

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DELITOS DE SOSPECHA: ¿OTRA VUELTA DE TUERCA AL DELITO DEL ART. 166 CP EN LA REFORMA PENAL DE 2013?

Elena M. Górriz Royo

Profesora titular Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Contenido y alcance esenciales de la presunción de inocencia: A. Contenido material de la presunción de inocencia. B. En especial, la eficacia pre-procesal de la presunción de inocencia. 3. Breve caracterización y crítica de los “delitos de sospecha”: A. Rasgos comunes. B. De la prueba de los hechos a la de las sospechas. 4. A vueltas con el delito del art. 166 CP: A. Notas sobre su historia más reciente. B. Análisis crítico del art. 166 en el Proyecto de reforma de CP de 2013: a. Apartado 1º del art. 166 del Proyecto de reforma CP de 2013. b. Apartado 2º art. 166 del Proyecto de reforma CP de 2013. C. Bases para propugnar la inconstitucionalidad del precepto por vulneración, especialmente, de la presunción de inocencia. 5. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

El estigma de la “sospecha” ha lastrado la historia del Derecho penal y procesal clásico, perdurando hasta tiempos recientes. No solo respecto al proceso penal del sistema civil —o continental— sino también al del *common law* en tanto inspirados ambos, originariamente, en ideas comunes al proceso penal de la *inquisitio*, como la *sospecha*, “*fama*”, *rumor* o “*indicia*”, desarrolladas durante todo el s. XIII. El proceso hacia la erradicación de las diversas

sombras o manifestaciones de la idea de “sospecha” en la legislación penal y procesal penal, no comienza sino hasta mucho después: en el “*siglo de las luces*”. Hacia la segunda mitad del s. XVIII, la implantación del sistema acusatorio comporta, ante todo, el logro de quitar la verdad de las manos del aparato estatal, que la producía en virtud del dominio absoluto de la *inquisitio* y ponerla en manos del pueblo, como el sistema democrático exige, según destaca VIVES ANTÓN. Aquel cambio —sigue explicando el citado autor— puede ya enten-

derse alcanzado, en gran medida, con un sistema de garantías con el que el ciudadano puede oponer sus razones, en términos de igualdad, a las pretensiones de verdad y validez del aparato estatal. Y desde luego, a mi juicio, ese sistema de garantías cristaliza en el reconocimiento que, en nuestro país, contiene el art. 24.2 CE al *derecho fundamental a ser presumido inocente*. Por todo ello, no considero exagerado afirmar que el proceso para desterrar aquellos resquicios de la idea de “sospecha”, propia del proceso inquisitivo, es, a la vez, la historia de la *progresiva implantación de las garantías inherentes al derecho fundamental a la presunción de inocencia*.

Pese a dicho proceso, no puede obviarse la existencia de algunas manifestaciones en Derecho penal sustantivo reciente, de los llamados “delitos de sospecha”. Así, en la actualidad, y para asombro de quienes creíamos que los problemas constitucionales anejos a este expediente dogmático no eran sino una rémora del pasado, cabe advertir que el *Proyecto de ley orgánica de reforma del Código penal de 1995, presentado en 2013*, conduce a la conclusión contraria. En efecto, la legislación penal que allí se propone aprobar reintroduce la clásica problemática de la imposible conciliación entre los delitos de sospecha y las garantías penales de primer orden toda vez que se vislumbran cambios importantes en la legislación penal material que, en más casos de los que cabe aceptar, comprometen a principios y garantías penales irrenunciables. La *presunción de inocencia* es uno de ellos. Su vigencia en Derecho penal material queda en entredicho con la propuesta de introducir tipos penales de *sospecha* que parecían ya desterrados de la legislación penal, pero que experimentan un resurgir, acorde con el signo que caracteriza la citada reforma. Pese a que en Derecho penal *material* se suele apelar a la presunción de inocencia más bien como una máxima de carácter programático, en realidad puede desplegar en este contexto una eficacia que resultaría insensato desconocer. *Delimitar la proyección práctica de dicho principio en el ámbito penal sustantivo, será uno de los objeti-*

vos de este trabajo. Semejante tarea no es tan acuciante en el plano procesal, pues existe un elevado nivel de consenso, entre la doctrina y jurisprudencia, para aceptar la impregnación de las exigencias del art. 24.2 CE en todo el proceso penal. Tanto es así que, por fortuna, se abre paso la idea, acuñada por VIVES AN-TÓN, de configurar un *proceso penal de la presunción de inocencia*.

Aún sin desconocer que existen ámbitos en este proceso donde los requisitos de este principio precisan de un mayor asentamiento, tan solo se apelará a la eficacia procesal del mismo en aspectos concretos en que lo demande el presente trabajo. *El mismo versará*, ante todo, sobre un *análisis de las posibles vulneraciones de la presunción de inocencia, como regla pre-procesal o límite al legislador*, a raíz de la configuración de *delitos de sospecha*. En particular, del que podría volver a ser un ejemplo paradigmático, esto es, *las detenciones ilegales y secuestros agravados que se pretenden introducir en el art. 166 CP por el Proyecto de ley orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP; BOCG de 4 de octubre 2013* (en adelante, Proyecto de 2013).

Para ello, además de exponer primeramente cómo la presunción de inocencia despliega su eficacia en el momento legislativo, será preciso, en segundo lugar, aclarar *por qué tradicionalmente se han contrapuesto los “delitos de sospecha” a esta máxima* y a otros principios, como el *culpabilidad* que será objeto de análisis, en los aspectos en que quede afectado por tales delitos. El estudio de los tipos de sospecha arrancará analizando si sus principales características ya se verificaban por el art. 483 del derogado Código penal (en adelante, ACP). Las dudas de constitucionalidad que planeaban sobre este polémico delito, parecían disipadas a raíz de las mejoras técnicas introducidas por el legislador de 1995 en el art. 166 CP, si bien *la nueva configuración que se propone del mismo, en el Proyecto de 2013*, ha reavivado el debate acerca de su compatibilidad con diversas garantías penales, en especial, la *presunción de inocencia*.

De los términos de esta discusión se dará cuenta finalmente, puesto que dicho delito podría ser el banco de prueba para medir el nivel de respeto o —según se mire— de vulneración de este principio en Derecho penal sustantivo. Es esperable que este estudio arroje como resultado, propuestas de corrección respecto del art. 166 del Proyecto de reforma de CP 2013. E incluso permita ponderar si a raíz de la probable previsión de éste y similares delitos en el Código penal, se está anticipando tanto la intervención punitiva, que pudiera hablarse de un *retorno* desde el *paradigma del Derecho penal de la sociedad del riesgo* al de, lo que podríamos llamar, la *“sociedad de la sospecha”*.

2. CONTENIDO Y ALCANCE ESENCIALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El *análisis de la presunción de inocencia como regla a seguir en el momento de la creación legislativa de preceptos penales* y, por ende, como límite al legislador es el punto de partida de este trabajo, ante todo porque, tradicionalmente, se ha considerado que es una de las máximas, junto con el *principio de culpabilidad*, vulneradas por la tipificación de delitos de sospecha. De modo que no se abordará un detallado examen de aquella presunción en todo el proceso penal, sino que, solo en algunos aspectos, se aludirá a su eficacia como *regla de juicio*. Y es que se acoge aquí, el entendimiento de la presunción de inocencia conforme a la ya clásica delimitación realizada por ILLUMINATI entre *regla de juicio* (o probatoria) y *regla de tratamiento*.

El estudio que aquí se pretende acometer se enfoca, ante todo, hacia su *eficacia pre-procesal*, previa al momento de la aplicación del derecho y a la determinación judicial de los hechos. De suerte que se analizarán los *efectos que aquella máxima puede desplegar como límite al legislador en su labor de creación de la norma penal*. Para delimitar dicho alcance,

ha de partirse de la creciente importancia de la presunción de inocencia a raíz, sobre todo, de su consagración en el art. 24.2 CE como *derecho fundamental*. Hasta tal punto que, en tiempos recientes, cabe advertir una prolíja jurisprudencia constitucional que, de una forma u otra, acaba remitiendo al principio allí consagrado como soporte justificativo de una parte importante de la doctrina penal del Tribunal Constitucional (en adelante, TC). De ahí que cuando se alude al *proceso penal de la presunción de inocencia*, ello significa, como destaca VIVES ANTÓN, que aquella máxima es la expresión abreviada del conjunto de derechos fundamentales “...que definen el estatuto jurídico del imputado, estatuto cuyo respeto ha de ser el primer criterio rector del contenido y de la estructura del proceso penal.” En este sentido la STC 56/1982, 26 de julio (*Tól 79029*), explicitó que el art. 24.2 CE contiene una norma que “...sin ser en sí misma de carácter procesal, es la norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura...” (FD 3). Por todo ello, cabe hablar de la *fuerza expansiva* de la presunción de inocencia en tanto impregna todos los ámbitos del proceso penal. Sin embargo, la importancia de esta presunción en dicho proceso contrasta, con la *limitada eficacia que se le suele reconocer en la doctrina penal como principio rector en Derecho penal sustantivo y, por ende, en el momento de la creación legislativa de las normas de este sector del ordenamiento*. Frente a esta postura entiendo, con el citado autor, que constituye *la garantía más básica* por cuanto “...si el derecho a la presunción de inocencia no existiese, ninguno de los demás derechos fundamentales estaría garantizado”. Así pues, en este trabajo se asume la importancia de la presunción de inocencia como *soporte de los demás derechos fundamentales* y, por ende, como *garante de la mayoría de principios penales*.

Más aún, ahondando brevemente en el *posible fundamento de este principio*, coincido con quienes apuntan a su capacidad para hacer primar los *valores de libertad y dignidad humana* de todo ciudadano en un Estado democrá-

tico y de Derecho. En efecto, "...el estatuto constitucional del ciudadano de un Estado de derecho ha de comenzar por el reconocimiento de su derecho a la presunción de inocencia: es esa presunción la que *le hace libre*", como dice VIVES ANTÓN. Desde una perspectiva propia PÉREZ MANZANO defiende que el valor que sustenta la regla que impone absolver en caso de duda es la *libertad*, de modo que la presunción de inocencia es garantía de *libertad de los inocentes*. Desde estos enfoques puede conectarse con la idea de que, en nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho, ha de prevalecer el respeto a la libertad de los ciudadanos por encima de la obligación del Estado de garantizar la seguridad de los mismos. Cabría incluso entender que, de nuestra Constitución, deriva un programa de política-criminal basado en aquella *preferencia de la libertad*. De modo que el entendimiento de nuestro *Derecho penal* como *garantista*, pasa por exigir al Estado que asegure la libertad de los ciudadanos frente a la amenaza de condenas injustas, que supongan restricciones a dicha libertad y a otros derechos afectados por consecuencias penales. Conforme a este programa, nuestro sistema penal se alinea con la máxima, muy extendida en otros países democráticos, según la cual es preferible asumir la puesta en libertad de varios culpables, a la condena de un solo inocente.

Idea que se corresponde con la conocida "*ratio*" del *Common law*, según proclamara William Blackstone, a tenor de la cual: "*All presumptive evidence of felony should be admitted cautiously; for the law holds it better that ten guilty persons escape, than that one innocent party suffer.*"

Si esto es así, y así considero que debiera ser, parece que la crítica a los *delitos de sospecha* podría analizarse *principalmente* desde su incompatibilidad con la *presunción de inocencia*, por el alto riesgo que aquéllos implican de condenar a inocentes. Y asimismo, la pretensión de introducir estos delitos también ha de analizarse por su oposición a aquel programa garantista, pues responden a una política criminal donde prima la *seguridad*, como bien

jurídico, postergando la *libertad* y desplazando el concreto *hecho* cometido por el autor, como objeto de prueba, a favor de las conjeturas, indicios o sospechas, que no necesitan de comprobación. Lo que unido al auge del binomio seguridad-peligrosidad, permite vislumbrar lo que PORTILLA ha denominado "retorno al Derecho penal de autor" con la consiguiente creación de espacios donde la desaparición del derecho y la ausencia de garantías, es lo habitual. La primera manifestación de ello pudiera ser la (re)aparición de los delitos de sospecha en la legislación penal, pues no solo son reflejo del denostado *derecho penal de autor*, sino una muy grave vulneración del *principio del hecho pre-procesal*; tanto más incluso que las violaciones al mismo principio, en cuanto *regla de juicio*, como se analizará Y es que la *novedad* que pretende aportar el enfoque crítico que aquí se sostiene frente a los delitos de sospecha, es aglutinar las objeciones basadas, ante todo, en los principios de culpabilidad y proporcionalidad (en su vertiente de ofensividad), desde la *presunción de inocencia*. Conviene, por ello, analizar el ámbito de aplicación que, en sede constitucional, se concede a esta máxima para luego revisar la relación entre la misma y el *principio de culpabilidad*.

A. CONTENIDO MATERIAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La resumida fórmula con la que este principio se proclama en el artículo 24.2 CE por alusión a que "...*todos tienen derecho... a la presunción de inocencia*", no ha de hacernos olvidar la trascendencia de esta declaración, al dar carta de naturaleza a un derecho fundamental, inexistente antes de 1978, ni siquiera como derecho subjetivo. Tampoco ha sido óbice para que el TC desarrolle el *contenido material* de este derecho fundamental, proyectándolo sobre todo el proceso penal, de suerte que, según se indicó, cabe hablar de un *proceso penal de la presunción de inocencia*.

Al igual que la mayoría de principios penales, el que nos ocupa ha ido consolidando su importancia gracias a la labor del TC en aras a su desarrollo como postulado constitucional y derecho fundamental (art. 24.2 CE), como se reconoce desde la primera sentencia referida a este principio [STC 31/1981, 28 de julio (*Tol 110833*)] y ha ido admitiéndose en la doctrinal penal. Así, en tiempos recientes, no puede obviarse que, aun cuando la exigencia de legalidad penal es, sin duda, el “principio de principios”, la *presunción de inocencia* iguala—cuando no supera— en importancia a aquel otro postulado por cuanto, frente al poder punitivo—o poder de declarar y castigar la culpa— constituye la *garantía más básica*, como destaca VIVES ANTÓN. A ello se añade la relevancia que ha adquirido dicho principio en la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (en adelante, TEDH) a raíz de su proclamación en el art. 6.2. del Convenido Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

Baste ahora indicar, que el TEDH dotó de protección a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) como derecho autónomo del Convenio, a partir de la STEDH de 8 junio 1976, *caso Engel y otros c. Holanda*. TEDH 1976/3. Aun cuando aquél principio no se declaró vulnerado (§ 11), con esta sentencia comenzó el desarrollo del ámbito de aplicación del precepto, que se extiende a todas las fases de proceso penal, incluidos el recurso de apelación, la sentencia y sus efectos. *Vid.* STEDH de 15 julio 1982, *caso Eckle c. Alemania* [TEDH 1982, 4], serie A, núm. 51, nº. 76. Además según el TEDH, el derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) constituye el principio fundamental de la “*rule of law*”, indicando así su vinculación al principio de legalidad (*Vid.* SSTE-DH 26 abril de 1979, *caso Sunday Times*, FD 55 (*Tol 148640*) y 7 octubre 1998, *caso Salabiaku*, FD 28 (*Tol 210445*)).

A los efectos de este trabajo, conviene aclarar cómo se proyecta la presunción de inocencia en el Derecho penal sustantivo, pues no siempre son obvias las *consecuencias prácticas* derivadas de ello. La razón pudiera ser que, en la jurisprudencia del TC, se incide menos en su *eficacia pre-procesal*, por más que se reconoz-

ca que se trata de “...uno de los principios cardinales del *ius puniendi* contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal...” [STC 34/1996, 11 de marzo (*Tol 82969*)]. Interesa, por tanto, aclarar *cuál es, actualmente, el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia*. Se trata de un vasto ámbito de operatividad, delimitado merced la *doctrina constitucional* que abordó la problemática acerca de su naturaleza y efectos. Así en la STC 109/1986, de 24 septiembre, FJ 1 (*Tol 79655*) se estableció su *alcance*, de modo que:

“...además de su obvia proyección como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales (...). Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal (...).” (FD 1).

A raíz de esta declaración suele afirmarse que la eficacia de la presunción de inocencia se proyecta, primero, en el del Derecho penal material—es decir, en un momento *pre-procesal*— así como, en segundo lugar, en el *ámbito extra-procesal*, y por último, en el *campo estrictamente procesal*.

I.- Como *principio informador del Derecho penal sustantivo*, aquel principio opera como límite frente al legislador. Cabe hablar así de *eficacia pre-procesal* de la presunción de inocencia de modo que debiera vetar el empleo de presunciones de hechos, conjeturas o sospechas de culpabilidad—fundadas en el autor, su carácter o peligrosidad—, para configurar el delito. No obstante, la presunción de inocencia tiene eficacia en *dos momentos previos al proceso penal*: no solo en el citado *momento legislativo*, sino también en el llamado *ámbito extra-procesal o extra-penal*. En ambos casos, implica una *interdicción de declarar la culpabilidad* contra ciudadanos por parte del Estado o, en sentido amplio, por los poderes públicos, antes de un proceso penal; creo que entre ellos cabe incluir al *legislador ordinario* cuando ejerce su tarea, en materia penal.

II.- Según la jurisprudencia constitucional, en el ámbito *extra-procesal* la presunción de inocencia, implica el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos “...y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo.” [vid. la citada STC 109/1986 y, sobre todo, las SSTC 283/1994, de 24 octubre, FJ 2 (Tol 82688); y 166/1995, de 20 noviembre, FJ 3 (Tol 82903)]. También el TEDH ha aludido a la dimensión *extra-penal* y *extra-procesal* de este principio en diversas resoluciones.

En líneas generales se considera ajena a la presunción de inocencia “...una decisión judicial que afecta a un acusado (y) refleja la imprecisión de que es culpable, sin que se haya declarado previa y legalmente su culpabilidad y, especialmente, sin que este último haya tenido ocasión de ejercer sus derechos de defensa...”. Vid. el caso *Minelli c. Suiza*, A 62 STEDH de 21 de febrero de 1983 (§37-38). Vid. asimismo el “*Libro verde*” sobre *Presunción de inocencia* (pág. 6), presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 26.4.2006, COM (2006) 174 final, donde se resume la jurisprudencia según la cual “las autoridades pueden informar públicamente de las investigaciones y expresar sospechas de culpabilidad, siempre que la sospecha no sea una declaración de culpabilidad del acusado...”

El análisis de la eficacia extra-penal de la presunción de inocencia, suele remitir al conflicto entre el derecho al honor (art. 18.1 CE) y los medios de comunicación; si bien, pese a su interés, excede de los límites de este trabajo [vid. al respecto STC 244/2007 de 10 diciembre, FD 2 (Tol 1211346)].

III.- Volviendo al ámbito del *derecho penal sustantivo*, la presunción de inocencia no solo implica prohibir al legislador que formule sospechas en la ley penal, sino que también cabe reconocerle eficacia como *criterio “condicionador” de las interpretaciones de las normas penales vigentes* (STC 109/1986); es decir, sería un criterio rector en la tarea de *aplicación*

del derecho, por lo general, desarrollada en el proceso penal. Sobre este último aspecto ya me pronuncié a favor de su *evidente validez como criterio para dirimir en la aplicación del derecho*. Ello implica además al principio de legalidad pues supone que determinado castigo se imponga *solo* donde la ley así lo prevea y, por tanto, queda prohibido aplicar un delito si no cabe subsumir los hechos probados en el precepto penal que lo regule “más allá de toda duda razonable”.

IV.- Al margen ahora del análisis de la *dimensión pre-procesal* de la presunción de inocencia, ha de repararse en que opera, de otro lado y esencialmente, en el *proceso penal*. En dicho campo, el derecho y la norma que lo consagra, determinan una presunción, de carácter *iuris tantum*, denominada “de inocencia”, con influjo decisivo en el *régimen jurídico de la prueba* (vid. STC 31/1981, 28 de julio, FJ 2). Desde esta perspectiva conviene recordar que, según la citada STC 109/1986, la presunción de inocencia significa “...que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas.” Además, las pruebas tenidas en cuenta para condenar han de ser “constitucionalmente legítimas” y, por último, la carga de la prueba ha de pesar sobre la *acusación* (FD 1). Así concebida como una “regla de juicio”, podemos hablar de *presunción de inocencia en sentido estricto*.

V.- En *sentido más amplio*, la presunción de inocencia atañe al conjunto de derechos fundamentales del imputado y se entiende como *regla de tratamiento*, con la que impedir que se utilicen ciertas medidas —en especial las cautelares y particularmente, la prisión provisional— para infligir al imputado, anticipadamente, una pena. En concreto, implicaría que la adopción de cualquier medida cautelar restrictiva de derechos fuera *excepcional*, toda vez que estuviera justificada en la existencia de indicios de criminalidad [vid. SSTC 109/1986, 24 septiembre; 128/1995, 26 julio FD 3 (Tol 82867)].

Una vez delimitado genéricamente el *ámbito de aplicación material* de la presunción de inocencia, por lo que a esta investigación concierne, interesa reparar en su relación con el *principio de culpabilidad* (a) y en su dimensión como *regla de juicio* (b).

(a) Respecto al *principio de culpabilidad*, ha de partirse de que la falta de previsión expresa de este principio en la Constitución de 1978, se ha subsanado convincentemente apelando a diversos fundamentos [vid. STC 150/1991, 4 de julio, FD 4 (Tol 80562)], reconducibles, en resumen, al *principio de proporcionalidad y legalidad penales* (art. 25.1 CE). No obstante, tan solo en relación con los delitos de sospecha suele subrayarse la estrecha relación de este postulado con el de *presunción de inocencia*. Creo que dicha vinculación puede aclararse e incluso fortalecerse con distintos argumentos. De entrada, ambas máximas se *implican mutuamente*, como han destacado, en la doctrina penal, GARCÍA PÉREZ y VIVES ANTÓN. Ello comporta, cabalmente, que la una da fundamento a la otra y viceversa, puesto que solo en un proceso penal regido por la presunción de inocencia, puede ser afirmada la culpabilidad. Más aún, solo si el proceso penal basado en la presunción de inocencia se cohonesta con un Derecho penal sustantivo donde rige el principio de culpabilidad, cabe garantizar que la imputación de un hecho a su concreto autor, queda justificada y, en su caso, es legítimo imponer la correspondiente pena. La *implicación mutua* entre ambos principios no es ajena a la jurisprudencia penal clásica donde ya se advierte que el principio de culpabilidad está implícito en el art. 24.2 CE:

“...en cuanto es una derivación del de presunción de inocencia, pues que si inocencia y culpabilidad son términos contrarios, en la misma medida que se destruya la primera ocupará su lugar la segunda, o lo que es lo mismo; que para que se dé un plus de responsabilidad habrá de darse un correlativo excedente de culpabilidad; lo que conlleva, como ya ha dicho también esta Sala, que cuantos supuestos pervivan de responsabilidad objetiva, y no hay duda que la presunción del artículo 546 bis; b) (que ni siquiera admite prueba

en contrario) lo es, han de ser revisados...” [STS 25 de abril 1988, Considerando 3º (Tol 2313701)]

Así pues, la amplia base constitucional que ofrece el derecho fundamental del art. 24.2 CE, adicionalmente, da cobertura a la exigencia de culpabilidad, al aludir al derecho a no confesarse *culpable*. Ahora bien, frente al común entendimiento de esta expresión de la culpabilidad exclusivamente en sentido *procesal*, no suele repararse en su comprensión en *sentido material*. Sin embargo, solo desde esta última perspectiva parece plausible concebir la culpabilidad y engarzar el principio que la proclama con la presunción de inocencia, pues ambos proyectan sus efectos en aquellos dos planos —procesal y material—. De modo que un entendimiento *material* de la culpabilidad, no exclusivamente anclado en la idea de cumplir una serie de requisitos formales para la imposición de la pena (sentido procesal), resulta más próximo a una *concepción constitucional* de la misma. Dando este sentido a la culpabilidad, cabe proyectar su contenido material o exigencias básicas proclamadas en Derecho penal sustantivo, al resto de sectores del ordenamiento, en especial, al proceso penal.

Ello comporta, en primer término, que todos los elementos que se esgrimen en la teoría del delito para afirmar la culpabilidad, han de ser también probados en el proceso penal *más allá de toda duda razonable*, deviniendo así la presunción de inocencia en *criterio práctico* de aplicación del derecho penal material. Pero además, en tanto *principio penal*, el reconocimiento de la culpabilidad y sus manifestaciones directas —“no hay pena sin culpa” (art. 5 y 10 CP) y “la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad” (art. 4.3 CP)— implican la aceptación de una serie de *consecuencias materiales* en el proceso penal. Ante todo que la responsabilidad penal ha de ser probada en atención al *hecho cometido* [vid. STS 24 febrero 2003, FD 4 y 5 (Tol 265657)] como expresión del *principio del hecho*. Ello pone en entredicho aquellos elementos del delito que, incluso acogidos la ley, permitan acreditar

la culpabilidad en función de hechos presuntos, la “conducción de vida”, el “carácter” del sujeto, o reflejen un *derecho penal de autor* [vid. STC 150/1991, de 4 de julio, FD 4; STS 14 diciembre de 1991, FD 5 (*Tol 23131*)]; o bien, alberguen una *pura responsabilidad objetiva* (*derecho penal de resultado*). El juicio *jurídico-penal* en que la culpabilidad consiste, es independiente de cualquier reproche moral y se limita a analizar los *hechos cometidos* y a decidir si son atribuibles a su autor. En suma, como núcleo del delito, han de tipificarse conductas objetivamente demostrables y no “formas de vida”, presunciones incriminatorias o elementos que permitan basar la responsabilidad penal en el puro azar —sin comprobar dolo ni imprudencia—. Parece pues plausible que aquellas consecuencias materiales y garantías del principio de culpabilidad, puedan vulnerarse por los *delitos de sospecha*. De modo que si una ley penal los prevé —tipificando lo que, según la Constitución, nunca se podría castigar— ha de considerarse *inconstitucional*, por contraria tanto al “*nullum crimen sine culpa*” como a la presunción de inocencia.

(b) En segundo lugar, la presunción de inocencia como *regla de juicio*, no sólo es el aspecto más perfilado de este principio [vid. SSTC 220/1998, 16 de noviembre (*Tol 81071*), FD 3 y 61/2005, de 14 de marzo, FD 2 (*Tol 609868*)], sino que requiere atención por la influencia que pueda desplegar en el resto de ámbitos donde cabe aplicar dicha máxima. Ante todo, comporta reconocer la *condición de inocente a todo imputado* como presupuesto para, en su caso, demostrar su culpabilidad. Dicho entendimiento quedó establecido a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, [ponente: T. S. Vives Antón (*Tol 80937*)] donde se reconoce por primera vez, que la condición de inocente sólo puede destruirse mediante la *prueba de la culpabilidad* “*más allá de toda duda razonable*.” Este canon, que hunde sus raíces en el criterio seguido por el TS de USA (*beyond all reasonable doubt*), fue introducido por nuestro TC al proclamar que:

“la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio (...), opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida *más allá de toda duda razonable*, en virtud de pruebas que puedan ser obtenidas de cargo y obtenidas con todas las garantías (...)” (cursiva añadida al FD 3º).

Dicha regla ha de esgrimirse —como subraya el TC— respecto a la *jurisdicción ordinaria*. No huelga ahora recordar, que una de las *consecuencias* más evidentes del canon *más allá de toda duda razonable* es que si la culpabilidad no queda acreditada despejando cuantas dudas razonables se planteen para probarla, *el imputado tiene derecho a ser declarado inocente*. Sin embargo, en la *jurisdicción constitucional*, el papel del TC, a este respecto, es más limitado.

En efecto, en la *jurisdicción constitucional* cabrá constatar una vulneración de la presunción de inocencia “cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad”. Es decir, el TC “...ha de limitarse a comprobar que la prueba existente se ha obtenido y practicado conforme a la Constitución, que sea de cargo y que, en consecuencia, los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de modo razonable y no arbitrario ...” Vid. SSTC 155/2002, 22 julio, FJ 7 (*Tol 258487*) y 203/2007, 24 septiembre, FD 5 (*Tol 1115254*)

Tradicionalmente el TC ha establecido que la presunción de inocencia, reconocida en el art. 24.2 CE, comporta para la jurisdicción ordinaria *en el orden penal*, al menos las siguientes *cuatro exigencias* [vid. entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FD 8 (*Tol 80368*); y 138/1992, de 13 de octubre, FD 1 (*Tol 80748*)]:

- 1) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos.
- 2) Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de publicidad y contradicción.
- 3) De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba pre-constituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral

sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.

4) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador (...)

Respecto al papel del TS en sede casacional, en relación con la presunción de inocencia, cabe destacar su función revisora de la corrección legal de las sentencias recurridas [vid. STS 11 diciembre 2006, FD 2 (Tol 1022937)].

Al margen ahora del análisis del papel que juega cada jurisdicción —ordinaria y constitucional— respecto a la presunción de inocencia, de lo que no parece caber duda es que entendida dicha presunción como *regla de juicio*, se vincula definitivamente a la *culpabilidad*. La prueba de la culpabilidad es *la carga* y, a la vez, el *límite*, que se establece al poder del Estado en el proceso, para que la imposición del castigo sea legítima. Así, las dudas razonables que puedan surgir son, cabalmente, las *referidas a la culpabilidad* y no a la inocencia, pues, como destacara TOMÁS Y VALIENTE, lo que garantiza el derecho del art. 24.2 CE es que la *inocencia* del reo es un hecho inicialmente *cierto*. Y ésta solo puede ser destruida mediante pruebas, pudiéndose así pasar de “una certeza a otra, (con) el proceso como camino y la duda como imposible jurídico”.

Todo ello aboca a la *prueba de la culpabilidad* en el *sentido constitucional* anteriormente indicado. En la jurisdicción ordinaria, ello no solo habría de comportar la acreditación de pruebas de cargo que la demuestren —*fijación de los hechos*— sino también comprobar que los hechos probados verifican todos y cada uno de los elementos del delito considerado —*determinación del derecho o presunción de inocencia como criterio de aplicación del derecho*—, en ambos casos “más allá de toda duda razonable”.

Sin perjuicio de la anterior consecuencia, no puede obviarse que, en tanto derecho fundamental, el *efecto característico de la presunción de inocencia*, no sería tanto el imponer a la acusación que aporte las pruebas de cargo con todas las garantías, sino que esta presunción *asegura al ciudadano que el acceso a un*

juez imparcial en un proceso contradictorio, es el requisito obligado para poder destruir su inocencia. Por ello cabe afirmar que la *presunción de inocencia* informa todas las fases del proceso penal. Más aún, cualquiera *que sea el ámbito —procesal o extra-procesal— donde se proyecta dicho principio*, su eficacia viene condicionada por el papel que también juega *en el resto de sectores*. Ello parece evidente, si se admite que los derechos y garantías fundamentales estrechamente relacionadas con el derecho penal lo están, asimismo, con el *proceso penal*. Porque el Derecho penal *sólo existe efectivamente en el contexto de un proceso*.

Sentado este ámbito de aplicación del principio, el mismo no agota el contenido material de la presunción de inocencia pues ésta se proyecta en el momento *previo de la creación legislativa del Derecho penal*. Dicha *eficacia pre-procesal de la presunción de inocencia* resulta, asimismo, conectada con el resto de facetas de este principio.

B. EN ESPECIAL, LA EFICACIA PRE-PROCESAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Si se advierte que cuantos principios limitan el *ius puniendi*, condicionan la *fase de creación del derecho* que compete al legislador y que no son compartimentos estancos, cabe apreciar que, en concreto, la presunción de inocencia está conectada con el *principio de culpabilidad* y el de *legalidad*. Atendiendo a esta fluida relación, conviene delimitar la eficacia de *la presunción de inocencia como límite al legislador*.

Respecto al TEDH, ha reconocido que el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia trasciende la esfera estrictamente judicial. Así, desde la *STEDH de 10 de febrero de 1995*, caso *Allenet de Ribemont c. Francia*, se admite que el alcance de la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) “es más amplio: no se impondrá únicamente al juez penal que juzgue sobre una acusación sino también a otras auto-

ridades” [§§33-36; *vid.* STEDH *Hammern c. Noruega*, 11 febrero 2003, §44 (*Tol* 320004)]

El principio del art. 6.2 CEDH comporta una garantía procesal en materia penal y la exigencia de que ningún representante del Estado declare que una persona es culpable de una infracción *antes de que su culpabilidad haya sido afirmada por un tribunal* (STDH 28 de octubre de 2004, en el caso *Y.B. y otros c. Turquía*, § 42). El derecho de aquel precepto se viola en casos en que se declara la culpabilidad del acusado sin haberla probado previamente en un proceso conforme a la ley y particularmente cuando se le impide ejercitar los derechos de defensa (*vid.* STEDH, *Lutz v. Germany*, 25 Agosto 1987, § 60). En este sentido, puede decirse que la presunción de inocencia opera como *regla extra-procesal o extra-penal* y va dirigida a todos los poderes públicos, entre los que cabría incluir al legislador.

Por lo que toca a nuestro TC, la *eficacia pre-procesal* de la presunción de inocencia ya se advirtió en la STC 31/1981, 28 de julio (*Tol* 110833), donde se establece que, a raíz de su consagración constitucional, deja de ser un principio general de derecho “...para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata...” (FD 2). El legislador parece, por tanto, incluido entre aquellos “poderes públicos.” Pero, por si alguna duda quedara al respecto, en la citada STC 109/1986, 24 de septiembre (*Tol* 79655), se alude directamente a la *actividad legislativa* como ámbito de aplicación de este principio, al apuntar que el derecho del art. 24.2 CE tiene “...obvia proyección como límite de potestad legislativa...” (FD 1). Asimismo, en el Voto particular de la citada STC 31/1981, ya se explicitaba la trascendencia de aquella presunción *iuris tantum* dado que además de sus efectos procesales, permite:

“...determinar hasta qué punto están o no en contraste con el derecho, presunciones inversas establecidas en normas penales comprobando la existencia material y objetiva de una actividad probatoria...” (magistrado A. Escudero del Corral)

La caracterización de este principio como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado

quedó definitivamente plasmada en la STC 71/1994, de 3 de marzo (*Tol* 82479) en tanto... “límite que se proyecta, en sustancia, sobre el régimen de la prueba en el proceso o, lo que es lo mismo, sobre el modo de acreditar y fundamentar, en su caso, la culpabilidad del procesado” (FD 7). El reconocimiento de esta proyección supone, por tanto, vincular las perspectivas material y procesal del principio.

También en el bloque de sentencias del TC en que se analizan tipos penales que, como los *delitos de sospecha*, se basan en *presunciones*, cabe encontrar alguna reflexión sobre la *eficacia pre-procesal* de la citada máxima. Así según la STC 105/ 1988 (Pleno) de 8 de junio (*Tol* 109337), sobre el “delito de tenencia” del art. 509 ACP, son contrarias al art. 24.2 CE (FD 3 *in fine*), las *interpretaciones* que supongan *presunciones en contra del reo*; incluidas aquellas que sean *iuris tantum* y que ocasionen una traslación o inversión de la carga de la prueba, obligando con ello al *acusado* a destruir dichas presunciones a través del descargo suficiente. Respecto a los llamados *delitos de habitualidad* la jurisprudencia advertía de la posible inconstitucionalidad sobrevenida —con posibilidad de declararla los tribunales ordinarios— de las *presunciones* sobre las que se construían, por vulneración de la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad [*vid.* STS 25 abril de 1985, sobre el art. 546 bis a) Considerando 4º (*Tol* 2313701)]

Otra limitación derivada de la presunción de inocencia que atañe al legislador, alude a casos en que éste tipifica *hechos negativos* pues la carga de la prueba sobre los *hechos* constitutivos de la pretensión penal (“*onus probandi*”) corresponde exclusivamente a la *acusación* [STC 259/1994, 3 octubre 1994, FD 2 (*Tol* 82664)], sin que sea exigible a la defensa “... una *probatio diabólica* de los hechos negativos” [*vid.* STC 34/1996 y SSTS 11 diciembre de 2006, FD 2 (*Tol* 1022937); 16 febrero de 2000, FD 1 (*Tol* 23222)]

A la luz de lo anterior y de la doctrina penal (*vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, OC-

TAVIO GARCÍA, VIVES ANTÓN, PÉREZ MANZANO) la presunción de inocencia como *regla pre-procesal*, comportaría al menos las siguientes consecuencias:

a) En primer lugar, cabe atribuirle un papel central *desde un punto de vista político*, para establecer límites en las relaciones entre el individuo y el Estado; es decir, coadyuva a encontrar el equilibrio entre, de un lado, el interés que ostenta el aparato estatal en reprimir la delincuencia y, de otro, el interés del imputado en proteger su libertad y dignidad, frente a condenas injustas u otros límites penales a derechos fundamentales.

b) El carácter fundamental del derecho del art. 24.2 CE hace que la presunción de inocencia opere como límite al *ius puniendi* con consecuencias prácticas en el ámbito jurídico. Ante todo comporta la *prohibición, al legislador ordinario*, de configurar tipos penales sobre la base de *presunciones de culpabilidad*. Esta proscripción asegura al acusado la *certeza de la inocencia* desde el inicio del proceso penal, de modo que no llegue al mismo siendo considerado *ab initio* por la ley penal, *sospechoso de culpabilidad*, sino *que se parte de la presunción —iuris tantum—* de su inocencia.

c) La aceptación del anterior límite implica que, dado aquel carácter de derecho fundamental, habrán de *tenerse por inconstitucionales* cuantos preceptos del CP establezcan una responsabilidad penal basada en *presunciones de culpabilidad* o en *hechos presuntos contra reo*. Esta importante consecuencia es, a todas luces, proporcional a la gravedad que comporta vulnerar la faceta pre-procesal de la presunción de inocencia. Pues si el legislador introduce *ex lege* presunciones de culpabilidad, éstas son aplicables indiscriminadamente, a *todos los destinatarios de la norma penal*. Lo que, en sede procesal, comporta que los ciudadanos que verifiquen las conductas allí tipificadas pasan —por virtud de las presunciones de culpabilidad que llevan aparejadas— a adquirir el *status de culpables* desde el inicio del proceso penal. De modo que en éste ya no rige la presunción de

inocencia, sino que se produce la *inversión* de la misma y, por tanto, su vulneración.

d) La forma de evitar lo anterior, pasa por exigir al legislador ordinario que los *hechos* que sirvan de base a los tipos penales, sean susceptibles de *prueba de cargo* sin que impliquen una *presunción de culpabilidad*, como sucede si se prevén hechos presuntos.

e) Pero es que, en todo caso, el empleo de presunciones de culpabilidad en Derecho penal, altera la exigencia de la jurisprudencia constitucional según la cual la *acusación* ha de soportar la carga de la prueba de la pretensión penal. Porque ya sean *iuris et de iure* o *iuris tantum*, son de apreciación automática por el juez. Y al margen de las diferencias entre ellas —como luego se revisarán— parece evidente que su empleo, por el legislador, es idóneo para configurar *delitos de sospecha*. Frente a lo anterior, las garantías propias del momento *pre-procesal de la presunción de inocencia*, habrían de proscribir los tipos penales basados en hechos presuntos inculpativos *en el mismo momento de su creación legislativa*. Dichas garantías prohíben presuponer la culpa humana, como si fuera originaria o propia de ciertas personas.

f) Así pues, el *sustrato* del delito ha de configurarse por *hechos externos* concretos e imputables a un autor y *objetivamente verificables* en sede procesal. Para ello, cabe reivindicar la conexión de la *eficacia pre-procesal* de la presunción de inocencia con su entendimiento como *regla de juicio*. Ello habría de vetar que el legislador introdujera, en los preceptos penales, elementos del delito que no pudieran verificarse conforme a los parámetros probatorios que se derivan del canon *más allá de toda duda razonable*.

Por las anteriores razones, en resumen, se oponen al citado principio, al no ser susceptibles de prueba según aquel canon, los delitos en que baste acreditar determinado hecho para dar por probada la *sospecha, conjetura o presunción* de que el autor cometió un resultado más grave —sin tipificar sus contornos objetivos—

que incluso puede admitirse, sin probar si sucedió por dolo o imprudencia.

En definitiva, el empleo de presunciones *contra reo* para configurar tipos de sospecha constituye una *excepción inconstitucional a los requisitos de la presunción de inocencia en su vertiente pre-procesal* y como *regla de juicio*, así como al principio de culpabilidad. Y esta conclusión habría de surtir efectos prácticos frente al *legislador* pero también respecto a *jueces ordinarios* y, a la postre, al TC. Pero para ello sería conveniente delimitar los contornos dogmáticos de los *delitos de sospecha* siquiera brevemente, pues no resultan todo lo claros que sería deseable

3. BREVE CARACTERIZACIÓN Y CRÍTICA DE LOS DELITOS DE SOSPECHA.

A. RASGOS COMUNES

El expediente dogmático de los *delitos de sospecha*, se remonta a antecedentes históricos en la legislación comparada. En concreto cabe advertir la presencia de esta clase de ilícitos, sobre todo, en la *tradición jurídica italiana*. En la época moderna, entrado el s. XX, se acuña la denominación *“reati di mero sospetto”* a raíz de la propuesta dogmática de MANZINI (1908-19). No obstante, DELITALA (1930) introdujo algunos matices para diferenciar entre casos de *“sospetto di reato”* y aquéllos *“reati”*. De sus observaciones se deduce que ambos aluden a técnicas legislativas próximas: aquéllas en las que se castiga determinada situación, status o posición del sujeto activo, *por la pura sospecha que entrañan, de la comisión de un ulterior delito*.

Así, MANZINI caracterizó los *“delitos de pura sospecha”* como una tercera clase de modalidad de conducta, dado que *“... (no) son delitos ni de comisión ni de omisión, en cuanto que no consisten en un hecho, ni positivo ni negativo, sino simplemente en una situación individual, que por sí misma no constituye infracción de una orden*

o prohibición penal, pero que se castiga solo por la sospecha que suscita.” Citaba el ejemplo del art. 708 del *Codice penale italiano*, donde se castigaba el delito de *“possesto ingiustificato di valor”* de quien tuviera determinados antecedentes penales o estuviera sometido a una medida de seguridad. La ilegitimidad constitucional de aquel precepto fue declarada, consecutivamente, por las sentencias de la *Corte Costituzionale* n.110/1968 de 19 de julio y n.370/1996 de 2 de noviembre (presidente Ferri/redattore Guizzi) por vulneración de la Constitución italiana en su art. 3 (principio de igualdad ante la ley) y 25 (principio de legalidad).

Por su parte DELITALA rechazó la idea de que existieran *delitos sin acción*, de modo que el hecho de ostentar la posesión no debía considerarse —a su juicio— como un elemento del delito, sino como un *indicio* de su comisión.

Centrándonos en la *regulación penal pre-constitucional de nuestro país*, la doctrina penal (QUINTANO RIPOLLÉS, 1978) criticó diversos preceptos del Código penal de 1944/1973 que compartían rasgos similares al incorporar, en su enunciado típico, determinadas *presunciones o sospechas*.

Se solían citar los delitos del art. 216 (presunción de jefatura de la rebelión); art. 227.2; art. 266 (presunción de responsabilidad de los padres, tutores, de menores de 16 años si éstos cometían delitos de tenencia y depósito de armas o de explosivos); art. 408 (responsabilidad en cascada, por presunciones, en riña tumultuaria); art. 483; art. 502.2 (robo en cuadrilla), art. 509 (tenencia de útiles destinados al delito de robo); y art. 546 *bis.b*) (presunción de habitualidad para reos de receptación). Alguno de estos delitos eran tildados *“de sospecha”* siendo definidos como *“... aquéllos en que el legislador, al no poderse probar la culpabilidad por la producción de un resultado más grave, establece una presunción iuris et de iure de culpabilidad que la imputa a quienes hayan realizado determinados hechos delictivos, con aquél más o menos relacionados”* (SAINZ CANTERO, 1990)

En principio, estas figuras se consideran desterradas del Código penal de 1995, aunque según GÓMEZ RIVERO, aún existen presunciones en algunos tipos penales que resultan incompatibles con diversos principios penales. Este estado de la cuestión hace inaplazable ana-

lizar qué *rasgos* pueden considerarse *comunes* a los *delitos de sospecha* de modo que, si bien no puede hablarse de una suerte de *categoría*, sí al menos sirven para perfilarlos, toda vez que revisar las objeciones de índole constitucional que quepa dirigirles:

a) En primer término, los tipos de sospecha incorporan, explícita o implícitamente, una *presunción* o elemento supuesto. Es decir, se construyen sobre la descripción de una conducta típica, a la que se une uno o varios elementos presuntos, directa o indirectamente, relacionados con aquélla. A partir de estos últimos surge la “sospecha” de la culpabilidad del autor de la citada conducta, si bien dicha presunción de culpabilidad no tiene que aparecer siempre tipificada en el precepto penal.

Para aproximarnos al concepto y estructura de las presunciones, conviene analizar *qué es, en sentido técnico, una presunción*. Cabe acudir para ello y de modo meramente indicativo, al derecho privado, donde se regulan las *presunciones legales, que pueden ser alegadas* en el ordenamiento procesal civil. En dicho ámbito, se conectan a la *teoría de la prueba* porque constituyen, uno de los mecanismos de *fijación de la certeza de los hechos*, de modo que según FERNÁNDEZ LÓPEZ, en términos generales, permiten considerar probado un hecho (presunto) a partir de la prueba de otro hecho (indicio), gracias a la existencia entre ambos de una relación tal (nexo) que permite afirmar que, probado el segundo, ha de considerarse probado el primero. Así, las *presunciones legales* dispensan de la prueba del hecho *presunto* a la parte a la que este hecho beneficia; no obstante el “hecho indicio” o hecho base, sí ha de probarse (*vid.* art. 385.1 LEC; derogado art. 1249 C.Civ.). Este entendimiento se predica tanto de las llamadas presunciones *iuris et de iure* como de las *iuris tantum*, si bien quedan al margen las denominadas *praesumptiones hominis*. Conviene diferenciar, cada una de ellas:

Las *presunciones iuris tantum* suelen definirse como enunciados que asumen ciertos hechos o situaciones acreditados objetivamente, para constituir un “estado de cosas” que —como ele-

mento característico— *puede destruirse mediante prueba en contrario* (art. 385.2 LEC; derogado art. 1.251 C.Civ.). La doctrina especializada les atribuye como *propósito técnico*, su utilidad para lograr *eficacia procesal e incluso policial*, dado que, al establecerse por ley, facilitan la prueba en casos en que ésta suele ser compleja. También se les atribuye una *finalidad ideológica*, pues con ellas se trata de alcanzar valores, imponiendo al juez, distribuir la carga de la prueba en determinado sentido. Se ha podido por ello decir que, en realidad, estas presunciones *no tienen por fin describir la verdad*, ni siquiera como “verdad hipotética”, sino fomentar concretos valores, aún cuando cabe demostrar que lo presumido sea falso.

De otro lado, las presunciones *iuris et de iure* comparten definición con las anteriores, pero su principal diferencia es que, en el caso de estas segundas, *se prohíbe prueba en contrario* (art. 385.3 LEC), por lo que también se las denomina “absolutas.” De igual modo, la presunción *iuris et de iure* no puede ser considerada un *enunciado asertivo verdadero*, es decir, no tienen por fin garantizar que lo presumido sea verdad; es más, incluso, puede ser perfectamente falso dado que no admite “contraprueba”.

Por último las presunciones *hominis* o presunciones *simples*, son razonamientos basados en “máximas de la experiencia” que, a partir de hechos conocidos, permiten afirmar otros desconocidos (v.gr. la observación de humo, permite deducir la existencia de fuego). Su particularidad es que se basan en la experiencia común o realidades empíricas que, por observación, resultan regularmente afirmadas. En el proceso, a veces, se alude a ellas como “prueba indirecta, indiciaria o presuntiva”, si bien se discute si son medios de prueba en sentido estricto o se identifican con la “libre convicción” del juez.

b) A la vista de esta caracterización, cabe apuntar como *objetivo común* de las presunciones propias de los delitos de sospecha, el encubrir las *dificultades —o incluso la imposibilidad— de prueba de la culpabilidad* del sujeto, que surgen en la investigación o en el propio proceso penal. De ahí que, usualmente se las tilde también de presunciones “de culpabilidad”. Esta crítica justifica la objeción extendida en la doctrina penal, según la cual la “*ratio*” de estos tipos penales está en el *plano procesal*, es decir, en la complejidad probatoria que

determinadas figuras delictivas plantean. Se estaría instrumentalizando así el Derecho penal sustantivo a fin de solucionar problemas de persecución procesal, orden público o seguridad y, lo más preocupante, eludiendo mediante la ley penal, garantías probatorias inherentes a la presunción de inocencia.

c) En ocasiones, los tipos de *sospecha* se basan en presunciones *iuris et de iure* de modo que al probar ciertos hechos delictivos, más o menos relacionados con un resultado más grave, se podía imputar éste al autor. Pero sin que quepa *prueba en contrario* acerca de la culpabilidad del sujeto por dicho ulterior resultado, en el momento en que el juzgador analice el caso concreto.

Ejemplo de esta clase de presunciones *iuris et de iure*, era el delito del art. 546 *bis b*) en su redacción previa a la reforma penal de 1989. Entonces se preveía la presunción de habitualidad para los reos del delito de receptación que “fueren dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público”, criticando la doctrina penal el objetivismo de este precepto (QUINTANO RIPOLLÉS).

d) En otros delitos, la presunción que origina la sospecha es *iuris tantum*, es decir, la ley penal permite acreditar, en el caso concreto, pruebas para desvirtuarla y —paradójicamente— “destruir” así la culpabilidad del acusado.

Como ejemplo considérese el delito del art. 509 ACP (redacción de LO de 1989) que castigaba al que “...tuviera en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación...” La opción de “dar descargo suficiente” imponía a la defensa el peso de rebatir en juicio la veracidad de la presunción, como también sucedía a raíz de la cláusula del art. 483 ACP: “...no diere razón del paradero de la persona detenida o no acreditar haberla dejado en libertad...”

e) A mi entender, tanto el empleo de presunciones *iuris et de iure* como *iuris tantum* inculminatorias en la delimitación de un delito, permite advertir *tachas de inconstitucionalidad en los preceptos que las contienen*, porque ambas pueden albergar suposiciones sobre la cul-

pabilidad perfectamente falsas. Con la única diferencia de que, en caso de que sea una presunción *iuris tantum*, la *defensa* puede alegar en juicio, razones para su “descargo”, es decir, demostrar la inocencia. Además si las presunciones se formulan mediante hechos negativos, no es exigible a la *defensa*, la carga de la prueba de los mismos, pues supondría una prueba diabólica [*vid.* STS 24 octubre de 2008, FD 1 (*Tol 149828*)]. Por ello parece que la contradicción entre las presunciones de culpabilidad *iuris et de iure* y la presunción de inocencia sea más grave. No obstante, a mi juicio, tampoco las *iuris tantum* eluden dicha vulneración, porque ambas clases permiten establecer *ex lege* la culpabilidad del autor del delito, toda vez que revierten la carga de la prueba, en el acusado.

f) Por último, con respecto al elemento del delito con el que estas presunciones pueden identificarse, no hay una postura unánime en la doctrina penal. A partir de la comentada concepción *manziniana* de los delitos de sospecha se discutía si éstos podían ser considerados una “tercera forma de conducta” —lo que resulta harto discutible—, o bien si se basaban en elementos ajenos a la propia conducta (DELITALA). En nuestra doctrina, algunos autores conceptuaron las presunciones en las que se basan los delitos de sospecha, como *condiciones objetivas de punibilidad* (GARCÍA PÉREZ) si bien de forma “*impropia*” (MARTÍNEZ PÉREZ). Desde la óptica actual también parecen dirigidas a modular la pena, de modo que no afectarían tanto a la comisión del delito —que ya estaría completo—, cuanto a su *punibilidad*.

Pero dada la limitada utilidad que ha reportado el hecho de definir estas presunciones conforme a un expediente dogmático, en este trabajo se otorgará más importancia a las dificultades prácticas que, en sede procesal, suscitan, siendo la principal —según se apuntó— la vulneración de la presunción de inocencia. Junto a la incompatibilidad con este principio, las *críticas más importantes* que se dirigían a los delitos de sospecha *bajo la vigencia del derogado CP* aludían a la flagrante vulneración del principio de *culpabilidad*. Y ello porque

este principio, somete la aplicación de la pena a que quede acreditado que el hecho puede atribuirse a su autor, por su previa actuación dolosa o imprudente. Frente a ello, los tipos basados en sospechas, permitían imputar una pura *responsabilidad objetiva* (o reproche penal por el resultado) e incluso favorecían resquicios de “*versari*.” A ello se unían, por último, objeciones hacia estos delitos por *vulnerar el derecho a no declarar contra sí mismo*.

Tras la entrada en vigor del **Código Penal de 1995** puede decirse que aquellas *objeciones* se han visto moduladas, toda vez que, disminuyó el interés doctrinal por los delitos de sospecha, probablemente por la no previsión en el texto de 1995 de la mayoría de presunciones de culpabilidad y por la corrección de otras, como la delito del art. 166 CP. Sin embargo, en la doctrina penal se ha apuntado la existencia, de determinadas *suposiciones* en ciertos tipos del CP de 1995, que pueden albergar paralelismos con los clásicos delitos de sospecha. Así GÓMEZ RIVERO advierte de la vulneración de los principios de *culpabilidad*, *presunción de inocencia* y —añade— de *intervención mínima* (en su vertiente de lesividad) cuando el legislador incorpora presunciones *iuris et de iure* en la configuración de la conducta típica, por cuanto limitan la labor de jueces y tribunales a una “...tarea de subsunción formal, sin margen alguno para la discrecionalidad...”. A partir de una *clasificación* de las diversas presunciones, identifica, entre otras, aquéllas “relativas a la culpabilidad de los autores”, en las que incluye la del delito del art. 483 ACP, por cuanto allí se ubicaba una presunción de que “...el secuestrado había muerto a manos de sus secuestradores...” Pero, según la citada autora, dicha presunción fue suprimida del Código penal de 1995 y ya no se refleja en el art. 166 CP. Por su parte SÁNCHEZ-VERA identifica, con respecto al mismo precepto, una “soterrada pseudopresunción”, de modo que —a su juicio— ésta pesa sobre quien se sitúa en posición de garante.

A mi entender, en tanto el legislador penal de 1995 introdujo en el art. 166 CP una

cláusula para el *descargo* del acusado, más bien atemperó una presunción *iuris tantum* que, sin embargo, ha seguido latente durante estos años. Es cierto que, bajo el CP de 1995, el art. 166 CP ha experimentado unas correcciones que lo alejaron de un *puro* delito de sospecha así como de algunos otros delitos con los que parecía compartir características. Así, sucedía con los llamados *delitos de posesión* (v.gr. tenencia ilícita de armas, art. 563 PC) y *delitos de status* (v.gr. pertenencia a organización criminal), cuyo paralelismo con los de “sospecha” nace a raíz de que todos ellos obedecen a una “lógica de anticipación de la intervención penal” basada en una política criminal orientada a garantizar la seguridad. En efecto, como pone de manifiesto PASTOR MUÑOZ, aquellos delitos de posesión y status comportan una *utilización policial del Derecho penal*. Y también este rasgo es predicable de los *delitos de sospecha*. Sin embargo, cada clasificación plantea, según creo, problemas de legitimación distintos: mientras que los puros delitos de sospecha se basan, por lo general, en una presunción de culpabilidad referida a *hechos*, a la *persona del autor* o a su *conducción de vida*, los delitos de *status* y *posesión*, comportan un *peligro abstracto* que emana de disponer de determinados objetos o de ostentar cierta condición. De modo que, en una escala ideal hacia la lesión del bien jurídico, los delitos más alejados de cualquier ofensa al mismo serían, desde luego, los *de pura sospecha* y escasamente más próximos a dicha ofensa, podrían situarse los *delitos de peligro abstracto* —originariamente denominados de *peligro presunto*—. Estas diferencias *impiden la “reducción”* de todos aquellos delitos a una sola categoría, toda vez que evidencian que no existen soluciones generales para los diversos problemas que plantean. Los propios de los delitos aquí analizados, surgen por cuanto se construyen sobre una *presunción de culpabilidad* o una *sospecha* fundada en hechos, en la personalidad, la forma de vida del autor o vinculada al llamado *derecho penal de autor*. En consecuencia, metodológicamente es aconsejable abordar la problemática de

cada delito de sospecha, de modo que en este trabajo se acometerá un estudio específico del delito del art. 166 del Proyecto de 2013 en un capítulo aparte.

Previamente conviene reparar en que, bajo el Código Penal de 1995 y merced la expansión del ámbito material de la *presunción de inocencia*, adquiere mayor fuerza e interés la hipótesis sostenida en este trabajo, según la cual cabe aglutinar las críticas a aquellos delitos desde la perspectiva de este principio. Y ello no solo en tanto *límite* al legislador sino también como *regla de juicio*. De modo que, si las pruebas de cargo se construyen, ante todo, a partir de *hechos* —en coherencia, también, con el principio de culpabilidad—, resta por abordar una cuestión escasamente debatida pero capital, a saber: ¿resulta constitucionalmente legítimo basar *pruebas de cargo* sobre meras *sospechas*?

B. DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS A LA DE LAS SOSPECHAS

Un estudio, siquiera breve, del anterior interrogante, ha de arrancar de la estrecha conexión entre los problemas constitucionales que los *delitos de sospecha* plantean en el proceso y en derecho penal. Para advertirlo, ha de repararse en que la presunción de inocencia como *regla de juicio*, no solo comporta, que la carga de la prueba recaiga en la *acusación* sino que implica una serie de *garantías y reglas* a las que atender para concretar los *hechos* que han de tenerse por *probados* en el proceso penal. Como viene indicando el TEDH desde la sentencia del caso *Barberà Messegué c. España*, de 6 diciembre 1988, FD 67 (*Tol 117828*), las garantías inherentes a la presunción de inocencia (arts. 6.2 y 6.3 CEDH) son expresión del más amplio derecho a un *“fair trial” o proceso justo* (art. 6.1 CEDH). Ha de destacarse la conexión entre estos derechos —previstos en el art. 24.2 CE— para reparar en que el valor *“justicia”* se vincula al respeto de las garantías anejas a la presunción de inocencia. Estas reglas son cada vez más conocidas en la doctrina penal

(*vid.* VIVES ANTÓN, PÉREZ MANZANO, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUS-SAC) y pueden resumirse como sigue:

Primero, una *regla sobre la carga de la prueba*: nadie puede ser condenado más que en virtud de *pruebas de cargo*, obtenidas e incorporadas al proceso con todas las garantías [STC 136/2006, 8 de mayo, FD 7 (*Tol 922658*)].

En segundo lugar, existe una regla sobre la *licitud o validez de las pruebas de cargo*: no se considerarán tales, las pruebas conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos. Por tanto, existe una *prohibición de valorar en juicio pruebas* originariamente ilícitas o derivadas de pruebas ilícitas [STC 81/1998, 2 de abril, FJ 2 (*Tol 80937*)]. No obstante, respecto a la posibilidad de valoración de las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas, el TC estableció el criterio básico, de si existe la llamada “conexión de antijuridicidad” (*vid.* SSTC 81/1998, 2 de abril, FJ 5 y 49/1999, 5 de abril, FJ 4)

Tercero, se niega eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos (STC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 5)

A la luz de estas reglas es obvio que solo las pruebas de cargo, obtenidas con todas las garantías —o constitucionalmente válidas— permiten, acreditar los *elementos fácticos* del ilícito punible. Por obvia que parezca, ha de destacarse la idea de que las citadas reglas se dirigen a la *prueba de hechos* pues éstos son los que, ante todo, cabe subsumir en una concreta ley penal, determinando la aplicación del derecho vigente para, en su caso, destruir la presunción de inocencia y demostrar la *certeza de la culpa* del acusado. Ello arroja la duda acerca de *si las sospechas son susceptibles de pruebas de cargo*.

A primera vista parece que la prueba de puras *sospechas* distorsiona el conjunto de requisitos anejos a la presunción de inocencia como *regla de juicio*, por cuanto estas garantías se dirigen a la prueba de *hechos* en coherencia además con lo que exigen el *principio de culpabilidad* —la prueba de un *hecho* imputable al autor como propio— y el *principio del hecho*. Y, por ende, la sola exigencia de la prueba de *sospechas* podría vulnerar todos estos principios

y, por añadidura, del *derecho fundamental a un juicio justo* (art. 24.1 y 2 CE). La anterior cuestión obliga a aclarar las razones por las que los hechos son el objeto de prueba en el actual proceso penal o, en sentido amplio, por qué el “hecho” se convierte en la *premisa básica* del razonamiento jurídico hasta la imposición del postulado “*cogitationes poenam nemo patitur*”; cuya máxima expresión actual es el *principio del hecho*, flanqueado por el principio de culpabilidad, en tanto la esfera de lo externo es el objeto sobre el que pivota el reproche penal.

Brevemente, puede decirse que el proceso de evolución del derecho y proceso penal en que, el juicio empírico, se convierte en el momento exclusivo de la aplicación del derecho, arranca con la instauración de una visión secularizada de éste. Sin embargo, la tajante separación entre, de un lado, los conceptos de delito y pecado y, de otro, de penitencia y pena, no adquirió plena madurez hasta la segunda mitad del s. XVIII, por la decisiva aportación ilustrada. A raíz de ello se desplazaron los “vicios morales” o “de carácter” a favor de los “hechos externos” como base de cualquier reproche jurídico; y la personalidad del autor —o su forma de vida— dejó de constituir el centro de gravedad para aplicar un derecho, orientándolo hacia el hecho. Éste pasa a convertirse en el único fundamento de la aplicación judicial de la norma o razón por la que se adopta una decisión jurídica. Aquel cambio de paradigma se tradujo, en Derecho penal sustantivo, en la implantación del culto al hecho por la influencia ilustrada y supuso, como es sabido, la introducción de importantes límites al *ius puniendi*: solo lo fenomenológico y causal, es decir, los hechos susceptibles de observación, podían tener relevancia en el ámbito de lo punible. Ello unido al proceso de secularización del derecho, hizo que las meras opiniones, convicciones morales y, más aún, los rasgos del carácter que daban pie a presumir o sospechar la personalidad herética, endemoniada o peligrosa del culpable, fueran —al menos teóricamente— marginadas del ámbito de lo penalmente relevante. En definitiva, como indica FERRA-

JOLI “el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas” es una de las principales aportaciones de la tradición jurídica ilustrada y liberal, al garantismo penal moderno.

Por lo que toca al proceso penal, dejó de centrarse en los problemas propios del sistema inquisitivo —basado en la prueba de la “confesión del reo” y del tormento— para ocuparse de cuestiones acerca de los límites y posibilidades del conocimiento judicial de los hechos, ante todo, a raíz del movimiento ilustrado y de su proclama del “imperio de los hechos.” Esta herencia ilustrada se traduce, en nuestros días, en la idea unánime en la doctrina procesal, de que las cuestiones fácticas conforman el objeto de prueba.

Por consiguiente el legado ilustrado que, a la postre, está en el origen de los principios del hecho y culpabilidad, haría incompatible estos postulados penales con la previsión, en los tipos, de hechos presuntos o sospechas. Asimismo en la doctrina penal actual no se duda de que los hechos son el presupuesto de la aplicación de las normas y están definidos por ellas, atendiendo a la finalidad, que les es propia, de regir las conductas humanas y ordenar la vida social (VIVES ANTÓN).

Son, por todo ello, los hechos —y solo éstos— los que pueden someterse al canon *más allá de toda duda razonable*. Ahora bien, los delitos que se construyen sobre sospechas inculpativas no se someten al filtro de dicho canon, sino que con ellos el legislador trata de eludir —que no de solucionar— determinados escollos procesales en la prueba de complejos elementos del delito. En definitiva sirven para excepcionar las exigencias probatorias que conlleva la presunción de inocencia. Ello comportaría una limitación del canon *más allá de todas dudas razonables*, porque si, en el caso concreto, un juez considerara que el hecho del que ha de deducirse una presunción, resultó probado, por la mera subsunción formal de dicho hecho en el correspondiente elemento típico del delito en cuestión, podría verse obligado, de forma

automática, a aplicar la sospecha aneja a aquéllos, incluso si se evidenciaran “dudas razonables” acerca de la prueba de aquella conjetura. Todo ello evidencia que la previsión *ex lege* de presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* de las que emanan *sospechas* incriminatorias, vulnera la presunción de inocencia en su *vertiente pre-procesal* y como *regla de juicio*.

4. A VUELTAS CON EL DELITO DE DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTRO DEL ART. 166 CP

A. NOTAS SOBRE SU HISTORIA MÁS RECIENTE

El precedente más directo del precepto que nos ocupa, data del art. 483 del Código penal de 1944, sin perjuicio de que, en la doctrina penal, se hayan señalado antecedentes más remotos (v.gr. art. 403.1 CP de 1848). Actualmente, la ubicación sistemática del delito del art. 166 en el Capítulo I del Título VI del Código penal vigente, hace que comparta la tutela del bien jurídico *libertad ambulatoria* y otros aspectos de la estructura típica de las detenciones ilegales. A su vez este delito entronca con los ilícitos penales referidos a las desapariciones forzadas, a los que la comunidad internacional ha sido especialmente sensible, desde finales del s. XX.

En concreto, aquéllos que dieron origen a los llamados *desaparecidos*, figura por lo general referida a las víctimas del terrorismo de Estado de diversas dictaduras, como las instauradas entre finales de los años setenta y principios de los ochenta del s. XX en Argentina o Chile. Inicialmente la persecución de los delitos con víctimas consideradas “desaparecidos”, fue excepcional y por ello ampliamente demandada por la doctrina, incluso en nuestro país (vid. ABELLÁN HONRUBIA; MARTÍN PALLÍN). Con el devenir de los años, prosperó una legislación nacional e internacional tendente a reprimir aquellos ilícitos, vinculándolos por lo general con delitos de “lesa humanidad.” Así, el actual art. 607 bis) 2º CP, regla 6º, castiga el delito de detención de una persona y negarse a reconocer dicha privación de

libertad “...o dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.”

Sin obviar que el delito del art. 166 CP pudo orientarse, originariamente, a castigar ilícitos en los que se ejercía el llamado *terrorismo de Estado*, en nuestro país también se aplicó a secuestros cometidos por organizaciones terroristas (v.gr. caso *Plubio Cordón*). Incluso puede decirse que, en los últimos tiempos, el ámbito de aplicación de este delito se ha ampliado pues, en atención a la realidad criminológica reciente, puede concurrir con otros delitos comunes (v.gr. de violencia de género, contra la propiedad, agresiones sexuales). Y pese a ser un *delito común*, se ha aplicado a casos en que el autor tenía la cualidad de funcionario pero actuó al margen de sus competencias (vid. sentencias del caso *Nani*, luego citadas).

Más allá de los posibles *fundamentos político-criminales* del delito del art. 166 CP, interesa reparar en su difícil encaje con las garantías constitucionales básicas a raíz de una configuración típica que, hasta tiempos recientes, ha rememorado la de los *delitos de sospecha*. Frente a la tendencia doctrinal y jurisprudencial dirigida a despojar por vía interpretativa a este delito de posibles resquicios de su carácter *sospechoso*, la propuesta del mismo que ahora se presenta en el Proyecto de 2013 agudiza dicho carácter por las razones que a continuación se expondrán. Con carácter previo, conviene revisar, brevemente, el *precedente histórico más directo del delito del art. 166 CP*.

En líneas generales, el delito *ahora previsto en el art. 166 CP* data de sucesivos tipos previstos en Códigos penales del s. XIX desapareciendo, únicamente, bajo el texto penal de la II República. Las diversas modificaciones que sufrió no hicieron sino mantener un ilícito que finalmente trascendió al art. 483 CP de 1944/1973. A pesar de las críticas que le dirigieron doctrina y jurisprudencia, aquel delito fue trasvasado al Código penal de 1995, si bien intentando adaptarlo al sistema constitucional para lo que se reformuló una cláusula con la que disipar su carácter de *delito*

de sospecha, indicando ahora el art. 166 CP: “salvo que (al detenido) se le haya dejado en libertad”. No obstante, el parangón con el que, a mi juicio, el legislador de 1995 trasmutó el art. 483 CP de 1944/1973 en el delito del art. 166 CP de 1995 y la incapacidad o falta de voluntad real, para reformular por completo un delito con resquicios de quebras de principios penales esenciales, pudiera estar en el origen del nuevo retroceso que, sobre todo desde la perspectiva de la presunción de inocencia, representa la propuesta de este delito en el Proyecto de reforma del CP de 2013. Esta crítica se fundamenta, ante todo, en el olvido que el pre-legislador manifiesta, del **proceso de constitucionalización del delito que nos ocupa**, desde su previsión en aquel art. 483 ACP hasta el art. 166 CP. Conviene por ello recordar las dificultades que suscitó el art. 483 ACP para su adaptación al sistema constitucional y la reinterpretación que tuvo que realizar el TS en el caso *Nani* [STS 25 de junio de 1990 (Tol 38565)] de aquel precepto, que preveía:

“El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditar haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor”.

La reinterpretación de dicho precepto ya había sido apuntada anteriormente (*vid.* STS de 11 de marzo de 1974, donde se justificaba porqué el delito del art. 483 ACP no era un delito de sospecha), aunque no fue aplicada hasta entonces con rigor.

Resumidamente, las críticas que originaron aquella reinterpretación —ya presentes en la STS 25 de junio de 1990 (FD 1)— fueron: a) La vulneración del principio de culpabilidad, por constituir el delito del art. 483 ACP una manifestación de responsabilidad objetiva (o reproche penal por el resultado) propia del *versarismo*. b) La vulneración del principio de presunción de inocencia (MARTÍNEZ PÉREZ, C.) dado que sobre la prueba de los elementos de aquel delito (detención ilegal y no dar razón del paradero o de su liberación), se presumía *iuris tantum* la concurrencia de otros (muerte) de donde se sospechaba la culpabilidad del reo. En la doctrina penal, incluso se criticó que este precepto vulnerara el *derecho a no de-*

clarar contra sí mismo, ínsito en la presunción de inocencia (GARCÍA PÉREZ, O.)

Para salvar las críticas, el TS realizó un giro interpretativo del art. 483 ACP que, muy probablemente, evitó su expulsión del ordenamiento jurídico. Así en la citada STS 25 de junio de 1990, se analizó la condena que la Audiencia Provincial de Madrid estableció en sentencia de 3 septiembre de 1988 del conocido caso *Nani*. A pesar de que, aplicando el art. 483 ACP, se impusieron severas penas a tres de los procesados, miembros de las fuerzas de seguridad del estado (veinte años y un día de reclusión mayor), el TS no revocó aquella sentencia, sino que, apoyándose, ante todo, en el llamado “principio de conservación de las normas”, hizo una reinterpretación de aquel precepto que —a su modo de ver— salvaba su posible inconstitucionalidad y permitía su aplicación al caso. Para ello, básicamente, el TS entendió el precepto como una *clase de detención ilegal agravada*, desvinculada de un delito de sospecha. En el FD 1º (2), de la STS de 25 de junio de 1990, se recogen los requisitos que debía probar la *acusación*:

a) La detención ilegal de la persona desaparecida b) La ausencia de toda explicación razonable de la desaparición c) Omisión de la puesta en libertad. Esto sentado, “tal desaparición aumenta tan considerablemente el desvalor del hecho que (...) resulta justificada la pena establecida por el legislador.”

Asimismo, se trató de configurar este delito acentuando la **posición de garante por injerencia** que asumía la persona que cometía la detención ilegal o secuestro.

A tal efecto se afirmaba: “la desaparición de la persona que se encuentra bajo el dominio de quien la privó de su libertad aumenta de relieve cuando se trata de una detención ilegal en su origen o en su desarrollo, teniendo en cuenta que respecto de él adquirió una posición especial que la doctrina lo identifica a la del garante, figura tan de actualidad en el moderno Derecho penal en el sentido de que a partir de ese momento responde no sólo de la legalidad de la detención, lo que es obvio, sino también del hecho de no devolverle la libertad como debió hacer.” (FD 1 y 2). Este mis-

mo razonamiento fue acogido para aplicar el art. 483 ACP (en relación con el art. 481.1 y 2 ACP) en la condena por el caso *Plubio Cordón* de la SAN de 13 diciembre 2007 (*Tol 1256435*), donde también se advierte que, en aquel delito, quien detuvo o secuestró, ostentaba, en una primera fase, la posición de garante (FD 2b)

El TC no revocó dicho pronunciamiento en su *Auto nº 421/1990, de 28 de diciembre*, sino que inadmitió a trámite el recurso de amparo planteado, *por vulneración de la presunción de inocencia*. Para ello, ante todo, interpretó aquel delito de modo distinto a un delito de sospecha, incidiendo en que la *probanza del requisito de la “no puesta en libertad”*, en tanto hecho negativo, recaía en la *acusación* (FD 4):

“No ha habido, pues, ni un juicio de sospecha ni se ha invertido carga alguna de la prueba, puesto que la acusación ha probado la no puesta en libertad y la desaparición de la persona, demostrando que el detenido no ha sido vuelto a ver en sus lugares habituales y que ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda, prueba que ha de estimarse suficiente teniendo en cuenta la dificultad probatoria consiguiente a la probanza de los hechos negativos, que permite pruebas indiciarias relativas a la no presencia del detenido en sus lugares habituales o en aquellos en que los imputados dicen que podría hallarse el sujeto pasivo.”

A pesar de esta interpretación, el art. 483 ACP seguía despertando críticas entre un sector de la doctrina penal que lo seguía considerando incompatible con las garantías constitucionales de culpabilidad, presunción de inocencia y derecho del acusado a no autoincriminarse. Desde dicho sector, se abogó por declarar la inconstitucionalidad del precepto (*vid. MAQUEDA ABREU, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ*) de modo que el delito allí contenido se consideraba derogado (*GARCÍA PÉREZ*). No obstante, la mayoría de la doctrina pareció aceptar una reinterpretación de este delito (*vid. MARTÍNEZ PÉREZ*), acogida por el TS y no revocada por el TC. Y aunque, en diversas propuestas de reforma penal se abordó su modificación (PCP de 1980 —art.

183— y PANCP 1983 —art. 161.2—) siguió vigente hasta el Código penal de 1995.

Probablemente por las críticas doctrinales y las fricciones constitucionales expuestas, el legislador de 1995 trató de adaptar el antiguo art. 483 ACP a las exigencias garantistas de la CE de 1978, tipificando un delito similar en el art. 166 CP. Para ello, ante todo, transformó la exigencia típica del art. 483 ACP relativa a que *el reo de detención “...no acreditare haberla dejado en libertad”* en el *requisito típico negativo de que el detenido no se encuentra en libertad*, del art. 166 CP. A partir de este cambio, tanto la mayoría de la doctrina penal como la jurisprudencia, entienden que corresponde a la *acusación* —y no al acusado— demostrar la falta de libertad del detenido. Ahora bien, precisamente este *requisito, que cohonesta mejor el precepto con la presunción de inocencia*, es el que ahora se *pretende eliminar en el Proyecto de reforma de CP 2013*.

Por otra parte, el legislador de 1995 mantuvo la exigencia de que el reo de detención ilegal “...no de razón del paradero de la persona detenida”, aspecto en mi opinión criticable. Ante todo porque con ello se configura un tipo agravado que, en lugar de pivotar sobre un requisito típico —que en un proceso penal requeriría prueba de cargo— bascula sobre un elemento negativo, a saber: que el autor de la detención ilegal o secuestro no acredite donde está la víctima. La prueba de estos elementos del delito del art. 166 CP ha tratado de compatibilizarse con la presunción de inocencia, de modo que según una interpretación extendida entre nuestros tribunales, la *acusación* ha de demostrar:

- Una privación violenta de libertad: es decir, la detención ilegal o secuestro (*elemento objetivo*);
- El querer precisamente esa acción de forma clara e injustificada (*aspecto subjetivo*);
- No acreditar la puesta en libertad de la víctima, ni dar razón de su paradero. Ambos elementos típicos son los que plantean mayores problemas probatorios.

Conforme a estos parámetros, nuestros tribunales consideran incuestionable la aplicación del art. 166 CP [*vid. entre otras, STS 1043/2009, 28*

de octubre, FD 2 (Tol 1726703)], de modo que los datos o circunstancias que sirven de base al art. 166 CP han de ser probados a través de la actividad desarrollada en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción en los términos exigidos con carácter general por el TC (vid. SAP Cantabria, 3 de junio 2004, FD 3º).

En esta línea también el *Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2012* (19 de enero de 2013) interpreta el art. 166 CP, rechazando su consideración como delito de sospecha, sobre la base de lo indicado en el *Auto del TC 419/1990* y —según el mismo informe—, de lo sostenido en la STC 155/2002, 22 de julio (caso “Lasa y Zabala”).

Según dicho Informe (pág. 161) el Auto del TC 419/1990 “...interpreta que no se castiga por la sospecha de homicidio o de asesinato, sino por la desaparición forzosa de la persona que estuvo secuestrada”. Respecto a la STC 155/2002 incide en que “rechazó, como incompatible con el derecho fundamental de presunción de inocencia, una interpretación del tipo como puro delito de sospecha por la falta de explicación de la desaparición.”

En la doctrina penal, la postura mayoritaria es la que adopta un entedimiento similar a la anterior interpretación jurisprudencial (vid. SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), si bien existen voces que aún critican el delito del art. 166 CP por verificar rasgos de un delito de sospecha (vid. FALCÓN CARO). Y es que en este delito aún late una presunción *iuris tantum* que puede ser rebatida si el autor demuestra haber puesto en libertad a la víctima. La cuestión es si esta problemática, aún no resuelta, ha sido heredada por el delito propuesto en el art. 166 del Proyecto de reforma de CP de 2013.

B. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 166 EN EL PROYECTO DE REFORMA DE CP DE 2013

De la dicción del art. 166, según el Proyecto de 2013 (BOCG, 4 octubre 2013), cabe advertir que son, fundamentalmente, tres los

cambios que se proponen respecto del vigente delito:

Primero, se suprime la cláusula “salvo que la haya dejado en libertad” que hasta ahora venía haciendo posible una lectura constitucional del delito del art. 166 CP. En segundo lugar, se establece una pena de prisión *de diez a quince años* —idéntica a la del actual homicidio— para casos en que se pruebe una previa detención ilegal; y una pena de prisión de entre quince a veinte años, si se prueba un previo secuestro. Como tercer cambio, en un apartado 2º se prevén dos agravaciones de penas de prisión muy severas (incluso entre 20 y 25 años), usando una técnica legislativa defectuosa.

a. Apartado 1º Art. 166 del proyecto de reforma de CP 2013

“El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro.”

De una primera valoración del texto propuesto, cabe deducir que se ha dado al traste con el proceso de reinterpretación constitucional del art. 483 ACP, al que el legislador de 1995 pareció ser sensible plasmando algunas correcciones en el art. 166 CP. Pero además, se obstruye cualquier avance para conciliar el ilícito analizado con las garantías constitucionales inherentes a la presunción de inocencia, por las siguientes razones:

a) Con la supresión de la cláusula “salvo que la haya dejado en libertad” —del original art. 166 CP— se pretende eliminar un requisito que incluso se preveía en el delito del art. 483 ACP. Esta supresión tan solo puede obedecer a la necesidad, contraria a las garantías constitucionales, de “orillar” los requisitos probatorios de este delito para la *acusación*, como se reconoce en el *Informe del Consejo fiscal al Anteproyecto 2012* donde ello “...se valora positivamente...” (vid. punto Nonagésimo primero). No obstante, en el *Informe del CGPJ al Ante-*

proyecto de 2012, se emitió un juicio negativo a la supresión del último inciso del art. 166 CP de 1995 pues se entiende que ello evoca al delito de sospecha que el TC rechazó por contrario a la presunción de inocencia. Y es que, en efecto, al margen incluso de la sorpresa que causa aquella valoración positiva del Consejo fiscal, la referencia a “orillar” requisitos probatorios —es decir, a *eludirlos*— revela el propósito implícito en el art. 166 del Proyecto, que por sí solo sería suficiente para promover la inconstitucionalidad de este precepto por vulneración del art. 24.2 CE.

A su vez, la supresión de la *posibilidad de excluir la agravación para el caso en que la víctima haya sido puesta en libertad* acarrearía, ante todo, un grave inconveniente procesal, pues para eludir este delito la *defensa* se vería privada de un mecanismo de *descargo*: en principio, ya no podría evitarse la pena del art. 166 Proyecto 2013, probando que el detenido o secuestrado ha sido puesto en libertad. De modo que con la supresión del párrafo final del precepto, el juez —adoptando una postura formal— no tiene por qué excluir dicha pena ni aun cuando, en el caso concreto, la víctima haya sido liberada. Este sería el efecto más extremo de excluir el mecanismo de defensa que atempera el carácter de sospecha de este delito.

Para evitar caer en un delito de sospecha, en el *Informe del CGPJ* se propone configurar el delito del art. 166 CP, sobre la base de la categoría de la *comisión por omisión*, al modo en que se interpretó por la STC 155/2002, es decir, “... sobre la base de la posición de garante del secuestrador respecto de su víctima...” No obstante, más allá de rechazar la configuración de un delito de sospecha, la STC 155/2002 aporta escasas pautas interpretativas para configurar un tipo de omisión. Además, el intento de configurar una posición de garante —se supone que por *injerencia*— deja abiertas múltiples preguntas, entre otras: si se entiende que el autor está en posición de garante ¿cuál sería el resultado que cabría imputarle?, ¿un presunto homicidio?; o ¿sería una omisión pura de garante?, etc.

b) Con el mantenimiento del requisito “*no dar razón del paradero de la persona detenida*”, unido a la supresión del elemento antes analizado, se estaría positivizando lo que la doctrina penal calificó de *interpretación anticonstitucional* —respecto del art. 483ACP— pues el tipo se cumpliría, sin más, por el mero hecho de realizar una detención ilegal seguida de la imposibilidad de dar razón del paradero (MARTÍNEZ PÉREZ). Asimismo, la prueba de este requisito aboca a problemas probatorios casi irresolubles, como ya puntualizara GARCÍA PÉREZ. En primer lugar, porque presupone probar que el autor de una detención ilegal o secuestro *sabe dónde está la víctima, pero no lo dice*. No cabría aplicar este precepto si dicho autor *no conociera* aquel paradero y, por esa razón, *no lo acreditará*. No obstante ni el delito actual ni el que se pretende introducir garantizan que, finalmente, quede impune este último supuesto. Pero es que además la falta de colaboración del acusado con la Administración de justicia —no dar razón del paradero de la víctima—, que en el fondo no es sino manifestación del derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio, sería el único *fundamento* de una pena más agravada que la del delito de detención ilegal (art. 163 CP) o secuestro (art. 164 CP). En este sentido se vulneraría la interpretación del TEDH sobre la presunción de inocencia según la cual, utilizar en contra del acusado el derecho a guardar silencio equivaldría a invertir la carga de la prueba que comporta aquella presunción; pues incumbe al Estado probar la acusación formulada más allá de toda duda razonable, sin obligar por ningún medio al acusado a prestar colaboración (*vid.* STEDH 8 febrero 1996, caso John Murray vs. Reino Unido, TEDH 18731/91, §41)

Por otra parte, cabe plantearse *si el requisito ahora comentado*, forma parte o no de la conducta típica del precepto. Pues si el autor revela el paradero de la víctima, por lo general, *quedará al descubierto su localización* y ya no sería aplicable el art. 166.1 Proyecto 2013, sino, en su caso, un delito de detenciones ilegales o de secuestro. De ahí que, si la conducta típica

que ha de probarse es una detención ilegal o secuestro, en la doctrina penal se ha barajado calificar el requisito de “no dar razón del paradero de la víctima”, como una “condición objetiva de punibilidad” (GARCÍA PÉREZ) *impropia* (MARTÍNEZ PÉREZ). Sin embargo creo que, al margen de encuadrarlo en una concreta categoría, ha de repararse en que ni pertenece a la conducta típica ni a la ilicitud, sino a la punibilidad. Y por ello, desde el principio de culpabilidad, cabe criticar que la pena establecida experimente un aumento tan considerable a raíz de un elemento que no agrava la ilicitud de la conducta típica.

b. Apartado 2º art. 166 Proyecto de reforma de CP 2013

Según el apartado 2º art. 166 Proyecto de reforma 2013 (versión, 20 septiembre):

2.- *El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.*”

Conforme a la redacción dada a este apartado 2º en el Proyecto de 2013, se corrigen algunas imperfecciones técnicas que se habían apuntado por la doctrina penal y el *Informe del CGPJ* (pág. 162) al original Anteproyecto de 2012. Así, se indica que la pena a imponer es de *prisión* toda vez que se distingue la duración de esta pena, dependiendo de si las agravantes previstas concurren con el delito de *detención ilegal* (de 15 a 20 años) o con el de *secuestro* (de 20 a 25 años). Esto último comporta, no obstante, una intolerable elevación de la pena, desde la *perspectiva del principio de proporcionalidad*, como también se destacaba en el *Informe del CGPJ*. Junto a ello conviene reparar en el

problema de interpretación que plantea la técnica legislativa empleada en el art. 166.2 Proyecto 2013. Ante todo, porque se dice que las agravantes propuestas, pueden aplicarse tanto a los delitos de detenciones ilegales como secuestros, a los que también alude el art. 166.1 Proyecto 2013. En principio, parece que hayan de verificarse los elementos del tipo del apartado 1º para aplicar las agravantes del apartado 2º; si bien sería deseable que se aclarara, con mayor especificidad, si no cabe aplicarlas, respectivamente, a los arts. 163 y 164 CP.

Concretamente, el apartado a) art. 166.2 del Proyecto 2013 agrava la responsabilidad, cuando el delito se comete contra “menor de edad” o “persona con discapacidad necesitada de especial protección.” Con esta última referencia se incorpora una previsión demanda en el *Informe del Consejo fiscal al Anteproyecto 2012*, que reclamaba aludir a los *incapaces*, en el apartado a). No obstante la posibilidad de que una detención ilegal o secuestro de la modalidad del art. 166.1 Proyecto 2013, recaiga sobre sujetos especialmente desvalidos (menores, incapaces) o concorra con otros delitos, no suele plantear problemas en sede judicial. Así en relación con el *sujeto pasivo*, una vez eliminado el antiguo delito de sustracción de menores (a excepción de lo previsto en el art. 225 bis CP) doctrina y jurisprudencia, admiten que pueda serlo cualquier persona con independencia de su edad y, por tanto, también se incluiría a *menores e incapaces*. Ahora bien, resulta difícil que, por sí solas, la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo justifiquen una agravación tan elevada como la que se propone en el art. 166.2 a) Proyecto 2013 que, por ello mismo, resulta desproporcionada.

Por lo que toca a lo previsto en el apartado b) del art. 166.2 Proyecto 2013, solo parece aludir a una de las diversas clases de delitos con las que las detenciones ilegales pueden concurrir, esto es, a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Pero al margen de las razones de alarma social que puedan haber pesado en la previsión de este supuesto, la agravación

también es, a todas luces, desmesurada si consideramos que, actualmente, unas agresiones básicas contra la libertad sexual se castigan con prisión de 1 a 5 años (art. 178 CP) y las cualificadas con prisión de 6 a 12 años (art. 179 CP).

Asimismo esta agravante plantea otra cuestión, pues se aplicaría cuando en la detención ilegal pudiera probarse “*la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima*”, bien dicha finalidad hubiere surgido antes o durante la ejecución de la detención ilegal, bien hubiera actuado posteriormente con tal propósito. Pero es que al margen de las dificultades probatorias de este posible elemento subjetivo, no queda claro si, conforme a esta cláusula, ha de probarse que se ha cometido alguna clase de agresión sexual o basta demostrar aquella *finalidad*. Para dilucidarlo ha de tenerse en cuenta que en los casos en que una detención ilegal —en su modalidad del art. 166 CP— concurre con otro delito, como puede ser el de agresión sexual, en sede judicial se aplica, con carácter general, el *concurso real* para casos en que dicha detención o secuestro se excede de lo necesario para cometer otro delito y dura indefinidamente. Mientras que si la detención ilegal es inherente a la consumación de otro tipo (*v.gr.* robo) y dura el tiempo estrictamente necesario para cometerlo, por lo general queda absorbida por éste último [*vid.* SSTS 23 de julio 2002, FD 1 (*Tol 213425*); STS 10 febrero 2003, FD 1 (*Tol 254113*); 14 de noviembre 2006, FD 12 (*Tol 1022935*)]

En el apartado 2º b) art. 166 Proyecto 2013, no se diferencia entre estas situaciones sino que se atiende al momento en que *surge la intención de la agresión sexual*; de modo que, al obviarse aquella posibilidad concursal, parece que no se esté considerando la *efectiva comisión* de algún delito contra la libertad sexual, sino que requiere demostrar —con todo lo que ello implica en sede procesal— la “intención” de cometerlo. De ahí que basar una agravación tan pronunciada en la concurrencia de un elemento que arroja tantos interrogantes, supone introducir un régimen muy cualificado con quebranto, entre otros de principios como

proporcionalidad y taxatividad. En definitiva, por la falta de fundamento de agravaciones tan elevadas, sería preciso suprimir el apartado 2º del art. 166 Proyecto de 2013.

C. BASES PARA PROPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO POR VULNERACIÓN, ESPECIALMENTE, DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Una vez justificada la propuesta de supresión del apartado 2º art. 166, Proyecto 2013, conviene centrarnos en el delito del apartado 1º que se construye sobre una conducta típica (detención ilegal o secuestro) más un elemento negativo (no dar razón del paradero de la persona detenida). La relevancia de dicho elemento negativo radica en la *presunción* que encubre: su prueba supone que se ha cometido un *homicidio*, lo que cabe deducir por el dato de que, en el Proyecto 2013, se establece una pena de entre 15 y 20 años de prisión —en caso de detención ilegal—, que incluso puede elevarse entre 20 a 25 años —en casos de secuestro—. No obstante, con esta objetable técnica legislativa se *están invirtiendo las reglas de la carga de la prueba* pues en lugar de basar el delito en elementos típicos que correspondería demostrar a la acusación, basta probar la concurrencia formal de aquella inacción del acusado. Con la cortapisa de que éste ya no tiene posibilidad de descargo por el hecho de que la víctima esté en libertad. Es decir, ya no se prevé una presunción *iuris tantum*. A mi juicio, semejante tipo penal solo tiene sentido en la estructura de un *delito de sospecha* que ahora se propone construir sobre una presunción *iuris et de iure*. Varias son los principios penales vulnerados, por los que este delito habría de devenir inconstitucional:

1.- El principio de culpabilidad se considera vulnerado, según la doctrina penal, entre otros casos, cuando se castigan “hechos presuntos”. Esta vulneración podría producirse al aprobar el propuesto art. 166 Proyecto 2013, cuya pena superaría además, claramente, el

contenido de injusto o ilícito culpable, del único tipo definido por este delito (detención ilegal o secuestro). Asimismo aquel precepto abriría la puerta a una de las quiebras más acusadas del principio de culpabilidad, esto es, a la *responsabilidad objetiva y al versari in re illicita*, basando una agravación penal exclusivamente en la *sospecha* de un resultado, a saber, la muerte del desaparecido. Sentada la vulneración de este principio ha de advertirse, no obstante, la limitada eficacia del mismo para declarar la inconstitucionalidad del precepto, en caso de aprobarse. Pero puesto que el principio de culpabilidad se implica con el de presunción de inocencia y dado que el art. 166 Proyecto 2013 compromete con igual o mayor intensidad a este otro postulado penal, cabría fundamentar su posible inconstitucionalidad, en la vulneración del art. 24.2 CE (*vid.* la solicitud de inconstitucionalidad del art. 483 ACP, resuelta en *Auto nº 421/1990*).

2.- Principio de presunción de inocencia.

Como se ha indicado a lo largo del trabajo, la vulneración de este principio por los *delitos de sospecha* resulta evidente por cuanto a partir de la prueba de uno de sus elementos se presume al acusado culpable, bien *iuris tantum* o bien *iuris et de iure* y, por cualquiera de estos dos cauces, se produce una *inversión de la carga de la prueba* en el acusado. Habida cuenta de la tendencia expansiva de aquella presunción (*vid.* SSTC 56/1982 y 109/1986), interesa aclarar a qué facetas de este principio afectan, en concreto, dichos delitos.

2.1) La *eficacia pre-procesal* de la presunción de inocencia resulta especialmente relevante en relación con el art. 166 Proyecto 2013 puesto que, como *límite frente al legislador*, impide configurar, entre otros, *delitos de sospecha*. De modo que, dada la naturaleza constitucional de aquel principio, han de considerarse nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad contra reo, como destacaron COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. Y dicha capacidad de vetar delitos de sospecha, consustancial a la

presunción de inocencia en su vertiente pre-procesal, habría de ser efectiva en el mismo momento de crear o modificar leyes. Así entendido, un tipo como el del art. 166 Proyecto 2013, sería criticable porque trata de resolver problemas de eficacia procesal o persecución policial, utilizando el Derecho penal sustantivo (*vid.* el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto 2012*). Ello comprometería severamente la función del Derecho penal y los fines de la pena, pues lejos de justificar este precepto en la protección de bienes jurídicos, se estaría usando el Derecho penal material para resolver dificultades en la persecución de delitos, cuya comisión no se puede probar o esclarecer. Y lo que es más grave, se sortearían así las exigencias probatorias de la presunción de inocencia, justificándolo en razones de seguridad y orden público, que parecen ser los objetos de tutela del precepto analizado.

2.2) De otro lado, el delito del art. 166.1 Proyecto 2013 es también criticable desde la perspectiva de la presunción de inocencia como *regla de juicio*. Porque basar la culpabilidad sobre sospechas es lo opuesto a probarla *más allá de toda duda razonable*. Así pues, ha de construirse sobre pruebas de cargo que permitan acreditar, de forma no irrazonable, *todos los elementos fácticos* del hecho punible [SSTC 31/1981, 28 de julio, FJ 3 y 75/2007, 16 de abril, FD 3 (*Tol 1050326*)].

Si, como se propone en el Proyecto 2013, el tipo del art. 166.1 se construye sobre la prueba de una detención ilegal o secuestro —que sería, respectivamente, la *conducta típica* de los art. 163 y art. 164 CP— y sobre el requisito de “no dar razón del paradero de la persona detenida”, en realidad, la *agravación de la pena* de este precepto, depende de este último elemento, que plantea arduas cuestiones: por un lado, aunque suela calificarse de una “omisión” no lo es, en sentido estricto del término penal, pues cabe cuestionar la posición de deber y, por ende, de garante del sujeto activo. Creo que ni la descripción típica ni, sobre todo, la presunción de inocencia avalan dicha opción: desde la perspectiva de este principio

más bien se alude a una *falta de colaboración con la justicia*, inactividad que incluso formaría parte del derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE). Si esto es así, la falta de colaboración aludida no hace aumentar la gravedad del injusto ni de la culpabilidad de los delitos de detención ilegal o secuestro, que ya estarían completos. Más bien cabe vincular este elemento a la *punibilidad*.

Pero es que además, en los delitos en que el legislador prevé actos de colaboración con la justicia de carácter auto-incriminatorio, suele formularlos de modo *positivo* y mediante cláusulas cuya eficacia es la *atenuación* (vid. v.gr. arts. 376.1 CP y art. 579.4 CP) o incluso *exención de la pena* (v.gr. art. 305.4 CP). Ésta podría ser una alternativa para conciliar el delito analizado con la presunción de inocencia, como luego se verá. Pero no ha sido la seguida por el pre-legislador, de modo que hemos de cuestionarnos la *razón por la que, en este delito, la falta de colaboración tiene eficacia agravante*. A mi juicio, solo cabe explicarlo porque al enunciar aquel requisito en un *sentido negativo* se revierte en el acusado la *presunción* de que ha cometido otro delito que, a la vista de la pena, se eleva a la categoría de *sospecha* de homicidio. Este entendimiento atenta contra la *presunción de inocencia*, no solo porque se configura una presunción de culpabilidad que, como tal, puede encubrir un dato perfectamente falso, sino porque se impone probar al acusado un elemento negativo, lo que supone una *“probatio diabolica”*.

Al mantener el anterior elemento y eliminar la posibilidad de descargo a favor de la defensa, el Proyecto 2013, convierte la presunción que alberga —y ésta es una novedad— en *iuris et de iure* (en sentido impropio, no técnico). Con ello se intensifica la vulneración del *derecho a no declarar contra sí mismo del acusado* o, lo que es lo mismo, a no presentar pruebas que puedan destruir su inocencia, porque precisamente el no hacerlo —el no dar razón del paradero de la víctima— es el motivo por el que se agrava la pena. Puede por ello decirse que esta exigencia comporta una *inversión de*

la carga de la prueba, cuando no una criminalización de una facultad amparada en el derecho de defensa. Con lo que, de nuevo, se vulnera la presunción de inocencia, si tenemos en cuenta que, según el TEDH, el orden público y la seguridad no son causas que justifiquen suprimir los derechos a guardar silencio y no autoincriminarse (vid. caso *Heaney and McGuinness vs. Irlanda*, STEDH 21 de diciembre 2000, TEDH 34720/97, §58)

La anterior conclusión parece inevitable si se repara, en que el requisito de *probar que el detenido no está en libertad* juega, en realidad, un *doble papel*: de gravamen para la *acusación* y de *descargo* para la *defensa* que, para demostrarlo, no tiene que atender al canon *más allá de toda duda razonable* (dado que se trata de una causa que excluye su culpabilidad). Al quedar eliminado en el Proyecto de 2013, la *acusación* ya no asumiría la compleja prueba de aquel requisito, mientras que el *acusado*, en principio, no podría impedir la aplicación del tipo con la prueba de la liberación de la víctima. A su vez, se abrirían múltiples interrogantes, entre otras: la aparición de la víctima —viva o muerta— ¿permitiría excluiría la pena del art. 166 CP?, ¿tanto si aparece *antes* como *después* de una sentencia condenatoria?; ¿cómo podrían resolverse los problemas procesales relativos al *ne bis in idem* y al carácter de *cosa juzgada* de la sentencia condenatoria?

Los casos más complejos podrían ser aquellos en que apareciera la víctima, *tras ser condenado* el autor de un delito del vigente art. 166 CP; porque si apareciera durante el juicio por este delito, dependiendo del momento procesal, hay diversos cauces para que se detenga la causa. Respecto a aquel primer caso, cabe considerar el *recurso de revisión* que, según art. 954 LECRIM, procede contra sentencias firmes condenatorias (contra las que no cabe recurso extraordinario ni ordinario).

El **apdo. 4**, art. 954 LECRIM especifica: «*Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado*». (vid. además art. 121

CE). Sin embargo, de la jurisprudencia del TS, se deduce la *aplicación excepcional* de esta clase de recurso (SSTS 28 octubre 1982; SSTC 15/1986, 124/1987 y ATS de 10 julio 1994). Y ello porque la anulación de una sentencia firme significa una “derogación del principio preclusivo de cosa juzgada”. Respecto al motivo 4º art. 954 LECRIM, la jurisprudencia destaca su *carácter abierto* hasta el punto de comprender todas las anteriores causas de revisión (STS de 12 de mayo de 1978, RJA 3039). El primer presupuesto para aplicar este motivo es que los hechos sean «nuevos», si bien “...no es preciso que se hayan producido con posterioridad (*novum*) al proceso, sino que pueden haber existido durante el mismo pero no hubo posibilidad de aportarlos o no se conocieron, pero *se conocen* después de la sentencia (...).” Además, es preciso que, los hechos o elementos probatorios sobrevenidos, evidencien la inocencia del condenado y creen, en el Tribunal Supremo, “la convicción de que, esa inocencia, se demostrará en el nuevo proceso.” (*vid.* STS 25 febrero 1985 e incluso la STS de 11 de noviembre de 1966). Ejemplo en que se aprecia este recurso es el caso de *muestras de ADN que exculpan al condenado* (*vid.* Sumario 1/1995 Juzgado de Instrucción nº 4 de San Boi de Llobregat).

En resumen, el recurso de revisión no es de apreciación automática, sino *excepcional* y nunca cabe “*contra reo*”, de suerte que hay que atender a los estrictos requisitos que, respecto al art. 954.4 LECRIM, ha delimitado la jurisprudencia del TS. En la doctrina penal se había defendido que el art. 166 CP no podía producir la excepción de cosa juzgada en el supuesto en que “...aparezca el cadáver de la persona desaparecida, pues en ese caso puede ser revisada la condena por ese tipo (hecho nuevo), sin perjuicio de la posible nueva acusación por asesinato...” (QUINTERO OLIVARES). No obstante esta última posibilidad se vería dificultada —conforme al art. 166 del CP de 1995— dado que la revisión no procede “*contra reo*.” Por tanto, parece que cabría *excluir* el precepto —antes de sentencia— o proceder a la *revisión* si se demostrara, que *el reo dejó a la víctima en libertad*. Esto último podría ocurrir en dos casos: cuando, después de una condena, *aparece viva* la persona detenida o secuestrada —y ya no cabría un ulterior proceso por asesinato—; o

si *aparece muerta*, pero se demuestra que el autor la había dejado en libertad y aquella muerte no le es imputable. Ahora bien, *si se suprime del art. 166 CP la opción de demostrar que la víctima está en libertad*, ¿cabe seguir manteniendo la conclusión de *excluir el precepto* —antes de una sentencia— o *revisar la condena* tras recaer sentencia, para casos en que la persona detenida ilegalmente o secuestrada, finalmente *aparezca* —viva o muerta—? A mi juicio, aquel cambio legislativo afecta de lleno a la cláusula de descargo del actual art. 166 CP. De modo que, llevado su entendimiento formal hasta los últimos extremos, el art. 166 del Proyecto 2013, incluso permite condenar cuando la víctima *haya sido puesta en libertad*, si simplemente se prueba que el autor *no dio razones del paradero de la víctima*. Y si ya existiera una condena por el delito del art. 166 Proyecto 2013, aunque la víctima apareciera posteriormente viva o muerta, no cabría revisar el caso, porque aquel hecho no sería *nuevo*, sino irrelevante *ex. art.* 166 y el *ne bis in idem* impediría juzgar el supuesto otra vez. Esta posible consecuencia podría, quizás, corregirse conforme a una interpretación extensiva a favor del reo, que equiparara los casos en que se libere a la víctima con una suerte de confesión sobre el paradero de la misma. Pero tanto éste como cualquier otro entendimiento “material” del precepto habría, cuanto menos, que acogerse en sede judicial y aún así no dejarían de plantear problemas interpretativos y probatorios (*v.gr.* ¿en qué casos se aceptaría aquella liberación?, ¿siempre que aparezca viva?; ¿también si aparece muerta?). Todas estas dificultades no hacen sino evidenciar la inconstitucionalidad del art. 166 Proyecto 2013, por vulneración de la presunción de inocencia; a la vez que revelan la inutilidad del precepto para perseguir con más eficacia al autor de un homicidio o asesinato, derivado de una detención ilegal o secuestro.

5. CONCLUSIONES

1. Este trabajo ha analizado una de las más graves vulneraciones *al derecho fundamental a*

la *presunción de inocencia*, esto es, la que tiene lugar en el momento *pre-procesal*, a raíz de los *delitos de sospecha*. En concreto, el que, según el Proyecto de reforma del CP de 2013, albergará el art. 166 CP. Aquella contravención puede ser incluso más grave que la consistente en infringir dicho principio como *regla de juicio*, por cuanto obliga, a los órganos jurisdiccionales, a aplicar un precepto con tachas de inconstitucionalidad, a *todos* los casos subsumibles en él. Ante esta forma de proceder por el pre-legislador penal de 2013, resulta inaplazable apelar al respeto a los *límites constitucionales* del *ius puniendi*, durante el proceso legislativo en materia penal.

2. Dos límites irrenunciables, a este respecto, son la *presunción de inocencia* y el *principio de culpabilidad*. El primero juega un papel esencial en Derecho penal sustantivo, pues prohíbe que el delito se construya sobre *hechos presuntos* o *presunciones de culpabilidad*, de modo que ésta no pueda suponerse *ab initio* en una ley penal. El sustrato del delito ha de basarse en *elementos fácticos* susceptibles de prueba de cargo, en sede procesal. Ello otorga a aquel principio, al menos teóricamente, de capacidad para vetar *delitos de sospecha* en el mismo momento de crear o modificar leyes. A la vez, el *principio de culpabilidad* junto con el *del hecho*, confluyen en la idea de que solo cabe afirmar la responsabilidad penal si determinado *hecho* es personalmente reprochable a su autor.

3. Si, como se ha tratado de justificar, la presunción de inocencia es lo que hace al ciudadano *libre* y por ende, su fundamento último es la *libertad y dignidad humana*, puede decirse que su reconocimiento en la Constitución de 1978 implicó decantarse a favor de un determinado *programa político-criminal* para informar tanto el *Derecho penal material* como el *procesal penal*. A saber: la salvaguardia del valor *libertad individual* por encima del deber del Estado de proteger la seguridad de los ciudadanos.

4. La introducción, por el legislador, de delitos de sospecha en la legislación penal

—como el del analizado art. 166 u otros del Proyecto de reforma de CP 2013 (*vid.* v.gr. el delito de “*stalking*”)—, a todas luces invierte aquel programa político-criminal derivado del art. 24.2 CE. De este modo se postergaría el fundamento de la presunción de inocencia, esto es, la *libertad*, asumiendo la posibilidad de *castigar inocentes*. Podría, por todo lo anterior, hablarse incluso de un cambio de paradigma que afecta al Derecho penal, en tanto de la *sociedad del riesgo* se pasa —o por mejor decir, se *retorna*— a la *sociedad de la sospecha*. La ausencia de garantías sería uno de sus principales rasgos, toda vez que, la política criminal estatal se orientaría a controlar ámbitos de la sociedad donde, paradójicamente, el propio Estado habría abandonado las funciones asistenciales que le corresponde acometer, con carácter previo a accionar la represión penal.

5. En este trabajo se han expuesto las razones para solicitar que no se incluya en el Código penal, el delito del art. 166 del Proyecto de 2013 por verificar los rasgos propios de un *puro delito de sospecha*. De modo que si una ley prevé esta clase de delitos, estaría tipificando lo que, según la Constitución, nunca se podría castigar. Y es que el *legislador* no puede configurar normas en Derecho penal, ignorando las prácticas en la aplicación de los principios penales, que el TC considera garantías del respeto a los derechos fundamentales. Con la introducción de un delito de pura sospecha como el aquí estudiado, la tarea legislativa en materia penal no solo desatendería cualquier aspiración de racionalidad —tan demandada en la doctrina penal actual— sino que eludiría cumplir con la *presunción de inocencia en tanto regla pre-procesal y regla de juicio*. El que éste pueda ser el objetivo, velado o no, de la reforma del art. 166 CP, no hace sino confirmar la inconstitucionalidad del citado precepto.

6. Frente a la propuesta de introducir el art. 166 del Proyecto 2013, cabe contemplar tres alternativas: a) no modificar el vigente art. 166 CP; b) prescindir de cualquier delito al respecto, c) configurar un delito que evite las vulneraciones de los principios penales es-

tudiados. A mi juicio, la segunda alternativa sería la adecuada; si bien, puesto que no parece que ésta sea la línea a seguir por el legislador, al menos habría que esbozar la tercera opción (c), delimitando una suerte de *delito de desaparición por tiempo indefinido*, dirigido a tutelar como bien jurídico, exclusivamente la *libertad ambulatoria*. A tal efecto, se podría atender a un dato *objetivo o periodo de tiempo* durante el cual el ilícito puede consumarse (*v.gr.* a partir de los 30 días de la detención ilegal/secuestro). Frente a otras propuestas —en concreto, la que defiende un tipo con un sujeto activo en posición de garante por injerencia— esta alternativa ofrece la ventaja de que no arroja sospechas sobre la comisión de ulteriores delitos. La agravación se fundaría tanto en el ilícito cometido (detención ilegal/secuestro) como en el periodo de tiempo más extenso que dura la consumación del delito (partiendo de que se trata de un *delito permanente*). Por otra parte, resultaría más acorde a la presunción de inocencia, reformular en otro apartado el requisito de “no dar razón del paradero de la víctima” del art. 166 CP. Y ello por cuanto si dicho elemento no afecta al delito consumado y es una actividad de colaboración con la Administración de justicia, podría redactarse en sentido positivo —despojándose de cualquier presunción— para comportar, como sucede en otros preceptos, un *beneficio* y no un gravamen, para el reo. Es decir, podría traducirse en una suerte

de *medida premial* o atenuación postdelictiva, de modo que el hecho de proporcionar información del paradero, consistiría en un comportamiento positivo post-delictivo que no alteraría la comisión del previo ilícito culpable (detención ilegal o secuestro), pero de la que se podría hacer depender la pena. Al margen de su concreta clasificación doctrinal —como una *semi-excusa absolutoria* o *causa de levantamiento* (parcial) de la pena—, lo interesante sería el signo reparador o contenido de colaboración con la Administración de justicia que podría otorgarse a dicha medida. Aún cuando no se trata más que de una propuesta en ciernes, creo que una delimitación más acabada de la misma salvaría la vulneración a la presunción de inocencia que ahora plantea el delito del art. 166 Proyecto de reforma CP de 2013.

7. Más si, como parece, el legislador penal no enmienda su propuesta de introducir este delito, cabe otra alternativa no menos contundente. Así, la entrada en vigor de los delitos de *pura* sospecha como el estudiado en este trabajo, ha de llevar al juez penal —en tanto juez de garantías de un proceso penal que pretende basarse en la presunción de inocencia—, a abstenerse de aplicar semejantes preceptos y promover la correspondiente *cuestión de inconstitucionalidad* ante el TC por vulneración, ante todo, de la *presunción de inocencia* y, dada su implicación mutua, también del *principio de culpabilidad*.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Ad I. Respecto a las raíces comunes del proceso penal *continental* —o *civil*— y de *common law*, en el proceso inquisitorial de origen romano desarrollado hasta el s. XIII y sobre las ideas de sospecha, “*fama*”, “*indicia*”, pruebas circunstanciales y presunciones, así como el papel sustancial que desarrollaban en la persuasión subjetiva del juez *vid.* Shapiro, B., *Beyond all reasonable doubt and probable cause. Historical perspective on the Anglo-American Law of Evidence.* University of California Press, Ltd., Berkeley-Los Angeles-Oxford, págs. 119 y 120.

Sobre el proceso de progresiva implantación de las garantías anejas a la presunción de inocencia, *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F., “In dubio pro reo”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20/1987 (mayo-agosto), págs. 10 y ss.

La cita de VIVES ANTÓN, T. S., procede de “El proceso penal de la presunción de inocencia” en *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina-Coimbra 2004, pág. 30.

Acerca del paradigma de la “sociedad del riesgo” *vid.* la obra de BECK, U. *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad* (trad. Navarro/Jiménez/Borrás), 1ªed. Barcelona, Paidós Ibérica 2001 (304 págs.) *passim*. La cita de

PORTILLA CONTRERAS, G., se halla en *El derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos)*, Madrid, Iustel 2012, págs. 21, 22 y ss.

Ad II. En la doctrina penal, constataron que la presunción de inocencia como límite al legislador, podía vulnerarse por los delitos de sospecha: MUÑAGORRI LAGUÍA, I. “La “construcción” del delito de detención ilegal con desaparición forzada. La jurisprudencia constitucional y el artículo 483 del Código penal” *Poder Judicial* nº27, 1992, págs. 120 y 134. GARCÍA PÉREZ, O. en “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP” *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLVI, fasc. II, mayo-agosto, 1993, pág. 633. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha” *Poder Judicial* nº33, 2ª época, marzo 1994, pág. 440.

La cita de ILLUMINATI, G., es a su obra *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1984, pág. 28 y ss.; págs. 31 a 76 (regla de tratamiento); págs. 96 a 162 (regla de juicio).

Sobre la presunción de inocencia como *regla de juicio vid.* VIVES ANTÓN, T.S. “Más allá de toda duda razonable”, en *Teoría y Derecho*, Junio/Diciembre 2/2007, pág. 167. Como regla para interpretar el derecho penal *vid.* GÓRRIZ ROYO, E. “La presunción de inocencia como criterio de aplicación del Derecho penal” *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudio con motivo del setenta aniversario del Prof. T.S. Vives Antón*, t.I, Valencia, Tirant lo Blanch 2009, págs. 839-877.

La idea de que los derechos del imputado pasan, en el proceso penal, a primer término se asienta en la *dimensión procedimental* de los derechos fundamentales. *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S. *La reforma del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch 1992, pág. 33. Ello supone, según el TC, que: “son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones.” Aquel entendimiento “...ha de afirmarse, de modo especialmente rotundo, en el ámbito del proceso penal.” STC 81/1998, 2 abril FJ2º (*Tól 80937*).

Vid. la cita en la que VIVES ANTÓN se refiere a la presunción de inocencia, como garantía más básica en *Fundamentos del sistema penal* (2ª ed.) Valencia, Tirant lo Blanch 2011, pág. 698. En la misma obra, se alude a la libertad como fundamento de la presunción de inocencia en cit. pág. 699. En sentido próximo PÉREZ MANZANO, M. “Absolución en caso de duda: fundamento y sentido” en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch 2009, pág. 1510 y ss.

La cita de BLACKSTONE, W., se convirtió a principios del s. XIX en máxima del *Common law* británico, vinculada a la presunción de inocencia y procede de *Commentaries on the Laws of England* (in One Volume Together with a Copious Glossary of Writers Referred To, and a Chart of Descent of English Sovereigns), published in G.B. (first ed. 1760), West Publishing Company 1897, pág. 713.

Ad II A) Sobre la inexistencia de la presunción de inocencia antes de la Constitución de 1978 *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F. en “In dubio pro reo...” cit. págs. 11 y ss.

Sobre el derecho a la presunción de inocencia ante el TS, *vide* BACIGALUPO, E., en “Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación” *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLI fascículo II (mayo-agosto) 1988 págs. 368 y ss.

Vid. la cita de VIVES ANTÓN sobre la importancia del principio de legalidad en “Principios penales y dogmática penal”, *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte General*, CGPJ, Madrid 1996, pág. 40

El art. 6.2 CEDH proclama la presunción de inocencia al establecer y también en el art. 48 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, aprobada en Niza el 7 diciembre de 2000 (DOCE 18 diciembre 2000). Sobre la delimitación del principio por el TEDH *vid.* OVEJERO PUENTE, A. M. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch 2006, págs. 256 y ss.

Respecto a los *planos* o *aspectos* que integrarían el llamado contenido material de la presunción de inocencia *vid.* COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed. 1999, págs. 96 y 97. ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2011, págs. 149 a 162.

Sobre el ámbito *extrapenal* de la presunción de inocencia, *vid.* PÉREZ MANZANO, “Absolución...” cit. pág. 1503. Sobre la problemática de los “juicios paralelos” que emite la opinión pública al margen del juicio penal. *Vid.* VALL-DECABRES ORTIZ, I. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 288 y ss. OVEJERO PUENTE, A.M. *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, Madrid, La Ley 2012, *passim*. Sobre la presunción de inocencia como criterio de aplicación del derecho penal *vid.* GÓRRIZ ROYO “La presunción...” cit. pág. 859. En sentido próximo PÉREZ MANZANO “Absolución...” cit. pág. 1521.

Sobre las dificultades para deslindar, el sentido estricto de la presunción de inocencia, del más amplio *vide* VIVES ANTÓN *vid.* “El proceso penal...” cit. pág. 32. También *vid.* PÉREZ MANZANO en “Absolución...” cit. pág. 1504. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG...* cit. pág. 99

En relación con la *implicación mutua* que mantienen la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, *vid.* GARCÍA PÉREZ, “Delitos de sospecha...” cit. págs. 650 a 651. La cita de VIVES ANTÓN, se recoge —entre otros— en el capítulo “Principio de Culpabilidad” actualizado para su obra *Fundamentos del sistema penal*, (2ª ed.) Valencia 2011, pág. 868; *vid.* pág. 867 respecto a la posibilidad de afirmar la culpabilidad a la que alude el art. 24.2 CE, en *sentido material*. Sobre el mismo principio *vid.* COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN., *Derecho penal. Parte general*, cit. págs. 536 a 557

La cita de TOMÁS Y VALIENTE sobre la certeza de la inocencia pertenece a “In dubio pro reo...” cit. págs. 25 y 26 Respecto a cómo opera la presunción de inocencia en el jurisdicción ordinaria *vid.* VIVES ANTÓN, “La presunción de inocencia en la Ley del Jurado...” cit. pág. 427

Sobre la idea de que la presunción de inocencia comporta el acceso a un proceso contradictorio *vid.* CAAMAÑO, F., *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 191.

Ad III B) La cita al grupo de autores que afirma la eficacia pre-procesal de la presunción de inocencia, es a las siguientes obras: DE VICENTE MARTÍNEZ, “Culpabilidad...” cit. pág. 449. GARCÍA PÉREZ, “Delitos de sospecha” cit. págs. 634 y 635. VIVES ANTÓN, “Más allá de toda duda razonable”, cit. págs. 167-168. Sobre la vertiente pre-procesal de la presunción de inocencia, desde una perspectiva política *vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel 2005, pág. 120.

Ad. III A) La cita de MANZINI, V., se refiere a su *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol.I, 5ª ed. (aggiornata dai Nuvolone/Pisapia) 1981, Torino, UTET, pág. 693-694. La referencia a DELITALA, G., es, en concreto, a su obra *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, CEDAM 1930, pág. 141.

Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte especial del Derecho penal III*, 2ª ed., (puesta al día por García Valdés), Madrid, 1978, pág. 417. SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Bosch 1990, págs. 619-620.

Para una exposición de los delitos que, antes del Código penal de 1995, eran clasificados de sospecha y de habitualidad. *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, “Culpabilidad...” cit. pág. 452 y ss.

El estudio de GÓMEZ RIVERO, M.C., se encuentra en “Presunciones y derecho penal” en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Tirant lo Blanch, 2009, págs. 765 a 789. La reflexión de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., se halla en *Valoraciones sobre la presunción de inocencia*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2012, págs. 85 y 86.

Respecto a la regulación en derecho privado de las *presunciones*, téngase presente que, tras la Ley 1/2000, 7 enero, de enjuiciamiento civil, se opta por darles un tratamiento *dentro* del ordenamiento procesal, derogándose los artículos que antes las regulaban en el Código Civil. *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, en AAVV, *El proceso civil III*, Tirant, 2001 (*Tol 63406*). La cita de FERNÁNDEZ LÓPEZ, procede de *Prueba...* cit. págs. 41 y 42. Sobre la caracterización de las presunciones *vid.* GASCÓN ABELLÁN, M., en *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 138 y ss.; 146 y ss.

Sobre las presunciones en las que se basan los delitos de sospecha y la “*ratio*” de los mismos *vid.* GARCÍA PÉREZ en “Delitos de sospecha” cit. pág. 631. FALCÓN CARO, M.C. “El delito de detención ilegal con “desaparición forzada” en *Cuadernos de política criminal*, nº 67, 1999, pág. 133.

En sentido crítico frente a los delitos de sospecha por vulnerar el principio de culpabilidad, *vide* DE VICENTE MARTÍNEZ, “Culpabilidad...” cit. pág. 451. *Vid.* las clásicas críticas a aquéllos delitos en GARCÍA PÉREZ, “Delitos de sospecha...” cit. pág. 633. Sobre la previsión en el delito del art. 483 de una criticable condición objetiva de punibilidad “*impropia*”, *vid.* MARTINEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, Edersa, 1989, pág. 160.

Sobre la propuesta de GÓMEZ RIVERO *vid.* “Presunciones y derecho penal” cit. pág. 766, 767-781. *Vid.* el estudio de PASTOR MUÑOZ, N. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier 2005, págs. 16-19 y págs. 77-78.

Ad III B) Sobre el contenido y plasmación positiva del *principio del hecho* *vid.* COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit. pág. 343 y 344. Sobre el inicio de la racionalidad jurídica basada en los “hechos” *vid.* GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...* cit. págs. 12 y 13. La cita de FERRAJOLI se encuentra en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª ed., Madrid, Trotta 2009, pág. 34. La de VIVES ANTÓN, en “Más allá de toda duda razonable...” cit. págs. 174 y 175.

Ad IV Como precedentes del artículo 483 ACP también se apuntan algunos preceptos del Código penal de 1822. *Vid.* MUÑAGORRI LAGUÍA, “La “construcción” cit. pág. 112. Asimismo *vid.* la referencia de LANDROVE, G., al art. 667 del Código penal de 1922 en *Detenciones ilegales y secuestros*, Valencia, Tirant lo Blanch 1999 pág. 167, nota nº 2.

Ad IV A) Sobre la figura de los desaparecidos y su caracterización *vide* VVAA (coord. AMBOS, K.) *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis 2009, *passim*. ABELLÁN HONRUBIA, V.,

“Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado” en *Estudios jurídicos en honor del prof. Octavio Pérez-Victoria*, t. I, Barcelona, Bosch 1983, págs. 7 y ss. MARTÍN PALLÍN, J.A., “Desaparición forzada de personas: de la sospecha al reproche penal” *Actualidad penal*, nº19, semana 8-14 mayo 1989, págs. 357 y ss.

Sobre la crítica al art. 483 ACP por vulnerar la presunción de inocencia, *vid.* MARTINEZ PÉREZ, C., en Op. ult. cit. Respecto a la doctrina que consideraba el delito del art. 483 ACP, inconstitucional *vid.* MAQUEDA ABREU, M., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, 1988, pág. 77; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ªed., Madrid, Dykison 1995, pág. 314. Lo consideraba derogado GARCÍA PÉREZ, en “Delitos de sospecha” cit. pág. 656, nota nº 93; desarrolla su crítica en págs. 633 y 634.

En la actual doctrina española, consideran que el art. 166 CP ya no alberga un delito de sospecha GÓMEZ RIVERO, M.C., “Presunciones...” cit. pág. 781. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Op. y loc. ult. cit. No obstante, en sentido crítico FALCÓN CARO, “El delito de detención ilegal con “desaparición forzada””, cit. pág. 131. BELESTÁ SEGURA, L., “¿Qué queda del principio de culpabilidad en la Código penal de 1995? Examen del art. 5” *Actualidad penal* nº31, 27 agosto-2 septiembre 2001, pág. 735.

Sobre el proceso de interpretación del art. 483 ACP, en los años ochenta, *vid.* LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales*, cit. pág. 171. Para una crítica al requisito de “no dar razón del paradero de la persona detenida”. *vid.* GARCÍA PÉREZ, “Delitos de sospecha...” cit. pág. 663.

Ad. IV B.1. La versión del de 2012 a que se alude en este estudio es la publicada por el Ministerio de Justicia, el 11 de octubre de 2012. Posteriormente, en mayo de 2013, apareció otra versión de dicho texto que previó más cambios en el art. 166, también tenidos en cuenta en este trabajo. Ante todo porque dichos cambios fueron incorporados al *Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP*, aprobado en Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013 y publicado en el BOCG, 4 octubre de 2013, serie A, Núm. 66-1, pág. 1. Ésta es, por su actualidad, la reforma con la que se ha trabajado en este estudio. La cita de MARTINEZ PÉREZ, C., se halla en *Las condiciones...*Op. cit. pág. 161.

Ad. IV B.2. Respecto a la *crítica doctrinal* al art. 166 del Anteproyecto de 2012, *vide* GÓMEZ INIESTA, D. (págs. 549 a 551) y GÓRRIZ ROYO, E. (págs. 553 a 558) en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (ALVAREZ GARCIA; DOPICO GÓMEZ-ALLER) Valencia, Tirant lo Blanch 2013.

Ad. IV C. La cita de Cobo del Rosal/Vives Antón, procede de *Derecho penal. Parte general*, 1999, cit. pág. 97. La cita de QUINTERO OLIVARES, G., se encuentra en *Comentarios al Código penal español* (dir. QUINTERO/coord. MORALES PRATS) tomo I, 6ª ed., Aranzadi 2011, Pamplona, pág. 1029.

Ad. V. *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 1997, pág. 208 y ss. Respecto al art. 579.3 CP *vid.* CUERDA ARNAU, M.L. “El premio por el abandono de la organización y la colación con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna” *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV 2005, págs. 23 y ss. *Vid.* FARALDO CABANA, P. *Las causas del levantamiento de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch 2000, pág. 287 y ss. *Vid.* DIEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad de las leyes penales: teoría y práctica*, Madrid, Trotta 2003, *passim*.