



Revista

América

MÉXICO

Número 3 • Junio 2012



Presunciones y Derecho penal

María del Carmen Gómez Rivero

Universidad de Sevilla, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: *Este documento presenta un breve recorrido por algunos supuestos con los que el legislador español opta por configurar la conducta típica, o alguno de sus elementos, sobre la base de algunas presunciones aún presentes en el Código penal, pese a que éstas resultan incompatibles con algunos principios del Derecho penal sustantivo y procesal.*

PALABRAS CLAVE: *presunción, principio de intervención mínima, principio de culpabilidad, presunción de inocencia.*

ABSTRACT: *This paper traces a short overview on several assumptions used by the Spanish legislator to define typical behaviors or one of their elements, based on some suppositions still present in the criminal code even though they are incompatible with some of the principles in substantial and procedural criminal law.*

KEY WORDS: *presumption, minimal intervention principle, culpability principle, presumption of innocence.*

SUMARIO: *I. Planteamiento del problema: a) El concepto de presunciones en Derecho penal sustantivo; b) Las dudas en torno a la compatibilidad de las presunciones con los principios básicos del Derecho penal sustantivo y procesal. II. Algunas manifestaciones de las presunciones en el Código penal. Grupos de casos: a) Presunciones orientadas al adelantamiento de los presupuestos ordinarios de la intervención penal; b) Presunciones orientadas a conseguir la igualdad en el tratamiento de los autores allí donde se ventila su capacidad de culpabilidad; c) Presunciones basadas en las posiciones relativas de los sujetos activos y pasivos del delito: el supuesto mayor injusto en el caso de los tipos relacionados con la violencia de género; d) Presunciones relativas a la concurrencia de los elementos que determinan la prohibición de la conducta; e) Presunciones relativas a la culpabilidad de los autores; f) Presunciones orientadas a determinar la gravedad objetiva de la conducta. III. Valoración.*

I. Planteamiento del problema

Se enseña a los estudiantes de la Licenciatura de Derecho que se enfrentan por primera vez a la asignatura de Derecho penal, que esta rama del Ordenamiento Jurídico, por su gravedad, reclama el escrupuloso respeto de una serie de principios básicos, tanto de orden sustantivo como procesal. Entre los sustantivos, el primero que suele explicarse es que este sector del Ordenamiento Jurídico sólo interviene cuando fallan las demás instancias de reacción social y que, justamente por su carácter de *ultima ratio*, sólo reacciona frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, y esta exigencia se conoce como *principio de intervención mínima*. Este principio básico se proyecta después a todos los ámbitos de la elaboración jurídico-penal, hasta el punto de que la comprobación de la gravedad del ataque no se agota en aquella primera tarea del legislador, sino que debe estar presente de modo singular en la labor de los aplicadores del Derecho. Éstos habrán de velar por el cumplimiento no sólo de aquel principio, sino también de cuantos son irrenunciables en un sector del Ordenamiento Jurídico marcado por la gravedad de su respuesta. Entre ellos, valga la cita del *principio de culpabilidad*, que, como es sabido, reclama que no se aplique ninguna sanción si no puede probarse la actuación dolosa o, al menos, imprudente del agente.

Junto con lo anterior, aquellos mismos estudiantes de Derecho deben conocer, apenas se aproximan al estudio de las garantías constitucionales en el proceso penal, que el Estado de Derecho exige que las previsiones penales se apliquen con estricto respeto de una serie de principios básicos; entre ellos, la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva y, en definitiva, a un proceso con las debidas garantías.

El contenido de este trabajo, modesto testimonio de admiración y reconocimiento a la ejemplar trayectoria académica y profesional del profesor Tomás Salvador Vives Antón, tiene por objeto reflexionar hasta qué punto aquellos principios materiales y sustantivos básicos se respetan cuando el legislador incorpora determinadas *presunciones* en la configuración de la conducta típica. Antes de entrar propiamente en el fondo del asunto, resulta obligado hacer una serie de precisiones en torno a lo que se consideren como tales *presunciones* o *suposiciones*, en tanto que este término puede emplearse para referir realidades no siempre

coincidentes. A ello dedicamos un primer segmento dentro de este apartado (a), para identificar después, a modo de planteamiento del problema, las principales dudas que suscita su presencia a lo largo del articulado del Código penal (b).

a) *El concepto de presunciones en Derecho penal sustantivo*

Aun cuando al concepto amplio de presunciones pueden reconducirse diferentes técnicas empleadas en la configuración de los tipos penales, a efectos de este trabajo, por tales vamos a referir una doble modalidad. La primera de ella corresponde a los casos en los que el legislador incorpora en los correspondientes tipos delictivos reglas con las que dar por probada —para un concreto supuesto de hecho— la lesividad del comportamiento o, si se quiere, la lesión del bien jurídico a cuya tutela aquéllos respectivamente se orientan. Se trata, así, de previsiones que imponen la exégesis de que ciertos comportamientos, cuyo encaje típico pudiera resultar más o menos dudoso, son subsumibles en la conducta típica. Baste destacar en esta breve presentación que la ventaja de dicho proceder es evidente, en la medida en que, con él, el legislador consigue inyectar una dosis incuestionable de *seguridad jurídica* en la determinación de la conducta prohibida, al *concretar* para determinados casos y sin margen de duda el supuesto de hecho que previamente ha definido con carácter *general*.

En segundo lugar, junto con los anteriores supuestos, las presunciones que van a centrar nuestra atención son aquellas en las que el legislador valora determinados casos como equiparables en gravedad al injusto de otros conductas cuyo desvalor se reconoce en otros preceptos del Código penal. Es, si se quiere, una regla por la que el legislador presume que determinados hechos deben castigarse *como si* se tratara de otro tipo de conductas tipificadas en el Código penal.

Esta breve caracterización de las presunciones como objeto de estudio permite diferenciarlas de, al menos, dos grupos de casos con los que pudieran confundirse. En primer lugar, ofrece elementos para distanciarlas de los llamados *conceptos legales*, caracterizados porque el legislador ofrece definiciones normativas de determinados conceptos típicos. Así, por ejemplo, cuando el art. 238 CP define el concepto de fuerza en las cosas a los efectos del delito de robo, no está presumiendo que aquélla concurra, por ejem-

plo, en los casos de escalamiento. Su valor es tan sólo ofrecer un concepto normativo de la misma a efectos de apreciar el delito.

En segundo lugar, de aquella escueta definición se deduce que es característico, de uno de los tipos de reglas que nos ocupan, considerar que la concurrencia de determinados extremos representa una conducta lesiva, *equiparable por medio de una presunción* a otras cuya gravedad se admite sin discusiones. Esta precisión es importante, porque permite diferenciar la técnica que nos interesa de aquellos otros casos en los que el legislador dispone, sin más, que determinados comportamientos representan siempre y en todo caso una *nueva forma de ataque* a un bien jurídico digno de sanción penal. Como ejemplo, en este sentido, podría citarse en el capítulo de los delitos contra la seguridad vial el art. 384, que redactado conforme a la LO 15/2007, de 30 de noviembre, tipifica la conducta de conducir sin el correspondiente permiso de circulación. Se trata en definitiva de una regla que introduce una nueva modalidad de conducta cuya lesividad el legislador presume en todo caso, con el efecto de expandir la tutela penal del bien jurídico. Las críticas a esta forma de proceder, caracterizada por el posible solapamiento de las infracciones penales y administrativas, son por todos conocidas; baste recordar, si acaso, que básicamente aquéllas denuncian la pérdida del carácter de *ultima ratio* de la intervención penal.

Por otra parte, en esta breve caracterización de las presunciones es importante advertir que un rasgo de las mismas es que, tal como se manifiestan en el Código penal, no permiten en principio prueba alguna que desvirtúe su consistencia, esto es, parecen responder al modelo de las llamadas presunciones *iuris et de iure*. En efecto, cuando el legislador recurre en los distintos tipos penales a esta técnica, de su respectivo tenor literal se deduce que incorporan una orden a los jueces y tribunales para que *en todo caso* apliquen dicha regla, de modo que la labor de éstos debe reducirse a desplegar en forma automática dicha tarea de subsunción formal, sin margen alguno para la discrecionalidad.

b) Las dudas en torno a la compatibilidad de las presunciones con los principios básicos del Derecho penal sustantivo y procesal

Hay que reconocer que, en relación con las presunciones que nos interesan, las críticas a las que pueden

hacerse acreedoras no resultan, al menos a primera vista, tan llamativas como en relación con otros casos de suposiciones que antes referíamos; en concreto, las que configuran *ex novo* una modalidad adicional de ataque a intereses dignos de protección penal. Porque, al menos en los casos que nos ocupan, nadie cuestiona que la generalidad de las conductas a las que se asimilan sean merecedoras y necesitadas de la misma, punto de partida de la intervención penal. De hecho, que las críticas en estos supuestos no presenten la radicalidad de los anteriores se debe a que, al menos los casos en que se presume la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas, obedecen a una finalidad atendible por el Derecho: la necesidad de ofrecer criterios sólidos en determinados supuestos cuya tipicidad pudiera resultar dudosa y, con ello, a la conveniencia de inyectar *seguridad jurídica* en la labor de aplicación del Derecho. Se trataría, si se quiere, de una suerte de conflicto o tensión de intereses: por una parte, el de comprobar en cada caso las peculiaridades del comportamiento para decidir en forma individualizada la procedencia o improcedencia de su encaje en el respectivo tipo penal, en cuanto garantía de la lesividad material de la conducta; por otra, el interés en evitar que los casos dudosos queden en su resolución al albur del juicio que en cada caso realicen los Tribunales de Justicia.

Ahora bien, una cosa es la menor radicalidad con que se presentan en estos supuestos las críticas a la técnica de suposiciones, y otra bien distinta es que, sin embargo, también ahora sea fácil advertir las objeciones que ya a primera vista suscitan. Basta para ello tan sólo con reparar que, en principio, este tipo de *suposiciones* resulta de entrada difícilmente conciliable con los principios sustantivos que inspiran el Derecho penal. Si como recordábamos más arriba, esta rama del Ordenamiento Jurídico sólo actúa ante los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, esto es, si reclama la *lesividad material* de la conducta, ¿cómo puede presumirse siempre la misma o, al menos, los elementos que la conforman con carácter general allí donde el legislador introduce esta técnica en el tipo penal?, ¿es acaso respetuoso con la comprobación de la gravedad de la actuación del sujeto activo que el legislador *presuma* determinados elementos del injusto en la configuración de los tipos penales?

Es más, los interrogantes anteriores en torno a la dudosa compatibilidad de aquellos elementos en el orden

penal no se agotan sólo en las dudas acerca del respeto a aquel principio sustantivo. Resultan también evidentes desde la perspectiva de su compatibilidad con otros principios básicos procesales. Porque, ¿cómo presumir elementos de la tipicidad de la conducta sin vulnerar los principios básicos de *presunción de inocencia* y, de manera más amplia, de *no indefensión*?, ¿cómo se puede presumir el daño en una rama del Ordenamiento Jurídico que, por su singular gravedad, reclama la prueba del mismo?, ¿es que acaso el valor representado por la seguridad jurídica puede *justificar* su vulneración?

Ciertamente, como iremos viendo, la respuesta admite matices en función de las características de los tipos penales en que el legislador recurre a esta técnica. Pero es bastante sintomático de las quebras a que puede dar paso dicho recurso el hecho de que una de las tendencias más encendidamente criticadas por la doctrina encuentre su origen precisamente en una presunción: la de la concurrencia de un peligro. Me refiero, en concreto, a las críticas vertidas contra los delitos de *peligro abstracto*, máximos exponentes de la tendencia expansionista del Derecho penal sobre la base del adelantamiento del momento de su intervención. Las acerbas críticas formuladas contra esta clase de delitos son por todos conocidas y no tendría sentido reproducirlas aquí. Lo único que interesa en estas líneas es poner de relieve que dicha construcción descansa decididamente en el juego de una presunción; en concreto, del juicio de peligrosidad relevante a efectos penales, sin necesidad de introducir comprobación adicional alguna en torno a la efectiva potencialidad lesiva de la conducta. Como ejemplo en este sentido podría citarse en el capítulo de los delitos contra la salud pública el art. 360, que castiga la conducta de quien, hallándose autorizado para el tráfico de determinadas sustancias peligrosas, “los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos”, o en un ámbito tan distinto como los relacionados con la ordenación del territorio, el art. 319, donde al legislador parece bastarle la remisión en bloque a la normativa administrativa para configurar el injusto típico, limitándose a requerir, tan sólo, que la conducta se realice en los respectivos tipos de suelo que enuncia en sus apartados primero y segundo. Nadie debe por

ello extrañarse de que, alertados por aquellas críticas doctrinales, no sea infrecuente encontrar en las resoluciones judiciales relativas a estos tipos esfuerzos por introducir criterios correctores que restrinjan de alguna manera su ámbito de aplicación.

Lo anterior, sin embargo, no significa que no pueda constatarse la presencia de otros tipos penales elaborados igualmente sobre la base de presunciones, pero respecto a los cuales no resulta tan evidente el juicio acerca de su compatibilidad con aquellos principios básicos. Para ello, sin ánimo de exhaustividad, procederemos a agrupar su fenomenología en torno a una serie de grupos que ayuden a advertir su presencia en el Código penal (II), como presupuesto para abordar en un momento posterior el juicio en torno a su procedencia y, en definitiva, a si también esas otras *suposiciones* deben ser desterradas del articulado del Código penal (III).

II. Algunas manifestaciones de las presunciones en el Código penal. Grupos de casos

a) Presunciones orientadas al adelantamiento de los presupuestos ordinarios de la intervención penal

Dentro de este grupo podrían incluirse todas aquellas suposiciones legales inspiradas por la finalidad de anticipar el momento de intervención de esta rama del Ordenamiento Jurídico. En él tendría cabida de modo paradigmático el recuso a los *delitos de peligro abstracto*, en los términos que ya referimos más arriba. Junto a ellos, también podrían citarse otras técnicas legislativas que en última instancia responden a una presunción. Según lo interpreto, no otra base común está presente en los llamados *delitos de acumulación*, cuya principal manifestación puede encontrarse en sede de los delitos contra el medio ambiente. Las críticas formuladas contra los mismos son reiteradas, y no es éste el lugar para abundar en ellas.¹ Ahora tan sólo interesa destacar que las mismas enlazan en última instancia con una *suposición*, en concreto, la de que, aunque aisladamente las conductas no tengan lesividad material suficiente como para justificar la intervención del orden penal, van a *confluir* con la que realicen otros agentes, con el resultado entonces de su lesividad.²

¹ Véase Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

² En la doctrina alemana, Vogel, J. refiere el caso del delito de estafa de crédito (§265 b StGB), que protege el funcionamiento del sistema

Al mismo grupo corresponderían todos aquellos preceptos que sancionan en forma anticipada una conducta sobre la base de representar un indicio irrefutable de la futura comisión de un delito. Como ejemplo podría citarse la tipificación de la posesión de “programas de ordenador específicamente destinada” a la comisión de un fraude informático, que el legislador valora ya de por sí como un ataque al bien jurídico patrimonial sobre la base de la presunción de estar orientada a la posterior realización de aquel fraude. De hecho, hasta tal punto fortalece esa presunción que lo castiga con la misma pena que la estafa informática sin esperar siquiera al inicio de su ejecución (art. 248.3). En el mismo sentido puede traerse a colación el art. 189.1, que castiga la posesión de material pornográfico en el que participan menores de edad o incapaces. También ahora el legislador considera que, cuando se dan los requisitos del precepto, dicha conducta encierra siempre y en todo caso una lesividad anticipada para intereses relacionados con la libertad sexual sin necesidad de recurrir, por ello, a los esquemas de la tentativa del delito que corresponda.

b) Presunciones orientadas a conseguir la igualdad en el tratamiento de los autores allí donde se ventila su capacidad de culpabilidad

Uno de los complejos problemas a los que el Derecho penal siempre ha tenido que dar solución es el relativo a la fijación de determinados límites a partir de los cuales se considere que el sujeto activo, en concreto, posee la suficiente capacidad de motivación como para considerarse destinatario de la norma penal y, con ello, para ser acreedor de un juicio de reproche en este orden por los comportamientos delictivos que realice. Dejando a un lado la problemática propia de los incapaces, respecto a los que la imposibilidad para establecer reglas fijadas con carácter general en el Código determina que los Tribunales de Justicia tengan que valorar en cada caso su grado de capacidad,³ el problema de la fijación de criterios uniformes

para trazar el comienzo de la responsabilidad penal se plantea en relación con los menores de edad.

Sin entrar en los complejos problemas que suscita su regulación ni en las críticas que motiva el continuo parcheo de que ha sido objeto,⁴ tan sólo interesa de momento centrar la atención en las opciones a las que se enfrenta el legislador a la hora de afrontar el establecimiento de dichos criterios; a saber, recurrir a establecer topes rígidos de edad cuya superación determine automáticamente la consideración como adulto del menor infractor; o bien a fijar determinados márgenes de edad dentro de los cuales el juez pueda comprobar y valorar en cada caso la concreta capacidad del menor. Nuestro Código penal siempre se ha decantado por el primero de aquellos modelos, hasta el punto de que las últimas reformas han dado al traste con el único vestigio de graduación de la capacidad del joven delincuente conforme a sus circunstancias, establecido por la LO 5/2000, de 15 de enero. En efecto, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, renunció definitivamente a conceder cualquier tipo de valoración al juez para que apreciara en el caso concreto la capacidad de aquél para someterse a un régimen especial cuando se encontrase en edades comprendidas entre los 18 y los 21 años. De esta manera, confirmó la técnica de recurrir a presunciones rígidas en torno a la capacidad de los menores y jóvenes atendiendo tan sólo al dato cronológico de su edad.

Es cierto que la gran ventaja de esta opción legislativa es inyectar seguridad jurídica en el tratamiento de los menores infractores, a la vez que garantizar un trato *formalmente* igualitario de los mismos. Todo ello, por lo que interesa a este trabajo, sobre la base de una presunción acerca del momento en que adquieren el grado de juicio necesario para ser considerados como adultos a efectos penales. Sin embargo, su gran coste es el desconocimiento de las distintas condiciones de madurez mental y psíquica en que puede encontrarse el menor, hasta el punto de que la ventaja de la igualdad de trato acaba transformándose a la postre en la ceguera más absoluta frente a sus condiciones

crediticio. Como indica el autor, el sistema no queda dañado por la existencia de una única estafa de crédito. “Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán”, *Estudios de Derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios, 18), Cuenca, 1994, p. 51. Puede consultarse en <http://www.cienciaspenales.net>.

³ Sobre los mismos, véase Gómez Rivero, M.C., “Nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, volumen I-2006, *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares*, pp. 297 y ss.

⁴ De ellos me ocupé en mis trabajos “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, núm. 10, 200 (Marginales), pp. 163 y ss. y “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *Revista penal*, 2002, pp. 3 y ss.

personales y, con ello, acaba dando paso a las desigualdades más estrepitosas que puedan imaginarse. Ni qué decir tiene que la imposibilidad de encontrar cualquier remedio para paliarlas se debe al carácter *ius et de iure* con el cual se configura la presunción, de tal modo que por mucho que el abogado defensor del menor pueda demostrar la inmadurez mental de su cliente, el juez habrá de prestar oídos sordos a aquella alegación o reconducir la misma, todo lo más, a una construcción forzada, como pueda ser apreciar alguna anomalía mental. Sin embargo, lo cierto es que difícilmente podrá considerarse como tal lo que sea un mero retraso en la madurez del menor explicable sólo por su régimen de vida, su entorno, su nivel cultural, el clima afectivo en que se desenvuelve, o cualquier otra circunstancia condicionante de su desarrollo evolutivo.

c) Presunciones basadas en las posiciones relativas de los sujetos activos y pasivos del delito: el supuesto mayor injusto en el caso de los tipos relacionados con la violencia de género

La LO 1/2004 introdujo distintas medidas orientadas a conceder una protección especial a la mujer en las relaciones de pareja; en concreto, la conversión automática en delito de las faltas leves de amenazas (art. 171.4), la misma elevación a la categoría de delito de las faltas de coacciones (art. 172.2), y en el capítulo de las lesiones, una agravación por razón de su cualidad en el tipo básico del art. 148.4, así como la consideración como delito de las faltas de lesiones (art. 153). De todas ellas, vamos a detenernos tan sólo en la presunción contenida en el artículo 153 CP, por haberse pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia 58/2008, de 14 de mayo, acerca de la supuesta inconstitucionalidad de la norma con motivo de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad por la juez del juzgado de lo penal núm. 4 de Murcia.

Conforme a dicho precepto:

El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y

uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Para comprender su verdadero alcance conviene recordar que, conforme a la LO 1/2004, por “violencia de género” se entiende aquella que “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1º). Esta concepción de la violencia de género es la que recoge el art. 153.1 para justificar la previsión de un régimen especial y sin duda más severo para estos casos, también cuando se traducen en lesiones de menor envergadura.

El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, por auto de 29 de julio de 2005, planteó una cuestión de inconstitucionalidad relativa a este precepto, sobre la que se pronunció el Tribunal Constitucional. La atención a la misma es importante, puesto que buena parte de los argumentos manejados en aquel auto para poner en duda la constitucionalidad de la norma se referían precisamente a la presunción —*ius et de iure*— que contiene acerca de la mayor necesidad, siempre y en todos los casos, de proteger en forma especial a la mujer en cualquier supuesto en que fuera objeto de violencia, aun de la manifestación más leve. En concreto, la titular del juzgado de lo penal denunciaba que el precepto descansa sobre la base de presunciones legales, ajenas a la exigencia de prueba en el caso concreto, y fundadas tan sólo en el sexo respectivo del autor y de la víctima, así como en la relación entre ambos. Es más, como también denunciaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada, esa presunción puede tomar como referente distintos aspectos, sin que ninguno de ellos consiga estar exento de críticas desde el punto de vista del respeto de algunos principios básicos del Derecho penal.

Así, en primer lugar, podría interpretarse que la norma establece una *presunción acerca de la intención discriminatoria* que inspira la conducta del sujeto activo, de tal modo que cada vez que se constatará un supuesto de violencia —leve— del varón sobre la mujer y mediara entre ambos la relación que describe el tipo, habría de presumirse que la finalidad que

motiva la actuación del agente sería la de potenciar una supuesta posición de inferioridad de la mujer que de manera inveterada ha acompañado a su realidad y posición social.

Ahora bien, si esto fuera así, esta presunción, como con contundencia señalaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada, no sólo violaría los principios de igualdad, culpabilidad y del derecho básico a la presunción de inocencia, sino que ante todo supondría la recuperación del Derecho penal del autor, en cuanto que cualquier varón habría de responder por lo que han hecho en el pasado —o en el presente— otros individuos que comparten con él su mismo sexo. Por el contrario, si lo que realmente se quisiera evitar fuera la discriminación de la mujer, el protagonismo habría de cobrarlo la concreta conducta que sufriera ésta, sin ser lo importante la constatación del sujeto de la que proviene ni lo que han hecho otros individuos en el pasado. Es más, no puede pasarse por alto, como no pasó a la juez promotora de la cuestión, lo llamativo que resulta que esa presunción de discriminación se refiera en el Código penal justamente a las manifestaciones más leves de violencia contra la mujer, sin que exista una previsión específica que atienda al supuesto móvil discriminatorio en relación con los casos de maltrato habitual, donde se revela sin ambages el llamado “perfil del maltratador”.

Pero, en segundo lugar, tampoco resultaría más aceptable interpretar que la presunción que incorpora el art. 153.1 se refiere a un aspecto objetivo: al *abuso de superioridad* de que son objeto las mujeres frente a los hombres, lo que haría más vulnerable a quienes pertenecen a aquel género. Como también se recogía en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, dicha presunción chocaría de nuevo frontalmente con principios básicos del orden penal. En concreto porque, siguiendo dicho Auto, el abuso de superioridad es una agravante “relacional”, en cuanto que reclama una comparación de fuerzas y capacidades de ataque y defensa de los sujetos activo y pasivo, respectivamente. Por ello, dicha presunción sólo sería admisible si a su vez pudiera suponerse en el hombre siempre una mayor capacidad de ataque y, paralelamente, si pudiera siempre predicarse de la mujer una capacidad limitada o disminuida de defen-

sa, también por el hecho de serlo. Si se partiera de estas premisas para llegar a aquella conclusión, además de vulnerarse de nuevo derechos básicos como la presunción de inocencia o la igualdad, se atentaría contra el derecho a la dignidad de la mujer. Así sería teniendo en cuenta la imagen que entonces se presentaría de la misma, como ser débil, necesitado por definición de una protección especial, casi tutelar.

Por último, en tercer lugar, por las mismas razones habría de descartarse una posible justificación de la presunción si la misma tomara como referente la especial *vulnerabilidad* de la mujer frente al maltrato de su pareja. Porque, como señalaba la cuestión de inconstitucionalidad, una cosa es identificar, a partir de las estadísticas, estudios o informes, esa realidad sociológica y adoptar las medidas legislativas consecuentes con esa identificación, y otra muy distinta, presumir siempre que toda mujer víctima de un maltrato ocasional por parte de su pareja o ex pareja masculina necesita especial protección por pertenecer a ese colectivo de riesgo calificado como especialmente vulnerable. En forma clara, con este proceder se estaría incidiendo de nuevo en la imagen de debilidad y postración de la mujer como persona inferior, con la consiguiente lesión de su derecho fundamental a la dignidad.

En definitiva, pues, basta con repasar los tres posibles referentes de la presunción contenida en el art. 153.1 para advertir que en relación con cualquiera de ellos su presencia resulta incompatible, por distorsionante, con los postulados básicos no sólo del Derecho penal sino, ya antes, del Derecho constitucional. Resulta, sin embargo, llamativo que el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 14 de mayo de 2008 desconociera cada uno de estos argumentos para mantener la constitucionalidad de un precepto que representa el exponente paradigmático de las distorsiones propias de las presunciones en Derecho penal. En realidad, da la sensación de que el Alto Tribunal tenía muy claro desde el principio que, por razones de conveniencia que trascienden a los argumentos jurídicos, iba a mantener la constitucionalidad del precepto. No de otro modo puede explicarse que utilizara un argumento extraordinariamente pobre por su carácter circular. Así, dejando a un lado otros aspectos seriamente cuestionables del fallo,⁵ llega a

⁵ Como el hecho de que apunte en forma vaga e imprecisa a algunas posibles interpretaciones que convertirían en inconstitucional el precepto, pero sin realizar una declaración expresa y contundente al respecto, como sería de esperar de un pronunciamiento de este tipo. En concreto, en su FJ 4, refiriéndose a la interpretación de los sujetos activos, tras señalar que si la interpretación realizada por la titular del juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad “fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas

resultar agotador en el razonamiento del Tribunal que su juicio acerca de la constitucionalidad de la norma descansa ciegamente en que “las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (FJ 9). Esto es, el Alto Tribunal convierte en premisa de su razonamiento precisamente la conclusión a la que quiere llegar.⁶ De esta forma, justifica la presunción *iuris et de iure* que incorpora el art. 153.1 acerca de la especial necesidad de protección de la mujer en otra presunción que también adopta como *iuris et de iure*: la de una razonable constatación de la mayor gravedad de las conductas que realiza el varón sobre su pareja o ex pareja femenina sobre la base de su significado social objetivo y de su singular lesividad para la seguridad, libertad y seguridad de las mujeres. Con este proceder el Tribunal entró en un círculo vicioso con el que evitaba abordar la consistencia real de la presunción y que, por ello, repetía en forma agotadora. Baste para comprobarlo con reproducir otro par de pasajes del fallo: “No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios [...] sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (FJ 9). De la lectura de este párrafo resulta evidente que el Tribunal hace oídos sordos a las razones de fondo del recurso. Porque, ¿cómo puede presumirse *siempre* esa situación? Y, si se hace, ¿cómo puede ignorarse que entonces se convierte este tipo en una manifestación de un Derecho penal de autor, con la consecuencia de que el sujeto respondería porque ha existido una “arraigada”

desigualdad?, ¿o es que acaso alguien podría decir que el concreto varón es el responsable de ese arraigo discriminatorio? Para comprender lo absurdo del argumento bastaría pensar en otros casos: durante años los negros han sido objeto de discriminación por parte de los blancos. ¿Debería entenderse entonces que cada vez que hoy día uno de estos sujetos arremete contra uno de aquellos actúa por discriminación, continuando lo que ha sido una “arraigada” desigualdad?

Significativa de la insensibilidad del Tribunal es igualmente otra afirmación que realiza en su FJ 11, con la que pretende salir al paso precisamente de lo inaceptable de las presunciones:

El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones [...] No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Frente al empeño ciego y obsesivo del Tribunal por desconocer el fondo de ese “significado objetivo”, surgen una vez más serias dudas: ¿es que también ahora nuestro autor individual debe responder por ese arraigado modelo?, ¿realmente lo reproduce y está en su ánimo hacerlo cuando realiza lo que castiga este delito, a saber, un comportamiento leve y aislado de violencia?

Nadie debe por ello de extrañarse de que contra la sentencia se formularan hasta cuatro votos particulares.⁷ De ellos nos interesa detenernos en las consideraciones realizadas por el presentado por el Magistrado D. Javier Delgado Barrio, quien sobre la base de la imprecisión de la Sentencia⁸ sugería que del fallo debiera deducirse que cuando no concurra el mayor desvalor

en numerosos pronunciamientos de los Jueces y Tribunales ordinarios”, concluye que “la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal”, y que “cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito”. De hecho, sobre lo inadmisibles de la vaguedad e inseguridad de este apunte, véase el voto particular a la Sentencia que formuló el magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata.

⁶ Véase el voto particular presentado por el Magistrado D. Vicente Conde Martín de las Hijas: “La Sentencia, pues, pese a su extensión, se asienta sobre el vacío, ya que a lo largo de todos sus fundamentos [...] reaparece en cada caso, a modo de un estribillo constante, la alusión al mayor desvalor y gravedad, carentes de partida [...] de justificación argumental en la Sentencia”.

⁷ Formulados por los magistrados D. Vicente Conde Martín de las Hijas, D. Javier Delgado Barrio, D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Ramón Rodríguez Arribas. A ellos habría de añadirse el que iba a presentar el Magistrado D. Roberto García Calvo, fallecido antes de redactarlo.

⁸ A la que critica que esté *implícitamente* declarando la constitucionalidad del precepto cuestionado si se atiende a su literalidad, en lugar de recoger en el fallo, como sería propio de las sentencias interpretativas, en forma clara y expresa el sentido en el que debe interpretarse el precepto.

que constantemente refiere la Sentencia, el precepto resultaría inaplicable. Sin perjuicio de que dudosamente pueda concluirse que el Tribunal esté afirmando lo que el Magistrado apunta, lo que importa destacar es que la única vía para una interpretación plausible del tipo penal habría sido que efectivamente el Alto Tribunal hubiera dicho eso; o, lo que es lo mismo, que hubiera eliminado el carácter *iuris et de iuris* de la presunción y la hubiera configurado como *iuris tantum*, expulsando en esta forma del Código penal, por su incompatibilidad con la Constitución, uno de los reductos más preocupantes del empleo de dicha técnica.

d) Presunciones relativas a la concurrencia de los elementos que determinan la prohibición de la conducta

Incluimos en este apartado aquellas suposiciones referidas a la identificación de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas con los elementos que en general configuran el supuesto de hecho de la conducta típica. Dentro de él, vamos a tratar por separado dos supuestos paradigmáticos de las mismas. Por un lado, las presunciones incorporadas a los delitos contra la libertad sexual; por otro, las relativas a los delitos contra la seguridad del tráfico.

d.1) El ámbito de los delitos contra la libertad sexual

En el capítulo de los delitos contra la libertad sexual es frecuente encontrar suposiciones de lesividad de la conducta que tienen que ver con la condición o cualidad del sujeto pasivo; en concreto, esas presunciones se traducen en la fijación de determinadas edades por debajo de las cuales el legislador considera que la práctica de los comportamientos sexuales que respectivamente describe comportan un daño para el sujeto pasivo. El ejemplo paradigmático podemos encontrarlo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; en concreto, respecto a las conductas que se consideran lesivas a este último bien jurídico. Así, el art. 183.1 fija la edad en la que puede apreciarse el abuso fraudulento entre los 13 y los 16 años; el art. 185 considera punibles las conductas de exhibicionismo cuando se

realizan, además de ante incapaces, ante menores de 18 años. La misma edad maneja el art. 186 en relación con las conductas de venta, difusión o exhibición de material pornográfico; el art. 187 a efectos de considerar punible el favorecimiento de la prostitución cuando no media violencia o intimidación, así como el art. 189 respecto a las distintas conductas que tipifica, incluida la corrupción de menores. Pero, sin duda, el exponente más ilustrativo del recurso a la fijación de edades mínimas para eliminar el injusto de los delitos contra la indemnidad sexual es el art. 181.2 (y aun implícitamente, el 178), que al tipificar la conducta de abuso sexual dispone que “se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido, o de cuyo trastorno mental se abusare”.

Como decíamos, esta última cláusula sirve tal vez mejor que ninguna otra como exponente de los problemas que comporta el recurso a las presunciones en Derecho penal. Y no ya sólo por la relatividad en general de los márgenes con que se tipifique la conducta, algo que, dicho sea de paso, explica que hasta la reforma operada en estos delitos por la LO 11/1999 —que introdujo la referencia al bien jurídico indemnidad sexual— aquel límite se fijara en los 12 años. También porque, una vez establecido dicho límite general, resulta imposible equiparar en el grado de madurez y consiguiente afectación de su desarrollo evolutivo a todos los menores con edad inferior a la fijada. De hecho, las dificultades e incongruencias a que conduce esta opción se manifiestan con mayor claridad en los casos en que ambos sujetos de la relación, activo y pasivo, tienen corta edad. Imaginemos, por ejemplo, la relación entre un chico de 13 o 14 años y una chica de 12, probablemente esta última más madura que aquél. Las situaciones absurdas que pueden llegar a producirse han sido claramente denunciadas por algunos autores, por lo que no tendría sentido reproducirlas aquí.⁹ Tal vez sólo convenga recordar que para evitar dichas consecuencias en algunas Sentencias el Tribunal Supremo ha recurrido a algún expediente con el que sortear el rigor a que conduciría tal tipo de presunciones. Sirva como ejemplo la STS de 18 de abril, que enjuiciaba un caso en

⁹ Véanse los trabajos de Muñoz Clares, J., “La presunción de inconstituidad de las relaciones sexuales con menores de 13 años”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 2, noviembre de 2004, y “Doctrina final del Tribunal Supremo sobre el régimen de las presunciones en Derecho Penal y, particularmente, sobre la presunción de inconstituidad de las relaciones con menores de 13 años. Análisis de las SSTs (Sala Segunda), 411/2006, de 18 de abril, y 476/2006, de 2 de mayo (y II)”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 6, noviembre de 2006.

el que un joven ecuatoriano de 24 años había mantenido relaciones sexuales completas y consentidas con una chica de 12 años. Según dio por probado la sentencia, ésta presentaba una madurez mental superior a su edad, mientras que el joven tenía un bajo nivel cultural así como grado de madurez inferior al que le correspondería a su edad cronológica. El Tribunal Supremo, consciente de que la aplicación estricta del art. 181.2 habría llevado a consecuencias absurdas, dada la dificultad de apreciar un menoscabo a la indemnidad sexual de la chica, apreció en tal caso un error de prohibición invencible por parte del joven, basado tanto en su menor madurez como en las costumbres de su país que le habrían inducido a tal error.¹⁰

Sin necesidad de entrar a valorar el razonamiento de la Sentencia, lo importante es dejar constancia de que en los tipos delictivos en que se incorporan presunciones como ésta, la búsqueda de expedientes interpretativos para convertirlas en *iuris tantum* y, por tanto, para evitar la estricta aplicación del precepto en sus términos literales, justifica realizar a veces auténticas piruetas interpretativas con las que eludir la lesión de principios básicos en Derecho penal y procesal; en este caso, el derecho fundamental a la defensa y desde el punto de vista material el respeto al principio de *lesividad*, base a su vez irrenunciable del principio dorsal de *mínima intervención* penal.

d.2) El ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico

A este capítulo pertenecen las reformas introducidas en el Código penal por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, en materia de seguridad vial.

En primer lugar, debe citarse la nueva regla contenida en el art. 379.1, que castiga a quien “condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente”. Al tipificar la mera superación de tales niveles de velocidad, el legislador se desentiende por completo de las circunstancias de hecho que rodeen la conducción (concurencia de otros conductores o peatones, existencia de peligro concreto, etc.) para considerarla en todo caso punible.

Otro tanto habría que decir del apartado segundo del mismo artículo, cuando tras tipificar la conducta de quien conduzca “un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”, considera que en todo caso deberá castigarse conforme a esta regla a quien “condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0.60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1.2 gramos por litro”. En definitiva, superados estos límites y sin necesidad alguna de comprobar la concreta afectación del conductor, la norma *presume* la existencia del contenido material de injusto. El resultado es que el conductor respecto al que se demuestre haber conducido en tales circunstancias no tendrá posibilidad alguna de que prospere su alegación acerca de que, por ejemplo, pese a dar 0.65 el resultado del alcoholímetro, no tenía mermada en forma significativa su capacidad para conducir. Cualquier prueba pericial en contrario estará de antemano condenada al fracaso y, con ella, las posibilidades de defensa del sujeto.

Sin abandonar el mismo capítulo de delitos, también la reforma introdujo una importante presunción, en relación ahora con los casos en que se considere que existe conducción con temeridad manifiesta. A tales efectos, dispone el art. 380.2 que “se reputará manifiestamente temeraria” la conducción en que concurra el exceso de velocidad que castiga el art. 379.1 (velocidad superior en sesenta kilómetros en vía urbana o en ochenta por vía interurbana a la permitida reglamentariamente) y bajo los efectos del alcohol cuando se superan los límites que ya castiga el art. 379.2.

En el fondo, en todos estos casos la conducta se castiga sobre la base de la suposición de su lesividad, sin importar la efectiva concurrencia o no de una situación de riesgo o, lo que es lo mismo, se trata de delitos elaborados sobre la técnica del “peligro abstracto”, algo que, como ya vimos, no representa más que una de las manifestaciones de las presunciones en Derecho penal.

e) Presunciones relativas a la culpabilidad de los autores

Si bajo este apartado entendemos las presunciones que se dirigen a suponer nada menos que la responsabilidad de los autores por determinados compor-

¹⁰ Véase el comentario a la misma de Muñoz Clares, J., *Revista General de Derecho penal*, núm. 6, noviembre de 2006, *op. cit.*

tamientos, parecería lógico tachar de disparatado cualquier atisbo de su existencia en el Código penal actual, uno de cuyos principios básicos es que no puede exigirse responsabilidad si no se demuestra en cada caso, al menos, la actuación negligente del autor. Así lo consagra expresamente el art. 5 del Código penal, cuando dispone que “no hay pena sin dolo o imprudencia”.

No es por ello de extrañar que el Código penal del 95 pusiera fin a una veterana suposición de este tipo en el ámbito de los delitos contra la libertad, en concreto, en el capítulo de los delitos de detenciones ilegales. Me refiero a la presunción que estuvo presente en el Código penal del 73 relativa a los reos que no dieran razón del paradero del detenido. A juzgar por la pena que se preveía, reclusión mayor —la entonces prevista para el homicidio—, no podía concluirse más que el legislador implícitamente presumía que el secuestrado había muerto a manos de sus secuestradores (art. 483 CP de 1973). Esta presunción, que con razón había sido objeto de las más duras críticas doctrinales,¹¹ fue definitivamente suprimida por el Código penal de 1995. Frente a ello, el actual art. 165 se limita tan sólo a ordenar la imposición de la pena en su mitad superior, renunciando por tanto a traducir en su *quantum* cualquier suposición acerca de la muerte del secuestrado.

Pese a la desaparición tan digna de aplauso de esta presunción, lo cierto es que aún pueden descubrirse en el articulado del Código otras suposiciones seriamente incompatibles con el mismo principio. Sería el caso de la contenida en el art. 30.2, cuando establece una responsabilidad en cascada para los casos en que el delito se cometa utilizando medios o soportes de difusión mecánicos. Para estos casos, tras la identificación de los autores, el art. 30 dispone la responsabilidad de los directores de la publicación o programa, de los directores de la empresa editora, emisora o difusora, así como de la empresa grabadora, reproductora o impresora. No es difícil advertir que el respeto al principio de culpabilidad requeriría que pudiera demostrarse que, efectivamente, tales sujetos tenían conocimiento efectivo de lo publicado, y no meramente posible o supuesto, ya que de otra forma sólo cabe concluir que la misma se asienta sobre la base de un juicio de responsabilidad objetiva, conforme al que la pena se impone a aquellos por la mera posición que ocupan.

f) Presunciones orientadas a determinar la gravedad objetiva de la conducta

Bajo este apartado se tratan los casos en los que el recurso a determinadas suposiciones en el tipo penal responde al esfuerzo por trazar criterios con los que delimitar la gravedad de la conducta en términos cuantitativos. Es lo que sucede en aquellos delitos en cuyo injusto tiene un protagonismo consustancial, no ya tanto la realización de un determinado comportamiento, sino la cantidad o volumen del mismo. Ejemplos en este sentido son todos los relacionados con la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Como es sabido, con ellos no se pretende incriminar cualquier forma de fraude a la Hacienda Pública, sino sólo aquellas actuaciones fraudulentas que, por su entidad cuantitativa, adquieren especial importancia. Es lo que explica que, por ejemplo, en el delito de fraude fiscal sólo cuando el importe de lo defraudado supere los 120 000 euros se considere delito, mientras que el resto de los fraudes que no alcanzan esa cuantía resulten impunes en el orden penal. Dejando a un lado el debate en torno a su consideración como resultado del delito o como condición objetiva de la pena, lo importante es que con el establecimiento de determinadas cuantías el legislador traza, sobre la base de una presunción de la relevancia del comportamiento, el momento de la intervención penal.

III. Valoración

En las páginas anteriores hemos hecho un breve recorrido por alguno de los supuestos en los que el legislador opta por configurar la conducta típica, o alguno de sus elementos, sobre la base de presunciones. Como hemos ido observando, las mismas son especialmente proclives a merecer un juicio de rechazo en el orden penal, debido a la incompatibilidad en general de su estructura con los principios propios de esta rama del ordenamiento jurídico.

Que esto es así no sólo resulta evidente repasando las críticas que hemos ido denunciando y que, como enseguida veremos, han dado paso a importantes reacciones doctrinales. Es evidente también si se observa la propia actitud del legislador, que ha corregido, eliminándolas, algunas de las presunciones incompatibles en forma más palmaria con aquellos principios,

¹¹ Véase Muñoz Conde, J., *Derecho Penal, Parte Especial*, 7ª ed., Valencia, 1988, p. 144.

como es el caso que antes referíamos relativo a la desaparición de la presunción, implícita en el art. 483 CP 1973, de que los secuestradores habían matado a la víctima cuando no daban razón de su paradero.

Pese a aquella desaparición, lo cierto es que las presunciones aún presentes en el articulado del Código penal resultan, al menos en buen número de casos, frontalmente incompatibles con algunos principios básicos tanto sustantivos como procesales. No son por ello de extrañar las severas críticas que la doctrina ha ensayado contra ellas. Las mismas no se ciñen a algunas manifestaciones puntuales de aquella técnica que enlazan con tendencias actuales del Derecho penal, como hemos visto que es el caso de los delitos de peligro abstracto o los delitos de acumulación, sino que se dirigen en general contra las manifestaciones del recurso a las presunciones en esta rama del Ordenamiento Jurídico.¹² De hecho, la doctrina se ha esforzado no sólo por denunciar la vulneración de principios y garantías a que da lugar este tipo de presunciones, sino que ha realizado importantes esfuerzos interpretativos para evitar su aplicación con el valor de presunciones *iuris et de iure*.

Entre esas propuestas interpretativas merece destacarse la realizada por Muñoz Clares en relación con los delitos contra la indemnidad sexual, en concreto, respecto a la presunción contenida en el art. 181.2 CP. Para este autor, desde el año 2000, fecha en la que se dio una nueva redacción a determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la reforma operada por la LO 1/2000, de 7 de enero, habría de entenderse que todas las presunciones que comprende el Código penal tienen un valor *iuris tantum*, salvo que el texto legal expresamente dispusiera lo contrario. Así, considera que habría de entenderse por el juego de los artículos 4, 385 y 386 de aquella norma, redactados conforme a la referida LO 1/2000. Según el primero de ellos, el 4, “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales [...]

serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”. En palabras del autor, dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene precepto alguno que oriente sobre la interpretación de las presunciones tanto legales como judiciales, resultan de aplicación al proceso penal los artículos 385 y 386 LEC. Conforme al 386.2, “Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”. Según el art. 385.2, “cuando la Ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. Por último, el apartado 3 del mismo artículo establece que toda presunción admite prueba en contrario, “salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”.

A partir del juego de estos preceptos y de su relación con la LEC, entiende el autor que el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* ha de ser el resultado de una decisión expresa del legislador, sin que pueda la jurisprudencia negar la posibilidad de admitir prueba en contrario en los casos en que la Ley así no lo determine. Por lo demás, Muñoz Clares sale al paso de las posibles objeciones que pudieran formularse, básicamente la relativa a que los preceptos de la LEC tienen carácter procesal, no sustantivo, argumentando sobre la base de la artificiosa distinción entre el Derecho penal sustantivo y procesal.

Ni qué decir tiene que el argumento supone un paso importante en la búsqueda de criterios con los que *sortear* la letra de la ley. Y decimos sortear porque lo cierto es que, con el artículo 181.2 en la mano, difícilmente podría deducirse que la voluntad del legislador realmente fuera ésa, la de admitir prueba en contra cuando pudiera demostrarse la madurez

¹² En la doctrina alemana véase Vogel, J., “Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán”, *op. cit.*, pp. 43 y ss. Este autor hace un recorrido por los distintos tipos de presunciones presentes en el Código penal alemán, centrando la atención en las relativas al Derecho económico, incluidas las contenidas en normas extrapenales con posible traslado al Código Penal, como las previstas en el parágrafo 38 GWB (Ley de prácticas restrictivas de la competencia), que impone una sanción a las empresas que hayan abusado de su posición dominante en el mercado, considerando por tal el parágrafo 22.3 de dicha ley, los casos en que se tiene al menos una tercera parte del mercado. Tras recordar que las presunciones deben superar las exigencias del principio material de culpabilidad y reserva de ley, y las procesales de búsqueda de la verdad material, necesidad de convicción judicial e *in dubio pro reo*, concluye que al juez le está prohibido afirmar la existencia del delito como presumido. “Pero el legislador tampoco puede desprenderse de este deber, ya sea formulando tipos en los cuales se contengan presunciones abiertas o reglas procesales de prueba, mediante las cuales se dispensa al juez de afirmar el delito con certeza. Especialmente las presunciones materiales abiertas son inconstitucionales, pues suponen una *contradictio in adjecto* —o de otra forma dicho: una contradicción pragmática— afirmar la certeza mediante una presunción.”

del menor. No hay mejor manera de comprobarlo que el contraste entre la forma en que está redactada la cláusula relativa a la edad y la referente a la protección que dispensa a los sujetos que padecen cualquier tipo de trastorno mental, único caso en que incluye la referencia a la comprobación del abuso: incapaces “de cuyo trastorno mental se abusare”.

Es más, aun cuando se aceptara este razonamiento, difícilmente el mismo podría resultar aplicable a todos los casos en que el legislador establece presunciones en el Código penal. Para entenderlo, baste con contemplar desde una perspectiva amplia las distintas manifestaciones de aquellas que hemos ido destacando. No será difícil advertir que mientras unas parecen descansar en la presunción de un *hecho*, otras presumen que ciertas condiciones determinan la *valoración* de la conducta como relevante penalmente, pero partiendo siempre de las circunstancias fácticas efectivamente concurrentes sobre las que no se realiza labor de suposición alguna. Al primer caso pertenece el art. 181.2, que parte del *hecho presunto* de la *inmadurez* del menor de 13 años y, con ello, de la irrelevancia de su consentimiento, o en el capítulo de los delitos contra la seguridad del tráfico, el art. 379.2, que castiga al que condujere con determinadas tasas de alcohol en sangre, caso este en que de nuevo el legislador parece presumir un dato fáctico: la *merma de las facultades* del conductor con tales tasas.

Por el contrario, en otros supuestos el legislador, a partir de los hechos efectivamente probados, considera que, en todo caso, se dan las condiciones que permiten *suponerlo* como lesivo al bien jurídico que protege. Sería el caso, por ejemplo, del art. 380.2, cuando ordena al juez que considere como manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior (superación de índices de velocidad y alcohol).

La misma presunción en la valoración de los hechos está presente en materia de tráfico de drogas en el art. 369.5, cuando cualifica la conducta de facilitar drogas a menores de 18 años, caso en el que, sin entrar a presuponer circunstancias fácticas (p. ej., si el sujeto era previamente o no consumidor de drogas), *valora* en todo caso la conducta como objetivamente más grave. Otro tanto sucede en un ámbito tan distinto como los delitos contra el medio ambiente o incluso contra la ordenación del territorio, en los que,

al menos en determinadas modalidades, la exigencia de peligrosidad típica sólo puede entenderse sobre la base de los delitos de acumulación y, con ello, de nuevo, sobre la base de una valoración supuesta de lesividad que en realidad no corresponde a la conducta aisladamente considerada.

A este mismo grupo pertenecería aquella otra presunción que referíamos, relativa ahora a la edad del sujeto activo para considerarlo adulto en términos penales. Tampoco en estos casos el legislador presume ninguna característica fáctica del hecho (como sería si supusiera la incapacidad del menor, por ejemplo de 17 años, para comprender el sentido de las normas penales). Lejos de ese proceder, lo que expresa el criterio es una opción de política criminal conforme a la cual se considera *conveniente* que, con independencia de su grado de madurez, los menores de esa edad no entren en los tentáculos de la justicia penal.

Para cerrar el capítulo de ejemplos, resulta de interés hacer alguna referencia a las presunciones contenidas en los delitos de violencia de género (art. 153 o la cualificación de las lesiones en el art. 148.2 en atención a la cualidad de mujer o ex mujer del autor). Por la dificultad en general implícita en ellos, no es de extrañar la complejidad para determinar el objeto de la presunción. Y es que, si bien a primera vista pudiera extraerse la conclusión de que el objeto de la suposición es una supuesta mayor debilidad o indefensión de la mujer —fáctica— en las relaciones de pareja (lo que sería entonces la presunción de un hecho), lo cierto es que basta traer a colación la STC de 14 de mayo de 2008 para comprobar que más bien lo que supone es la valoración de las agresiones que tienen lugar en el marco de esa relación como más graves a partir de datos estadísticos, sociales e incluso históricos. Baste para ello recordar un párrafo de la sentencia: “No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios [...] sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”. Que realmente sea esto lo que está en la base del precepto despierta severas críticas. Pero eso nos llevaría a un estudio distinto que excede el objeto de estas líneas.

De momento, lo único que nos interesa es insistir en la importancia de la distinción entre presunciones referidas a extremos fácticos o, por el contrario, a la

valoración de los hechos. Porque, como decíamos, aunque se aceptara la referida interpretación propuesta por Muñoz Clares, la misma habría de limitar su alcance, todo lo más, al primer grupo de casos.¹³ Baste pensar que cuando, por el contrario, el legislador opta por presumir en todo caso una determinada valoración de los hechos manifiesta una *decisión de política criminal* en torno al alcance de la conducta típica respecto a la que cualquier corrección por vía exegética supondría una invasión en la competencia del legislador, de todo punto inadmisibles. Así, por ejemplo, si el juez interpretase que la conducción en velocidad superior a la permitida en 80 kilómetros por hora en vía interurbana debiera quedar impune en el caso concreto porque se trataba de un tramo de autovía por completo solitario, no estaría interpretando sino *suplantando* la voluntad del legislador de valorar, en todo caso, dicha conducción como lesiva a la seguridad del tráfico.

Es más, incluso en las suposiciones que previamente hemos identificado como referidas a un extremo fáctico de la conducta, tampoco podrían despejarse por completo las dudas en torno a la admisibilidad de una eventual prueba en contrario. Por continuar con los delitos relativos a la seguridad del tráfico, retomemos el ejemplo de la conducción con índices de alcohol superiores a los que determina el art. 379.2 CP: ¿hasta qué punto podría interpretarse con certeza que la voluntad del legislador no ha sido la de castigar *en todo caso* la conducción en tales circunstancias, sin estar dispuesto a admitir que en el caso concreto pudiera demostrarse la ausencia de una merma significativa de la capacidad del conductor? Y en el caso de las relaciones sexuales con menores de 13 años, ¿con qué grado de seguridad podría descartarse que la voluntad del legislador no sea la de considerar en términos *valorativos* que los menores de esa edad deben permanecer, en todo caso, indemnes frente a las relaciones sexuales con independencia de su grado de madurez y de la posterior incidencia del acto en su desarrollo evolutivo? Ciertamente que, de ser así, podrá entonces criticarse enérgicamente la incorporación al articulado del Código penal de preceptos que carecen de contenido material de injusto. Pero, como sucede

en tantos otros casos, y los delitos de peligro abstracto serían otro ejemplo, lo que habrá de hacer entonces es denunciar su existencia en el Código, no desplazar por vía interpretativa la competencia del legislador y, con ello, sortear el respeto del principio de legalidad, límite inquebrantable de cualquier interpretación, favorable o contraria al reo.

Llegados a este punto, no puede más que concluirse afirmando que la introducción de cualquier límite en la interpretación de estas reglas requeriría un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, algo que, por cierto, recordemos que evitó en relación con la manifestación más palmaria de esta tendencia, la de los delitos contra la violencia de género. Sin esa legitimidad, la pretensión de practicar esas limitaciones supondría una maniobra para suplantar por vía exegética la letra de la ley, práctica sobre cuya inadmisibilidad no parece necesario seguir insistiendo.

A la vista de todo lo anterior, sólo queda reclamar con carácter general el destierro definitivo del Código penal de los vestigios de tales presunciones *iuris et de iure*, por ser frontalmente incompatibles con los principios básicos que inspiran no sólo el orden sustantivo penal, sino también el procesal. Lo anterior no significa, sin embargo, desconocer que determinados casos ciertamente reclaman, por razones de *seguridad jurídica*, la imposición de determinados topes rígidos que vengan dados a los aplicadores del Derecho. Sería, en efecto, desconocer la realidad misma de las cosas negar que en determinados supuestos se impone la funcionalidad en la fijación de las reglas de aplicación de la ley penal, un interés que también resulta atendible en esta rama del Ordenamiento Jurídico.

En concreto, la admisibilidad de la técnica de las presunciones debe ceñirse a los casos en que con ellas se trate de determinar o contribuir a fijar en términos *cuantitativos* la *gravedad objetiva* de la conducta a partir de la cual reaccione el orden penal. Sería el caso, por ejemplo, de la fijación de las cuantías a partir de las cuales se considere el comportamiento como constitutivo de delito en los tipos que son limítrofes con las infracciones administrativas. Valga de cita la fijación de 120 000 euros para considerar punible el fraude fiscal o contra la Seguridad Social (arts. 305 y 307 CP respectivamente), o la cifra de 80 000 para

¹³ Pese a que en la práctica es encontrar dicho tipo de interpretaciones orientadas a limitar la aplicación de la norma, también cuando la presunción expresa una valoración de los hechos. En materia de violencia de género es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª), sentencia núm. 76/2007, de 9 de febrero, que no aplicó el art. 153 en el caso concreto que enjuiciaba por entender que en él no se podía probar una voluntad de discriminar, dominar y subyugar a la víctima por parte del sujeto activo, actitud que consideró que debía probarse para evitar la quiebra a los principios de presunción de inocencia e igualdad.

entender delictivo el fraude de subvenciones (art. 308 CP). Son, en definitiva, supuestos que incorporan circunstancias estrictamente objetivas y que expresan una opción de política criminal basada en razones de funcionalidad, que sólo al legislador corresponde tomar. Por ello, porque es una decisión privativa de éste y escapa a cualquier posibilidad de valoración por parte de los Jueces y Tribunales, los mismos están obligados a aplicar *ope legis* y sin posibilidad de matización dichas previsiones.

Otro tanto habría que decir en los casos en que se trata de conductas de objetiva lesividad; por ejemplo, cuando tienen como sujetos pasivos a menores de edad aumentan las razones de su protección. Como supuesto paradigmático podría citarse el de la referida cualificación incorporada al delito de tráfico de drogas cuando las mismas se faciliten a menores de edad (art. 369.3). A diferencia de lo que ocurre en otros supuestos en que se trata de proteger a menores frente a conductas que no tienen que ser *per se* perjudiciales para el mismo (relaciones sexuales), en la medida en que el consumo de determinadas sustancias tiene demostradamente efectos nocivos para la salud, el juez debe asumir sin margen de valoración la aplicación de la agravante y sin posibilidad de atender a cualquier extremo concurrente en el caso (por ejemplo, previa iniciación en las drogas por parte del menor), en la medida en que nada restaría a la mayor gravedad de la conducta.

Por el contrario, cuando aquellas presunciones se fijen atendiendo a criterios relacionados con las cir-

cunstancias del autor (minoría de edad), de la víctima (delitos relativos a la indemnidad sexual), a la contemplación relativa de las posiciones de los sujetos activo y pasivo (delitos relacionados con la violencia de género), a la lesividad de la conducta (delitos contra la seguridad del tráfico), presuman la culpabilidad del autor (presunciones del art. 30 CP) o bien presuman *per se* la gravedad objetiva de la conducta (delitos de peligro), el respeto a los principios básicos del Derecho penal reclama su inminente desaparición del Código penal, al menos en su versión de presunciones *iuris et de iure*.

Probablemente esta denuncia no encuentre ni pueda encontrar eco inmediato en los tiempos que corren. No cabe más espacio al optimismo al comprobar lo rentable que resulta el recurso a la técnica de las presunciones en preocupaciones tan caras al Derecho penal actual. Lo sucedido en materia de violencia de género, en los delitos contra la seguridad del tráfico, o con la rotunda decisión del legislador de 2006 de renunciar definitivamente a cualquier margen de apreciación de las circunstancias particulares para graduar la responsabilidad de los jóvenes infractores, no dejan mucho más espacio a la esperanza y únicamente hacen pensar que tal vez no sean sólo ejemplos aislados de la fragilidad de los cimientos del Derecho penal. Parecen ser, por el contrario, instrumentos fundamentales en climas tan propensos a contentar, a cualquier precio, a la ciudadanía. Malos tiempos para denuncias contracorriente.



Instituto Nacional de Ciencias Penales
Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal
Editorial Ubijus