

REFLEXION SOBRE LA SOSPECHA

Jose Ramón FERNANDEZ AREAL
Còronel Auditor

INTRODUCCION

“Si el delincuente fuese un fenómeno de la realidad, al igual que un rayo de sol, una gota de agua o un bacilo, resultaría ociosa toda pregunta acerca de su simple imagen. El delincuente sería mensurable, se le podría examinar en el tubo de ensayo y analizar experimentalmente. Hasta los cambios en su modo de ser podrían ser sometidos a reglas conocidas con precisión, al verificarse dentro de los cauces forzados del desarrollo. En ese caso estaríamos próximos a su comprensión y obraríamos adecuadamente si nos expresáramos por medio de leyes”... “Sicinio pregunta en Coriolano, de Shakespeare: ¿Es posible que los sentimientos de un hombre cambien tanto en tan poco tiempo?. Y Menenio responde: Hay diferencia entre una oruga y una mariposa. Sin embargo, la mariposa fué primero oruga”.

“Los pueblos de la antigüedad, que exploraron las profundidades del alma humana queriendo encontrar la verdad pura, no confiaron, ni siquiera los más sabios de ellos, en su propia facultad de comprensión. En consecuencia, recurrían en el momento de emitir juicio, a un procedimiento mecánico infalible que funcionaba mágicamente. Por eso en el Tribunal de los Muertos egipcio aparecía, en la oscuridad del averno, en medio de una sala, la gran balanza. El muerto confesaba ante 42 jueces, que descifraban lo que se estaba manifestando ante la balanza; la cual no se equivocaba, por no estar gravada por sentimientos y por seguir, incluso en el ámbito de la prueba de la culpabilidad, únicamente la ley de la gravedad”. (Hans von Hentig. “El Delito”. Tomo I. Madrid 1971. Pag. 15).

Y en la misma página añade el criminólogo de Bonn: “Nadie es criminal si no ha sido descubierto y condenado por sentencia firme. Ahora bien, según la imagen que tengamos del delincuente, será aplicado o infringido el principio de legalidad, parecerá escasa la culpabilidad del autor, o se tendrán por insignificantes las consecuencias del hecho. Es una antigua experiencia la de que los reos que son impopulares, odiados o repulsivos, encuentran con mucha dificultad testigos de descargo, incluso en el caso de que no sean culpables. Numerosos testigos cambian de opinión según lo que

dice la prensa. En nuestra mente se crean continuamente criminales que, si las imágenes cambian, dejan de ser tales”...

A lo largo de la ya dilatada Historia del Derecho Penal y Procesal, la sociedad viene buscando fatigosamente la objetivación del juicio, del acto de juzgar, de la actividad probatoria, mediante un proceso consistente en reducir al mínimo posible la veleidad y el error humanos, en busca de un quimérico automatismo legal pretendidamente infalible. Se va reduciendo el campo del arbitrio judicial y ampliando el del automatismo legal, aunque éste tenga también sus peligros, como el de la excesiva generalidad y un cierto grado, a veces, de inhumanidad. Así, el legislador oscila entre la delimitación y fijeza de la antijuricidad y tipicidad, por un lado, y la elasticidad, más humana, de la culpabilidad. Puede decirse que hoy, más que nunca, el Derecho Penal, en sus vertientes procesal y material, es, ante todo, un Derecho Penal Culpabilista.

La Constitución

La Constitución Española de 1978, en su Preámbulo afirma que desea “establecer la justicia, la libertad y la seguridad”... “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley”... “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos”... El artículo 1º “propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”... El artículo 9 establece que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, así como que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. El artículo 24 se ocupa de la protección judicial de los derechos de la persona: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales... *sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Según el artículo 25 nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. Por otra parte, el artículo 53 preceptúa que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los-*

poderes públicos y que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos como rectores de la política social y económica, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. En lo que respecta al Poder Judicial, el artículo 117 consagra su independencia, sin más sumisión que al imperio de la ley, el 120 impone la publicidad de las actuaciones judiciales, debiendo ser el procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal y teniendo que ser las sentencias siempre motivadas y pronunciadas en audiencia pública. Finalmente, no estará demás, a los efectos que nos interesan, recordar el principio de igualdad ante la ley, que establece el artículo 14 de la Constitución "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Igualdad ante la Ley

Si traemos aquí el artículo 14 de nuestra Constitución, no lo hacemos gratuitamente. No se trata de un precepto superfluo, en relación con el tema que nos ocupa. Recordemos la cita inicial de este trabajo, en la que el Profesor von Hentig alude ya —y lo demostrará a lo largo de su obra— a la posible discriminación que puede albergarse en la mente del juzgador, ante determinadas circunstancias concurrentes en el enjuiciado. No sobrará, pues, que dejemos constancia aquí de la ya reiterada, constante y uniforme jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Constitucional, a la hora de aplicar e interpretar el citado artículo 14, aclarando el sentido que debe darse en nuestro ordenamiento al Principio del Igualdad ante la Ley.

Como acabamos de decir, es ya doctrina reiteradísima, constante y siempre uniforme del Tribunal Constitucional —doctrina incorporada del Derecho Europeo Occidental— la de que es preciso distinguir la igualdad "ante" la ley, de la igualdad "en" la ley; lo que conduce inevitablemente a dos consecuencias: 1ª) el principio de igualdad "en" la ley supone un imperativo para el Legislador y no basta con reconocer la igualdad "ante" la ley, sino que debe establecerse tal igualdad "en" la ley misma, recogiendo así el mandato constitucional y no pudiendo admitirse "en" la ley discriminaciones o desigualdades que no se basen en una causa o motivo "razonable"; no se puede invocar el principio de igualdad "ante" la ley, al no existir dicha igualdad "en" la ley. Y además, "cuando frente a situaciones iguales, se produzca una impugnación fundada en el artículo 14 (CE), corresponde a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y, por consiguiente, la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad, en orden a los fines y valores constitucionalmente dignos". Por otra parte, deben considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferen-

ciarlos, haya de considerarse falta de un fundamento racional... por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos buscados por el legislador y, por ello, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos, son iguales, si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional...

Por lo que respecta a los demás preceptos constitucionales anteriormente citados, garantizan principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico y muy especialmente en los campos jurídico-penal y procesal-penal: particularmente, los artículos 24 y 25, 53, 117 y 120. Tales principios, según doctrina comúnmente admitida, no son otros que los de legalidad, publicidad, oralidad, intermediación y contradicción. Todos ellos básicos en el procedimiento penal. A tal efecto, merecen destacarse los artículos 24.2 (juez predeterminado, asistencia letrada y defensa, proceso público, capacidad probatoria, presunción de inocencia) y 120 (publicidad de las actuaciones judiciales, *oralidad del procedimiento, especialmente el penal, motivación y publicidad de las sentencias*).

La sospecha

Hasta aquí, la Constitución Española. Preciso será comprobar hasta que punto tales principios se encuentran recogidos –y, por ende, se actúan en la práctica– en nuestras normas penales y procesales. Tendremos que ver en que medida obedecen el mandato constitucional nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código de Justicia Militar, así como nuestro Código Penal, Código Penal Militar y la inexplicablemente no derogada ni reformada aún Ley de Pesca con Explosivos, por poner ejemplos significativos y, a la vez, dotar de límites de estudio al presente artículo, de pretensiones modestamente aproximativas al tema.

Procesalmente, la sospecha sirve de base a los indicios. éstos a las presunciones y éstas –¡nada menos!– a la actividad probatoria, valoración de la prueba en el proceso penal. Ahora bien, desde un punto de vista sustantivo, el legislador no se conforma siempre con esto, con la relevancia probatoria –procesal– de la “sospecha”, sino que, en ocasiones, previendo la excesiva onerosidad del *onus probandi*, da por probado lo que sospecha, introduciendo tal sospecha nada menos que en el tipo penal, atribuyendo al “sospechoso” no sólo la antijuricidad y culpabilidad (imputabilidad + responsabilidad) probada procesalmente, vinculada a su acción, a su participación “real”, sino que da por probada su acción, su participación en el resultado típico “global”, final, total; es decir, que el legislador establece una presunción legal en el campo del Derecho Penal: a este fenómeno es al que llamamos “delitos de sospecha”.

Prejuicios sobre el delincuente

Hans von Hentig titula el primer tomo de su obra "El Delito" de la siguiente manera: "El criminal en la dinámica del tiempo y del espacio", dividiéndolo en tres partes: Idea básica del hombre criminal, Campo de acción del tiempo y el espacio, Estructura y función del lugar del hecho. Claro está que no nos dedicaremos —no es el objeto de este trabajo— al estudio de la obra del criminólogo de Bonn. Solo nos interesa resaltar la importancia, histórica y actual, de los "elementos de sospecha", de las circunstancias y condiciones que sirven de base al nacimiento de tal sospecha —de la presunción en contra de determinadas personas—, para la cual bastará con unas breves citas significativas.

Empecemos por recordar la cita de von Hentig con la que nos hemos introducido en el tema: "Si el delincuente fuese un fenómeno de la realidad... sería mensurable". Envidiemos la infalibilidad de la balanza del Tribunal de los Muertos en Egipto. Pero en nuestra sociedad actual, tecnocrática —o post-tecnocrática—, informatizada, la certidumbre, la seguridad, no existen. "Lo que no está en el sumario, no está en el mundo", hipócrita adagio que equivale a confesar nuestra impotencia. La justicia actual no da la razón a quien verdaderamente la tiene, sino a quien "procesalmente" la prueba. Existe una Verdad "la verdad", y, paralelamente, una "verdad" oficial que es la que se impone y se cumple, en virtud del "imperium" que no la "auctoritas". El imperium es el poder socialmente reconocido; la "auctoritas", el saber socialmente reconocido. Pero el poder ya no soporta al saber. Ya no se puede porque se sabe, sino que "se sabe" porque se puede. La razón cede ante la voluntad; y no la voluntad universal, sino la voluntad de quienes pueden legalmente imponerla.

Hans von Hentig, bajo la rúbrica de "Imagen básica del hombre criminal", no se ocupa de la verdad, sino del común sentir —que no es lo mismo que el sentido común, que es, según Balmes, el menos común de los sentidos—, el cual obedece generalmente a tópicos, supersticiones, creencias a menudo infantiles (hay una infancia de la Humanidad, igual que una infancia del ser humano, como bien enseña Freud). Von Hentig se ocupa de la personificación del objeto del odio (el enemigo, el forastero, el depresivo, el considerado malhechor, así como de las apariencias "sospechosas": el patibulario, el falso honrado, el bandido —aún generoso— el otro sexo, el enfermo mental), de la dinámica y ámbito del azar (la fortuna ciega, el cambio de vida, la falsa identificación, los falsos diagnósticos médicos, los desdichados o desafortunados, etc), y también de los factores temporales (el ritmo mensual, los días, las semanas) y espaciales (el alejamiento, el éxodo, el campo y la ciudad, las emigraciones forzadas) y de la estructura y función del lugar del hecho (vivienda, lugar cerrado, edificios públicos o abiertos al público, la naturaleza, el agua, la montaña, el bosque). No podemos reproducir aquí todas las consideraciones y conclusiones del maestro del Bonn, pero sí invocar algunas reflexiones dignas de estima:

“Cuando promulgamos leyes, es decir, al apilar una sobre otra nuevas figuras de delito, estamos creando delincuentes que antes no existían. Cuando nuevas ideologías pasan sobre nosotros como un incendio, la jurisprudencia cambia, se interpretan extensivamente las características de la figura del delito, y se establecen nuevos grupos de delincuentes”... (pág. 16)...”
¿Cómo se explica que surja una determinada imagen de la persona con la cuál nuestra mente opere desde entonces y sólo *fatigosamente sea capaz de modificar?* Las masas se proveen de tales imágenes con finalidades perfectamente comprensibles. Con ellas, saliendo de lo profundo, aquel criterio impregna todos los estratos sociales y se convierte en opinión pública. Ante la cual se doblegan los electores se resignan los Parlamentos, que recogen en las leyes tales imágenes. Al encontrar nuevamente en el Código Penal sus representaciones, se unen las masas a ellas con renovado fervor. De esta forma circula una corriente por las venas de la sociedad y se tiene la satisfacción de que existe una identidad de sentimientos, que aparece como confirmación de su rectitud. Quien se atreve a alterar esta armonía es infiel a la comodidad de esta situación de sosiego” (Pág. 17). Estas representaciones sobre el hombre delincuente tienen, pues, a pesar de ser tan toscas, un valor indicativo. Sirven a nuestra propia conservación y han probado su eficacia en su primitiva forma. Si no hubiera sido así, se habrían extinguido hace tiempo sus portadores, los cuales sabían bien que estas representaciones les protegían. Su fallo consiste en su rígido inmovilismo. Con el transcurso del tiempo, y merced a la constante repetición, la conciencia se va suprimiendo cada vez más. Y aquellas representaciones desembocan en el automatismo de lo instintivo. Constituyeron un progreso, pero también un nuevo riesgo, porque surgieron del otro lado fuerzas que supieron acomodarse a un ambiente cambiado” (pág. 18).

“A enemigos reales se añaden adversarios imaginarios. Hasta los muertos pueden ser enemigos. Hay que hacer lo posible para no incitarles al mal humor. Solo debe nombrárseles con el debido cuidado y aproximarse a ellos con ánimo tranquilo... En todos los pueblos se recomienda al delincuente, o se consigue con maña, que antes de su ejecución pronuncie determinadas declaraciones exculpatorias” (pág. 22).

“Todos sabemos hoy que las leyes de aquellos tiempos fueron delirantes, convirtiendo a la desgracia en algo merecedor de persecución y enseñando a descubrir a los “culpables” por su apariencia externa. Las fuerzas que no se podían comprender, tomaban la figura del enemigo, al cual se debía descubrir y atrapar”. (pág. 23)... “La masa no se mete en demasiadas honduras. Cree en enemigos hereditarios y arcaicos como solución normal de cualquier problema”... “Caracteriza a los siglos de quema de brujas en la hoguera, el repudio de lo que contradice, la apelación a lo sumario, a la pena pronta, segura, irreparable, y el rabioso ataque en réplica y defensa frente a “culpables” que amenazan a la colectividad”. (pág. 24).

“Cuanto más duras son las guerras y más víctimas causan, y cuanto más

debemos acudir a las últimas reservas de vigor de los músculos y de los nervios, tanto más se vuelve rígida, sombría y obstinada la imagen del enemigo"... "Desde otro terreno, un psiquiatra denomina a esto "ley de posición". (pág. 27).

"Tanto el enemigo como el extranjero están próximos al delincuente. En los tiempos antiguos coincidieron los conceptos, según expone y prueba Cicerón: "El hombre primitivo dió el nombre de enemigo a la persona que no estaba unida a él por vínculos de sangre. Y persiguió con odio y saña a todo extranjero que no pertenecía a su familia o estirpe. En él se veía una presa a la que era lícito matar o desvalijar". (pág. 28).

"Para llegar a dominarlos, cercamos estrechamente con leyes penales al enemigo de clase, al enemigo de la raza y al enemigo interior. Al lado camina la autoexaltación: somos los buenos"... "Quien nos perjudica es malo, in toto de nuevo, es decir, sin consideración alguna a las cualidades que, en otro caso, serían juzgadas valiosas". (pág. 38)... "Estas imágenes, como todo lo que debe ser sumario, son falsas con frecuencia. Pero han mostrado, sin embargo, su eficacia como instrumento indiciario, ya que de los instintos no puede esperarse ductilidad". (pág. 39)... "Desde hace largo tiempo reconocemos a los adversarios por lo que tienen de extraños: orejas en forma de asa, pómulos abultados, mirada dura". (pág. 42)... "La comparación con un animal, continuamente repetida, casi siempre un mono, ha reemplazado, por influjo de las concepciones Darwinistas, a la antigua imagen del demonio, que no ha desaparecido, sin embargo, hace demasiado tiempo"... (pág. 47).. "Es comprensible que si a la repugnancia corporal se une el miedo, en particular ante la fortaleza de un gigante, surjan sospechas, incluso cuando estos tipos humanos no han cometido asesinato alguno". (pág. 48)... "No existe ningún animal adulto que no reconozca al enemigo con ojos, oídos y nariz. Al enemigo al cual se está habituado desde antiguo, se entiende... Sólo numerosas experiencias ingratas escarmientan a los animales, algunas veces, incluso cuando es demasiado tarde. Con los hombres sucede igual. La imagen instintiva del malhechor proviene de épocas remotas en las que imperaba la violencia y es exacta ahora sólo en parte". (pág. 49).

"Sería instructivo redactar para uso privado un inventario de los rasgos que han servido para excluir o atenuar la responsabilidad de los peores criminales" (pág. 51)... "Desde que el ordenamiento jurídico alemán admitió el sistema de prueba, ha podido comprobarse ante los tribunales lo importante que es causar buena impresión en el momento del juicio". (pág. 54)... "A pesar de todos los intentos, incluso de los más sinceros, para instaurar la igualdad jurídica, se observa la poderosa protección que se otorga a ciertos grupos sociales, y que se niega a los nómadas o a los solitarios" (pág. 106).

El segundo tomo de "El Delito", de Hans von Hentig, se titula "El delincuente bajo la influencia de las fuerzas del mundo circundante". Pasa-

mos así, de las sospechas provocadas por el aspecto o circunstancias personales del “sospechoso”, del “propenso al delito” per sé, a la sospecha respecto de las personas sometidas a determinados condicionamientos “ambientales”. Von Hentig estudia aquí la influencia de las fuerzas sociales, del mundo circundante, de las crisis económicas, las guerras, el ejemplo, favorable o desfavorable de la máquina estatal, del desgarramiento demográfico, de las creencias religiosas, la formación espontánea de grupos defensivos, la vecindad, los grupos en formación o descomposición, los problemas conyugales y familiares, los niños con familias “incompletas”, o niños “residuales”, las personas dominadas por la soledad, el ánimo de lucro, la profesión, la bebida, la depresión, etc.

En el tomo tercero –“Componentes disposicionales en el engranaje del delito– se ocupa Hans von Hentig de las variantes criminógenas debidas al sexo, la edad, la raza, las características psicossomáticas, las dificultades idiomáticas, la inadaptación social, la profesión –según ésta dificulte o facilite la “buena vida”– y la función de los educadores, pedagogos y “modelos” sociales, como, por ejemplo, los actores, la influencia de la emigración, etc. Todo ello, sin olvidar la decisiva influencia del “orden establecido”, según sea funcional o disfuncional: “Allí donde en la vida de una sociedad pacífica surgen ejecutores de su voluntad de orden, se busca el tipo capaz de dar rendimiento físico. Un policía débil es una protección imperfecta”. (Tomo 3, pág. 19)... “Mientras la ciencia de lo criminal tenga que conformarse en su trabajo con la categoría formal del condenado por sentencia firme, no cabe hablar de delincuentes natos; mas, sin embargo, hay seres humanos, tarados potencialmente en alto grado, que se transforman en criminales cuando concurre un ambiente sin felicidad y sin dinero”. (pág. 26)... “La ciencia no debe sujetarse a la decisión categoremática de si en la génesis del delito desempeña un papel más decisivo la disposición o el mundo circundante. Poseemos aparatos exactos para medir la presión atmosférica o la velocidad del viento. Tales resultados, prescindiendo de errores de medición, están sustraídos a las emociones humanas, al brusco cambio de enjuiciamiento que trae consigo, por ejemplo, la guerra y la paz. Aunque modifiquemos las leyes, dejando de castigar la impudicia con animales siguiendo el modelo del Código penal suizo, suprimiendo la punibilidad del coito entre parientes por afinidad, extendiendo ilimitadamente el concepto de educador, como ocurrió durante la dictadura de Hitler, el hombre sigue siendo el mismo, e iguales continúan siendo en conjunto los factores físicos o sociales del mundo circundante. Lo que cambió fué solo el juego del aparato destinado a la medición, el inestable elemento del juicio valorativo, que se refleja en la estadística y aparenta modificaciones en el decurso de energía objetivas. Hay pocos delincuentes natos, tampoco existe el mundo circundante ideal que sacaría del ser humano todo lo bueno que hay en él y estaría en condiciones de suprimir todo estímulo criminal. Mentalmente contamos con hombres de término medio y con un mundo circundante de término medio tam-

bién, arrojando en la balanza de la decisión la fuerza motivadora de una minoración de la vida artificialmente producida, de la pena"... (pág. 35).

La "sospecha" es, frecuentemente, fruto de prejuicios, contra los cuales debe defenderse el juzgador. Como dice Hans von Hentig (Tomo I, pág. 42): "La balanza fetichista de la antigüedad está lejos en el tiempo. En nuestros días los tribunales se encuentran firmemente vinculados a normas que pretenden evitar que llegue a dictarse una sentencia errónea. La idea de la "libre" apreciación y fallo está, sin embargo, firmemente anhelada en la mente de las masas. Aquí un Juez acepta la tesis del "sano" sentimiento del pueblo, allá se opone a la ola de errores judiciales, a una imagen ideal y a un juez regio. La masa presiona con imágenes de delincuentes que se ajustan biológicamente a un término medio, pero que, ante el caso concreto, resultan exageradamente simplistas. Pues el delincuente sigue siendo una porción del mundo enemigo: del enemigo que acecha en nuestras fronteras, del enemigo interior que pretende horrorizarnos; del enemigo malvado que pone asechanzas al espíritu. Desde hace largo tiempo reconocemos a los adversarios por lo que tienen de extraños: orejas en forma de asa, pómulos abultados, mirada dura. No renunciamos a estas imágenes porque se originan en los instintos más primitivos. Hasta nuestros perros ladran al acercarse estos tipos, y otros pueblos nos colocan idéntica máscara de terror cuando nos enfrentamos a ellos como enemigos. En la lucha por la existencia constituye una ley anímica común". (Tomo I, pág. 42).

Es verdad: la "sospecha" constituye "una ley anímica común". Tal vez por eso, el legislador no quiere, no sabe o no puede ignorarla. Y, de hecho, aún hoy, no la ignora. El Estado defiende y promueve los valores predominantes en la sociedad. La colisión, desprecio o ignorancia de esos valores sitúan al individuo en posición desfavorable -sospechosa- ante el Estado y la sociedad. Aún hoy, nadie está libre de todo prejuicio. Y la sospecha continúa teniendo un "peso" procesal y aun penal. Habremos de dejar constancia, pues, de la operatividad de la sospecha en el ámbito procesal -como indicio base de presunción probatoria- y en el penal -como elemento constitutivo de algunos tipos delictivos-. Para ello, primero nos ocuparemos de los conceptos de sospecha, indicio y presunción y su valor procesal, para aludir luego la inserción de la sospecha en el ordenamiento penal sustantivo.

Valoración procesal de la sospecha

Hasta la Ley Orgánica 8/1983, que, además de incorporar al Código Penal los artículos 6 bis a) y 6 bis b) -dando entrada a la doctrina sobre el error, de tipo y de prohibición-, da nueva redacción a su artículo 1º, suprimiendo el conflicto término "voluntarias" y definiendo como delitos a las acciones y omisiones dolosas o culposas, no pudiendo haber pena sin dolo o culpa y actuando así el artículo 24,2 de la Constitución (todos tienen derecho a la presunción de inocencia), tal expresión "voluntarias" constituyó un

verdadero quebradero para la doctrina, especialmente a la hora de determinar e intentar limitar su alcance (Gonzalo Rodríguez Mourullo: "La presunción legal de voluntariedad", en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Tomo XVIII, Fascículo I, Enero-Abril 1965, páginas 33 a 84); eran frecuentes las sentencias del Tribunal Supremo que en alguno de sus Considerandos afirmaban que "si bien el dolo se presume siempre, no es lícito hacer análoga presunción respecto de la "culpa". Con la nueva redacción de la definición de delito (artículo 1º del Código Penal) y la introducción de los artículos 6 bis a) y 6 bis b), el problema, tanto sustantivo como procesal, desaparece y cobra toda su plenitud la presunción de inocencia, mediante la carga de la prueba. Ahora bien, uno de los medios de prueba es la circunstancial o indiciaria, cuyo punto de arranque no es otro que la "sospecha"; y todo ello, con escrupuloso respeto a los principios de legalidad, publicidad, oralidad y contradicción, evitándose a toda costa cualquier clase de indefensión, garantizándose el principio de igualdad ante la Ley. El Derecho Penal español es ya –aunque acaso no siempre, y no del todo– un Derecho Penal decidida y plenamente culpabilista, lejos ya del "versari in re illicita". Por eso, el Código penal nos dice que "no hay pena sin dolo o culpa" y que "cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa" (artículo 1º), habiéndose dado entrada –como ya hemos dicho– al error de tipo y al error de prohibición, al afirmar (art. 6 bis a)) que "el error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso"... y que "la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal". Por su parte, el Código Penal Militar (aprobado por Ley Orgánica 13/1985 de 9 de Diciembre) afirma, en su artículo 2º que "no hay pena sin dolo o culpa". Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado al menos por culpa" (precepto repetitivo y superfluo, al disponer el artículo 7 del Código Penal que "No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallan penados por leyes especiales. No obstante, sí les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo": Cap. 1, Tit. primero, Libro primero). El artículo 3º del C.P.M. establece que "todas las personas son iguales ante la ley penal militar"...

Sospecha - Indicio - Presuncion

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la "sospecha" como acción y efecto de sospechar; "sospechar" es aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad. Desconfiar. Dudar. Para Casares (Diccionario ideológico de la lengua española) es "sospechoso" lo que da motivo para sospechar o desconfiar de una persona

o una cosa. Dícese de la persona que sospecha. Individuo de conducta o antecedentes sospechosos. "Sospechar" es aprehender o imaginar una cosa por conjeturas. Desconfiar, recelar de una persona. Sinónimo: indicios, barrunto, conjetura, presunción, prevención, prejuicio, suposición, desconfianza, duda, incredulidad, suspicacia, cuidado, temor, recelo.

Manuel Serra Domínguez, en la voz "Indicios" de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix (Tomo XII, páginas 347 y siguientes), tras afirmar que falta en nuestro Derecho Positivo un concepto unitario, expone las siguientes acepciones: equivalente a sospecha, a elemento que permita formar una opinión más o menos fundada sobre determinado particular de interés para el proceso. Así según el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -"indicio"- bastan para el procesamiento los racionales de criminalidad; que aparezca racionalmente posible la comisión de un delito que puede atribuirse a determinada persona. Actualmente, "indicio" se liga estrechamente a actividad probatoria. Tiene dos facetas: puede ser equivalente al hecho base de la presunción, y puede al mismo tiempo ser objeto de la llamada prueba por indicios o prueba circunstancial... la prueba por indicios se resuelve en definitiva en una presunción judicial... institución peculiar del proceso penal, aún cuando pueda practicarse también en el civil... En el proceso penal el delincuente actúa en plena clandestinidad, y más que a preconstituir pruebas, tiende a eliminar los posibles resultados de su actuación; ...en el proceso penal de reconstrucción de los hechos deberá formarse en forma crítica, partiendo de los rasgos y huellas dejadas por el delito y por su autor, los cuales al predicar una relación de causa a efecto o a la inversa, pueden servir para desentrañar la realidad, que no puede ser trasladada al proceso directamente en forma representativa. De ahí la escasa importancia de la presunción judicial en el proceso civil, comparado con la proliferación de la prueba indiciaria en el proceso penal".

"La presunción propiamente dicha se forma en la mente del Tribunal, con posterioridad a la celebración del juicio oral y antes de dictar sentencia definitiva. Una vez el Tribunal ha valorado los resultados de las pruebas introducidas en el proceso, cuando entre los hechos en principio probados existan algunos susceptibles de servir como indicios, extraerá de ellos las correspondientes presunciones" (artículo 1253 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano").

El Profesor Rodríguez Mourullo ("La presunción legal de voluntariedad", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo 1. Enero-Abril 1967. Páginas 33 y siguientes) define la presunción, como medio de prueba en el proceso penal, diciendo que "responde al esquema lógico en virtud del cual de un hecho conocido y objetivamente constatado se deduce la existencia de un segundo hecho ignorado, sobre la base de una regla de experiencia". (pág. 36). "El esquema lógico presuntivo está llamado a operar en el proceso penal como *praesumptio hominis*. En la *praesumptio hominis* el juez, mediante su prudente apreciación, argumenta

la existencia del *factum probandum* sobre la base de otros hechos ya probados, a través de reglas de experiencia universalmente válidas. La *praesumptio hominis* aparece así como instrumento de convencimiento del juez allí donde no es posible adquirir la prueba directa del hecho" (pág. 37).

En el mismo sentido, señala Bettioli (*Presuzioni ed onere della prova nel processo penale*) que "la prueba indiciaria debe ser corroborada por una regla de experiencia que sobre la base de la generalidad de las cosas, venga a justificar en el supuesto concreto el nexo entre el hecho conocido, que posee valor de indicio, y el hecho ignorado"... "la pretensión del acusador deberá considerarse fundada siempre que se mostrase como verosímil a la luz de una regla de experiencia, reconociendo únicamente al acusado la posibilidad de demostrar que cuanto acontece en la generalidad de los casos no se ha verificado en el caso particular" (pág. 246). R. Mourullo afirma (pág. 56) la necesidad —para el juzgador— de sentar "ciertas verdades provisionales o hipótesis de trabajo. Necesidad de carácter psicológico, como ya sabemos, que empuja al Juez a considerar como verdadero y existente aquello que es conforme al curso natural de las cosas"...

Tal doctrina científica es plenamente compartida por los tribunales y, desde luego, por el Tribunal Supremo: la presunción vale no sólo para el Código Penal, sino también para la aplicación de leyes especiales (S. 21-5-1946), se trata de un principio sustentado con criterio científico (S. 15-6-1953), la demostración en contrario incumbe al procesado (25-4-1879, 27-12-1919, 18-3-1929, 18-12-1934, 7-6-1954, 27-6-1956), se exige una demostración plena en contrario, que aparezca probado lo contrario de manera inequívoca (9-6-1960, 11-3-1953, 23-10-1951, 30-10-1912), la prueba indiciaria es enteramente igual a las demás (22-1-1878)...

La sospecha en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código de Justicia Militar

Si bien la sospecha o indicio nos interesa aquí, fundamentalmente, como base para formar presunciones, es decir, como elemento de la prueba circunstancial y ésta, como todas las pruebas aportadas al proceso será valorada por el Tribunal durante el juicio oral, para dictar sentencia, en realidad no sólo el juzgador se vale de indicios o sospechas como base de su actuación, sino que la sospecha se encuentra presente a lo largo de toda la ley procesal, impulsando la actividad instructora e investigadora. A título de ejemplo se pueden citar algunos artículos:

Conviene resaltar las distintas —y muy significativas— formas de definir el sumario, empleadas por la ley procesal común y por el Código de Justicia Militar: definiciones diversas que anuncian ya el distinto valor reconocido en uno y otro ordenamiento a las actuaciones sumariales y al juicio oral. Y así, mientras el Código de Justicia Militar, en su artículo 532, nos dice que "Constituyen el sumario las actuaciones y diligencias encaminadas al esclare-

cimiento y comprobación del delito, determinación de las responsabilidades exigibles y adopción de medidas precautorias respecto a la persona y bienes del presunto culpable”, el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal afirma que “Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

Como ejemplos de actividad judicial practicada por sospecha pueden citarse: 308 (noticia de la perpetración), 312 y 313 (admisión o desestimación de querrela), 319 (actuación del Fiscal), 381 (indicios de enajenación mental en el procesado), 453 (careos), 490 (detención al que “intentare” cometer un delito), 589 (fianza por indicios), 637, 1º (sobreseimiento por falta de indicios racionales), etc. Similares preceptos se pueden encontrar en el Código de Justicia Militar: artículos 523, 524, 526, 553, 567, 618, 719, 1º, etc.

En cuanto a la prueba, hay que hacer notar que, así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal considera “juicio” únicamente al juicio oral, sirviendo el sumario tan solo para su preparación (artículo 299), el Código de Justicia Militar regula un procedimiento diferente, atribuyendo al sumario la finalidad de esclarecer y “comprobar” el delito (artículo 532).

En cuanto a la prueba, la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la práctica en juicio oral, prácticamente su totalidad, sin más limitación que la falta de proposición por las partes (art. 728), salvo, es decir, aun sin petición de parte, los supuestos de los artículos 726 (prueba documental, examinando los documentos el Tribunal por sí mismo) y 729 (careos acordados por el Presidente, diligencias que el Tribunal considere necesarias para comprobar hechos objeto de los escritos de calificación y las admisibles según el Tribunal que en el acto ofrezcan las partes). Según el art. 730 “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”. Tal aportación de actuaciones sumariales al juicio oral no puede considerarse “prueba documental”, pues tales diligencias no son “documentos”, sino “actos documentados”, que llegan al juicio oral por el principio de “atracción” que éste tiene (compartimos aquí, plenamente, las opiniones del Magistrado Carlos Climent Durán: “El acceso a la valoración judicial (valorabilidad) de las diligencias sumariales en el juicio oral”. Revista General de Derecho. Nº 514-515, Julio-Agosto 1987, páginas 3867 y siguientes).

El Código de Justicia Militar regula la prueba más restrictivamente, si la referimos al “juicio oral” y así:

artículo 741: Las diligencias de prueba que pueden proponer el Fiscal y el Defensor en sus escritos de conclusiones provisionales para ser practicadas en plenario o ante el Consejo de Guerra son las siguientes: 1º) Examen de documentos, públicos o privados, unidos al sumario o de otros nuevos

que se presenten o designen en el escrito mencionado. 2º) Reconocimiento o inspección ocular de lugares u objetos y exámen de planõs, croquis o fotografías. 3º) Informes periciales ya practicados o que se propongan como nuevas pruebas. 4º) Ratificación de testigos que hayan depuesto en el sumario y declaración de otros nuevos. 5ª) Careos. 6º) Cualquier otra diligencia no comprendida en la anterior enumeración cuya práctica se juzgue de interés por el Fiscal o Defensor. Después de formulados los escritos de conclusiones provisionales no podrán proponerse otras pruebas que aquellas que se hayan conocido con posterioridad a la fecha de los mismos, en ningún caso podrán practicarse pruebas ante el Consejo que no hayan sido admitidas antes de acordarse la vista y fallo.

Artículo 742: El Instructor, por propia iniciativa, podrá siempre practicar cuantas pruebas estime conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos.

Según el artículo 743, evacuadas las conclusiones provisionales, el Instructor admitirá o denegará, por auto, las pruebas solicitadas. Contra el auto, cabe recurso en 48 horas ante el Capitán General (Art. 744). Según el Artículo 748.2, las pruebas propuestas como nuevas por el Fiscal o el Defensor y admitidas por el Juez se diligenciarán en el plenario, y únicamente se ratificarán ante el Consejo de Guerra si en el acto de las mismas o en los escritos de conclusiones provisionales lo piden aquéllos y fueren practicables por su naturaleza o con arreglo al artículo 751 (según el cual, los testigos presentes que hayan declarado por primera vez o se hayan ratificado en el plenario serán citados para deponer ante el Consejo de Guerra, si lo pidiere el Fiscal o el Defensor, según el artículo 748; los testigos ausentes no serán citados ni comparecerán al acto de la vista, salvo que la Autoridad Judicial con su Auditor, al decretarla, lo acuerden por estimarlo indispensable).

Artículo 754: Cuando haya de emitirse ante el Consejo de Guerra un informe pericial que requiera observación, se practicará ésta previamente durante el plenario. Según el artículo 755, terminada la prueba el Juez eleva los autos al Auditor, que puede resolver en el sentido de que se amplíen las diligencias de prueba.

Sin duda, lo más llamativo del sistema probatorio militar es la falta casi absoluta de intermediación respecto de la prueba por parte del Tribunal (Consejo de Guerra) que celebra el juicio oral. También merece destacarse el artículo 801 del Código de Justicia Militar, que atribuye al Capitán General con su Auditor las facultades de anular lo actuado (o subsanarlo) en casos de defecto procesal o aparición de hechos o pruebas nuevos y trascendentales para el curso del proceso.

Delitos de Sospecha

Sirvan de ejemplo:

1. *Código Penal: Artículo 408 (muerte o lesiones en riña tumultuaria), 502, 2º (malhechores presentes en la ejecución de robo en cuadrilla), 509*

(posesión de instrumentos destinados al delito de robo, cuando no dieran descargo suficiente).

2. *Código Penal Militar*: Afortunadamente no existen ya las antiguas figuras delictivas de los artículos 300 del Código de Justicia Militar (sedición: presunción de cabeza o promotor), ni del 296 (presunción de voces sediciosas), derogado por la Ley Orgánica 9/80, ni tampoco el tipo del anterior artículo 338 CJM (el primero en volver la espalda al enemigo).

3. *Ley de Pesca con explosivos* (31-12-46).

Art. 1º, 2 (tenencia explosivos, con posibilidad de igual pena que su empleo).

Art. 2, nºs: 2º (patrones y prácticos de los buques en que se hallen las sustancias: presunción de autoría). Idem, nºs. 4º (armadores propietarios o empresarios) y 5º (encargados de locales o almacenes).

Art. 3: Presunción de encubrimiento para armadores y dotaciones que transporten pesca obtenida con explosivos y los subastadores, exportadores, conserveros y detallistas.

Mínima, pero suficiente

Hemos aludido, siquiera superficialmente, a la operatividad de la "sospecha" —base de indicios y presunciones— en sus tres "niveles" posibles: acogida por el legislador (tipos penales), por los Tribunales (juicio oral) y por los Instructores (sumario). Para terminar, recordaremos que, según doctrina del Tribunal Constitucional, es preciso compatibilizar la presunción de inocencia del artículo 24,2 de la CE con el principio de libre apreciación de la prueba en conciencia (art. 741 L.E. Criminal).

Y así, respecto de los tipos, es deseable que el legislador "tipifique" efectivamente lo más precisamente posible las conductas, si bien el juzgador habrá de huir también de una excesiva "literalidad"; por ejemplo, si el Código Penal reconoce la circunstancia de parentesco tanto al parentesco formal o efectivo, como en el afectivo (art. 11 CP), hay que plantearse el mismo principio en otros supuestos, como la interpretación de tal parentesco en tipos como el del parricidio (405 CP), cuando el vínculo formal se ve vacío de contenido, al desaparecer la afectividad y consiguiente mayor culpabilidad en el reo —que se supone causa de tal vínculo— (Ver: "El delito de parricidio en el supuesto de cónyuges separados". José Mª Merlos. Revista General de Derecho. Nº 516. Septiembre 1987. Pags. 4685 y siguientes).

Por lo que respecta a la prueba, o al indicio como prueba para proceder contra alguna persona y, en definitiva, para condenar, el Tribunal Constitucional ha declarado que "la presunción de inocencia, una vez reconocida por el artículo 24.2 de la Constitución Española, ha pasado de ser un principio general del Derecho, a convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y exige, para ser desvirtuado, una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, que de

alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse, por lo tanto, la culpabilidad del procesado”, es decir, que “estas pruebas, aún mínimas, pero suficientes, pueden lícitamente eliminar o destruir la presunción *iuris tantum* de inocencia constitucionalmente reconocida, pero siempre que constituyan legalmente pruebas y que contengan elementos incriminatorios respecto de la participación del acusado en el hecho, también objetivamente acreditado” (Sentencia T.C. n° 105, de 21-7-1986, fundamento jurídico segundo).

Finalmente, debemos insistir en la decisiva función del juicio oral en nuestro ordenamiento. Como afirma Vicente y Gella: “Centrar el estudio en el juicio oral es subrayar su papel clave en el enjuiciamiento criminal, es ser debidamente sensible al respeto de la preeminencia que corresponde a esa fase procesal... El sumario y cualquier actuación que le sea previa están envueltos en bruma y no deben predeterminar nunca la decisión”... (citado por Martínez Val: “El abogado ante el juicio oral”. En *Revista General de Derecho* n° 513. Junio 1987. Página 3057). Y es que, como afirma nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia de 17 de Junio de 1986, en su fundamento jurídico primero): “Los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituídos que sean de imposible o muy difícil reproducción, siempre que en todo caso se hayan observado las garantías necesarias para la defensa”.

José Ramón Fernández Areal
Coronel Auditor