

Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP (*)

OCTAVIO GARCÍA PÉREZ

Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

SUMARIO: I. Introducción.—II. Los delitos de sospecha: estructura y objeciones constitucionales.—III. El artículo 483 desde la perspectiva doctrinal.—IV. La jurisprudencia ordinaria y constitucional sobre el art. 483.—V. Análisis del art. 485.

I. INTRODUCCIÓN

En la primera parte de este trabajo me voy a ocupar del análisis de la estructura de los delitos de sospecha así como de la incompatibilidad de éstos con la Constitución; en especial, se tratará de mostrar su inconstitucionalidad por ser siempre contrarios a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad y en bastantes casos también al derecho a no declarar contra sí mismo. Dado que el principio de culpabilidad no se recoge expresamente en la Constitución, se propone una fundamentación constitucional de éste a partir del derecho a la presunción de inocencia.

En la segunda parte se realizará un estudio de los tipos penales de los artículos 483 y 485 del Código penal. Hasta fecha reciente estos preceptos habían sido objeto de las críticas más acerbas por parte de la doctrina ya que se les consideraba delitos de mera sospecha. No obstante, y sobre todo a raíz del llamado «caso el Nani», un sector de la doctrina ha procedido a realizar una reinterpretación del art. 483, intentando justificar su elevada pena y eludir el calificativo de delito de mera sospecha.

(*) Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación PS 89-0142 sobre los delitos contra la libertad y seguridad financiado por la DGICYT. El artículo se concluyó en septiembre de 1992 por lo que sólo se contempla la bibliografía aparecida hasta ese momento.

No queda claro, sin embargo, si estas argumentaciones son trasladables al art. 485 CP, para cuya interpretación ha sido usual remitirse a lo dicho para el art. 483 CP (1).

En principio voy a partir de la hipótesis de que el art. 485 CP presenta una estructura idéntica a la del art. 483 CP y que, por ende, le resultan trasladables las consideraciones que se hagan en relación a éste. Al final dedicaré un apartado para verificar si la hipótesis de la que se partió es correcta o si, por el contrario, se demuestra falsa.

El análisis doctrinal del art. 483 va acompañado de un apartado especial dedicado a recoger la escasa jurisprudencia existente sobre el mismo, prestando especial atención a las resoluciones que se sucedieron con motivo del caso «el Nani».

II. LOS DELITOS DE SOSPECHA: ESTRUCTURA Y OBJECIONES CONSTITUCIONALES.

El Código penal contiene una serie de preceptos que se suelen calificar de delitos de sospecha (2). La singularidad de éstos reside en que la existencia de ciertos elementos del tipo se infiere (presume) a partir de la concurrencia de otro u otros (3). En algunos casos, el precepto se cumple una vez probados los elementos que sirven de base a la presunción aunque deja abierta la posibilidad de refutar ésta por la actividad probatoria del acusado (4). En otros casos, los preceptos ni siquiera parecen admitir esta posibilidad (5). En todo caso, es necesario poner de

(1) Con la excepción de BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal*. PE. 2.^a ed. Ariel, Barcelona 1991, pág. 159, quien ahora en la 2.^a edición de esta obra señala expresamente que las consideraciones sobre el art. 483 son válidas también para el art. 485.

(2) Así, por ejemplo, los artículos 483, 485, 216, 220, 257, 227, 315 CP. Piénsese también en las figuras ya derogadas que se contenían en los artículos 319.3, 408, 442, así como el párrafo segundo del art. 1 y el párrafo tercero del art. 502 que se eliminaron en la Reforma de 1983.

(3) Cfr. FRISTER, H.: *Schuldprinzip, Verbot der Vedachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*. Duncker & Humblot, Berlin 1988, p. 69.

(4) Así, por ejemplo, el art. 315 castiga la mera posesión de las materias o instrumentos mencionados en el art. 314 para la realización de falsificaciones. Pero el precepto no exige la prueba del elemento subjetivo, éste se presume a partir de la mera posesión. Esta presunción es relativa, pudiéndose refutar.

(5) Así, por ejemplo, el art. 216 establece: «Cuando la rebelión no hubiere llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán por tales los que de hecho dirigieren a los demás, o llevaren la voz por ellos, o firmaren los recibos u otros escritos expedidos a su nombre, o ejercieren otros actos semejantes de dirección o representación». En este caso, el precepto parece no admitir prueba en contrario. Si los jefes no se conocen, se tendrá por jefe a todo el que haya realizado alguna de las acciones mencionadas.

manifiesto que las presunciones formuladas por estos preceptos no son tales en sentido técnico. Las presunciones son «preceptos jurídicos que infieren la existencia de un elemento del supuesto de hecho legal de circunstancias ajenas al mismo» (6). Por contra, la base de las presunciones establecidas en estos preceptos penales está integrada por otros elementos del supuesto de hecho legal. Además, el hecho presunto no aparece siempre reflejado en la redacción del precepto.

Si nos preguntamos por la «ratio» de la formulación de estos tipos penales, la respuesta la encontramos en el plano procesal. El legislador, consciente de las dificultades probatorias que determinadas figuras delictivas presentan, opta por resolverlas a nivel legislativo. Con ello se soluciona un problema procesal a través del Derecho material (7).

Cuestión distinta es cómo se ha traducido todo esto en la redacción del precepto material. Como ya se ha visto, los preceptos no siempre recogen la circunstancia presunta, sino que en algunos casos contienen ciertos elementos integrantes del tipo más la omisión de una conducta que en el fondo supone una regla de prueba. Estas omisiones constituyen presupuestos de la pena; problema distinto es su significación dogmática en la estructura de estos preceptos: en el funcionamiento de éstos

(6) ROSENBERG/SCHWAB: *Zivilprozeßrecht*. 13.^a ed. C. H. Beck, München 1981, p. 679. En este sentido se manifiesta también GUTIERREZ CABIEDES, E.: «El principio *pro reo* en el Derecho y en el proceso penal» en *Estudios de Derecho procesal*. Universidad de Navarra, Pamplona 1974, pp. 496 y s.

(7) Por esta vía se establecen excepciones a los principios del proceso penal; en particular a la libre valoración de la prueba y a la carga de la misma. Así, el art. 227, a falta de jefes conocidos, tiene por tales a los que hayan realizado alguno de los actos previstos en dicho precepto. El juez es libre para apreciar si concurre alguno de los actos pero, una vez apreciada la existencia del mismo, ha de aplicar el precepto aunque existan pruebas que le lleven a la convicción contraria.

En otros casos se alteran las reglas de la carga de la prueba. En la teoría procesal se distingue entre carga de la prueba en sentido formal y en sentido material. Por la primera se fijan las circunstancias que corresponden probar a cada parte en el proceso. En el Derecho procesal penal, en principio, no se puede hablar de carga de la prueba en sentido formal, ya que ésta es propia de los procesos dispositivos. Por la segunda se fija a quién ha de perjudicar la no constancia de un presupuesto de la consecuencia jurídica. En el proceso penal perjudica siempre a la acusación. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*. 10.^a ed. Madrid 1986, pp. 278 y ss.; GIMENO SENDRA, V. en *Derecho procesal*. Tomo II. 3.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1989, p. 79. Este último con referencias a la jurisprudencia constitucional, que atribuye a la acusación la carga material de la prueba como primera garantía de la presunción de inocencia.

Los delitos de sospecha, que contienen incisos como «salvo prueba en contrario», «no diere descargo suficiente» y similares, suponen una alteración de las reglas de la carga de la prueba. Al presumir ciertos elementos salvo que se demuestre lo contrario, suponen un desplazamiento al acusado de la carga de la prueba, cargándole asimismo el fracaso de la misma. Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1984, pp. 295 y ss.

el elemento presunto no juega ningún papel. Basta que se den los restantes elementos, que sirven de base simultáneamente a la presunción, y que no se realice la conducta que destruya la presunción para que tenga entrada la pena (8). El elemento presunto se viene a sustituir por la omisión de la conducta de descargo. Ahora bien, ¿significa esto que las omisiones integran el tipo de estos preceptos? A mi juicio, los incisos «salvo prueba en contrario» o similares no se pueden integrar en el tipo por dos razones.

En primer lugar, la omisión nada tiene que ver con el injusto que estos preceptos pretenden sancionar, y que está plenamente constituido a la hora de verificar las omisiones, las cuales, por tanto, no añaden nada a éste. Cuando la omisión tiene lugar, sólo caben dos posibilidades: o el sujeto había realizado la conducta delictiva o no la había realizado; con la particularidad de que la no constancia de la segunda posibilidad basta para la aplicación de la pena (9).

En segundo lugar, la integración de la omisión en el tipo implica que no basta con la mera concurrencia objetiva de la misma, sino que es necesario que ésta sea imputable al sujeto omitente. La omisión sólo es imputable si el sujeto omite, a pesar de que podía realizar la conducta exigida por el precepto. Si se tiene en cuenta que la pena se aplica cuando el sujeto no acredita la inexistencia del elemento presunto (dolo, autoría, etc.), la inclusión de la omisión (no acreditación) en el tipo exige que el sujeto no realice esta actividad aunque puede hacerlo. Esto conduce a que la pena solo se aplique a los sujetos que, pudiendo acreditar, no lo hacen. Pero si pueden acreditar es porque el elemento presunto no existe y, además, el sujeto puede probarlo. Si pensamos, por ejemplo, en las presunciones de dolo, ello significaría que la pena sólo se aplicaría a los casos en que el sujeto podía acreditar que no existía dolo y, sin embargo, no lo hace. La inclusión de estas omisiones en el tipo conduce a aplicar estos preceptos precisamente en los casos en que no existe lo injusto que se pretende abarcar con ellos (10).

(8) Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «La presunción legal de voluntariedad» en *ADPCP* 1965, p. 39, quien afirma que «en una presunción legal relativa, por ejemplo, probado el hecho base y ausente una prueba en contrario, el juez debe deducir necesariamente la existencia del hecho presunto, aun cuando en el caso concreto le parezca muy improbable».

(9) Piénsese, por ejemplo, en la presunción de voluntariedad que se contenía en el art. 1.2 con anterioridad a la Reforma de 1983. De la realización de una acción u omisión penada por la ley se presumía la voluntariedad salvo que se demostrase lo contrario. Sólo la prueba de que la acción no *había sido* voluntaria excluía la pena. Pero en el momento de la actividad probatoria ya ha tenido lugar la acción y desde la perspectiva de la voluntariedad, o la acción se realizó voluntariamente o no. La particularidad de los delitos de sospecha es que para la aplicación de la pena basta la no constancia del elemento en cuestión.

(10) Piénsese también, por ejemplo, en el antiguo artículo 509.1. Con este precepto se pretende penar la tenencia de útiles para la comisión de robos. Sin embargo, pa-

Por tanto, estos preceptos se cumplen con la simple concurrencia objetiva de la omisión. Esto significa que la omisión solo puede ser una condición objetiva de punibilidad ya que ésta no exige que el elemento en cuestión sea imputable al sujeto. Sobre esta cuestión me ocupare más adelante con más profundidad en relación con la concreta formulación del art. 483.

En definitiva, los delitos de sospecha son el resultado de la confluencia en un precepto de dos planos: procesal y penal. El problema a tratar a continuación es el de si estos preceptos son admisibles en el ordenamiento jurídico. A esta cuestión se responde por la mayoría de la doctrina negativamente. En unos casos se afirma la incompatibilidad de estos preceptos con el principio de culpabilidad (11). En otras ocasiones, se pone de relieve que los delitos de sospecha suponen infracciones del derecho a la presunción de inocencia (12). Finalmente, otros autores indican que los delitos de sospecha constituyen infracciones tanto del principio de culpabilidad como del derecho a la presunción de inocencia (13).

En realidad, los delitos de sospecha suponen una violación del principio de culpabilidad, del derecho a la presunción de inocencia y, eventualmente, del derecho a no declarar contra sí mismo (14).

ra la sanción basta la mera tenencia y que el sujeto no acredite que los tiene para otros fines. El no dar descargo constituye el segundo presupuesto de la pena. La integración de esta omisión en el tipo conlleva que no baste la mera existencia objetiva de la omisión, sino que ésta tiene que ser imputable al sujeto. Esto exige que el sujeto omita la conducta a pesar de que estaba en la situación de realizarla, o sea, que el sujeto no dé descargo a pesar de que puede hacerlo. Ahora bien, ¿no presupone ello que el sujeto tiene los útiles para otros fines y que, además, los puede acreditar? Si ello es así, el precepto se aplica sólo en los casos en que el sujeto tiene útiles idóneos para la comisión de robos sin intención de emplearlos para éste fin y, además, puede acreditarlo.

(11) Así, por ejemplo, COBO/VIVES: *Derecho penal*. PG. 3.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1990, p. 412. Para éstos, «el principio de culpabilidad resulta infringido cuando se castiga por actos presuntos o por hechos de otro...». También el legislador ha justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 la supresión del art. 408, que también ha sido calificado de delito de sospecha, «por su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el principio mismo de culpabilidad».

(12) En este sentido, MIR PUIG, S.: *Derecho penal*. PG. 3.^a ed. PPU, Barcelona 1990, p. 161, quien señala que los artículos 483 y 485 contienen sendas presunciones «de responsabilidad del sujeto por la muerte o desaparición de la víctima», lo que supone una infracción de la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 105/88, de 8 de junio y en el Auto 419/90, de 28 de noviembre se ha ocupado de dos preceptos (509 y 483) calificados tradicionalmente de delitos de sospecha. En ambas resoluciones se analizan los preceptos únicamente desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia. Cfr. *infra* pp. 673 y s.

(13) Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L. en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. Tirant lo blanch, Valencia 1993, p. 362.

(14) La Constitución española ha optado por el reconocimiento expreso de este derecho del acusado de un delito. En Alemania, donde este derecho no esta expresamente recogido en la Ley Fundamental, un sector de la doctrina lo considera integrado en la

Este último supone el reconocimiento del derecho del acusado de un delito a permanecer inactivo, o sea, a no contribuir a la prueba de su propia culpabilidad (15). De modo especial entran en abierta contradicción con este derecho fundamental los delitos de sospecha que presumen un elemento del tipo a partir de la concurrencia de los demás salvo que el acusado realice una actividad probatoria que refute la presunción. En estos casos el ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo por el acusado lleva aparejada la pena del precepto correspondiente (16).

En segundo lugar, los delitos de sospecha violan siempre el derecho a la presunción de inocencia. Este exige que se considere al acusado de un delito inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad. En los delitos de sospecha se castiga con base en la prueba de parte de los elementos de la figura delictiva y en la presunción de la concurrencia de otros. Dado que el derecho a la presunción de inocencia ha sido recogido por la Constitución en su artículo 24.2 con rango de fundamental, los delitos de sospecha resultan inconstitucionales.

Llegados a este punto, se podría dar por terminado el problema de la admisibilidad de los delitos de sospecha en el ordenamiento jurídico español sin necesidad de abordar el principio de culpabilidad. Y ello con más razón si se tiene en cuenta que el primer problema suscitado por és-

presunción de inocencia. Así, VOGLER, T. en *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1986, pp. 152 y ss.; GURADZE, H.: *Die Europäische Menschenrechtskonvention*. Franz Vahlen, Berlin-Frankfurt 1968, p. 104. En contra, ROGALL, K.: *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*. Duncker & Humblot, Berlin 1977, pp. 109 y ss.; MEYER, K.: «Grenzen der Unschuldsvermutung» en *Festschrift für H. Tröndle*. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1989, pp. 67 nota 47 y 68.

(15) Cfr. ROGALL, K.: *op. cit.* (nota 14) p. 158. El derecho a no declarar contra sí mismo constituye un límite infranqueable a la libre apreciación de la prueba que incumbe a los Tribunales, de tal forma que cuando se hace uso de él está vetado al Tribunal entrar en su valoración. Así, ALMAGRO NOSETE, J. en *Derecho procesal*. T. II. 3.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1989, p. 300; ORTELLS RAMOS, M. en *Derecho jurisdiccional*. T. III. Librería Bosch, Barcelona 1991, p. 330. Por tanto debe rechazarse la constatación de VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *op. cit.* (nota 6), p. 93, en la nota 130 y la doctrina en ella citada, de que «la importancia que el comportamiento del imputado, sus manifestaciones o silencios, sus reticencias y actitud, puede tener en la convicción del Tribunal, hoy, no puede ser negado». En Alemania, por todos, ROGALL, K.: *op. cit.* (nota 14), pp. 247 y ss.

(16) El Tribunal Constitucional en la Sentencia 105/88, de 8 de junio, F.J. 3, ha manifestado que el art. 24.2 de la Constitución obliga a presumir «que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora, *sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte respecto de su defensa, pues la Constitución le reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo*». Subrayado añadido.

te es el de su rango normativo. Sin embargo, esta afirmación está expuesta a dos objeciones. De un lado, puede traer consigo el peligro de que se la generalice; o sea, que de ella se extraiga la conclusión de que con la presunción de inocencia se pueden resolver todos los problemas planteados desde el principio de culpabilidad (17). De otro lado, la calificación de un precepto como delito de sospecha es el resultado de la interpretación y no se debe olvidar que en ocasiones tal calificación se debe simplemente a que la interpretación de los presupuestos establecidos por el precepto no permite en absoluto justificar, por ejemplo, la pena que se impone. Sin embargo, la pena no juega papel alguno desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia ya que éste exige únicamente que se tenga por inocente al acusado hasta la prueba de todos los presupuestos del delito. Ahora bien, la pena no es presupuesto sino la consecuencia del mismo (18). Además, no es función de la presunción de inocencia determinar qué presupuestos ha de contener el delito. De ahí que el abordar los delitos de sospecha sólo desde la perspectiva de la presunción de inocencia sea insuficiente. Esto pone de relieve la necesidad de abordar el principio de culpabilidad, tanto sus relaciones con el derecho a la presunción de inocencia como la cuestión de si es posible inferir aquel de la Constitución.

El principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia están estrechamente vinculados y se implican recíprocamente, como intentaré mostrar en este apartado. Sin embargo, no son conceptos que se puedan identificar, sino que cada uno tiene su propio contenido y función. Por ello, la lesión de uno no implica necesariamente la lesión del otro sino que en este sentido caben tres posibilidades: lesión del princi-

(17) Ya la propia definición de la presunción de inocencia dada en el texto parece apuntar en este sentido. Ello se debe a que al término «culpabilidad» se le atribuyen distintos sentidos. Sobre esto, cfr. infra, nota 27. Especialmente llamativo es el recurso indiscriminado a este derecho en los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Véase también MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), p. 161, quien parece incurrir en esta generalización cuando afirma que las condiciones objetivas de punibilidad «vienen a permitir prescindir de las exigencias necesarias para la prohibición de un hecho, como la constancia efectiva de un determinada conducta lesiva, que se sustituyen por su *presunción* cuando concurre la condición objetiva de que se trate». Sin embargo, la doctrina ha vinculado siempre el uso de estas condiciones al principio de culpabilidad sin perjuicio de que en algún caso también se afecte a la presunción de inocencia aunque Mir parece vincularlas sólo a la presunción de inocencia. Cfr. sobre esto, JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch des Strafrechts*. 4.^a ed. Duncker & Humblot, Berlin 1988, pp. 502 y ss.

(18) Piénsese, por ejemplo, en el antiguo artículo 408 o en el artículo 483. En el primero se podría llegar a la conclusión de que el legislador sólo quería castigar las lesiones causadas en una riña tumultuaria cuando en el transcurso de la misma hubiera tenido lugar una muerte y se desconociera al autor de la misma. Ahora bien, los problemas surgen cuando se comprueba que la pena prevista en este precepto es notablemente superior a las penas previstas para las lesiones. Sobre el art. 483, infra pp. 665 y s.

pio de culpabilidad, lesión del derecho a la presunción de inocencia y lesión simultánea de ambos.

En primer lugar, es posible una lesión del principio de culpabilidad sin que se afecte al derecho a la presunción de inocencia, como sucede en el caso del delito cualificado por el resultado. Los delitos cualificados por el resultado, que conceptualmente deben referirse a la fórmula tipo básico doloso con un resultado ulterior más grave causado por imprudencia (19), representan un caso de violación del principio de culpabilidad (20) que admiten incluso autores que defienden su mantenimiento en los Códigos penales (21). Mas la aplicación de un tipo penal que contenga un delito cualificado por el resultado no implica una infracción del derecho a la presunción de inocencia. Esta obliga a tener al acusado por inocente hasta tanto no se haya demostrado su culpabilidad por sentencia firme, es decir, hasta la prueba de todos los presupuestos del precepto penal, pero no es ella la que determina los elementos que deben integrar el injusto culpable ni la relación entre éste y la pena. Además, en este ámbito el término culpabilidad tiene un sentido distinto, más amplio, pues se refiere a todos los presupuestos necesarios para la aplicación de la pena (22) lo que incluye, por ejemplo, circunstancias que nada tienen que ver con el principio de culpabilidad, como las condiciones objetivas de punibilidad (23). Por tanto, en un proceso penal que verse sobre un delito cualificado por el resultado, una vez demostrados los elementos de la figura delictiva, se dan todos los requisitos procesales para poder emitir un fallo de culpabilidad al haberse visto rota la presunción de inocencia. En consecuencia, procesalmente la sentencia es intachable y, a pesar de ello, desde un punto de vista penal existe una infracción del principio de culpabilidad.

En segundo lugar, se puede infringir el derecho a la presunción de inocencia sin que se lesione al mismo tiempo el principio de culpabilidad. Aquí vienen al caso toda una serie de infracciones producidas durante un proceso como, por ejemplo, la condena de un acusado con

(19) Cfr., por todos, DIEZ RIPOLLES, J. L.: «Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980» en *ADPDC* 1982, pp. 627 y ss. y 1983, pp. 101 y ss., en especial, pp. 629 y ss.

(20) Así, acertadamente, DIEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 19), pp. 101 y ss.

(21) Por todos, KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, 2.^a ed. Carl Winter, Heidelberg 1976, pp. 240 y ss.

(22) Así, SCHRÖDER, H.: «Zur Zulässigkeit gesetzlicher Beweisregeln im Strafrecht» en *NJW* 1959, p. 1904; KÖSTER, R. J.: *Die Rechtsvermutung der Unschuld*. Tesis doctoral no publicada, Bonn 1979, p. 163.

(23) Siempre que este concepto se restrinja a las denominadas propias. En tanto las condiciones objetivas impropias reflejan una parte del injusto de una conducta, su verdadera sede está en el tipo. Lo contrario llevaría precisamente a una violación del principio de culpabilidad. Sobre la distinción condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias, cfr. nota 96.

pruebas obtenidas ilegalmente o el decreto de una prisión preventiva allí donde no se dan los requisitos para ello, etc. (23 bis)

Finalmente, nos encontramos con la posibilidad de que una infracción del principio de culpabilidad represente simultáneamente una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En este punto se suele citar el caso de los delitos de sospecha, tal vez uno de los pocos casos en que esto sucede (24). Que un tipo de mera sospecha viola el derecho a la presunción de inocencia es obvio, por cuanto no exige que se demuestre la totalidad de la conducta delictiva, presumiendo, normalmente *iuris tantum*, su concurrencia con inversión de la carga de la prueba, es decir, se considera al acusado culpable en tanto no demuestre lo contrario. Pero es que además se viola el principio de culpabilidad pues, en tanto la responsabilidad penal es responsabilidad por el hecho propio, este principio exige como base una conducta real y no una mera presunción. Sólo si se ha dado realmente la conducta tiene sentido exigir respecto a ella dolo o imprudencia (25).

En definitiva, no toda violación del principio de culpabilidad determina una vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la inversa. De ahí la importancia de determinar si el principio de culpabilidad ha encontrado acogida en la Constitución y, en caso afirmativo, dado que expresamente no se menciona por ésta, de donde se puede inferir. De lo contrario, se corre el peligro de intentar solucionar los problemas referidos al principio de culpabilidad con el derecho a la presunción de inocencia, atribuyéndole un sentido y función que en absoluto le corresponden.

La fijación del contenido del principio de culpabilidad constituye un punto previo al problema de su posible rango constitucional. Los límites de este trabajo me obligan a partir de un determinado concepto de éste, sin abordar la rica problemática que conlleva. En este sentido, y sin entrar en la cuestión de si el principio de culpabilidad presupone reprochabilidad o no (26), voy a partir de que éste representa un principio

(23 bis) Cfr. *infra* p. 650.

(24) Muy problemáticos resultan los casos en los que el legislador ante el fracaso de algunos tipos penales por la dificultad de probar alguno o algunos de sus elementos en el proceso, procede a eliminarlos, reduciendo el tipo penal a su mínima expresión. Cfr. VOLK, K.: «Strafrecht und Wirtschaftskriminalität» en *JZ* 1982, pp. 90 y s. Este problema se plantea especialmente en relación al tipo subjetivo donde a veces el legislador ante la dificultad de probar el dolo, crea un tipo imprudente con una pena muy similar a la del tipo doloso. Cfr., sobre esto, HILLENKAMP, T.: «Beweisnot und materielles Recht» en *Festschrift für Rudolf Wassermann*. Luchterhand, Neuwied-Darmstadt 1985, p. 873.

(25) En este sentido, FRISTER, H.: *op. cit.* (nota 3), pp. 77 y s. así como la bibliografía por él citada en nota 42.

(26) Ello es admisible pues, con independencia de la postura que se adopte respecto a la reprochabilidad, se suelen aceptar las consecuencias del principio de culpabilidad. Cfr. FRISTER, H.: *op. cit.* (nota 3), pp. 17 y s.; ROXIN, C.: «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», trad. J. M. SILVA SÁNCHEZ, en *CPC* 30, 1986, pp. 671 y ss.

político-criminal en virtud del cual sólo cabe exigir responsabilidad jurídico-penal por el hecho propio, con intervención de dolo o culpa, dándose la imputabilidad y el conocimiento o cognoscibilidad de la antijuridicidad. Este principio determina que sólo es posible imponer pena allí donde exista culpabilidad en este sentido (27) y que en ningún caso la medida de la pena debe sobrepasar la de la culpabilidad (28). El principio de culpabilidad no implica que la pena no pueda quedar por debajo de la culpabilidad o que incluso se pueda prescindir totalmente de ella por razones preventivas (29).

La Constitución española de 1978 que ha recogido expresamente el derecho a la presunción de inocencia en su art. 24.2, no ha mencionado,

(27) El término culpabilidad se utiliza con diversas acepciones. Cfr. sobre algunas de ellas, PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma, Madrid 1990, pp. 56 y ss. En primer lugar, la culpabilidad designa un principio político-criminal con un contenido igual o semejante al formulado en el texto. En segundo, lugar, la culpabilidad designa una de las categorías dogmáticas del delito. En tercer lugar, la culpabilidad tiene también una acepción procesal. En este sentido, la culpabilidad es el conjunto de presupuestos necesarios previstos en un precepto penal para poder aplicar la pena. Aquí la culpabilidad abarca las circunstancias del tipo, la antijuridicidad, la culpabilidad como categoría dogmática así como otros presupuestos que la doctrina dominante ubica más allá de estas categorías (condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias). Cfr. SCHRÖDER, H.: *op. cit.* (nota 22), p. 1904. Esta diversidad de acepciones del término culpabilidad no siempre se tiene en cuenta. Así, BEMMANN, G.: *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*. Otto Schwartz, Göttingen 1957, pp. 52 y ss. Para este autor si se sigue a la doctrina dominante que ubica las condiciones objetivas de punibilidad más allá del injusto culpable, se llega al absurdo de que un Tribunal, una vez constatado *el injusto culpable* de un precepto que exige además la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad para la imposición de la pena, se verá obligado a declarar *no culpable* a quien ha realizado un injusto culpable si no concurre la condición objetiva. Por último me parece cuestionable que la culpabilidad en su acepción de principio político-criminal se pueda contraponer a inocencia, como hace MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 105 y ss. En mi opinión, la contraposición inocencia-culpabilidad se da en la tercera acepción citada como se pone de manifiesto en el derecho a la presunción de inocencia en virtud del cual se tendrá por inocente al acusado de un delito hasta la prueba de su culpabilidad.

(28) Cfr., por todos, JESCHECK, H. H.: *op. cit.* (nota 17), pp. 18 y s. Para algunos autores el principio de culpabilidad solo establece los presupuestos que permiten imputar una conducta a un sujeto sin afirmar nada sobre la medida de la pena en relación al hecho. Esto lo hace el principio de proporcionalidad. Así, por todos, MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 110 y ss. Sobre la relación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, sosteniendo una postura distinta a la de Mir, cfr., entre otros, ROXIN, C.: *op. cit.* (nota 26), pp. 678 y s.; KAUFMANN, Arthur. «Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz» en *Festschrift für Richard Lange*. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1976, pp. 27 y ss.

(29) Así, entre otros, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. T. I.* 3.^a ed. Tecnos, Madrid 1985, pp. 27 y s.; ROXIN, C.: *Strafrecht*. AT I. C. H. Beck, München 1992, p. 42. En contra, con más referencias bibliográficas, JESCHECK, H. H.: *op. cit.* (nota 17), pp. 20 y s.

sin embargo, el principio de culpabilidad (30). Tampoco el Tribunal Constitucional se ha pronunciado hasta ahora sobre el tema, si bien ha tenido dos oportunidades de hacerlo, rechazando en ambas ocasiones entrar en ello por no considerarlo necesario para resolver los casos que se le plantearon (31). Desde mi punto de vista, de la interpretación (32)

(30) En Alemania, a pesar del silencio de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha reconocido rango constitucional a ambos principios. La presunción de inocencia la extrae del principio del Estado de Derecho (BVerfG 74, 358 [370]). Respecto al principio de culpabilidad, aunque alguna Sentencia lo ha inferido sólo del principio del Estado de Derecho (BVerfG 20, 323 [331]), normalmente se infiere tanto del principio del Estado de Derecho como del de la dignidad de la persona (BVerfG 50, 205 [214], 80, 244 [255], entre otras). No es, en principio, baladí extraerlo de la dignidad de la persona, pues ésta se encuentra recogida en el Título I que trata de los derechos fundamentales, que son los únicos junto con los derechos contenidos en los arts. 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 por cuya lesión el ciudadano puede interponer recurso ante el Tribunal Constitucional Federal, según establece el art. 94.1.4a. No obstante, el Tribunal Constitucional Federal ha negado el carácter de derecho fundamental a la dignidad de la persona, calificándolo como principio constitutivo de la Ley Fundamental (BVerfG 45, 187 [227]), basándose en que la dignidad de la persona se recoge en el art. 1.1 de la Ley Fundamental, señalándose en el art. 1.3 que «los siguientes derechos fundamentales vinculan a la legislación, poder ejecutivo y jurisprudencia como Derecho directamente vinculante», luego la dignidad queda fuera. Esto se discute por un importante sector de la doctrina constitucional por cuanto el art. 1.1, tras reconocer el carácter inviolable de la dignidad humana, añade que «respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal», por lo que hubiera sido redundante incluir en el art. 1.3 la dignidad de la persona. Cfr. sobre este aspecto, por todos, KRAWIETZ, W.: «Gewahrt Art. 1 Abs. 1 dem Menschen ein Grundrecht auf Achtung und Schutz seiner Würde?» en *Gedächtnisschrift für K. Klein*. Franz Vahlen, München 1977, pp. 245 y ss. La interpretación del Tribunal Constitucional federal alemán de la dignidad de la persona trae consigo que la lesión del principio de culpabilidad por sí misma no sea directamente justificable si no se pone en relación con un derecho fundamental. Esto obliga a vincular la infracción del principio de culpabilidad con los derechos fundamentales afectados por la pena. Ello no plantea problemas porque, a diferencia de la Constitución española, la Ley Fundamental alemana recoge entre los derechos fundamentales la propiedad y, además, se considera que la pena, en todo caso, afecta al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad del art. 2.1. Cfr. sobre esta última cuestión, v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK: *Das Bonner Gesetz*. Vol. I. 3.^a ed. Franz Vahlen, München 1985, pp. 36 y ss.

(31) SSTC 65/86, de 22 de mayo, F. J. 3 y 19/88, de 16 de febrero, F. J. 4.

(32) Tradicionalmente se ha considerado que las Constituciones no presentaban ninguna peculiaridad frente a las leyes y, por tanto, la interpretación de aquéllas se habría de realizar con arreglo a los criterios tradicionales. Frente a esta posición, se ha puesto de manifiesto en la teoría constitucional moderna que los textos constitucionales contienen normas muy indeterminadas, que establecen el ordenamiento básico del Estado con «fórmulas lapidarias y cláusulas fundamentales» -BÖCKENFÖRDE, E. W.: «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» en *NJW* 1974, p. 1529. Cfr. también, HESSE, K.: *Gründzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. 18.^a ed. C. F. Müller, Heidelberg 1991, p. 20; LAURENZO COPELLO, P.: *El aborto no punible*. Bosch-SPICUM, Barcelona 1990, pp. 11 y ss.; BOCKENFÖRDE, E. W.: «Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik»: en *NJW* 1976, p. 2091.

de la Constitución es posible inferir el rango constitucional del principio de culpabilidad.

El modelo de Estado establecido por la Constitución juega un papel capital tanto como base de la interpretación constitucional (33) como por su carácter de auténtica norma constitucional.

El problema de la determinación del modelo de Estado configurado por la Constitución empieza por la misma fórmula empleada por el art. 1.1 al configurar a España como «Estado social y democrático de Derecho» (34). Ello se produce porque la Constitución opta por «una concepción *sintética* del Estado» (35), resultante de la confluencia de tres modelos de Estado diferentes: Estado de Derecho, Estado social y Estado democrático (36). La adopción de esta fórmula plantea problemas

Con base en esta peculiaridad se recalca la necesidad de concretar debidamente las normas constitucionales y la insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación para la realización de esta labor. Así, por ejemplo, HESSE, K.: *op. cit.* pp. 21 y ss.; LAURENZO COPELLO, P.: *op. cit.* pp. 8 y ss.; PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid 1984, pp. 249 y ss.; STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. T. I. 2.^a ed. C. H. Beck, München 1984, pp. 137 y ss.; BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Die Methoden*. *op. cit.* p. 2090. Mientras en la doctrina constitucional existe un acuerdo bastante extendido sobre este punto, los Tribunales Constitucionales son muy reacios a reconocer esta situación y, cuando se manifiestan sobre la hermenéutica constitucional, se adhieren siempre al método tradicional de interpretación. Mas no resulta difícil encontrar Sentencias de éstos en las que se llega a conclusiones no extraíbles de una interpretación con arreglo al método tradicional. Recalca este doble aspecto de la actuación del Tribunal Constitucional, RUBIO LLORENTE, F.: «Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español» en *Festschrift für Wolfgang Zeidler*. T. I. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1987, pp. 545 y ss. En relación al Tribunal Constitucional alemán, HESSE, K.: *op. cit.* p. 23.

Ante las insuficiencias del método tradicional, la doctrina constitucional se ha aplicado a la elaboración de un método de interpretación constitucional. Sin embargo, hasta el momento no se alcanzado un acuerdo en este punto, existiendo un amplio abanico de métodos. Ofrece una buena sistematización de los diversos métodos que se han propuesto, BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Die Methoden*. *Op. cit.* pp. 2090 y ss. Una de las mayores dificultades a las que se enfrentan estos métodos para la concreción de las normas constitucionales reside en cómo evitar «el peligro de la realización de la propia valoración del intérprete» -STERN, K.: *op. cit.*, p. 138.

(33) Para BÖCKENFÖRDE, el punto decisivo para fortalecer el carácter normativo de la Constitución «no reside en el perfeccionamiento y reflexión desde un punto de vista metodológico de las fases concretas de la interpretación» —*Die Methoden*. *op. cit.* (nota 31), p. 2097— sino en «la referencia de ésta a una teoría de la Constitución y/o una concepción del Estado» -*Grundrechtstheorie*. *Op. cit.* (nota 31), p. 1529.

(34) Se trata de una fórmula muy similar a la usada por la Ley Fundamental alemana en su art. 20.1.

(35) MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2.^a ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1982, p. 19.

(36) El Estado democrático «responde a la cuestión del portador y titular» del poder, es decir, «se refiere a la formación, legitimación y control de los órganos» que

porque las exigencias de cada modelo no siempre se complementan sino que a veces coliden con las de los otros.

El Estado social y democrático de Derecho se concreta ya en el Título Preliminar y el art. 10 de la Constitución en una serie de principios y valores de enorme trascendencia. Esto no sólo porque configuran la base de la interpretación constitucional sino porque «un valor o un principio constitucionales no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados, ya que...son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen auténticas normas constitucionales» (37). En este primer nivel de la fundamentación del principio de culpabilidad a nivel constitucional es necesario comprobar si del modelo de Estado concretado en una serie de principios generales cabe inferir el de culpabilidad.

La configuración del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho hay que ponerla en conexión con el art. 10.1 de la

han de ejercer el poder estatal -BÖCKENFÖRDE, E. W.: «Demokratie als Verfassungsprinzip» en *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1991, p. 365. Soberanía popular, pluralismo, y participación política, por ejemplo, pertenecen al contenido del Estado democrático.

El Estado de Derecho apunta al «contenido, alcance y procedimiento de la actividad estatal» -BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Demokratie. Op. cit.* p. 365. En esta concepción el Estado de Derecho no se reduce a un principio meramente formal sino que constituye un principio material. Cfr. MIR PUIG, S.: *Función. Op. cit.* p. 14; MAUNZ/ZIPPELIUS: *Deutsches Staatsrecht*. 28.^a ed. C. H. Beck, München 1991, p. 85; HESSE, K.: *op. cit.* (nota 32), p. 80; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1981, p. 30. Algunos de los principios del art. 9.3 pertenecen claramente al Estado de Derecho como los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica.

Finalmente, el Estado social constituye un «mandato de acción dirigido a los órganos estatales con el fin de reducir el antagonismo y desigualdad sociales en la sociedad y asegurar las condiciones indispensables para la realización de la libertad de todos» -BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Demokratie. Op. cit.* p. 375. El art. 9.2 de la Constitución respondería al contenido del Estado social.

Como se puede observar, no se han atribuido a los distintos modelos de Estado importantes principios como el de justicia, división de poderes, igualdad, libertad, etc. Ello es debido a que en muchos casos no es claro a qué modelo de Estado pertenece un principio o si no es propio de más de uno de ellos. Esta cuestión es importante allí donde se produzca un conflicto entre las exigencias de distintos modelos. En otro caso, si el principio de justicia, por ejemplo, pertenece al Estado de Derecho, al Estado social o a los dos no es de gran trascendencia. Lo realmente relevante es que la Constitución española haya recogido éste y otros principios.

(37) PÉREZ LUÑO, A. E.: *op. cit.* (nota 32), p. 292. Subrayan el carácter normativo de toda la Constitución, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La Constitución como norma jurídica» en *La Constitución española de 1978*. 2.^a ed. Civitas, Madrid 1981, p. 144; DIEZ RIPOLLES, J. L.: «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario» en *CPC* 30, 1986, p. 614. En este sentido se ha manifestado también reiteradamente el Tribunal Constitucional, cfr., entre otras, las SSTC 80/82, de 20 de diciembre, F. J. 1 y 16/82, de 28 de abril. F. J. 1.

Constitución donde se consagran como «fundamento del orden político y de la paz social», entre otros, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Se trata de conceptos básicos a la hora de determinar la relación persona-sociedad-Estado. En concreto, el Tribunal Constitucional ha calificado la dignidad de la persona como «valor jurídico fundamental» (38), destacando que su relevancia y significación «se demuestra ya en su ubicación sistemática» (39). No se trata de un concepto fácil de manejar por cuanto es indeterminado (40). Ante las dificultades que plantea este concepto, Dürig ha propuesto una definición negativa vinculada a su lesión. Para él, «la dignidad humana se afecta si la persona individual se reduce a objeto, a un puro medio, a una magnitud fungible» (41). Este concepto tiene importantísimas repercusiones en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico y, especialmente, en el Derecho penal pues, como ha formulado Vitzthum, parafraseando a Dürig, «el Derecho penal es una de las armas más enérgicas del Estado para la protección de la dignidad de la persona y, sin embargo, trae consigo simultáneamente —de forma dialéctica— una de las más graves amenazas para la dignidad de la persona» (42).

Pues bien, de todas las consecuencias que para el Derecho penal es posible extraer de esta concepción (43), me voy a centrar en las referentes al principio de culpabilidad. En este sentido, hay que plantearse si sólo un Derecho penal basado en el principio de culpabilidad es compatible con un Estado social y democrático de Derecho que tiene como fundamento la dignidad de la persona. En mi opinión la respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa por las razones que a continuación desarrollaré.

(38) STC 53/85, de 11 de abril, F. J. 3.

(39) STC 53/85, de 11 de abril, F. J. 3.

(40) No obstante, conviene recordar que estos conceptos no son absolutamente imprecisos sino que su particularidad reside en que junto a un núcleo conceptual con un contenido claro se da un halo conceptual en el que no existe seguridad de que su contenido y alcance correspondan al concepto. Así, por todos, ENGISCH, K.: *Einführung in das juristische Denken*. 8.^a ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, pp. 108 y s. Se trata de un concepto que se ha desarrollado especialmente por la doctrina administrativa para poder fijar límites a las potestades discrecionales de la Administración. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I. 5.^a ed., Civitas, Madrid 1989, pp. 455 y ss.

(41) DÜRIG, G. en MAUNZ-DÜRIG: *Grundgesetz. Kommentar*. C.H. Beck, München 1958-1991, Art. 1.1, número 28. Originalmente la recogió en su artículo «Grundsatz von der Menschenwürde» publicado en AöR 1956. Esta definición de la dignidad de la persona vinculada a su lesión ha sido acogida por el propio Tribunal Constitucional. Cfr., con abundantes referencias, GRAF VITZTHUM, W.: «Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff» en JZ 1985, pp. 203 y s.

(42) GRAF VITZTHUM, W.: *op. cit.* (nota 41), p. 204.

(43) Sobre dichas consecuencias, cfr., BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho penal*. P. G. 2.^a ed. Akal, Madrid 1990, pp. 29 y ss.; GRAF VITZTHUM, W.: *op. cit.* (nota 41), pp. 204 y s.

La dignidad de la persona es un valor del que es portador todo ser humano con independencia de sus capacidades. De ahí que también enfermos mentales y niños, por ejemplo, sean titulares de este valor. El Estado ha de observar este valor en sus actuaciones. Ello supone la obligación de respetar a la persona en lo que constituye su singularidad, o sea, en su carácter de ser racional capaz de adoptar decisiones para la realización de determinados fines. Por ello se califica a la persona como ser responsable (44). Desde esta perspectiva, el castigo de inimputables supone una grave violación de este valor. Los inimputables no son capaces de cumplir los mandatos o prohibiciones del Derecho (45). Si los inimputables no están en situación de evitar sus actos, la sanción penal termina siendo una sanción de la persona misma, de su ser así, o sea, se pena la falta de ciertas facultades. También la imposición de una pena sin dolo o imprudencia viola este valor, ya que fuera de estos casos «la persona que actúa aparece, o como mero punto de paso y enlace de relaciones causales, equiparada a factores causales ajenos a ella que actúan ciegamente, o como miembro dependiente de una *globalidad* supraordenada, como objeto de medidas que parten de ella, que aspiran a su reinserción en el todo, a su *resocialización*, y que a pesar de su forma cuidadosamente humana, la privan fundamentalmente de su ser humano autónomo, de su ser sujeto» (46).

Esta conclusión viene impuesta también por el valor superior de la justicia (art. 1.1 de la Constitución) y por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), estrechamente conectados al principio de la dignidad de la persona. En cuanto al primero, la pena ha ocupado siempre un papel importante en la realización del valor de la justicia. Tanto penalistas como filósofos del Derecho han intentado dar respuesta a la cuestión de qué penas y bajo qué presupuestos son justas. Ante las dificultades que plantea una definición positiva se opta por la vía de fijar unos límites en los que la pena se ha de mover para ser justa. Así, se afirma que la pena sólo es justa si responde a las exigencias del principio de culpabilidad (47).

(44) Cfr. GRAF VITZHUM, W.: *op. cit.* (nota 41), p. 204.

(45) A los efectos de este trabajo interesa únicamente esta constatación con independencia de si se justifica en que el inimputable no puede actuar de otra forma o en su incapacidad para motivarse por la norma.

(46) SAX, W.: «Grundsätze der Strafrechtspflege» en *Die Grundrechte*. Tomo III, Vol. 2. Duncker & Humblot, Berlin 1959, p. 937. Subrayado en el original. En este mismo sentido, MIR PUIG, S.: «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena» en *El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*. Depalma. Buenos Aires 1985, p. 369, quien señala que «solo cuando la pena se impone a alguien por algo que puede considerarse *obra suya en cuanto ser racional*, se respeta la dignidad humana». Subrayado en el original.

(47) Cfr. ENGISCH, K.: *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*. R. Piper, München 1971, pp. 174 y s.; MÜLLER-DIETZ, H.: «Integrationsprävention und Strafrecht» en

En cuanto al principio de seguridad jurídica, éste es una manifestación de la necesidad antropológica de la persona de seguridad. El principio de seguridad jurídica garantiza que la persona pueda conocer de antemano «qué deberes y derechos existen para ella y con qué consecuencias jurídicas de su conducta tiene que contar» (48). Dos elementos son esenciales para este principio: positivización y calculabilidad o previsibilidad de la actuación estatal (49). La primera se garantiza en lo relativo al Derecho penal a través del principio de legalidad de los delitos y las penas del art. 25 de la Constitución. A su vez, la calculabilidad o previsibilidad de las actuaciones estatales en el ejercicio del *ius puniendi* exige no sólo la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables (arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución) sino también el reconocimiento del principio de culpabilidad. Pues presupuesto indispensable para que un sujeto pueda prever las consecuencias de su actuación es que al menos pudiese conocer la norma. Asimismo un Derecho penal basado en la responsabilidad por el resultado determina que el sujeto no pueda prever las consecuencias jurídicas de su actuación, pues éstas se fundan en circunstancias que el sujeto ni siquiera pudo prever (50).

En definitiva, la caracterización de España como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) que tiene por fundamento la dignidad de la persona (art. 10.1) en conexión con los valores superiores de la justicia (art. 1.1) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3) determina el reconocimiento con rango constitucional del principio de culpabilidad (51).

Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck. T. II. Duncker & Humblot, Berlin 1985, p. 823; STREE, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER. 24.^a ed. C. H. Beck, München 1991, Vorbem §§ 38 ff. Rdn. 3 y ss.; HENKEL, H.: *Die «richtige» Strafe.* J. C. B. Mohr, Tübingen 1969, p. 27.

(48) HENKEL, H.: *Einführung in die Rechtsphilosophie.* C. H. Beck, München 1977, p. 438.

(49) Cfr., por ejemplo, SCHÄFER, H.: *Grundlagen des Rechts.* R. Oldenburg, München-Wien 1989, p. 70.

(50) En este sentido, MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 47), p. 369.

(51) Extraen el principio de la concepción del Estado y de la dignidad de la persona: ZUGALDIA ESPINAR, A.: «Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad», en *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca.* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1982, pp. 579 y s.; MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 107, quien lo sitúa como límite del Estado democrático, señalando que sus consecuencias se infieren de la dignidad de la persona, seguridad jurídica y de la igualdad. En mi opinión, no se puede configurar como límite exclusivo del Estado democrático con base en principios que o no son propios sólo de este modelo (dignidad o igualdad) o pertenecen al Estado de Derecho (seguridad jurídica). BACIGALUPO, E.: «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?» en *La Ley* 1982-2, pp. 940 considera posible su extracción del modelo de Estado y la dignidad aunque utiliza otra vía por razones prácticas. COBO/VIVES: *op. cit.* (nota 11), pp. 414 nota 31, también admiten que cabe extraerse de las exigencias del Estado de Derecho; MORILLAS CUEVA, L.: «La culpabilidad en la reforma del Código penal» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 1984 n.º 4, p. 95, apunta también al art. 9 de la Constitución. Esta posición

Llegados a este punto, es necesario suscitar la cuestión de si esta construcción tiene en sí misma efectos prácticos, es decir, en qué medida puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos penales por parte del Tribunal Constitucional. Pues bien, en principio no cabe utilizar el recurso de amparo por cuanto éste tiene un objeto limitado, es decir, sólo la lesión de los derechos fundamentales de la Sección primera del Capítulo II del Título primero más las del art. 14 y de la objeción de conciencia del art. 30, sin incluir las de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución. A primera vista cabría únicamente la vía del recurso de inconstitucionalidad o de la cuestión de inconstitucionalidad que no tienen impuesta esta limitación, medios que no pueden ser utilizados directamente por los ciudadanos. De ahí que Bacigalupo haya señalado que esta construcción carece de efectos prácticos y, por ello, hay que proceder a identificar los diferentes aspectos del principio de culpabilidad en algunos de los preceptos constitucionales que pueden ser utilizados como objeto de un recurso de amparo (52).

Ahora bien, no hay que olvidar que las normas penales establecen penas y medidas de seguridad. En este sentido, desde el momento que la pena o la medida prive de o restrinja un derecho fundamental, libertad o garantía de los contenidos entre los artículos 15 a 29 de la Constitución o afecte al art. 14 ó 30.2 de la Constitución en virtud de una norma penal que contenga una infracción del principio de culpabilidad, estará abierta la vía del recurso de amparo, puesto que una cosa es que para la utilización del recurso de amparo se alegue una lesión de uno de los derechos, libertades o garantías contenidos en estos preceptos y otra cosa muy distinta es la causa de esta lesión. Como muy bien ha indicado el Tribunal Constitucional, «la violación de derechos y libertades que el recurso intenta remediar puede ser originada tanto por aplicación de una ley inconstitucional o norma ilegal o inaplicable al caso como de la aplicación errónea de la norma adecuada» (53). Por tanto, dado que la norma penal que infringe el principio de culpabilidad resulta inconstitucional por violación del artículo 1.1 en relación con los artículos 10.1 y 9.2 de la Constitución en la medida en que ésta establezca una pena que afecte a alguno de los derechos, libertades o garantías de arts. 14 a 30 de la Cons-

en cuanto a la fundamentación constitucional del principio de culpabilidad es absolutamente dominante en Alemania. Cfr., entre otros, ROXIN, C.: «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe» en *JuS* 1966, p. 384; MAURACH/ZIPF: *Strafrecht*. AT. Tomo I. 7.^a ed C. F. Müller, Heidelberg 1987, p. 84; STREE, W.: *In dubio pro reo*. J. C. B. Mohr, Tübingen 1962, p. 16; SEELMANN en *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Tomo I. Luchterhand, Neuwied 1990, § 13, núm. 3. MÜLLER-DIETZ, H.: *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*. C. F. Müller, Karlsruhe 1967, pp. 36 y s. lo vincula sólo a la dignidad de la persona. Cfr. además PÉREZ MANZANO, M.: *op. cit.* (nota 27), pp. 68 y ss. con numerosas referencias bibliográficas en nota 50.

(52) BACIGALUPO, E.: *op. cit.* (nota 51), p. 940.

(53) STC 46/82, de 12 de julio, F. J. 1.

titución, se habrá producido una lesión de los mismos, en este caso por aplicación de una norma inconstitucional, que legitimará para la interposición del correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (54).

Con todo, hay que reconocer que la solución, aunque tiene importantísimas consecuencias dado que la mayoría de las penas previstas en el Código penal español afectan a alguno de los derechos, libertades o garantías comprendidos entre los art. 14 a 30 de la Constitución, no es del todo satisfactoria por cuanto existen algunas penas que afectan a derechos que quedan fuera de este ámbito (55), siendo especialmente llamativo el caso de la pena de multa (56). En definitiva, esta construcción trae consigo importantes repercusiones, pero sigue siendo limitada.

Dado que la vía que he seguido para la fundamentación del principio ha resultado sólo parcialmente exitosa, cabría plantearse la cuestión de si el principio de culpabilidad, con todas las garantías que implica, no se ha visto reflejado en alguno de los derechos, libertades o garantías de la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, como ocurre con otros principios vinculados al Estado de Derecho (57). En mi

(54) A esta misma conclusión se llega con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Este ha declarado que los derechos fundamentales incluyen todas las garantías previstas en los diversos preceptos constitucionales, de tal forma que la vulneración de éstas supone la del derecho fundamental mismo. En la Sentencia 140/86, de 11 de noviembre se planteó el Tribunal Constitucional en relación a la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, si la leyes penales que prevén penas que afectan a derechos fundamentales han de revestir carácter de orgánicas en virtud de lo previsto en el art. 81.1 de la Constitución. En el fundamento 6 de la citada Sentencia declaró el Tribunal Constitucional que no cabe hablar de un derecho fundamental al rango, pero que el derecho a la libertad y seguridad incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (arts. 17, 25.1, 53.1 y 81.1), de tal forma que la vulneración de estas garantías supone la vulneración del derecho fundamental mismo. Con arreglo a esta doctrina del Tribunal Constitucional habría que señalar que allí donde una pena, que afecte a un derecho fundamental, se imponga en virtud de un precepto que infrinja el principio de culpabilidad, la infracción de éste implica la lesión directa del derecho fundamental afectado por la pena, puesto que éste incluye también las garantías previstas en otros preceptos constitucionales.

(55) Salvo que se admita que toda pena afecta al derecho al honor. Se trata de una cuestión muy discutida en la doctrina. Cfr. VIVES ANTÓN, T. en *Derecho Penal*. P. E. 3.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1990, pp. 679 y s.; CEREZO MIR, J.: *op. cit.* (nota 29), p. 151; MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 89 y s.; COBO/VIVES: *op. cit.* (nota 11), p. 63; BACIGALUPO, E.: *op. cit.* (nota 43), p. 42; CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal*. Edersa, Madrid 1982, pp. 112 y ss.; MADRID CONESA, F.: *La legalidad del delito*. Valencia 1983, pp. 53 y s.; BOIX REIG, J.: «El principio de legalidad en la Constitución» en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*. Universidad de Deusto, Bilbao 1983, pp. 62 y 66 y s.

(56) Sólo el arresto sustitutorio por impago de la multa podría permitir el recurso de amparo por afectar al derecho a la libertad.

(57) El Tribunal Constitucional ha declarado que «el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ám-

opinión, adelantando conclusiones, la respuesta es afirmativa por cuanto el art. 24.2 de la Constitución permite inferirlo al haber recogido la presunción de inocencia.

A primera vista, puede parecer extraño deducir un principio de Derecho penal, es decir, de Derecho sustantivo o material, de un precepto constitucional netamente procesal. Mas conviene tener presente que Derecho penal y Derecho procesal penal no sólo forman parte de un mismo tronco, el Derecho público, sino que además el Derecho procesal penal tiene por objeto la realización del Derecho penal, lo que obliga a estas dos ramas del Derecho a «adoptar la misma posición básica sobre el punto de partida» (58). La interrelación mutua que existe entre ambos sectores jurídicos se manifiesta en multitud de aspectos. Así, por ejemplo, un Derecho penal por el hecho exige un modelo de proceso penal distinto al que exigiría un Derecho penal de autor (59) o un Derecho penal basado en la prevención especial exigiría un proceso penal que posibilitase la investigación de la personalidad del autor (60). Esta interrelación se manifiesta asimismo en sentido contrario, hablándose del efecto troquelador del Derecho procesal penal sobre el Derecho penal (61).

Es este el marco que nos permite establecer la relación existente entre alguno de los derechos reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución, especialmente la presunción de inocencia, y el principio de culpabilidad, hasta el punto de que quepa sostener que el art. 24.2 ha reconocido también rango constitucional a éste último. Para ello es necesario analizar previamente el contenido de la presunción de inocencia así como la fundamentación constitucional de este derecho fundamental.

La Constitución española se ha limitado a recoger en el art. 24.2 la presunción de inocencia sin ofrecer una definición de la misma. Dado que la Constitución obliga en virtud del art. 10.2 a interpretar los dere-

bito del Derecho estatal sancionador», se refiere, en concreto, al imperio de la ley, derecho a la seguridad, prohibición de arbitrariedad y derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales. STC 133/87, de 21 de julio, F. J. 4.

(58) PETERS, K.: *Strafprozeß*. 4.^a ed. C.F. Müller, Heidelberg 1985, p. 9. En esta misma línea, MÜLLER-DIETZ, H.: «Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß» en *ZStW* 93, 1981, p. 1189, escribe: «se ha impuesto ahora el reconocimiento de que existe una dependencia, una relación recíproca, entre ambas materias jurídicas que hace necesaria una sintonización en su contenido»; RIEß, P.: «Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts» en *Festschrift für Karl Schäfer*. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1980, p. 171, quien ha manifestado que «...el Derecho procesal tiene que ofrecer un modelo de proceso que responda a la orientación básica del Derecho penal»; RUDOLPHI, H. J.: «Strafprozeß im Umbruch» en *ZRP* 1976, p. 165; QUINTERO OLIVARES, G.: *Introducción al Derecho Penal*. Barcanova, Barcelona 1981, pp. 37 y s.

(59) PETERS, K.: *op. cit.* (nota 58), p. 9.

(60) ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht*. 22.^a ed. C.H. Beck, München 1991, p. 6.

(61) Cfr. PETERS, K.: *op. cit.* (nota 58), pp. 11 y s.; SCHÄFER, K. en LÖWE-ROSENBERG: *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*. Tomo I. 24.^a ed. Walter de Gruyter. Berlin-New York 1988, p. 119.

chos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales ratificados por España, es posible partir de la definición de la presunción de inocencia contenida en el art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se establece que «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa» (62). Este derecho fundamental, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (63), opera en diversos ámbitos. Como derecho subjetivo opera desde luego extraprocesalmente pero, sobre todo, en el ámbito procesal. En este último, cumple una doble función. De un lado, actúa durante el proceso como límite en relación a las medidas cautelares, impidiendo que éstas vayan más allá de lo estrictamente necesario y prohibiendo que éstas puedan significar una anticipación de la pena (64). De otro lado, juega un importantísimo papel en la sentencia. Esta sólo puede ser condenatoria allí donde se ha realizado una mínima actividad probatoria, practicada con todas las garantías, y de la que pueda deducirse la culpabilidad del acusado (65).

(62) Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 10 de febrero de 1948. Este derecho se encuentra también recogido en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977, y en el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. En estos textos la definición es menos completa que la contenida en la Declaración Universal. Así, el art. 14.2 del Pacto establece que «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley». En términos similares se la define por el art. 6.2 del Convenio si bien el término delito se sustituye por el de infracción.

(63) STC 109/86, de 24 de septiembre, F. J. 1.

(64) Muy difícil resulta la compatibilización de la presunción de inocencia y prisión preventiva. Cfr. MESTRE DELGADO, E. «Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia» en *ADPCP* 1985, pp. 740 y ss.

(65) Así, STC 98/90, de 24 de mayo, F. J. 2. Hay que resaltar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia es tan copiosa como vacilante. Esto se manifiesta en tres importantes cuestiones. En primer lugar, en lo que se refiere a la relación presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, la STC 31/81, de 28 de julio, identificó ambos conceptos mientras que en la STC 44/89, de 20 de febrero, se procede a considerar a ambos como manifestaciones del principio genérico del *favor rei*, residiendo la diferencia en que mientras la presunción de inocencia requiere un mínimo de prueba practicada con todas las garantías y tiene un carácter objetivo, el *in dubio pro reo* pertenece al momento de la valoración de la prueba y presenta un carácter subjetivo. Esta concepción había sido ya formulada por VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *op. cit.* (nota 7), p. 292. En mi opinión, el principio *in dubio pro reo* no pertenece al momento de la valoración de la prueba porque, como ha puesto de manifiesto FRISCH, W.: «Zum Wesen des Grundsatzes *in dubio pro reo*» en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*.

La presunción de inocencia se considera una exigencia de un Estado social y democrático de Derecho basado en el respeto a la dignidad de la persona (66) y que garantiza los principios de igualdad (67) y de seguridad jurídica (68).

Aclarado lo anterior, podemos ya abordar la relación existente entre el principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia

Festschrift für Heinrich Henkel. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1974, p. 275, este principio «no regula la prueba como tal, no dice qué conclusiones tiene que sacar el juez de los medios de prueba, sino que interviene sólo cuando la práctica de la prueba, pese al agotamiento de todos los medios de prueba, ha fracasado. En esta situación nada más se prueba, ninguna prueba más se valora». Lo más acertado es considerarlo como una manifestación de la presunción de inocencia pues interviene allí donde existen dudas sobre la culpabilidad del acusado tras la valoración de la prueba y en este caso no se ha destruido la presunción de inocencia. En segundo lugar, ya en la Sentencia 31/81, de 28 de julio con voto particular del Magistrado Escudero del Corral se suscitó la cuestión de si entrar a analizar si la prueba es de cargo supone una violación del art. 44.1 b de la LOTC que prohíbe al Tribunal Constitucional entrar a conocer los hechos del proceso en el que se haya lesionado el derecho fundamental; el Tribunal Constitucional parece inclinarse por analizar si la prueba es de cargo. Cfr., los comentarios sobre la Sentencia arriba citada contenidos en: MAQUEDA ABREU, M. L.: «Los problemas constitucionales de la prueba» en *RFDUC* 65, 1982, pp. 213 y ss.; BACIGALUPO, E.: «Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación» en *ADPCP* 1988, pp. 365 y ss.; CÓRDOBA RODA, J.: «El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba» en *RJC* n.º 4, 1982, pp. 21 y ss.; VÁZQUEZ SOTELLO, J. L.: *op. cit.* (nota 6), pp. 311 y ss. Una buena síntesis de la jurisprudencia constitucional en torno al alcance del control de la presunción de inocencia en ORTELLS RAMOS, M.: *op. cit.* (nota 15), pp. 338 y s. Finalmente, tampoco es clara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo referente a los actos que han de reputarse como prueba. Mientras en la Sentencia 150/89, de 25 de septiembre, se establece que únicamente pueden reputarse como pruebas los actos de prueba practicados en el juicio oral con la excepción de la prueba sumarial anticipada y preconstituida realizada con todas las garantías y que sea de muy difícil o imposible reproducción en el juicio oral, la Sentencia 98/90, de 24 de mayo, también admite como pruebas las diligencias sumariales y policiales.

(66) Cfr., SAX, W.: *op. cit.* (nota 46), pp. 971 y 987; KÖSTER, R. J.: *op. cit.* (nota 22), pp. 140 y ss.; GROPP, W.: «Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung» en *JZ* 1991, pp. 804 y s. con más referencias bibliográficas en notas 16 y s.

(67) La presunción de inocencia prohíbe tratar por igual al acusado que al ya condenado y, además, el tratamiento desigual arbitrario del simplemente sospechoso frente al ciudadano normal. Cfr. GROPP, W.: *op. cit.* (nota 66), pp. 806 y ss.; KRAUß, D.: «Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren» en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, pp. 165 y ss.

(68) Este exige, para que el ciudadano pueda programar sus conductas sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionatorio del Estado, no sólo que sus presupuestos se hayan regulado y que no se apliquen retroactivamente las disposiciones desfavorables, sino también que se garantice al ciudadano que sólo será sancionado donde efectivamente se den los presupuestos de la sanción. Cfr. KÖSTER, R. J.: *op. cit.* (nota 22), pp. 158 y ss.

con más fundamento. De lo hasta ahora dicho se desprende que, mientras el principio de culpabilidad establece los presupuestos materiales básicos para poder exigir responsabilidad penal, el derecho a la presunción de inocencia va a garantizar en el ámbito procesal que las penas y medidas de seguridad sólo se apliquen allí donde se han demostrado todos sus presupuestos. Es cierto que éstos van más allá de los exigidos por el principio de culpabilidad; pero es innegable que su núcleo está constituido por los de este principio. Ello ha llevado a la doctrina alemana a señalar que la presunción de inocencia es el reverso procesal del principio material de culpabilidad (69) y que constituye la consecuencia lógica de un Derecho penal basado en el principio de culpabilidad (70). En este sentido ha recalcado Sax que «el principio de culpabilidad no sería otra cosa que una declaración vacía si no se garantizara procesalmente la posibilidad de la investigación de la verdad al alcance del hombre» (71).

Ahora bien, de estas afirmaciones cabría concluir que el reconocimiento del principio presupone el del derecho a la presunción de inocencia pero no a la inversa. Sin embargo, en mi opinión, el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad se implican mutuamente: la garantía que el derecho a la presunción de inocencia representa para el acusado quedaría reducida a una mera garantía formal en la medida en que el proceso penal tuviera por objeto la realización de un Derecho penal sustraído a los requisitos del principio de culpabilidad. Este derecho supondría una fórmula vacía de contenido, un mero ritual, si de los presupuestos de la pena se eliminan las consecuencias del principio de culpabilidad. Desde otro punto de vista, si la presunción de inocencia exige considerar al acusado *de un delito* inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, o sea, la prueba va referida al delito, la cuestión a plantearse es si en la tradición del Derecho continental es posible conceptualmente hablar de delito sin los presupuestos del principio de culpabilidad (hecho, dolo o culpa, imputabilidad, conocimiento o cognoscibilidad de la antijuricidad). Estos constituyen el núcleo del con-

(69) Así, por ejemplo, STREE, W.: *op. cit.* (nota 51), p. 16; OETKER: «Durchbrechungen des Schuldprinzips» en *GS* 100, 1931, p. 37; CRAMER, P.: *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*. C. J. B. Mohr, Tübingen 1962, pp. 57 y s. JESCHECK, H.-H.: «Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht» en *Libro-Homenaje de las Universidades del País Vasco y de la Sorbonne a Ignacio de Loyola en el V centenario de su nacimiento*. San Sebastián 1991, p. 409, quien califica la presunción de inocencia como un aspecto del principio de culpabilidad perteneciente al Derecho procesal.

(70) SAX, W.: *op. cit.* (nota 46), p. 987; KRAUB, D.: *op. cit.* (nota 67), p. 153; VOGLER, T.: «Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsvormutung (art. 6 Abs. 2 EMRK)» en *Festschrift für Theodor Kleinknecht*. C. H. Beck, München 1985, p. 436; el mismo: *op. cit.* (nota 14), p. 139; MEYER, K.: *op. cit.* (nota 14), p. 62.

(71) SAX, W.: *op. cit.* (nota 46), p. 991.

cepto y, por tanto, no sería posible hablar de prueba *de un delito* donde se prescindiera de los presupuestos del principio de culpabilidad.

De la misma forma se puede argumentar respecto del reconocimiento del principio de culpabilidad sin el del derecho a la presunción de inocencia. El principio de culpabilidad en virtud del cual no hay pena sin culpabilidad no deja de ser una simple garantía formal cuando el ordenamiento jurídico no regula la presunción de inocencia, puesto que también «sufre en el fondo una pena sin culpabilidad el que es condenado con base en una simple sospecha sin que se pruebe su culpabilidad» (72), o sea, de nada sirve que los preceptos penales respondan al principio de culpabilidad si no existe la garantía de que sólo se van a aplicar allí donde probadamente se den los requisitos de este principio.

La conclusión es que ambos se implican recíprocamente, quedando reducido el reconocimiento de uno sin el otro a una mera garantía formal.

En definitiva, como he intentado poner de manifiesto, un Estado social y democrático de Derecho que tiene por fundamento la dignidad de la persona, que acoge a la justicia entre sus valores superiores y que reconoce el principio de seguridad jurídica no puede conformarse simplemente con el reconocimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia, sino que exige además el del principio de culpabilidad. Aunque éste último ya se puede considerar constitucionalmente reconocido a partir de los arts. 1.1, 10.1 y 9.3 de la Constitución, se ha apreciado cómo el principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia no son más que dos aspectos de un mismo fenómeno: la responsabilidad penal; el primero fija sus presupuestos mínimos y el segundo se ocupa de que se verifiquen. De ello se infiere una importante conclusión: el art. 24.2 de la Constitución al recoger la presunción de inocencia ha otorgado rango constitucional también al principio de culpabilidad.

III. EL ARTÍCULO 483 DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL

El art. 483 CP se encuentra ubicado en el Capítulo I «De las detenciones ilegales» del Título II que lleva por rúbrica «De los delitos contra la libertad y seguridad». Dicho precepto reza así: «El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor». Este artículo tiene su origen en el Código penal de 1848 (73)

(72) STREE, W.: *op. cit.* (nota 51), p. 16.

(73) El art. 403.1 de dicho Código dice: «El que detuviere ilegalmente a cualquiera persona, ó sustrajere un niño menor de siete años, y no diere razón de su paradero, o acreditare haberlo dejado en libertad, será castigado con la pena de cadena perpetua».

del que luego pasaría al Código penal de 1870 (74). Se trata de un tipo agravado que ya los comentaristas del Código penal de 1870, respecto al precepto correspondiente, habían criticado por considerarlo un delito de mera sospecha (75). Esta es la interpretación que hasta hace poco tiempo ha sostenido la doctrina unánimemente sobre el art. 483 CP (76).

Sin embargo, recientemente y como ya señalé en la introducción, un sector de la doctrina ha procedido a reinterpretar este precepto para acomodarlo a las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico, y en especial al principio de culpabilidad y al derecho a la presunción de inocencia. Para ello se ha procedido a identificar un mayor contenido de injusto en el tipo agravado del art. 483, que justifique la elevada penalidad en él establecida sin tener que recurrir a la presunción de que el autor de la detención ilegal ha dado muerte a la víctima. Mas no existe coincidencia a la hora de identificar lo que represente ese mayor contenido de injusto, pues mientras unos lo ven en la duración de la detención (77), para otros lo constituye la desaparición forzada de personas (78). A continuación expondré con mayor detenimiento los argumentos en los que se basan estas interpretaciones.

Respecto a la primera línea interpretativa, Cobo/Carbonell, aun considerando el precepto que nos ocupa criticable, basándose en «el principio de conservación de las disposiciones legales» acuñado por el Tribunal Constitucional (79), piensan que el autor tiene respecto a la

(74) El art. 503 del mismo reza así: «El que detuviere ilegalmente a cualquiera persona, o sustrajere un menor de siete años, y no diere razón de su paradero, o no acreditare haberlo dejado en libertad, será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo a cadena perpetua».

(75) Así, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código Penal de 1870*. T. V Salamanca 1893, p. 633, indicaba que «castigar con la pena peculiar del asesinato una presunción, más o menos fundada, de que ese delito se ha realizado, es uno de los mayores errores que en materia penal pueden cometer los legisladores y jurisconsultos»; VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal de 1870*, 5.^a ed. T. VI Madrid 1927, p. 23, señalaba que al autor «considérale, pues, la Ley como reo de un presunto asesinato, imponiéndole una pena casi tan grave como la de éste...».

(76) Cfr., por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español*. Vol. I. Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 133; MAQUEDA ABREU, M.^a L.: *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*. Universidad de Granada, Granada 1988, p. 76.

(77) COBO/CARBONELL en *Derecho Penal*. PE. *op. cit.* (nota 55), p. 746.

(78) Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *op. cit.* (nota 1), pp. 158 y s.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El delito de detención ilegal con desaparición forzada» en *Estudios penales en memoria del Prof. A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989, pp. 361 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*. PE. 8.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1990, pp. 154 y s.

(79) Así, por ejemplo, STC 105/88, de 8 de junio F.J. 3. Este principio determina que cuando de las diversas interpretaciones de las que una disposición normativa sea susceptible una o algunas de ellas incurran en inconstitucionalidad se habrá de optar, con base en dicho principio, por el mantenimiento de dicha norma en el ordenamiento jurídi-

víctima «una especial posición análoga a la de garante, que permite hacer responder mucho más gravemente por el *simple* hecho de no devolver dicha libertad» (80), lo que para estos autores es sinónimo de una privación indefinida de libertad. En su opinión, es esto, y no la presunción de que se haya matado a la víctima, lo que determina la agravación de la pena. Con todo, admiten estos autores la desproporcionalidad de la pena aunque recuerdan que con el art. 481 CP cabe llegar ya al grado medio de la pena de reclusión menor (81).

Otro sector considera que con este precepto se sanciona una «desaparición forzada» (82). Ahora bien, al no ser coincidentes sus argumen-

co con aquel o aquellos sentidos que sean conformes a la Constitución. Es interesante hacer referencia a la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia en relación al art. 509 CP, y ello no sólo porque también este precepto ha sido tachado de delito de sospecha, sino porque presenta asimismo una estructura similar a la del art. 483 CP.

El problema al que se tuvo que enfrentar el Tribunal Constitucional era el de la interpretación del inciso «y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación». Con base en este inciso había concluido la doctrina que el art. 509 era un delito de sospecha por presumir el ánimo de utilizar los instrumentos para el robo al invertir la carga de la prueba. El TC rechazó esta interpretación por inconstitucional ya que infringe la presunción de inocencia, y estableció que el ánimo de destino integra el tipo de lo injusto y corresponde a la acusación su prueba. En esta interpretación el inciso supone una referencia a la «libertad del acusado para alegar y probar una destinación diferente». Con ello el inciso resulta superfluo. De ahí que el legislador lo haya suprimido en la Reforma de 1989.

A mi juicio, el Tribunal Constitucional hubiera debido declarar inconstitucional dicho precepto con arreglo a las premisas de las que partió al señalar que el art. 25 de la Constitución exige la descripción de las conductas delictivas, lo que implica la exclusión de aquellos tipos redactados en forma tan abierta que quede en manos de los Tribunales su aplicación o inaplicación. Esto es lo que sucede con el art. 509 CP pues, al exigir únicamente la tenencia de útiles idóneos para el robo y el elemento subjetivo del ánimo de destinarlos a la ejecución de un robo, en realidad, dado el concepto tan vago que se utiliza de «ganzúas o instrumentos» bajo el cual caben herramientas de uso generalizado (Cfr., por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*. CEURA, Madrid 1987, p. 103), la conclusión es que cualquier ciudadano ya realiza el tipo objetivo, siendo el elemento definitorio el subjetivo. Ahora bien, a los problemas de constatación de los elementos subjetivos (cfr., DIEZ RIPOLLES, J. L.: *Los elementos subjetivos del delito*. Tirant lo blanch, Valencia 1990, especialmente en pp. 48 y ss., 239 y ss. y 319 y ss.), se añade aquí la falta de circunstancias objetivas de las que se pueda inferir dicho elemento al haberse reducido el tipo objetivo a su mínima expresión. De aquí a un Derecho penal por la conducción de la vida existe apenas un paso. Para paliar estas consecuencias VIVES ANTÓN, T. en Derecho penal. PE. *op. cit.* (nota 55), p. 858, ha propuesto la interpretación restrictiva de los útiles idóneos para el robo.

(80) COBO/CARBONELL en Derecho penal. PE. *op. cit.* (nota 55), p. 746. El subrayado corresponde a los autores.

(81) *Ibidem*.

(82) Véase nota 78.

tos, se impone realizar un análisis por separado de cada uno de ellos. La interpretación de Bustos Ramírez es anterior al llamado «caso el Nani», y tiene la vista puesta en la realidad de Latinoamérica y otros puntos del mundo donde se han producido decenas de miles de casos en los que, tras la detención de una persona por las fuerzas de seguridad o por grupos paramilitares, nunca más se ha sabido de esas personas. Para este autor, el art. 483 CP protege junto a la libertad otro bien jurídico que sería el constituido por los derechos de la personalidad. Estos derechos se ven afectados en la medida en que la desaparición determina la negación de toda una serie de actos que van «desde los más simples y personales, hasta el de ser reconocida su muerte», es decir, inclusive el del reconocimiento de «su identidad de persona humana tanto en la vida como en la muerte» (83). Este ataque a los derechos de la personalidad configura un contenido de injusto muchísimo más grave que el representado por el del homicidio, ya que alcanza «al hombre en todas sus dimensiones» (84) lo que justifica, por ende, la imposición de una pena más elevada. El tipo de injusto estaría constituido por la omisión de determinadas conductas (85) a partir de la posición de garante que detentaría el autor de la detención en virtud del principio de injerencia (86).

Posteriormente Muñoz Conde, por razones político-criminales, ha adoptado una postura cercana a la mantenida por Bustos Ramírez pues, tras reconocer inicialmente que se trata de un delito de sospecha en el que se presume el asesinato de la víctima y poner de relieve los problemas que el carácter formal de este tipo penal suscita, señala que este precepto constituye la única vía para hacer frente a los casos «en los que la detención ilegal es medio para hacer *desaparecer* a la persona detenida» (87). De ahí que este autor termine concibiéndolo como un tipo agravado constituido por las conductas omisivas que establece dicho precepto allí donde no se pueda demostrar «el presumible homicidio o asesinato» (88).

Finalmente Gimbernat, partiendo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sobre el llamado «caso el Nani», propone otra vía para salvar este artículo de la consideración como delito de mera sospecha. Para este autor el art. 483 CP no contiene ninguna presunción de que el autor de la detención ilegal haya asesinado a la víctima, lo que se demuestra, en primer lugar, por la diferencia de pena entre los artículos 406 y 483 CP. Así, explica el autor que, mientras a los autores de la detención ilegal de Santiago Corella les fue impuesta en aplicación del art.

(83) BUSTOS RAMÍREZ, J.: *op. cit.* (nota 1), p. 186.

(84) *Ibidem.*

(85) Se trata de las contenidas en el inciso del art. 483 «que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad».

(86) *Ibidem.*

(87) MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.* (nota 78), p. 155. El subrayado corresponde al autor.

(88) *Ibidem.*

483 una pena de 20 años y un día, en caso de haberse recurrido al art. 406 la pena mínima aplicable hubiera sido de más de 26 años. Pero es que además, —sigue Gimbernat— el tipo también agravado de detenciones del art. 481 CP permite llegar hasta una pena de diecisiete años y cuatro meses, inferior en sólo tres años a la impuesta por el Tribunal ante un caso de detención ilegal mucho más grave que el del art. 481 CP. Por tanto, el art. 483 CP representa un caso de «detención ilegal con desaparición forzada» (89) y no de sospecha de asesinato, es decir, una detención ilegal con resultado de desaparición. En este sentido, el art. 483 no supone una infracción del principio de culpabilidad siempre que se demuestre que la desaparición se debe única y exclusivamente a la conducta de los autores de la detención ilegal, lo que no sería el caso si la víctima se dio a la fuga o, al menos, no se puede descartar (90).

Frente a este sector, la doctrina dominante sostiene que el art. 483 CP constituye un tipo de mera sospecha en el que la pena tan elevada responde al hecho de que se presume que el autor ha dado muerte a la víctima (91). Algunos autores especifican que lo que se presume es el

(89) GIMBERNAT ORDEIG, E.: *op. cit.* (nota 78), p. 362.

(90) En este sentido se manifiesta también MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Edersa. Madrid 1989, adhiriéndose a la interpretación propuesta por Gimbernat.

(91) Hay que señalar que la mayoría de los autores que a continuación se citan, se ha pronunciado sobre el art. 483 CP con anterioridad a las tres Sentencias del llamado «caso el Nani»: BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *Manual de Derecho penal. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*. 2.^a ed. Ceura, Madrid 1991, p. 25; BELLO LANDROVE, F.: «Consideraciones acerca de los delitos de raptos y detenciones ilegales agravados de sospecha» en *RGLJ* 1978, p. 177; COBO/VIVES: *op. cit.* (nota 11), p. 271; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*. PE. 13.^a ed. puesta al día por Camargo Fernández, Tomo II. Bosch, casa editorial, Barcelona 1972, p. 735; DIEZ RIPOLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 360; GÓMEZ PAVÓN, P. en *Código penal comentado*. Akal. Madrid 1990, p. 913; JASO ROLDÁN, T. en ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho Penal*. T. II. Madrid 1949, p. 314; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *Código penal*. Comares, Granada 1990, p. 484; MAQUEDA ABREU, M.^a L.: *op. cit.* (nota 76), p. 76; MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 160 y s.; MORILLAS CUEVA, L.: *op. cit.* (nota 51), p. 119; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *Derecho Penal*. PG. 2.^a ed. Castellanos, Madrid 1986, pp. 392 y s.; POLAINO NAVARRETE, M.: *El delito de detenciones ilegales*. Aranzadi, Pamplona 1982, p. 229; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *op. cit.* (nota 76), p. 133; QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. T. I, Vol. II. 2.^a ed. revisada por Gimbernat Ordeig, *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1972, p. 928; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Derecho Penal Español*. PE. 12.^a ed. revisada y puesta al día por Serrano Gómez. Dykinson, Madrid 1990, p. 314; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Presunción de inocencia no minimizada» en *La Ley* 1983, pp. 1249 y s.; el mismo: *Compendio de Derecho Penal*. PE. Trivium, Madrid 1985, p. 150; el mismo: «Posible inconstitucionalidad del art. 483 del Código Penal» en *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián 1989, p. 892; RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*. Cuadernos de Documentación n.º 13. Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid 1980,

asesinato de la víctima dado que la pena que establece el art. 483 CP es la correspondiente al asesinato (92). La conclusión que de ello se extrae es que el art. 483 CP infringe tanto el principio de culpabilidad como el derecho a la presunción de inocencia. Por ello —apostillan algunos autores— debe considerarse derogado este precepto (93). Para Gómez Pavón, al haber quedado derogado en virtud de la disposición derogatoria tercera de la Constitución, los Tribunales deben dejar de aplicarlo sin necesidad de acudir a la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 de la Constitución (94).

En relación a la significación dogmática de las omisiones contenidas en el art. 483, los autores insertos en la corriente mayoritaria se inclinan por considerarlas condiciones objetivas de punibilidad (95). En algunos casos se puntualiza, acogiendo la terminología acuñada por Jescheck (96), que se trata de condiciones objetivas de punibilidad impropias (97).

p. 40; SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho Penal Español*. PE. T. II. 5.^a ed. Madrid 1956, pág. 363; ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: «El Título V (Delitos contra la libertad) del Libro II (Delitos y sus penas) de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal» en *Documentación jurídica*. Vol. I, Gabinete de Documentación y Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid. 1983, p. 423; el mismo: *Fundamentos de Derecho Penal*. Universidad de Granada, Granada 1990, p. 208.

(92) Así, JASO ROLDÁN, T.: *op. cit.* (nota 91), p. 311; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *op. cit.* (nota 91), p. 1164; QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), p. 928; ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: El Título V. *op. cit.* (nota 91), p. 423.

(93) Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *op. cit.* (nota 76), p. 133; MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 77; GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 913.

(94) GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 913.

(95) CÓRDOBA RODA, J.: *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de R. Maurach*. T. I. Ariel, Barcelona 1962, p. 298; POLAINO NAVARRETE, M.: «La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídico penal y la política criminal» en *Criminalidad actual y Derecho penal*, Córdoba 1988, p. 35; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*. PG. 2.^a ed. anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneyte Merino. Akal, Madrid 1986, p. 262 respecto al no dar razón del paradero; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid 1990, p. 15; MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 160 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *op. cit.* (nota 91), pp. 392 y ss.

(96) JESCHECK, H. H.: *op. cit.* (nota 17), pp. 501 y ss. (1.^a ed. 1969, pp. 367 y ss.). Tras definir las condiciones objetivas de punibilidad como «circunstancias que, estando directamente vinculadas al hecho, no pertenecen ni al tipo de lo injusto ni a la culpabilidad», distingue entre condiciones propias e impropias. Mientras que las primeras son causas genuinas de restricción de la pena, las segundas son circunstancias que por su esencia representan auténticos elementos de lo injusto, pero que formalmente están configuradas como condiciones objetivas. Con ello, el legislador busca eludir los problemas prácticos que se pueden plantear si se las incluye en el tipo de lo injusto. De ahí que resulten objetables desde el punto de vista del principio de culpabilidad. No obstante, estas objeciones —según este autor— se pueden contrarrestar parcialmente con base en la idea de riesgo.

(97) En este sentido, MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 160 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *op. cit.* (nota 91), pp. 392 y s.

Bajo Fernández/Díaz-Maroto, sin dejar de reconocer que la pena permite inferir que el art. 483 es un supuesto de delito de sospecha, han apuntado un posible contenido adicional de injusto a añadir a la detención, consistente en que «el delincuente añade la dificultad, intencionalmente creada por él, de no colaborar con la Administración de Justicia no dando razón del paradero de la persona detenida, lo que servirá de importante obstáculo para eliminar las consecuencias perniciosas que el propio delito de detención ha producido a la víctima» (98). Mas, para estos autores, la pena resulta desproporcionada.

Los problemas que plantea este precepto no se agotan en lo acabado de aludir. La doctrina ha destacado su marcado carácter formalista, que puede conducir a las situaciones más aberrantes. Así, se sostiene que la redacción dada a dicho artículo permite la condena del autor que no dé razón del paradero de la víctima aunque el Tribunal tenga conocimiento del mismo (99). También se ha destacado la irreparabilidad de las consecuencias punitivas —por falta de cauces procesales idóneos— en los casos en que la víctima de la detención ilegal aparece (100), ya sea porque el autor la hubiese dejado en libertad o porque se hubiese dado a la fuga (101), ya sea porque se descubre el cuerpo sin vida de la víctima demostrándose que fue otro el autor del delito contra la vida (102).

Por lo demás, en relación a las conductas omisivas y atendiendo a una interpretación gramatical, la doctrina ha concluido que éstas se encuentran en una relación alternativa, es decir, el precepto resulta aplicable o bien por no dar razón del paradero o bien por no acreditar la puesta en libertad (103).

Desde mi punto de vista, ninguno de los intentos que se han ensayado en la doctrina para contrarrestar la opinión mayoritaria son suficientemente convincentes, por los motivos que a continuación expondré.

En la solución que proponen Cobo/Carbonell, la agravación se establece «por el *simple* hecho de no devolver dicha libertad» (104) o lo que es lo mismo, por la existencia de una privación indefinida de libertad.

(98) BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *op. cit.* (nota 91), p. 26.

(99) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *op. cit.* (nota 91), p. 27; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.¹⁴: *op. cit.* (nota 91), p. 314; BELLO LANDROVE, F.: *op. cit.* (nota 91), p. 180; GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 914; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 362.

(100) BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *ibídem*; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *op. cit.* (nota 91), p. 1164; MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.* (nota 78), p. 154; RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *ibídem*; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 362.

(101) MUÑOZ CONDE, F.: *ibídem*; QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), pp. 928 y s.

(102) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *ibídem*; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *ibídem*.

(103) Expresamente POLAINO NAVARRETE, M.: *op. cit.* (nota 91), p. 229; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Posible inconstitucionalidad...». *Op. cit.* (nota 91), p. 891.

(104) COBO/CARBONELL: *op. cit.* (nota 55), p. 746.

En la interpretación de estos autores no queda claro si el mayor contenido de injusto de este tipo agravado se debe a la no devolución de la libertad, a la privación indefinida de ésta o a ambas circunstancias simultáneamente. Creo que la no devolución de la libertad en cuanto tal no constituye un elemento específico adicional que pueda determinar una agravación, por cuanto el delito de detención ilegal es un delito permanente lo que implica que no solo la creación del estado antijurídico sino también su mantenimiento pertenecen al tipo básico (105). En relación a la privación indefinida de libertad, hay que señalar que, en principio, no existe problema para que pueda determinar la agravación de la detención desde la perspectiva del concepto de delito permanente, dado que a través de esta duración indefinida se intensifica la lesión al bien jurídico en la detención ilegal (106). No obstante, la identificación de la duración indefinida de la privación de libertad como elemento determinante del tipo agravado del art. 483 CP adolece de varias objeciones que la hacen inviable. Su utilización plantea, en primer lugar, un problema de delimitación con la figura del art. 481 CP en su segunda modalidad, es decir, la de haber durado la privación de libertad más de 15 días. En segundo lugar, el tipo penal no hace ninguna referencia a la duración de la detención, lo que llevaría, si aceptamos que es la duración indefinida de la privación de libertad la que determina la agravación, a una infracción del principio de legalidad del art. 25.1 de la Constitución. Por último, el tipo es aplicable allí donde se ha cometido una detención ilegal, por muy poco que haya durado, con tal de que el autor no dé razón del paradero o no pueda demostrar la puesta en libertad de la víctima (piénsese en el llamado «caso el Nani»).

A mi juicio tampoco resulta viable la construcción que ha realizado Bustos para salvar el art. 483 CP. De un lado, no logra identificar un bien jurídico diferenciado que permita desterrar la sospecha de que se ha dado muerte a la víctima; tras señalar que junto a la libertad se lesiona el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al proceder a la concreción de este bien jurídico, la vida o la extinción de ésta, es decir, la muerte constituyen su contenido esencial. Con ello lo único que se hace es, o bien integrar la vida como bien jurídico en otro más amplio, o bien enmascarar simplemente el bien jurídico vida bajo otro nombre para evitar la presunción de muerte. De las afirmaciones del propio Bustos se infiere que detrás de la desaparición lo que realmente existe es un ata-

(105) Por todos, WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*. 10.^a ed. Walter de Gruyter, Berlin 1967, pp. 218 y s.

(106) Señalan que la duración de la detención ilegal intensifica la lesión del bien jurídico, por ejemplo, HRUSCHKA, J.: «Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung» en *GA* 1968, p. 199; SAMSON, E. en RUDOLPHI/HORN/SAMSON: *Systematischer Kommentar*. 5.^a ed. Alfred Metzner, 1991, vor 52, núm. 26; SCHRÖDER, H.: «Die sogenannte Rückkehrpflicht bei § 142 StGB» en *NJW* 1966, p. 1002.

que a la vida (107). De otro lado, la integración de las dos omisiones del art. 483 en el tipo de lo injusto implica, como intentaré demostrar más adelante, la violación de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución (108).

Por lo que se refiere a la sugerente tesis de Gimbernat, ya se ha dicho que para este autor el art. 483 CP tipifica una detención ilegal con un resultado muy grave: una desaparición forzada. En este sentido, si este tipo penal efectivamente recoge una detención ilegal con el resultado de desaparición forzada, está claro que quien lo comete no sólo es responsable de la detención ilegal de la víctima sino también de «las circunstancias que han originado su desaparición» (109). Sin embargo, esta solución plantea algunos inconvenientes en su punto de partida, es decir, en la configuración de la desaparición como un resultado que el Derecho penal pueda sancionar y el art. 483 CP acoger en su redacción.

En primer lugar, la interpretación de Gimbernat choca con las exigencias del principio de legalidad. Para este autor la agravación se basa en la producción de un resultado de desaparición. El problema reside en que la redacción del art. 483 no exige ningún resultado (110), por lo que basar la agravación en este resultado supone la infracción del principio de legalidad que comporta, entre otras exigencias, el mandato de certeza que «impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción orde-

(107) Así, cuando afirma que la desaparición impide el reconocimiento de su muerte o cuando habla del derecho a mantener su identidad tanto en la vida como en la muerte o que aquí no sólo se afecta la vida, *op. cit.* (nota 1), pp. 158 y s. También critica este aspecto, Díez RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 363.

(108) Esta crítica es extensible también a MUÑOZ CONDE que, pese a poner de manifiesto las objeciones dogmáticas del artículo en cuestión, no obstante, adopta por razones político-criminales una posición cercana a la de BUSTOS RAMÍREZ al indicar que nada se opone a la configuración de un tipo agravado en base a estas omisiones, pues éste sería el único precepto aplicable a los casos de desaparición. No me parece que meras razones político-criminales puedan justificar la existencia de una norma penal pues, como ha señalado STREE, W.: *op. cit.* (nota 51), p. 14, «la pena no se justifica ya por el simple hecho de que esté indicada político-criminalmente».

(109) GIMBERNAT ORDEIG, E.: *op. cit.* (nota 78), p. 363. Cuando este autor señala que el art. 483 constituiría un delito de sospecha si se aplicase aunque la víctima se fugó o, al menos, no se pudiese descartar, hubiera tenido que afirmar lo mismo respecto a la puesta en libertad en relación a la cual se dice en los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia que no consta. Cfr. *infra* p. 670.

(110) En este sentido, ha señalado Díez RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364, que el resultado no viene exigido por una redacción típica que se conforma con añadir al tipo básico dos comportamientos omisivos alternativos, sin mención alguna a un resultado.

nada» (111). La interpretación de este autor también infringe el principio de legalidad en la medida en que termina configurando un tipo de injusto *comisivo* con resultado de desaparición cuando el texto del art. 483 recoge únicamente una detención ilegal con dos omisiones puras.

Pero es que, además, la desaparición no puede constituir el resultado de un tipo penal (112) por cuanto ella no representa algo material sino meramente formal. Desaparición es «acto y efecto de desaparecer» (113) y desaparecer significar ocultar, dejar fuera de la vista. La desaparición se puede predicar tanto de objetos como de personas y no significa otra cosa que la falta de conocimiento sobre su ubicación espacial por no estar donde normalmente ha estado. Cuando se afirma que alguien ha desaparecido, se está indicando que no se encuentra en el entorno social en el que habitualmente estaba (familiar, amigos, trabajo, etc.). Sin duda se trata de una situación que puede determinar efectos jurídicos. Así, el Código civil regula la institución de la ausencia, que se declara, conforme al art. 181, allí donde ha desaparecido «una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido de ella más noticias...». Ahora bien, se trata de una situación en todo momento revocable por cuanto siempre cabe la posibilidad de que el sujeto aparezca, es decir, constituye un hecho que, por definición, está revestido de provisionalidad. Pues bien, en mi opinión el Derecho penal no puede utilizar esta situación, que a lo sumo se puede calificar de verdad formal pero no material, para justificar intervenciones penales que, como en el caso del art. 483 CP, implican la pérdida de un derecho fundamental consagrado por el art. 17.1 de la Constitución. El Derecho penal sólo puede basarse en la verdad material y no formal; aspecto este último que es el que se toma como base si se configura un resultado en torno a una situación que es, en sí misma, siempre provisional.

En realidad, las dificultades que se plantean para realizar una interpretación conforme a la Constitución del art. 483 residen en que éste, en el fondo, intenta solucionar por la vía penal un problema de naturaleza procesal ligado a la función del esclarecimiento y sanción de delitos. La imperfección y las limitaciones de la Administración de Justicia originan situaciones insatisfactorias, pues en muchos casos ni siquiera llega a su conocimiento la comisión de un delito o, llegando a su conocimiento, no lo esclarece o lo hace parcialmente. Pues bien, lo que Gimbernat califica como detención ilegal con desaparición forzada no es más que un caso en el que la Administración de Justicia no logra esclarecer todas las cuestiones planteadas, en concreto, no ha podido averiguar qué ha

(111) STC 159/86, de 16 de diciembre. F.J. 4. Sobre este aspecto del principio de legalidad, cfr. también, entre otras, las Sentencias 133/87, de 21 de julio, F.J. 4 y 219/89, de 21 de diciembre, F. J. 2, 4 y 5.

(112) Así, Díez RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364.

(113) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Tomo I. 20.^a ed. Madrid 1984, p. 460.

pasado con el objeto material del delito de detención ilegal (114), algo que igual se puede plantear en relación a los objetos materiales de los delitos contra la propiedad (115).

Finalmente, me voy a ocupar de los dos argumentos que Gimbernat extrae de la comparación de las penas del art. 483 CP con las de los artículos correspondientes al asesinato y otras modalidades de detenciones ilegales. En primer lugar, no creo que sea suficiente para rechazar que el art. 483 contenga un delito de sospecha la consideración de que las penas de los artículos 483 y 406 CP no coinciden. Esta falta de concordancia es producto de la Reforma de junio de 1983, en la que la pena para el asesinato se elevó a reclusión mayor en grado máximo, dejándose igual la del tipo agravado de detención ilegal. Pero es que además no creo que resulte posible vislumbrar en este tipo una presunción de asesinato, como ha pretendido un sector doctrinal (116), acudiendo a la coincidencia de penas de los arts. 483 y 406 que existía con anterioridad a la mencionada Reforma. El sector doctrinal que así procede olvida que el art. 483 contiene también una detención ilegal que, con esta interpretación, se deja de valorar, y que además no puede explicar la diferencia de pena en relación al art. 485 CP (117). Por tanto, si se acepta que el art. 483 contiene una presunción de homicidio, el argumento de Gimbernat no sirve para refutar la tesis de que estamos en presencia de un delito de sospecha.

En segundo lugar, Gimbernat compara el marco penal del tipo agravado del art. 481 con la pena que en concreto se impuso por la Audiencia Provincial de Madrid a los encausados por el caso el Nani en aplicación

(114) Así, DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364.

(115) Esto se ha puesto de manifiesto en muchos casos de desapariciones durante algunas dictaduras latinoamericanas. En ellas se produjo la desaparición de multitud de personas que fueron detenidas por las fuerzas de seguridad o por organizaciones paramilitares. En muchos casos se ha descubierto posteriormente que estas personas desaparecidas fueron asesinadas e inhumadas en cementerios clandestinos o que, en el caso de niños pequeños, éstos fueron adoptados en secreto. Con ello se pone de relieve que con la expresión «desaparición forzada» se alude a aquellas situaciones en las que no se conoce qué ha pasado con una persona. De esta idea parece partir la Resolución 33/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre personas desaparecidas, adoptada en la 90.^a sesión plenaria de 20 de diciembre de 1978, cuando exige a los gobiernos la búsqueda y ubicación de esas personas y la garantía de la plena responsabilidad de las autoridades «por los excesos injustificables que pudiesen conducir a desapariciones forzadas o involuntarias o a otras violaciones de los derechos humanos». En definitiva, sólo tras haber sido encontrada la persona desaparecida es posible esclarecer las responsabilidades.

(116) Cfr. nota 92.

(117) Este precepto no parte de una sustracción de menores. Así, la mayor pena del art. 483 se explica por contener una detención ilegal más una presunción de homicidio mientras que el art. 485 prevé sólo la pena del homicidio porque en él no se sanciona adicionalmente una sustracción de menores. Cfr. *infra* pp. 676 y s. y nota 163.

del art. 483; mientras que con el primero se puede imponer una pena de 17 años, la Audiencia impuso una pena de 20 años en aplicación del segundo. Esta escasa diferencia, de sólo tres años, es explicable —argumenta este autor— por la mayor gravedad de la conducta prevista en el art. 483 sin necesidad de acudir a la construcción de un delito de sospecha. Sin embargo, no puede pasarse por alto que este autor compara la pena máxima a la que se puede llegar con el art. 481, con la mínima aplicable por el 483 cuando lo que procede es comparar los marcos penales en toda su extensión (118). En realidad, la diferencia mínima entre ambos tipos penales puede ser incluso inferior a los tres años, en concreto, dos años y 8 meses pero lo que no menciona este autor es que la diferencia máxima puede llegar hasta los veinte años, o si comparamos los límites mínimos de los correspondientes marcos punitivos, hasta los diez años. En este sentido, no resulta justificable la diferencia por la mera existencia de una detención ilegal con una especial cualificación basada en la omisión de dos conductas meramente *procesales*.

Por último, en relación a la interpretación propuesta por Bajo y Díaz-Maroto, hay que poner de manifiesto que la falta de colaboración del delincuente con la Administración de Justicia por no dar razón del paradero de la víctima no puede constituir el injusto adicional, ya que ello supondría la sanción del ejercicio del derecho fundamental «a no declarar contra sí mismo» del art. 24.2 de la Constitución.

En mi opinión, el art. 483 CP constituye un delito de mera sospecha, en el que se presume que el autor de la detención ilegal ha dado muerte a la víctima (presunción de homicidio) (119). Esta es la única interpretación que permite explicar tanto la estructura del precepto como la elevada penalidad.

Para comprobar este aserto, es ineludible ante todo atender al contenido específico del tipo del art. 483 (120) y, en particular, al contenido y posible significación dogmática de las dos omisiones en él previstas. Las reinterpretaciones que tratan de evitar la calificación de delito de sospecha se ven obligadas a integrar las omisiones en el tipo del 483, ya que éstas constituyen el «plus» de este tipo agravado en relación al tipo básico del art. 480. Si las omisiones pertenecen al tipo, éstas sólo son imputables a su autor cuando éste, pudiendo realizar la conducta exigida, las omite (121). Ya hemos visto en páginas anteriores cómo omisiones de esta naturaleza están incapacitadas para plasmar un mayor

(118) Así, Díez RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364.

(119) Cfr. *supra* p. 663.

(120) La redacción legal contiene únicamente una detención ilegal, que se satisface con el tipo básico del art. 480.1, más la omisión pura de las conductas en él previstas, esto es, sin que recoja resultado adicional alguno al de la detención ilegal.

(121) Del problema de si se trata de dos omisiones alternativas o cumulativas me ocuparé más adelante.

contenido de lo injusto (122). Analicemos ahora otras insuficiencias en relación con las mencionadas en el art. 483.

La primera de estas omisiones consiste en no dar razón del paradero de la víctima. Esta omisión sólo puede resultar imputable al autor de la detención que, sabiendo dónde está la víctima, no lo dice. La imputación de esta omisión plantea problemas probatorios casi insolubles. Si se tiene presente que este precepto sólo viene en aplicación cuando no existen noticias acerca de la víctima y, por tanto, tampoco se sabe dónde está, ¿cómo es posible probar que el autor de la detención conoce el paradero de la víctima? Y, en caso de que se llegase a probar, ¿cómo es posible que se demuestre que el autor conoce el paradero de la víctima sin llegar a descubrir al mismo tiempo dónde se encuentra la víctima, en cuyo caso ya no viene en aplicación la pena agravada del art. 483? Se podría pensar que ello es posible si se demuestra que la víctima de la detención ni se dio a la fuga ni fue puesta en libertad por el autor. En este caso está claro que éste sabe dónde se encuentra la víctima. Ahora bien, el probar que la víctima hasta el instante mismo de caer el autor de la detención en manos de la autoridad no fue puesta en libertad ni se dio a la fuga constituye una prueba diabólica (123) y allí donde tenga éxito traerá consigo normalmente el descubrimiento del paradero mismo de la víctima.

Mayores problemas aún plantea integrar en el tipo la segunda omisión, la no acreditación de haber dejado en libertad a la víctima. Esta omisión sólo es imputable al autor cuando éste, pudiendo *acreditar* haber puesto en libertad, no lo hace. Ahora bien, el que el autor pueda acreditar la puesta en libertad de la víctima presupone dos cosas: primera, que el autor puso efectivamente en libertad; segunda, que tiene pruebas de ello. Sólo cuando se cumplen estos dos requisitos cabe afirmar que el autor, pudiendo acreditar, no lo hace y que, por tanto, le es imputable la omisión. Con ello se llega al absurdo de que al autor se le aplicaría el art. 483 justamente cuando está fuera de duda que éste no ha incurrido en más responsabilidades que las derivadas del art. 480 o, en su caso, del tipo agravado del art. 481 (124).

(122) Cfr. pp. 633 y ss.

(123) Cfr. la Sentencia del caso el Nani.

(124) Cabría quizá pensar en que la omisión de la acreditación de haber dejado a la víctima en libertad se podría integrar en el tipo a título de imprudencia. Sin embargo, a mi juicio tampoco esto es posible. La omisión de esta conducta por imprudencia supone que el sujeto no acredita la puesta en libertad aunque hubiese podido hacerlo si hubiese observado el cuidado debido. La omisión imprudente sigue presuponiendo la puesta en libertad, pues difícilmente se hubiese podido acreditar ésta si la puesta en libertad no tuvo lugar. Por tanto, la hipótesis de la omisión imprudente sólo es imaginable en el supuesto de que se puso en libertad a la víctima sin asegurarse los medios necesarios para acreditar esto. En este caso el sujeto hubiese podido acreditar si hubiese observado el cuidado debido (asegurarse los medios necesarios). Pero en este supuesto también está

Pero no quedan aquí los problemas que plantea la integración de las omisiones en el tipo. El agravar la pena con base en el silencio del reo de detención ilegal que se niega a proporcionar la información (dar razón del paradero o acreditar haber puesto en libertad) implica sancionar penalmente el ejercicio del derecho fundamental de no declarar del art. 24.2 de la Constitución (125) y en el caso de la segunda, dado que la conducta omitida tiene contenido probatorio, se vulnera además la presunción de inocencia, porque la pena se hace depender de la no aportación de pruebas por parte del reo de la detención ilegal.

Tampoco se puede justificar la diferencia de penas entre el art. 483 y los arts. 480 y, en su caso, el 481 (126) por la simple omisión de unas conductas procesales, que irían dirigidas a sancionar la falta de colaboración de un acusado con la Administración de justicia (127).

Por estas razones creo que sólo cabe calificar estas omisiones de condiciones objetivas de punibilidad, como ha hecho un sector doctrinal (128). Este es el «disfraz» dogmático que adoptan circunstancias que en el fondo constituyen una regla procesal de inversión de la carga de la prueba. En vez de establecer un tipo agravado, en el que se describe en qué consiste el plus agravatorio, se ha elegido la vía de sustituir éste por la simple concurrencia objetiva de las omisiones, lo cual sin duda tiene sentido en la estructura de un delito de sospecha; se establece una presunción de que un sujeto ha realizado una conducta más grave, dejándole abierta la posibilidad de que demuestre lo contrario.

Estas condiciones objetivas de punibilidad suponen una infracción del principio de culpabilidad. Para comprender esto hay que tener presente que las condiciones objetivas de punibilidad —aun tratándose de circunstancias muy discutidas— suelen ser conceptuadas como circunstancias ajenas a lo injusto culpable que excluyen o atenúan la pena. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la doctrina, en muchos casos se emplean para eludir los presupuestos del principio de culpabilidad. Ante la dificultad de imputar ciertas circunstancias objetiva o subjetivamente, se las excluye del tipo y, con ello, en vez de actuar como circunstancias que restringen la pena, lo que hacen es ampliarla, o sea, permitir sancionar con pena casos que de no existir la condición objetiva no serían sancionables con pena o, al menos, no con tanta gravedad. Las condiciones objetivas de punibilidad de este precepto vulneran el principio de culpabilidad porque los elementos del tipo, que han de fundamentar la agravación, se sustituyen por estas figuras. Con ellas se vulnera asimismo la

claro que la responsabilidad penal no va más allá de la derivada del art. 480 o, en su caso, de la del 481 si concurrese alguna de sus circunstancias.

(125) Cfr. *supra* p. 636.

(126) Cfr. *supra* pp. 633 y ss. y 663.

(127) En este sentido, DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364; BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *op. cit.* (91), pp. 26 y s.

(128) Cfr. nota 95.

presunción de inocencia, puesto que a través de ellas se materializa la presunción «*iuris tantum*» de la que parte el precepto. Finalmente, al constituir estas condiciones objetivas causas de ampliación de pena basadas en la omisión de ciertas informaciones por parte del autor, ello implica sancionar con pena el ejercicio del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo del art. 24.2 de la Constitución.

Por lo que se refiere a la relación en que se encuentran las omisiones, estimo que el art. 483 CP contiene dos omisiones puras cumulativas y no alternativas como ha señalado un sector doctrinal (129). Aunque realmente una interpretación gramatical conduciría a considerar ambas omisiones como alternativas, de tal forma que cualquiera de ellas determinaría la concurrencia de los presupuestos exigidos por el art. 483, a la conclusión contraria llegamos desde una interpretación teleológica del precepto, puesto que éste exige la carencia absoluta de noticias sobre la víctima, lo que no será el caso allí donde el autor realice una de las dos acciones cuya omisión determina la aplicación de este artículo, por más que tal acción no excluya la subsistencia de la otra omisión; piénsese en el caso en el que el autor acredita haber puesto en libertad a la víctima que a continuación se ha ocultado, lo que imposibilita que el autor pueda dar razón del paradero de ella. Una interpretación distinta llevará, pues, a conclusiones totalmente absurdas que contradicen claramente la finalidad perseguida con este precepto.

En conclusión, cabe afirmar que el art. 483 es un delito de sospecha y que las reinterpretaciones propuestas para evitar esta calificación incurrir en objeciones constitucionales, técnico-jurídicas o de penalidad.

IV. LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL SOBRE EL ART. 483

Hasta ahora el Tribunal Supremo ha tenido dos ocasiones para pronunciarse sobre el art. 483 CP al resolver sendos recursos de casación contra dos Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid que habían aplicado este precepto. Sin embargo, la interpretación realizada en las dos Sentencias difiere notablemente, como a continuación expondré (130).

(129) Cfr. nota 103.

(130) El objeto del presente trabajo me impide entrar en el análisis jurisprudencial de la relación de los arts. 184 y 480. Sobre ello, cfr., PORTILLA CONTRERAS, G.: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Edersa, Madrid 1990, pp. 103 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J.: «El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público (art. 184 C.P.)» en *CPC* 20, 1983, pp. 335 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El delito de detención*. Trotta, Madrid 1992, pp. 91 y ss.

En la primera de ellas, Sentencia de 11 de marzo de 1974 (131), el Tribunal Supremo parece compartir todas las críticas doctrinales (132) en el sentido de que el art. 483 constituye un delito de sospecha en el que se presume el asesinato de la víctima de la detención, lo que representa un caso más de *versari in re illicita* que viola el principio de culpabilidad, aunque termina aplicando el precepto en virtud del «principio de legalidad y de la sumisión del Juez a la norma» (133).

En una línea muy distinta se han manifestado tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de septiembre de 1988 como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 (R. Ar. 5665) que vino a confirmar la anterior. Estas Sentencias, al dictarse en el marco de un ordenamiento jurídico distinto, ya no podían alegar el argumento formal de vigencia utilizado por la Sentencia de 1974, puesto que por encima de la legalidad ordinaria está la Constitución. Esta ha venido a constituir a España en un Estado constitucional en el que la Norma Suprema vincula a todos los poderes públicos (134). Ello significa que, de haber mantenido la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo la interpretación del art. 483 sostenida por la Sentencia de 1974, se habrían visto obligados a suspender el proceso en el momento de proceder a dictar Sentencia y plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por cuanto los delitos de sospecha violan la presunción de inocencia consagrada en la Constitución en su art. 24.2. De ahí que tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo hayan partido de una fundamentación del art. 483 que niega su carácter de delito de sospecha. Veamos, pues, qué argumentos se han utilizado para justificar que este precepto no contiene ninguna presunción.

Empezando por la argumentación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en ella se califica el art. 483 como «un delito de detención ilegal con desaparición forzada» (135), cuya justificación reside «en la alarma social que supone el no volverse a tener noticias de la víctima» (136). Nada se opone —continúa la Audiencia— a la agravación de un tipo básico allí donde concurren determinadas circunstancias que materialicen un mayor reproche penal, siendo este el caso del art. 483 debido «a la singular peligrosidad de los desaparecimientos forzados, cuya impunidad compromete además la confianza de la opinión pública en las instituciones creadas para proteger los derechos esenciales de la persona humana,...» (137). El art. 483 contiene dos modalidades de

(131) R. Ar. 1294, en ella se resuelve un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 1973.

(132) Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 76.

(133) Sexto considerando de la mencionada Sentencia.

(134) Cfr. por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *op. cit.* (nota 37), pp. 95 y ss.

(135) Décimocuarto fundamento de Derecho.

(136) *Ibidem.*

(137) *Ibidem.*

omisión que lo cualifican y que se reconducen a la no realización de una conducta, lo que no es sinónimo de pasividad sino de verificación de una conducta distinta a la debida, la puesta en libertad del detenido o su puesta a disposición judicial. Por último, para la Audiencia la acreditación de la puesta en libertad a que se refiere el precepto constituye una actividad libre del acusado.

La argumentación de esta Sentencia adolece de varias objeciones. En primer lugar, para la Audiencia la pena se justifica en la alarma social. Ahora bien, la alarma social constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos difusos, que hace alusión a un sentimiento colectivo que cabría caracterizar como una mezcla de inseguridad, intranquilidad, preocupación, etc., y que puede responder a diferentes motivos, entre los cuales se encuentra, sin duda, el delito pero también una multiplicidad de situaciones que se dan muy a menudo en nuestra sociedad (huelgas, despidos, cierre de industrias, etc.). Cuando una pena se intenta fundamentar en la alarma social, se está pensando única y exclusivamente en fines preventivos, es decir, en calmar o atenuar ese sentimiento colectivo (138). Ahora bien, que la pena pueda y deba cumplir fines preventivos, no quiere decir que pueda justificarse únicamente en ellos sino que tiene que basarse en una conducta de la que quepa hacer responsable al sujeto con arreglo a los criterios del principio de culpabilidad. En este sentido, una cosa es que el proceso y condena del sujeto que realiza una conducta delictiva contribuyan a calmar este sentimiento y otra muy distinta es que este sentimiento, por sí solo, pueda justificar la imposición de una pena. Pero es que además habría que preguntarse por qué en este caso se utiliza el fundamento de la alarma social para este precepto y no se emplea para otros delitos tan graves o más que el recogido en dicho precepto. La respuesta es que en realidad la alarma social se produce por la falta de esclarecimiento de todo lo acaecido durante la detención ilegal, lo que en cierta forma se da a entender por la Sentencia cuando se habla de la impunidad que parece ir referida a la desaparición, es decir, durante la detención se produjo algo más, desconocido, puesto que de la víctima no se ha sabido más. Pero, como señalé más arriba, esto es un problema de capacidad de la Administración de Justicia para esclarecer los hechos que no cabe solucionar por la vía de una inversión de la carga de la prueba.

En segundo lugar, la desaparición forzada se imputa a través de las dos modalidades de omisión del art. 483, que se reconducen a la omisión de poner en libertad. En mi opinión, la reconducción de las omisiones a la de poner en libertad excede el posible tenor literal del texto. En ambos

(138) En esta línea afirma la Audiencia que la impunidad de las desapariciones forzadas comprometería la confianza del ciudadano en las instituciones creadas para la protección de los derechos fundamentales. Con ello está olvidando la Audiencia que el art. 483 es un delito común y no especial ligado a funcionarios públicos.

casos se trata de la omisión de proporcionar información que se produce una vez que la víctima ya está desaparecida. Pero aun prescindiendo de ello, la cuestión es cómo es posible imputar una desaparición *forzada* por la vía de la omisión de la puesta en libertad. Si un sujeto ha detenido a otro y se prueba que no lo ha puesto en libertad, lo único que cabe afirmar es que la víctima sigue estando detenida. Si se afirma que ha habido algo más que una detención ilegal, o sea, una desaparición forzada, también tiene que haberse dado algo más que la simple omisión de no poner en libertad. Así se recalca expresamente en la Resolución 33/173 de las Naciones Unidas cuando señala que las desapariciones forzosas o involuntarias de personas se producen «a causa de excesos cometidos por autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o encargadas de la seguridad, o por organizaciones análogas, a menudo mientras esas personas están sujetas a detención o prisión, así como a causa de actos ilícitos o de violencia generalizada» (139). Pero, aun admitiendo la idoneidad de la no puesta en libertad para imputar el resultado por omisión, habría que probar que la desaparición se originó porque no se puso en libertad, entendida por la Audiencia como sinónimo de que ni la víctima fue puesta en libertad ni se dio a la fuga. Respecto a estas dos circunstancias se dice en los hechos probados que los procesados decidieron «para evitar las responsabilidades contraídas, llevarse a “El Nani”, sin contar con su voluntad y sin previo reconocimiento sanitario, de las dependencias policiales, para de este modo poder aparentar que se les había fugado, lo que efectúan los tres indicados procesados, solos o en colaboración con otra u otras personas no identificadas, trasladándole a un lugar no determinado que hasta la fecha no han querido revelar, *sin que conste en su defecto que hubiere sido puesto en libertad*, careciéndose desde entonces de toda noticia cierta y comprobada a propósito de su situación o paradero». De un lado, la Audiencia interpreta el art. 483 como un delito de detención ilegal con resultado de desaparición forzada (140) originado por la omisión de la puesta en libertad. De otro, admite abiertamente que no consta la puesta en libertad. Basta la no constancia del presupuesto legal que desencadena la agravación para aplicar el art. 483 (141). A mi juicio resulta evidente la violación de la presunción de inocencia.

(139) Resolución 33/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada en su 90.^a sesión plenaria de 20 de diciembre de 1978.

(140) La Audiencia no se detiene a explicar dónde encaja este resultado en el tenor literal del precepto.

(141) En este caso quedan patentes los problemas probatorios a los que hice referencia al analizar si era posible integrar en el tipo las dos omisiones del art. 483. En realidad, respecto a la primera y teniendo en cuenta el presupuesto fáctico de este precepto, o sea, la falta de noticias, la única vía que se me ocurre sería la prueba de que ni la víctima se fugó ni fue puesta en libertad. Se trata de dos hechos negativos que sólo se pueden probar a través de la prueba de indicios (prueba de un hecho positivo que excluya la posibilidad de existencia del negativo). La prueba de la inexistencia de la fuga la elude la

En tercer lugar, no parece compatible basar la cualificación del art. 483 en las dos omisiones previstas (no dar razón del paradero o no acreditar la puesta en libertad), integrándolas en el tipo, y, al mismo tiempo, señalar que la acreditación de la puesta en libertad constituye una actividad libre del acusado. Habría que plantearse cómo es posible afirmar que la no acreditación es una actividad libre del acusado cuando su inexistencia conlleva el cumplimiento del tipo del 483 y, por tanto, la imposición de la pena.

Finalmente, es de lamentar que la Audiencia no haya afrontado la interpretación del texto del artículo en cuestión más en profundidad, como había hecho el Tribunal Constitucional en relación al 509 CP (142). Toda la argumentación se hace apegada en demasía a las circunstancias concretas del caso y teniendo presente la cualidad de funcionarios de los acusados, lo que le lleva en algún caso a argumentar como si se tratase de un delito especial. De otro lado, no aborda el problema de cómo salvar por vía interpretativa la inversión de la carga de la prueba que el tenor literal contiene ni de cómo construir simultáneamente un tipo que satisfaga las exigencias del principio de legalidad.

Por su parte el Tribunal Supremo, admitiendo que el art. 483 puede ser calificado de delito de sospecha, considera posible realizar otra interpretación acorde con las exigencias constitucionales. Esta ha de tener como punto de partida los valores protegidos por el precepto, es decir, la libertad y seguridad como se hace en una serie de instrumentos internacionales, que tienen en común «la preocupación frente a las personas desaparecidas en circunstancias que provoquen temor por su seguridad física y moral» (143). Para el Tribunal Supremo las dos modalidades de omisión no pueden representar una presunción o inversión de la carga de la prueba, sino que corresponde probar a la acusación los siguientes puntos: «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» (144). Acto seguido añade que es realmente «tal desaparición» (145), la que materializa el mayor injusto de este precepto

Audiencia sutilmente por la vía de configurarla como un hecho positivo (simular una fuga). En relación a la segunda admite abiertamente la no constancia. En realidad, estamos ante una prueba diabólica. Para poder dar por probados estos hechos es necesario que hasta que el autor caiga en manos de la autoridad conste que la víctima no fue puesta en libertad ni se dio a la fuga, o sea, que seguía en manos del autor. La cuestión es si cabe imaginar un supuesto en el que se pruebe que no hubo fuga ni puesta en libertad hasta el instante en que el autor caiga en manos de la autoridad sin al mismo tiempo descubrir dónde se encuentra la víctima, esto es, sin que se rompa el presupuesto fáctico de este precepto.

(142) STC 105/1988, de 8 de junio.

(143) Fundamento de Derecho 1.º en su apartado segundo.

(144) Fundamento de Derecho 1.º en su apartado segundo.

(145) *Ibidem*.

y de la que el sujeto activo de la detención ilegal es responsable, pues en virtud de esta última había adquirido una posición de garante respecto de la víctima y aquella es fruto de la omisión de su deber de ponerla en libertad. Para el Tribunal Supremo «la ley penal establece una pena progresiva más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal y nadie discute la legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce cuánto va a durar la privación puesto que el hecho probado afirma que no se conoce el paradero del detenido» (146). En la Sentencia se efectúa una distinción entre una primera fase de la detención en la que se adquirió una posición de garante, y una segunda que estaría presidida por la inseguridad, quedando demostrado «el hecho de la detención ilegal en términos de acusada gravedad, la ausencia de puesta en libertad y la correspondiente conexión» (147). En definitiva, el tipo agravado del art. 483 se basa en una desaparición fruto de la omisión de no poner en libertad. Ambas circunstancias se dan por probadas en la Sentencia.

A pesar del énfasis en la existencia de una interpretación acorde con la Constitución que se pone en la Sentencia, en ésta se encuentran sólo dos referencias a aquélla. De un lado, se sostiene que el art. 483 representa un delito pluriofensivo, en el que los valores protegidos son la libertad y la seguridad y, de otro lado, que en el hecho de no dar razón del paradero o no acreditar la puesta en libertad no existe sospecha, presunción o inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, si el inciso «que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberle dejado en libertad...» no supone una inversión de la carga de la prueba ni una sospecha o presunción, el Tribunal Supremo habría de responder a la cuestión de qué representa realmente este inciso. Sin embargo, a ello no ofrece respuesta alguna. Como ya he señalado, a mi juicio la única respuesta compatible con la Constitución sería considerar que este inciso hace referencia al derecho del acusado a alegar y probar en su defensa lo que estime conveniente, como afirmó el Tribunal Constitucional respecto del art. 509 CP. Pero de admitirse lo anterior, surge inmediatamente el problema de cuál sea el contenido específico del tipo del art. 483 y dónde se refleja en su tenor literal, de modo que se pueda justificar una pena tan elevada. El Tribunal Supremo, obviando esta problemática, se plantea directamente qué se ha de probar sin realizar un análisis previo ni una caracterización de los diferentes elementos incluidos en el texto del art. 483.

Ante todo, de los tres elementos a probar junto a la desaparición forzada, llama profundamente la atención el segundo de ellos: «la ausencia de explicación razonable de la desaparición», ya que en ningún caso puede ser objeto de prueba aquello que no consiste en un hecho sino en un juicio de valor.

(146) *Ibidem.*

(147) *Ibidem.*

También la interpretación del Tribunal Supremo incurre en la objeción ya formulada frente a la tesis de Gimbernat de que transforma una detención ilegal con dos omisiones puras en un delito de detención ilegal con resultado de desaparición (148).

Por lo demás, la argumentación de la Sentencia se desliza sutilmente hacia el *versari in re illicita*. En el fondo se viene a sostener que, dada una detención ilegal, si de la víctima no se ha sabido más, son suficientes la ausencia de explicación razonable de la desaparición y la no constancia de la puesta en libertad (149) para aplicar el art. 483.

Por último, pasaré a analizar el Auto de la Sección 4.^a de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 419/90, de 28 de noviembre, en el que se inadmite el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Supremo acabada de estudiar.

La Sección 4.^a, tras esbozar el contenido del derecho a la presunción de inocencia y los límites de la declaración de inconstitucionalidad, pasa a ocuparse de «la interpretación correctora» (150), conforme a la Constitución, del Tribunal Supremo para verificar si ésta lesiona la presunción de inocencia. La Sección 4.^a considera ajustada a la Constitución la interpretación del Tribunal Supremo de que se trata de una «muy grave detención seguida de desaparición». Se han probado todos los datos y circunstancias que fundaron la condena: la detención, su ilegalidad, la no puesta en libertad y la desaparición. Respecto a estos elementos añade que «no son hechos negativos, sino comprobables, y han podido ser probados por la acusación». La Sección 4.^a define la desaparición como la «no devolución al lugar ordinario de residencia o al lugar en donde fue detenido». La prueba de ésta exige que el acusador demuestre que no se ha visto más a la víctima en los lugares que frecuentaba «y que ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda, aunque la dificultad probatoria consiguiente a la probanza de hechos negativos incluya la posibilidad de prueba indiciaria relativa a la no presencia del detenido en sus lugares habituales o en aquellos en que los imputados dicen que puede hallarse el sujeto pasivo». En definitiva, la interpretación del Tribunal Supremo es conforme a la Constitución pues el descargo es meramente facultativo del acusado, no integrando las explicaciones el tipo penal.

Lo primero que llama la atención es que el recurso de amparo se haya inadmitido por carencia manifiesta de contenido (art. 50.2 b) de la

(148) Cfr. *supra* pp. 661 y s.

(149) En los hechos probados se dice: «sin que conste en su defecto que hubiere sido puesto en libertad». Cfr. *supra* p. 670, respecto a la violación de la presunción de inocencia que implica el aplicar el art. 483 basándose -según la interpretación del Tribunal Supremo- en una desaparición originada por la omisión de la puesta en libertad cuando se reconoce abiertamente que no consta la puesta en libertad.

(150) Auto 419/90, de 28 de noviembre. F. J. 6. Todos los entrecomillados siguientes en el texto corresponden a pasajes de este fundamento jurídico.

LOTIC) a través de un Auto de la Sección 4.^a de una extensión bastante más larga que la de muchas de las Sentencias del Tribunal Constitucional. Esto se puede deber en parte a la defectuosa formulación del recurso de amparo.

En relación al fondo de la argumentación, la Sección 4.^a no se ha planteado si «la interpretación correctora» del Tribunal Supremo puede acogerse en el tenor literal del art. 483 CP o si, por el contrario, supone una violación del principio de legalidad en cuanto se transforma una detención ilegal con una omisión pura en un delito calificado por el resultado, ni siquiera cuando afirma que las explicaciones no pueden integrar el tipo penal. Con independencia de si es posible configurar la desaparición como resultado de un tipo penal (151), el problema reside en que la interpretación del Tribunal Supremo rebasa los límites de la interpretación, el sentido literal posible (152) y, por ello, infringe el principio de legalidad.

De otro lado, afirma respecto a la no puesta en libertad y la desaparición que no son hechos negativos sino comprobables. Ahora bien, no es correcto contraponer como opuestos hechos negativos y comprobación. Los hechos negativos se contraponen a los hechos positivos. Pero ambos son comprobables. La peculiaridad de los hechos negativos reside en que su prueba es mucho más difícil. Estos sólo se pueden demostrar indirectamente, es decir, a través de la prueba indiciaria. Esta no tiene por objeto la prueba de la inexistencia de un hecho sino la prueba de un hecho positivo que excluye la posibilidad de que otro hecho haya podido tener lugar. Así lo reconoce la propia Sección 4.^a más adelante respecto a la desaparición. Admitiendo la posibilidad de que la desaparición pueda constituir un resultado para el Derecho penal, la prueba de ésta no significa que se la pueda imputar al acusado. Para ello, cuando menos y dando por buena una conclusión muy discutible, sería necesario demostrar que no hubo puesta en libertad. Dado que la Sección 4.^a niega que se trate de un hecho negativo, no se ocupa de precisar qué tipo de prueba indiciaria sería necesaria para probar la no puesta en libertad y si la Sentencia del Tribunal Supremo la recoge (153).

V. ANÁLISIS DEL ART. 485

En la introducción de este trabajo se había partido de la hipótesis de que el art. 485 CP presentaba una estructura paralela a la del art. 483 CP

(151) Cfr., *supra* p. 662.

(152) Cfr., por todos, CERESO MIR, J.: *op. cit.* (nota 29), p. 60 con más referencias bibliográficas.

(153) Sobre la inidoneidad de esta omisión para originar un resultado de desaparición, cfr. *supra* pp. 669 y s.

y que por ello le serían aplicables las conclusiones extraídas para éste. Es ahora el momento de analizar si esta hipótesis era correcta o si, por el contrario, el desarrollo del trabajo la ha refutado.

Lo primero que hay que resaltar es que la simple lectura de ambos tipos pone de relieve que entre ambos existen al menos dos diferencias. La primera se refiere a la distinta penalidad establecida por los dos tipos, lo que en principio no plantea problemas. Sin embargo, la segunda de ellas introduce un elemento de vital importancia que a primera vista podría impedir hacer respecto al art. 485 las mismas objeciones que con anterioridad se han realizado contra el art. 483 CP; si en éste teníamos una inicial detención ilegal, puesta de manifiesto a través de la redacción del tipo, «el reo de detención ilegal», a la que se pretendía añadir un mayor contenido de injusto para justificar la existencia de este tipo agravado, no sucede lo mismo con el art. 485 CP que, a diferencia del art. 483 CP, presenta una estructura simple, por cuanto no se prevé una sustracción de menores con un pretendido *plus* de injusto añadido sino que, o bien contiene una sustracción de menores o bien otra figura delictiva, como a continuación tendré ocasión de exponer. Ello impide trasladar sin más al art. 485 CP las objeciones que realicé contra los intentos de interpretación conforme a la Constitución del art. 483 realizados por la doctrina y la jurisprudencia a partir de la exigencia de determinadas conductas omisivas.

El actual art. 485 CP tiene su origen histórico en el art. 399 del Código penal de 1848, donde se sancionaba con la misma pena que la prevista para la sustracción de menores, habiéndose mantenido así en los sucesivos Códigos penales hasta llegar al Código penal de 1944 donde, a diferencia de los anteriores, la pena se modificó en relación al art. 484, elevándose hasta la reclusión menor. La igualdad de pena con anterioridad a 1944 permitía entender el actual art. 485, aunque su redacción no fuera muy afortunada, como una tipificación expresa de la comisión por omisión del delito de sustracción de menores en la que el autor adquiere una posición de garante por haber aceptado la guarda, lo que le obliga a devolverlo cuando a ello sea requerido por los padres o tutores del menor. Ello explica que sólo pueda ser sujeto activo de este delito aquél que haya recibido el encargo de cuidar del menor. El guardador que, teniendo en su poder el menor, no lo entrega a los padres o guardadores realiza una sustracción de menores por omisión (154). En esta interpretación el inciso de que «ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición» habría de ser concebido como una referencia al derecho del acusado de un delito de aportar cuantos medios de defensa estime pertinentes (155). Sin embargo, la

(154) Esta interpretación la apunta ya GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *op. cit.* (nota 75), p. 583 en relación al art. 499 del Código penal de 1870 aunque la descarta por considerar excesiva la pena.

(155) Como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 105/88, de 8 de junio respecto al art. 509.

elevación de la pena del art. 485 a reclusión menor impide que se pueda mantener esta interpretación por cuanto la infracción de un deber de actuar en ningún caso es más grave que la infracción del deber de omitir (156).

Descartada la interpretación anterior, la doctrina considera que el art. 485 constituye otro caso de delito de sospecha (157), si bien no existe acuerdo en torno a cuál sea el contenido de la sospecha. Así, para un sector doctrinal se sospecha que se dio muerte al menor, es decir, se presume un homicidio doloso (158). Para otros se presume la connivencia en la sustracción del menor (159). Para Queralt, el tipo contiene una doble presunción: secuestro y muerte del menor (160) mientras que Bello lo interpreta como un delito de sospecha por existir «peligro abstracto para la vida del menor» (161).

Ahora bien, hay que señalar, en primer lugar, que la estructura del art. 485 no admite una presunción de secuestro, sea cual sea la postura que se mantenga. Así, al tener el autor al menor en su poder como guardador, éste no realiza un secuestro hasta que no se le reclame la devolución del menor, puesto que hasta el requerimiento lo tiene en su poder de forma legítima, y en el momento en el que se le reclame no puede existir presunción sino un secuestro efectivo en comisión por omisión por cuanto, en su calidad de guardador, tiene un deber de devolución del menor, de modo que realiza por omisión el secuestro si no lleva a cabo aquella cuando se le requiere para ello. Por tanto, en ningún caso cabe hablar de presunción de secuestro. Por otra parte, el tipo no permite una estructura compleja de secuestro y presunción de muerte, como propone Queralt (162) y ocurría con el art. 483, pues las omisiones, o bien deter-

(156) Se discute si la infracción del deber de actuar es siempre o sólo en algunos casos de menor gravedad que la infracción del deber de omitir, cfr., por todos, el análisis de CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. Tecnos, Madrid 1990, pp. 48 y ss.

(157) Téngase presente que BUSTOS RAMÍREZ, J.: *op. cit.* (nota 1), p. 159, traslada también al art. 485 su argumentación sobre el art. 483. Este autor pone de relieve que resulta extraño que la pena de aquel sea inferior a la de éste último, lo que quizá se pueda atribuir a que «pareciera que por el hecho de ser niño se le concede menor importancia a su desaparición». Cfr. *supra* la exposición y crítica de la concepción de este autor sobre el art. 483, pp. 656 y 660 y s.

(158) En este sentido, QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), p. 942; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *op. cit.* (nota 91), p. 1168; MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 84; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 387; GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 916.

(159) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *op. cit.* (nota 91), p. 319. Así también, DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.: *Los delitos contra la familia*. Montecorvo, Madrid 1973, p. 301.

(160) QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *op. cit.* (nota 76), p. 144.

(161) BELLO LANDROVE, F.: *La Familia y el Código Penal Español*. Montecorvo, Madrid 1977, p. 370.

(162) Con todo, este autor propone que también respecto al secuestro existe presunción.

minan que se sospeche que se ha dado muerte al menor, o que ha habido, utilizando la terminología de este autor, connivencia en el secuestro, o que el autor ha secuestrado realmente al menor por omisión (163).

Respecto a la posición de Bello, no creo que se pueda afirmar que es un tipo de sospecha porque existe peligro abstracto para la vida. Estas afirmaciones son excluyentes entre sí puesto que, o bien es un delito de sospecha por presumirse que el autor ha realizado una conducta que de estar probada constituiría otro delito, o constituye un delito de peligro abstracto por considerarse que las conductas omisivas encierran un peligro para la vida del menor, con independencia de si en el caso concreto ha existido o no el peligro, elemento que no se requiere en los delitos de peligro abstracto. Hay que recordar precisamente que muchos tipos que han sido tachados como de mera sospecha se han interpretado alternativamente como delitos de peligro abstracto, lo que ha permitido su mantenimiento en el ordenamiento jurídico. El delito de peligro abstracto recoge una conducta que por lo general resulta peligrosa. Este juicio de peligrosidad de la acción puede haber sido ya realizado por el legislador o éste puede haber dejado en manos del juez la realización del mismo, distinguiéndose en todo caso de los de peligro concreto en que no requieren que en el caso concreto se haya producido un resultado de peligro para el bien jurídico protegido (164). Realizada esa conducta tenemos el tipo correspondiente de peligro abstracto, es decir, no se condena en base a una presunción en el sentido implicado por el delito de sospecha.

Por otro lado, de considerarse el art. 485 como delito de sospecha, lo correcto es presumir que se dio muerte al menor, pues esta interpretación tiene a su favor la elevada penalidad, mientras que la sospecha de connivencia en la sustracción de menores no puede justificar aquella, pues no cabe afirmar que la participación en la sustracción sea más grave que la autoría de una sustracción, si no se quiere invertir toda la estructura conceptual de los distintos grados de participación. Así pues, aunque ambas interpretaciones caben en el tipo, la más satisfactoria sería la que presume la muerte del menor.

(163) El sostener una estructura compleja conduciría a un formalismo absoluto puesto que habría que presumir que el autor dio muerte al menor tras haber tenido lugar el requerimiento de devolución. Si se presume que al realizar el requerimiento ya se había dado muerte al menor, no cabe secuestro puesto que hasta el requerimiento se tuvo al menor de forma legítima. Sólo si la presunción de muerte se refiere a un momento posterior al del requerimiento sería posible sostener la estructura compleja. Que esto no es necesario para poder aplicar el art. 485 se muestra en el caso, por ejemplo, de que el autor sea detenido inmediatamente después del requerimiento.

(164) En este sentido, por todos, CEREZO MIR, J.: *op. cit.* (nota 29), pp. 328 y ss.; GALLAS, W.: «Abstrakte und konkrete Gefährdung» en *Festschrift für Ernst Heinitz*. Walter de Gruyter, Berlin 1972, p. 172. Un sector de la doctrina señala que también los delitos de peligro abstracto contienen un desvalor de resultado, si bien potencial. En este sentido, con más referencias bibliográficas, LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho penal*. Tirant lo blanch, Valencia 1992, pp. 177 y ss.

En mi opinión, el art. 485 constituye un tipo de mera sospecha en el que se presume que el autor ha dado muerte al menor. Esta interpretación permite explicar la pena y, al mismo tiempo, la diferencia con el art. 483, en el que la pena es más elevada por incluir, además, una detención ilegal.

El art. 485 está integrado por dos omisiones puras acumulativas (165) pues lo contrario, defendido por Bello y Gómez Pavón (166), se opone a una interpretación teleológica del precepto en cuanto que conduciría a la situación de que, por ejemplo, haya que aplicar la pena al que explica satisfactoriamente la desaparición del menor, pero no lo presenta (167). Por tanto, el precepto exige que no se presente al menor y además no se dé explicación satisfactoria de su desaparición, correspondiendo al Tribunal la apreciación del carácter satisfactorio o no de la explicación (168).

Por lo que se refiere a la significación dogmática de las omisiones, éstas son condiciones objetivas de punibilidad, puesto que su integración en el tipo conduce a las mismas objeciones que las planteadas respecto al art. 483 (169). Por tanto, basta la concurrencia objetiva de estas omisiones para que se aplique el precepto con independencia de si el sujeto omite las conductas voluntariamente o de cualquier otro modo. Estas condiciones objetivas de punibilidad infringen el principio de culpabilidad, ya que a través de ellas se sustituyen los elementos de la conducta que se pretende sancionar, la muerte del menor. Además implican una violación de la presunción de inocencia y del derecho al silencio. La acusación no tiene que probar la muerte del menor, sino que es el acusado el que ha de probar lo contrario a través de las conductas previstas en

(165) Así, QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91). P. 944; DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 388.

(166) BELLO LANDROVE, F.: *op. cit.* (nota 161). P. 371; GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 916.

(167) De la misma forma que sucede respecto a las omisiones del art. 483. Cfr. *supra*, p. 667.

(168) En este sentido, QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), p. 944.

(169) Cfr. *supra*, pp. 665 y s. La omisión de no presentar al menor sólo es imputable si el sujeto puede hacerlo, esto es, lo tiene en su poder directa o indirectamente o al menos sabe dónde está. Ahora bien, ¿cómo es posible probar estas circunstancias cuando el precepto sólo viene en aplicación allí donde un menor ha desaparecido, o sea, no se conoce su paradero? La segunda omisión, el no dar una explicación satisfactoria, exige que el sujeto, estando en situación de darla, la omite. Ahora bien, aplicar el precepto justamente cuando el sujeto puede explicar satisfactoriamente la desaparición del menor, porque éste, por ejemplo, se haya fugado o se encuentre en casa de otra persona, es absurdo. Ni siquiera cabe pensar en imputar por lo menos esta omisión a título de imprudencia. En esta situación el sujeto no da la explicación satisfactoria aunque lo hubiera podido hacer de haber observado el cuidado debido. Aquí también se presupone que la explicación satisfactoria existe con la particularidad de que el sujeto no la puede ofrecer por no haber observado el cuidado debido.

el art. 485 (170). Si el sujeto ha de realizar esta actividad probatoria, ello significa asimismo que no puede ejercer su derecho fundamental a no declarar (art. 24.2), pues si permanece inactivo vendrá en aplicación el art. 485.

Dado que se trata de un delito de mera sospecha, me inclino por una interpretación restrictiva tanto del sujeto activo (171) como del sujeto pasivo (172). En lo referente a este último, aunque en el tenor literal cabe el menor de edad, creo que la interpretación del término menor hay que ponerla en conexión con los otros dos preceptos del capítulo. En este sentido, cabe restringir el término al menor de siete años en el sentido fijado por el art. 484. Si éste ha definido lo que hay que entender por menor, cabe interpretar que el artículo 485 ha partido del mismo concepto de menor, tanto más cuanto que cuando el legislador ha querido utilizar una definición de menor distinta lo ha hecho constar expresamente en el art. 486.

(170) Recuérdense que el Tribunal Constitucional ha declarado que la presunción de inocencia supone como primera garantía que la carga de la prueba corresponde a la acusación. Cfr. STC 109/88, de 8 de junio. F. J. 3.

(171) En este sentido, dada la naturaleza del precepto, considero que lo más acertado es restringir todo lo posible el círculo de posibles sujetos activos en la forma propuesta por Díez RIPOLLES: *op. cit.* (nota 13), pp. 377 y s., de que a diferencia de lo que ocurre en el art. 486, en el art. 485 hay que poner en relación el sujeto activo con los titulares de la guarda cuyo ejercicio deviene imposible, entre los que incluye también los guardadores de hecho del art. 303 del Código civil. Ello implica que sujeto activo solo puede ser el que tiene encomendada la guarda temporal sin autoridad o título propio. Por contra, la doctrina probablemente mayoritaria se ha inclinado por una interpretación más amplia de la fórmula «el que hallándose encargado de la persona de un menor» basándose en que su redacción parece contentarse con una guarda de hecho con independencia de la razón de la que surge, lo que viene reforzado por la referencia a «persona» del menor. Así, COBO, M.: «Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores» en *ADPCP* 1961, pp. 447 y ss.; DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.: *op. cit.* (nota 159), p. 742. Por una interpretación más restrictiva, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *op. cit.* (nota 91), p. 319, al afirmar en la nota 17 en relación a la interpretación de Cobo que ésta es exacta «en cuanto a que alcanza a los guardadores de hecho, pero en cambio se restringe, de otro lado, porque *sólo los* guardadores de hecho, tengan o no derecho a la custodia del menor, caen bajo el rigor de la ley»; MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 84.

(172) La doctrina indica unánimemente que se trata de un menor de edad civil, es decir, un menor de 18 años. Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *op. cit.* (nota 76), p. 143; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *op. cit.* (nota 91), pp. 319 y s.; MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.* (nota 78), p. 159; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *op. cit.* (nota 91), p. 1168; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio... op. cit.* (nota 91), 253; MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 84. Así, además, la doctrina anterior a la reforma del Código civil por la que se rebajaba esta edad de 21 a 18 años, refiriéndose al límite de edad vigente en ese momento, es decir, los 21 años, QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), p. 944; DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.: *op. cit.* (nota 159), p. 303. Para COBO, M.: *op. cit.* (nota 171), p. 440, es necesario además que este menor de edad tenga un encargado.

En conclusión, el art. 485, aunque con una estructura no coincidente con la del art. 483, mantiene como éste su carácter de delito de sospecha y del mismo modo debe considerarse inconstitucional por violación del principio de culpabilidad y de los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar.