativa del castigo. Que la obediencia sea la regla es esperable cuando el castigo retributivo se aplica como parte de los deberes del soberano. Para más información sobre las obligaciones del soberano, véase LOUGHLIN, *supra* nota 35, p. 57.

⁷³ LOUGHLIN, *supra* nota 35, p. 85.

constituye y define sus poderes como los de la soberanía, en oposición a los de cualquier otra institución.⁷⁴

V. La presunción de autoridad del soberano

Hasta aquí, he argumentado que existe una relación necesaria entre la presunción de inocencia y la autoridad del soberano. La primera es una presunción que hacen los agentes del soberano y que sirve para afirmar que actúan como representantes de este y ejecutan sus órdenes; establece el proceso penal como una forma legal de soberanía. En reconocimiento de la autoridad del soberano, el proceso penal presume la obediencia a las órdenes del soberano, contenidas en el derecho penal sustantivo;⁷⁵ indica a los agentes del soberano que usen el poder coercitivo solo en servicio de la autoridad del soberano; y, al hacerlo, mantiene la relación política de soberanía entre el soberano y los individuos. La relación conceptual entre la presunción y la autoridad política del Estado explica el motivo por el cual la presunción de inocencia fuerte alcanzó un estatus jurídico formal destacado, a pesar de lo débil de cualquier justificación consecuencialista estrecha.

Entonces, esta teoría de la presunción de inocencia es un aspecto de una teoría política acerca de la competencia de los tribunales penales (formal, de fondo y en lo que hace a la aplicación de la pena), en la que el derecho penal constituye la autoridad del soberano. También es genérica en la medida en que puede aplicarse a cualquier teoría sobre derecho penal que se base en la forma de autoridad política llamada soberanía. La presunción de obediencia, la obligación del Poder Ejecutivo de responder por sus acciones y la confianza pública en el uso de la fuerza por parte del Estado son elementos que esa teoría comparte con otras teorías políticas específicas sobre el sistema penal, en tanto esas teorías también se basan en la noción de poder soberano.

La descripción del soberano presentada en la sección II empezó con algunas ideas tomadas del trabajo fundacional de Hobbes. Podría dudarse de si él habría apoyado una presunción de inocencia, dada su convicción en la autoridad absoluta del soberano. Sin embargo, su opinión acerca de que el

⁷⁴ Compárese con la formulación de Lee, más vaga y prudente: “La obligación de proporcionar seguridad física está profundamente entrelazada con ciertas restricciones procedimentales y sustantivas sobre el uso de la fuerza por parte del Estado. La existencia de la primera depende de la existencia de las segundas, porque, sin las restricciones, el Estado no estaría en una posición privilegiada para proporcionar seguridad física” (véase LEE, *supra* nota 24, p. 401). De una manera más clara, la “posición privilegiada” que plantea Lee no es sino el contenido de la soberanía y las “restricciones” son la forma.

⁷⁵ Esta es la relación que sustenta la famosa definición *formal* que hizo WILLIAMS del derecho penal sustantivo como aquellos actos “a los que puede seguirlos un proceso penal con un resultado penal; un proceso o sus resultados son penales si tienen alguna característica que los marque como tal”, “The Definition of Crime”, en *Current Legal Problems*, vol. 107, 1955, p. 130. La carga y el estándar de prueba son *differentia specifica* del proceso penal.

soberano no debía actuar de manera arbitraria es menos conocida. Lo cierto es que Hobbes le puso muchas limitaciones al mando del soberano que, desde el punto de vista lógico, operan como condiciones necesarias para la soberanía y para el mantenimiento de la comunidad. Hobbes basó estas restricciones en la “ley de la naturaleza”, que consideraba abarcada por la “ley civil”.⁷⁶ Por este motivo, rechazó el castigo de los inocentes de modo inequívoco: “Todas las penas recaídas en seres inocentes, ya sean grandes o pequeñas, van contra la ley de naturaleza, porque la pena se impone solamente por transgresión de la ley y, por tanto, no debe existir castigo para el inocente”.⁷⁷ Insiste en que el castigo solo puede ser el acto de una “autoridad pública”, aplicado por “la transgresión de la ley” y determinado en una audiencia pública y en que el perjuicio que provoque no puede superar el establecido en la ley. Si no se cumplen estas condiciones, se convierte en “un acto hostil”, sin autoridad del soberano.⁷⁸ Otras limitaciones al poder de castigar son conocidas doctrinas modernas, como el requisito de la que ley sea pública, el principio de irretroactividad de la ley penal, los estados de necesidad y los que excluyen la culpabilidad, y las atenuantes y agravantes de una sentencia.⁷⁹ Lo que sostengo arriba es que la presunción de inocencia es otro de los limitantes lógicamente necesarios para la autoridad del soberano que planteaba Hobbes. Por lo tanto, se encuentra en el espíritu de su trabajo, aunque él no la haya mencionado.⁸⁰ El soberano de Hobbes gobierna a través de la ley, y la presunción de inocencia es, como sostiene Ho, un requisito para que los agentes del Poder Ejecutivo demuestren la legalidad de cualquier pena.

Para Hobbes, los individuos se obligan a sí mismos a obedecer al soberano cuando renuncian a su “derecho natural” de juzgar lo que tienen que hacer para asegurarse la seguridad. En una teoría hobbesiana del derecho penal, las órdenes del soberano sirven para incentivar la obediencia al desalentar a los individuos de causar el daño al que temen.⁸¹ Así, la ley proporciona la seguridad que

⁷⁶ HOBBS basó estas restricciones en la “ley de la naturaleza”, que consideraba necesariamente abarcada por la “ley civil”. Véase HOBBS, *supra* nota 37.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 260.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 255.

⁷⁹ *Ibidem*, caps. 26-28. Puede encontrarse una discusión en Alice Ristrophe, “Criminal Law for Humans”, en DYZENHAUS y POOLE (eds.), *Hobbes and the Law*, Cambridge University Press, 2012.

⁸⁰ Debe resaltarse que, al pasar, Hobbes define la inocencia en términos de una carga de la prueba inversa: “... va contra la ley de naturaleza castigar al inocente, e inocente es quien judicialmente queda liberado y reconocido como inocente por el juez” (HOBBS, *supra* nota 37, p. 224). Sin embargo, en la argumentación, no se vuelve sobre este comentario acerca de la persona que se absuelve a sí misma. Además, Hobbes lo menciona solo dentro del contexto de su crítica al castigo de acusados que son inocentes, pero que se dan a la fuga antes del juicio precisamente por “la corrupción y la parcialidad frecuentes de los jueces” (HOBBS, *supra* nota 37). En otras palabras, en el contexto de un problema para la autoridad del soberano que, como hemos visto, se ve mitigado por la presunción de inocencia (véase el texto entre las notas al pie 60 y 61).

⁸¹ RISTROPHE, “Hobbes on ‘Diffidence’ and the Criminal Law”, en Dubber (ed.), *Foundational Texts in Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 31.

les permite a los súbditos del soberano coexistir, hacer negocios en paz y crear una comunidad. Adams explicó muy bien, en términos hobbesianos, por qué la presunción de inocencia es tan importante para la autoridad de este tipo de régimen:

... cuando la mismísima inocencia sea acusada y condenada, especialmente a muerte, el individuo exclamará: “Es irrelevante para mí comportarme de forma correcta o incorrecta, porque la virtud no es seguridad”. Y si un sentimiento así se apoderara de la mente de los individuos, ese sería el fin de cualquier tipo de seguridad.⁸²

La promesa de seguridad es el fundamento detrás de la obediencia y la base política para la autoridad de las amenazas que hace el soberano. Para que la soberanía persista, el soberano deberá garantizar que el sentimiento de que “no hay seguridad” nunca se apodere de las mentes de los sujetos respetuosos de la ley. Como hemos visto, la presunción es necesaria para cumplir ese objetivo, ya que le da un marco legal a la realidad de la autoridad del soberano.

En la teoría política de Hobbes, la autoridad del soberano surge de que este ocupa un cargo público establecido por sujetos racionales para su propio interés: el de autopreservación. Sin embargo, esta teoría no agota los motivos posibles por los que los individuos autorizarían el gobierno del soberano. Brudner toma la descripción de soberanía de Hobbes como un ejemplo de “autoridad legítima”, en el cual los individuos renuncian a su libertad de juicio y a su independencia y se entregan al soberano para asegurar sus intereses.⁸³ Brudner recurre a Hegel para contrastar esto con una soberanía en la que los individuos tienen una obligación con el soberano en la medida en que esta sirve para su libertad o independencia individual. A este tipo de autoridad la llama “autoridad constitucional”;⁸⁴ en esta, el soberano delega el poder a los diferentes poderes del Estado, que están sujetos a límites que aseguran la independencia de los individuos.

Brudner ha detallado el tipo de derecho penal propio de esta forma de autoridad política y difiere de la teoría penal consecuencialista de Hobbes. En el marco de una soberanía constitucional liberal, el derecho penal sirve para validar la autoridad de los derechos necesarios para la libertad individual, en particular, el derecho sobre la propia persona y la propiedad. En esta descripción, el

⁸² El juicio de William Wemms, James Hartegan, William M’Cauley [y otros] por el asesinato de Crispus Attucks [y otros], Superior Court of Judicature, Court of Assize, and General Goal Delivery ... taken in Short-Hand by John Hodgson, Boston, 1770.

⁸³ Véase BRUDNER, *supra* nota 38, pp. 309-313.

⁸⁴ BRUDNER, *supra* nota 38, p. 313.

objetivo de las leyes penales es castigar a los individuos que destruyen estos derechos personales al negar su existencia y cometer asesinatos, agresiones, robos, etc.⁸⁵ El castigo retributivo replica la negación de derechos llevada a cabo por el delincuente contra sí mismo. Así, el poder del soberano se emplea para anular la negación de derechos y, en el camino, afirma la autoridad de los derechos cuya posibilidad de ejercicio debe ser asegurada por la soberanía. Sería contraproducente que un sistema así propusiera algo distinto a la presunción de que esos derechos tienen autoridad y que normalmente se los respeta. En el sistema constitucional liberal, la autoridad del soberano dentro de su jurisdicción no es menos universal que la del Leviatán de Hobbes. Además, es fundamental para el argumento de Brudner que las amenazas de castigo por parte del soberano se hagan solo en busca del “interés público”, el interés en la libertad individual para cuya promoción existe la soberanía constitucional, y no para buscar intereses privados.⁸⁶ En un espacio de soberanía constitucional, la necesidad de que los agentes oficiales respondan públicamente se encuentra en la base de una teoría de la coerción estatal como reivindicación de derechos.

Aun así, hay otro tipo de autoridad política democrática. En una democracia, el cargo del soberano se compone de personas que, de manera periódica, tienen que rendir cuentas a los ciudadanos, que son, formalmente, sus iguales *políticos* —en una soberanía en los términos de Hobbes, los ciudadanos renuncian a esa igualdad; en la soberanía constitucional liberal de Brudner, esa igualdad no es esencial—. Entonces, el soberano está autorizado a actuar no en favor de los intereses materiales de los ciudadanos de seguridad y de libertad individual en la sociedad civil, sino en favor de sus derechos como iguales políticos, es decir, sus derechos como participantes iguales del proceso político de autodeterminación colectiva.⁸⁷ A través de esa participación democrática, los mismos ciudadanos buscan promover sus intereses, al elegir representantes para los lugares de mando y luego hacerlos rendir cuentas por sus decisiones. Al igual que la soberanía liberal de Brudner, esta soberanía democrática también depende de cumplir los derechos relativos a la calidad de persona, sin los cuales no podría existir ninguna de las libertades civiles necesarias para la deliberación democrática.⁸⁸ Por lo tanto, la autoridad democrática implica un derecho penal comparable, en líneas generales, al derecho penal liberal de Brudner,⁸⁹ que sirve para afirmar la

⁸⁵ BRUDNER, *supra* nota 15, en especial el cap. 1. En rigor, BRUDNER considera solo estos “verdaderos crímenes”. Propone una fundamentación disuasiva diferente para los delitos contra el bienestar público que surgen de los requerimientos complejos de la libertad individual propiamente entendida (véase BRUDNER, *supra* nota 15, cap. 5).

⁸⁶ BRUDNER, *supra* nota 15, p. 21.

⁸⁷ Véase RAMSAY, *supra* nota 45, p. 89.

⁸⁸ Véase RAMSAY, *supra* nota 45, pp. 90-93.

⁸⁹ Véase RAMSAY, *supra* nota 45, pp. 92-95.

autoridad de los derechos, aunque la democracia le agrega una dinámica abolicionista.⁹⁰ Sin dudas, la autoridad de un Estado democrático conlleva la presunción de inocencia en asuntos penales por los mismos motivos genéricos que describí antes.

Como presunción de la autoridad del soberano, la presunción de inocencia es, por lo tanto, una característica fundamental del Estado moderno. Sin darse cuenta, en su formulación sobre la regla de “más allá de toda duda razonable” como una aplicación del principio de precaución, Adrian Vermeule nos ofrece una manera para entender qué tan fundamental es.⁹¹ Al igual que este principio, la regla de toma de decisiones en procesos penales se inclina mucho hacia evitar un tipo de daño (las condenas erróneas), con el costo que esto acarrea de aumentar el riesgo de otro tipo de daño (las absoluciones erróneas). Claro que, en contextos regulatorios, sería más preciso describir la presunción de inocencia como lo contrario del principio de precaución, ya que, a diferencia de este, en el estándar de prueba penal se valora mucho el riesgo de la acción coercitiva por parte del Estado y se descarta el riesgo de la falta de acción coercitiva. Sin embargo, Vermeule entiende que confiar en la presunción de inocencia en la toma de decisiones en derecho penal deja lugar a una de las críticas principales contra el principio de precaución en contextos regulatorios: que es incoherente porque hay riesgos de daño muy inciertos en ambos lados de la decisión.⁹² En uno, el riesgo de castigar a un inocente; en el otro, la falta de justicia y la posibilidad de que se cometan más delitos. Sin embargo, Vermeule no tiene en cuenta que los encargados de redactar políticas recurren al principio de precaución cuando se enfrentan a riesgos inciertos de daños supuestamente catastróficos. Detrás del riesgo de causar un daño concreto, asociado a los errores en casos penales individuales, hay un riesgo de un daño sistémico realmente catastrófico que Vermeule no considera y que la presunción de inocencia logra evitar. Un sistema penal que no presume la inocencia de los individuos se arriesga a sufrir la catástrofe de que el soberano pierda la autoridad, lo que, entre otras cosas, destruiría todo el sistema jurídico.⁹³

⁹⁰ Más allá del mínimo de permitir el sufragio universal y la igualdad de derechos para presentarse a un cargo público, los Estados pueden ser más o menos democráticos en la medida en que los derechos democráticos formales sean la base de un autogobierno colectivo real (*ibidem*, p. 90) y en que dicho autogobierno tienda a abolir el castigo (véase RAMSAY, *supra* nota 45, pp. 97, 106).

⁹¹ VERMEULE, “A New Deal for Civil Liberties: An Essay in Honor of Cass R. Sunstein”, en *Tulsa Law Rev.*, vol. 43 (3), 2008, pp. 921, 927-928.

⁹² Véase SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005.

⁹³ WALEN se acerca a reconocer esto y sostiene: “Hay una sensación innegable de que a las personas les importan más los abusos de poder del Estado que las ilegalidades privadas [...], les molesta más, p. ej., un asesinato ilegal por parte de la policía

VI. Conclusión

Como señalan los críticos consecuencialistas del estándar de “más allá de toda duda razonable”, es verdad que van a existir condenas erróneas, incluso con una presunción de inocencia fuerte, basada en ese estándar. La presunción no podrá proteger siempre al individuo de la opresión estatal ni hacer valer lo que es correcto en cada caso. Sin embargo, exigirle eso es hacer una interpretación desacertada de la presunción de inocencia. Es la forma que toma la soberanía la que tiene la mejor versión del sistema penal. Una de las debilidades que presenta la filosofía moral como teoría del derecho penal es la indiferencia relativa hacia la realidad institucional del sistema penal. Mientras busca las prácticas ideales y moralmente correctas para el castigo estatal, le cuesta explicar las doctrinas del derecho, porque no reconoce el problema de la autoridad política para cuyo manejo nacieron el Estado y el derecho público. De la misma manera en que el castigo estatal y el derecho penal sustantivo existen para reivindicar la autoridad política del Estado, la presunción de inocencia —una característica específica clave del proceso penal— es una forma institucional de la soberanía del Estado.

Duff tiene razón cuando dice que se necesita algún grado de confianza cívica para el buen funcionamiento de una república y que la presunción de inocencia sirve para institucionalizar esa confianza. También es cierto, como argumenta Ho, que la presunción asegura que el Poder Ejecutivo deba rendir cuentas públicamente por el ejercicio que haga de su poder penal coercitivo. Sin embargo, estas características de la presunción de inocencia, deseables desde un punto de vista normativo, son aspectos de la soberanía del Estado, que institucionaliza tanto la civilidad como la responsabilización de los agentes gubernamentales.⁹⁴

Al entender la presunción de inocencia como una condición de la autoridad política del Estado, debería ser posible explicar la historia de su desarrollo y su perfeccionamiento en la doctrina jurídica en términos de la evolución histórica de la autoridad de los Estados soberanos, de absolutista a liberal

que por parte de un criminal [...]. La violación de la confianza le agrega una dimensión extra al mal de base”. Sin embargo, cree que eso no dice nada acerca de cuál debería ser el estándar de prueba correcto. De todas formas, cuando se entiende el problema desde el punto de vista de la soberanía, resulta más sencillo ver que todo el orden civil depende de la integridad del soberano y de la confianza de la ciudadanía en la autoridad de este. El estándar de prueba alto institucionaliza la fuerte demanda ideológica de que esa confianza está garantizada. Véase WALEN, *supra* nota 14, pp. 389-390.

⁹⁴ Para más información sobre la conexión general entre soberanía y libertad política, véase NEUMANN, “The Concept of Political Freedom”, en SCHEUERMAN (ed.), *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, University of California Press, 1996, p. 213.

o democrática.⁹⁵ También debería poder explicarse la subversión de la presunción de inocencia en los últimos años⁹⁶ en función de cómo, en la actualidad del capitalismo neoliberal posdemocrático, se evita la autoridad política del Estado.⁹⁷

⁹⁵ Puede encontrarse una teoría liberal acerca de la transición del absolutismo a la autoridad política liberal en BRUDNER, *supra* nota 38, cap. 6.

⁹⁶ Por medios como la delación premiada (LIPPKE, “The Prosecutor and the Presumption of Innocence”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, 2014, p. 337), la participación obligada del imputado (OWUSU-BEMPAH, *supra* nota 5) y los delitos preventivos (RAMSAY, “Preparation Offences, Security Interests and Political Freedom”, en DUFF *et al.*, *The Structures of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, en especial pp. 214-220; RAMSAY, *supra* nota 15, en especial cap. 7).

⁹⁷ Ya se ha teorizado sobre la reciente expansión de la jurisdicción preventiva del derecho penal sustantivo, que criminaliza la peligrosidad y la causa de inseguridad y, por lo tanto, subvierte la esencia de la presunción (mientras adhiere a esta en las formas); se la ha descrito como un síntoma de la decadencia de la soberanía. Véase ERICSON, *Crime in an Insecure World*, Cambridge, Polity, 2007; RAMSAY, “Vulnerability, Sovereignty, and Police Power in the ASBO”, en DUBBER y VALVERDE (eds.), *Police and the Liberal State*, Stanford University Press, 2008; Ramsay, *supra* nota 15, en especial el cap. 10. Puede encontrarse un informe interesante sobre la decadencia de la representación política democrática de las últimas décadas en MAIR, *Ruling the Void: The Hollowing of Western Democracy*, Verso, 2013, pp. 20-44.