

# La presunción legal de voluntariedad

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Profesor Adjunto de Derecho penal  
de la Universidad de Valencia

I. *Introducción.*—II. *Las presunciones legales y los conceptos afines.*—III. *Naturaleza y efectos propios de las presunciones legales relativas.*—IV. *Evolución histórico-dogmática de la presunción de dolo en Alemania e Italia.*—V. *La presunción de voluntariedad en la doctrina española.*—1. *Fundamento.*—A. Filosófico.—B. Lógico-práctico.—C. Carencia de fundamento. 2. *Finalidad de la presunción.*—A. Evitar las dificultades de la prueba del dolo.—B. Distribuir la carga de la prueba.—C. Evitar la impunidad o la punición a título de culpa de los supuestos dudosos.—3. *Alcance de la presunción.* A. Objeto.—a) Dolo.—b) El llamado dolo “específico”.—c) Dolo y culpa.—d) Imputabilidad.—e) Voluntariedad de la acción.—f) Voluntad referida a la norma.—B. Alcance procesal.—a) Inversión de la carga de la prueba. b) Medios de prueba.—c) El principio “in dubio pro reo”.—d) Casación.—VI. *Interpretación restrictiva de la presunción legal.*—A. Restricción en cuanto al objeto.—B. Restricción en cuanto a la eficacia procesal.—VII. *Conclusión.*

## I. INTRODUCCIÓN

Parece claro que el Derecho penal actual procura, al menos tendencialmente, conceder la máxima vigencia al principio “no hay pena sin culpabilidad” (1) En tanto, la presunción legal de voluntariedad, entendida frecuentemente como *presunción de dolo*, entraña el riesgo de favorecer en la *praxis* una actitud de renuncia o indiferencia respecto a la comprobación de la concreta e individual culpabilidad del reo (2).

Una evidente contradicción, no siempre conscientemente advertida, parece existir aquí entre las posturas adoptadas, respectivamente, en los planos del Derecho material y procesal. Contradicción no sólo de la doctrina científica, sino también de la propia doctrina jurisprudencial, que, si por un lado intenta afortunadamente, sobre todo, en los últimos años, acercarse cada vez más al principio “ninguna pena sin culpabilidad”, por otro interpreta la presunción legal de voluntariedad como una auténtica *praesumptio doli*. Al lado de decla-

(1) E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch.* (München-Berlin, 1963), p. 137 ss.

(2) Cfr. M. GALLO, *Il Dolo. Oggetto e accertamento*, en *Studi Urbinati di Scienze giuridiche ed economiche* (1951-52), p. 134 ss.

raciones de nuestro Tribunal Supremo en las que se afirma que “la sola relación causal de ningún modo constituye fundamento de la responsabilidad criminal, por lo que si no consta la culpabilidad, procede la absolución” (3), se encuentran otras en las que se mantiene que la existencia del dolo “se halla amparada por la presunción *juris tantum* establecida en el párrafo segundo del artículo primero del Código penal” (4). El Tribunal Supremo ha llegado a declarar que “la forma de voluntariedad” que, “como elemento espiritual”, caracteriza las infracciones definidas como delitos “*no requiere demostración alguna* por parte de los Tribunales, a quienes es la propia Ley, anticipándose a su criterio, quien se la da formalizada mediante aquella presunción” (5). Aunque esta declaración se interpretase en referencia inmediata con la técnica del recurso de casación, no cabe duda de que implica cierta indiferencia hacia la concreta investigación del elemento subjetivo del delito.

Y sin embargo, parece obligado establecer una relación armónica entre el *principio de culpabilidad* (6), aceptado en el plano material y la necesidad de una individualización de la culpabilidad personal, en el plano procesal. Como advierte, con toda razón, Stree a la exigencia material de culpabilidad corresponde la exigencia de que la pena sólo debe imponerse en virtud de una *probada* culpabilidad (7).

A un observador imparcial, ha de sorprender, sin duda, el hecho de que la presunción legal de voluntariedad, interpretada mayoritariamente como auténtica *praesumptio doli*, haya merecido la ferviente adhesión de los más autorizados comentaristas de nuestros Códigos de 1848-50 y 1870, se acepte todavía sin mayores reservas por alguno de los actuales, y haya sido criticada abiertamente como injusta tan sólo en contadas ocasiones.

La evolución histórico-dogmática de la *praesumptio doli* no ha seguido, entre nosotros, una línea paralela a la de aquellas literaturas que, como por ejemplo la alemana, habían elegido como punto de partida la misma fundamentación. Premisas filosóficas inadecuadas, consideraciones derivadas de la naturaleza psíquico-interna del dolo y razones de índole meramente práctica se entreveraron, una y otra vez, de forma compleja y no siempre clara.

Es decisiva en este punto, naturalmente, la existencia *jurídico-positiva* de una presunción legal. Una presunción de carácter general que aparece legislativamente consagrada en el Libro Primero del Código Penal. El problema de la presunción del dolo se presenta en nuestra patria, pues, en términos diversos a lo que suele ser más frecuente en las legislaciones actuales. El Derecho comparado indica

---

(3) Sentencia 2 octubre 1962.

(4) Sentencia 21 noviembre 1962.

(5) Sentencia 27 junio 1956.

(6) Vid. ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (Heidelberg, 1961), p. 116 ss.

(7) W. STREE, *In dubio pro reo* (Tübingen, 1962), p. 16.

que una general presunción legal del dolo está siendo desterrada (8).

Actualmente las legislaciones tienden a rechazar una presunción general de dolo y acogen, todo lo más, ciertas figuras delictivas concretas, que aparecen preferentemente en leyes especiales, cuya formulación puede dar lugar a la creación de presunciones por parte de la interpretación jurisprudencial. Fenómeno hasta cierto punto explicable si se tiene presente que las leyes especiales se suelen caracterizar más por lo que tienen de desviación que por la fidelidad a los principios de una buena técnica legislativa (9). En nuestro *ius positum*, por el contrario, la presunción legal de voluntariedad aparece regulada en la parte general del Código y desde allí extiende su eficacia, incluso a las leyes especiales (10).

Establecida legalmente la presunción por primera vez en el Código de 1822 —aunque con un alcance distinto al que le concedieron los Códigos posteriores— se mantiene todavía en vigor después de la Revisión de 1963. La existencia jurídico-positiva de la presunción no justifica por sí misma el favor que le dispensó nuestra doctrina tradicional. Antes al contrario, más bien parece que esta actitud doctrinal frente al texto positivo, contradicha muy pocas veces, justifica, en cierta medida, la inercia del legislador. Por de pronto el Tribunal Supremo para dar más fuerza a la aplicación concreta de la presunción ya invocó, en alguna ocasión, que se trata de un principio “sustentado con criterio científico” (11).

Gessler dijo en 1860 que consideraba superflua una demostración teórica de que las formas de culpabilidad deben de ser positivamente probadas. Tal era, a su juicio, la inconsistencia de la fundamentación que se había pretendido dar a la presunción del dolo. La polémica en torno a este tema tenía para él interés sólo desde un punto de vista histórico (12). No podemos decir lo mismo nosotros. El problema de la presunción general del dolo constituye en nuestra patria todavía un problema del Derecho vigente.

No parece, por ello, inoportuna en estos momentos una revisión crítica del tema que, como es obvio, implica consideraciones de Teoría General del Derecho (presunciones), Derecho procesal penal (pre-

(8) Una auténtica presunción legal de dolo se establece, en cambio, como es sabido, en el Código Canónico. “Posita externa legis violatione, dolus in foro externo praesumitur, donec contrarium probetur” (Can. 2.200, § 2). Sobre la presunción del Canon 2.200 vid. R. MOTZENBAECKER, *Die Rechtsvermutung im kanonischen Recht* (München, 1958), p. 480 s.

Según F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo* (Milano, 1960), p. 11, la disposición del Canon 2.200 se explica en función de la prevalencia otorgada en el Derecho Canónico a las pruebas legales.

(9) Cfr. F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 6.

(10) Sentencia 21 mayo 1946.

(11) Sentencia 15 junio 1953.

(12) T. GESSLER, *Ueber den Begriff und Arten des Dolus* (Tübingen, 1860), p. 275 s.

sunciones *iuris tantum* y su eficacia en orden al *onus probandi*) y Derecho penal material (significado de la voluntariedad).

Precisamente esta complejidad del tema obliga a la fijación de algunos conceptos previos.

## II. LAS PRESUNCIONES LEGALES Y LOS CONCEPTOS AFINES

La presunción 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 (13).

Cuando la regla de experiencia es recogida y codificada por el legislador, surge entonces una presunción legal (14). Atendiendo a la rigidez con que el legislador haya codificado la regla de experiencia, se distinguen las presunciones legales en relativas y absolutas, según admitan o no la posibilidad de que en el caso concreto, mediante la oportuna prueba en contrario, se desmienta la regla de experiencia acogida por el legislador.

La presunción legal relativa despliega su eficacia —a juicio de Bettiol— en el ámbito del proceso, porque el juez, a diferencia de lo que sucede en la presunción legal absoluta, no se encuentra vinculado aquí a una *equivalencia procesal* establecida por el legislador, entre la prueba del hecho sobre el que se basa la presunción y el hecho presunto. Por el contrario, el juez puede admitir en el caso concreto cualquier medio de prueba para demostrar la ausencia de ligamen entre los dos hechos, que postula con carácter general la regla de experiencia codificada (15). La presunción legal relativa es, por su propia estructura, un concepto en referencia, en el sentido de que su validez está condicionada a la ausencia de prueba en contrario.

Pero, al margen de que el legislador haya codificado o no una regla de experiencia y dado, de este modo, vida a una presunción legal, 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 experiencias universalmente válidas. La *praesumptio hominis* aparece, así, como instrumento de convencimiento del juez

---

(13) Sobre la presunción en general, vid. J. W. HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho* (Trad. y notas de L. SANCHO SERAL (Madrid, 1931); L. ROSENBERG, *Die Beweislast* (München, 1956), p. 199-242, con abundante bibliografía; y en nuestra literatura más reciente, V. SILVA MELERO, *La prueba procesal. I. Teoría General* (Madrid, 1963), p. 111 ss.

(14) G. BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, en *Rivista italiana di Diritto Penale* (1936), p. 242.

(15) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 243.

allí donde no es posible adquirir la prueba directa del hecho (16). La *praesumptio hominis* —también llamada simple— puede reconducirse, pues, a la noción de *prueba crítica indirecta*.

El no haber mantenido clara la distinción entre el concepto de presunción legal y la idea de la *praesumptio hominis* favoreció numerosos equívocos. Porque si, por un lado, se sintió la necesidad de rechazar una general presunción legal de dolo, por otro —como subraya Henkel— la propia naturaleza del dolo que se presenta como un “*hecho interior*” proclama la necesidad de recurrir, salvo casos excepcionales, a la *prueba indirecta*, también llamada artificial, porque no recae de modo inmediato sobre el *thema probandum*, sino sobre otros hechos que sólo representan un eslabón de la cadena probatoria (17). Como advierte Bricola cuando se habla de una lógica resistencia del dolo a las presunciones, es necesario precisar a qué presunciones nos referimos, porque si, de una parte, el prevalente substracto naturalístico del dolo constituye un obstáculo para las presunciones legales, de otra todo el proceso de comprobación del dolo se encuadra en el esquema de la *praesumptio hominis seu iudicis* (18).

La diversidad de efectos de una presunción legal y de la *praesumptio hominis*, se advierte claramente con sólo pensar que en tanto la aplicación de ésta aparece subordinada a las características del caso particular, la primera deberá aplicarla el juez necesariamente cuando falte la prueba en contrario, incluso en aquellos casos en que la existencia del hecho presunto sea muy improbable (19).

El esquema lógico propio de las presunciones es común a la prueba de indicios (20). Se ha pronunciado en contra de esta identidad Manzini, argumentando que en tanto la presunción es el resultado de una *deducción* de la regla de experiencia, el indicio es el fruto de una *inducción* (21). A este razonamiento de Manzini ha replicado Bettiol. Señala Bettiol que cuando se dice que el indicio, como dato específico, es sólo el resultado de una inducción, se olvida que la prueba indiciaria debe ser corroborada por una regla de experiencia que sobre la base de la generalidad de los casos, venga a justificar en el supuesto concreto el nexo entre el hecho conocido, que posee valor de indicio, y el hecho ignorado. Por otra parte —añade Bettiol—

(16) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 44 s.

(17) H. HENKEL, *Die “praesumptio Doli” im Strafrecht*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* (Göttingen, 1961), p. 578.

(18) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 36 s.

(19) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 242.

(20) Sobre la prueba de indicios, vid. LÓPEZ MORENO, *La prueba de indicios* (Madrid, 1891); BARCÁIZTEGUI, *Derecho Penal práctico. De la prueba indiciaria o artificial*, en *Revista de los Tribunales* (1927), p. 177 ss.; V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios en el proceso penal*, en *separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Noviembre 1944); V. GIANTURCO, *La prova indiziaria* (Milano, 1958). Desde el punto de vista criminalístico, F. MEIXNER, *Der Indizienbeweis* (Hamburg, 1962).

(21) V. MANZINI, *Trattato di Diritto processuale penale italiano !* (Torino, 1956), p. 213 s. y III (Torino, 1952), p. 407 s.

si la presunción resultase únicamente de una *deducción* de la experiencia común sin tener también su fuente en un indicio, se debería admitir en el proceso penal una prueba *prima facie*, en virtud de la cual la pretensión del acusador, aun en ausencia de particulares indicios, debería 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. Bettiol rechaza, con razón, la existencia de una prueba *prima facie* en el proceso penal, en cuyo ámbito una regla de experiencia podrá servir para iluminar los resultados de una prueba, pero jamás para suplir la ausencia de prueba del hecho con valor de indicio, desde el cual se pueda ascender al hecho presunto (22).

Bettiol concluye afirmando que si se quiere captar una diferencia entre prueba indiciaria y prueba presuntiva es necesario volver la atención a las fuentes de prueba: “mientras los elementos de hecho que constituyen las fuentes de la prueba indiciaria no son especificados por el legislador, sino dejados a la prudente investigación del juez, los que constituyen las fuentes de la prueba por presunciones son, en cambio, expresamente fijados por el legislador” (23). En tanto en un caso el juez, en base a los elementos probados, llegaría al hecho ignorado por propia voluntad, en el otro, por el contrario —observa Bettiol— llega al hecho presunto por voluntad del legislador.

La conclusión de Bettiol precisa ciertas observaciones, aunque es exacta en el fondo. No se puede sostener de un modo absoluto que los elementos de hecho que constituyen la fuente de la prueba indiciaria no puedan ser de algún modo especificados por el legislador. Henkel ha puesto de relieve que, aun en el marco de un sistema de libre apreciación judicial de la prueba, el legislador, convencido precisamente del condicionamiento subjetivo de la prueba de indicios, puede considerarse motivado para “prestar ayuda” al juez mediante normas legales en las que se establezcan reglas para la elección de los hechos con valor de indicio y para la valoración de su fuerza probatoria. A ello puede sentirse obligado el legislador de manera especial —según Henkel— ante la consideración de la difícil prueba del dolo, cuando falta la confesión del inculpado. De hecho —añade Henkel— es posible ver un tal propósito de auxilio por parte del legislador en un gran número de reglas jurídico-positivas. Se trata tan sólo de “ayudar” al juez, pero no todavía de consagrar la llamada “teoría legal de la prueba”, que excluye la apreciación individual judicial. Demuestra, así, Henkel que puede existir una prueba de indicios de

---

(22) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 245 s. En contra de una prueba *prima facie* en el proceso penal, se han pronunciado recientemente H. HENKEL, *Dic “Praesumptio Doli”* cit., p. 589 s.; W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 41 s.; y F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 50, nota 75 y p. 76, nota 56.

(23) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 246.

libre apreciación judicial, pero *bajo ayuda y dirección legales* (24).

No se puede excluir, pues, de un modo radical que también en la prueba de indicios el legislador señale algunos hechos como portadores de un particular valor indiciario o sienta normas de orientación respecto a la elección de las fuentes de la prueba indiciaria. La diferencia con la presunción radica en la otra nota apuntada por Bettiol: en la prueba de indicios el juez asciende hasta el hecho ignorado por propia voluntad, en tanto en la presunción ha de ascender necesariamente por voluntad del legislador. En una presunción legal relativa, por ejemplo, probado el hecho base y ausente una prueba en contrario, el juez debe deducir necesariamente la existencia del hecho presunto, aun cuando en el caso concreto le parezca muy improbable.

Distintas de las presunciones son las llamadas, quizás con una terminología muy poco afortunada, *verdades provisionales*. Se ha discutido, sin embargo, si también las verdades provisionales pueden conducirse al esquema de las presunciones simples. La tesis afirmativa fue sostenida por Saraceno (25) y criticada, a nuestro modo de ver convincentemente, por Bricola (26). La diferencia entre *verdad provisional* y presunción fue ya claramente apuntada por Bettiol, quien señaló que se diferencia de las presunciones porque se admite sin necesidad de llevar a cabo ninguna prueba dirigida a la comprobación de un hecho con valor de indicio, mientras que en la presunción se requiere siempre, como punto de arranque, la demostración del hecho base a partir del cual se llega al hecho ignorado. Este tipo de *verdades provisionales* cree Bettiol que existe también en el proceso penal, porque, en efecto, responden a una necesidad psicológica que empuja al juez a considerar como verdadero y existente aquello que es conforme al curso natural de las cosas (27).

Bricola observa acertadamente que el requisito de la *interinidad* o *provisionalidad* que se les atribuye, demuestra implícitamente que no son *verdades* sino simples *hipótesis de trabajo* o *ubi consistam* de la investigación (28). A diferencia de las presunciones, no constituyen, por eso mismo, *medios de prueba* (29).

### III. NATURALEZA Y EFECTOS PROPIOS DE LA PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA

Se ha discutido si las presunciones legales relativas, referidas al elemento subjetivo del delito, que aparecen en el ámbito penal tienen carácter material o procesal. La opinión predominante les otorga ca-

(24) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 580

(25) P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale* (Padova, 1940), p. 108 ss.

(26) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 77 s.

(27) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 241.

(28) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 76.

(29) En este sentido, F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 51, nota 77.

rácter procesal, por entender que afectan al capítulo de la prueba (30). No faltan, sin embargo, autorizados escritores que niegan a las presunciones *iuris tantum* toda significación en el proceso penal. Reconocen la existencia de este tipo de presunciones en el ámbito punitivo, pero les atribuyen carácter sustantivo (31).

En contra, se ha argumentado que las presunciones *iuris tantum* no pueden considerarse como pertenecientes al Derecho penal, porque no crean nuevas hipótesis delictivas ni extienden las ya existentes, afirmando, en consecuencia, que se refieren únicamente a la prueba procesal (32).

La cuestión se ha discutido de un modo particular en relación con las presunciones *doli specialis* que aparecen a veces insertadas en los concretos tipos delictivos previstos en el Derecho penal material. La forma de aparición de estas presunciones supuso una tentación para mantener su carácter sustantivo. Sin embargo, se ha destacado últimamente que la opinión aislada de que tales presunciones serían partes integrantes del Derecho penal material, apoya sobre un malentendido respecto a la intención del legislador. No se pretende, mediante estas presunciones, sentar, por consideraciones de orden material —como podría ser una razón de seguridad jurídica—, la punición de los supuestos culposos o fortuitos dudosos como si fueran supuestos dolosos. Se trata simplemente de que el legislador, partiendo de la idea de que una particular penuria probatoria puede convertir la prueba del dolo de los respectivos delitos en una especie de *probatio diabolica* ha tratado únicamente de plasmar en la ley una regla —que ofrece al juez—, a fin de aligerar el procedimiento en cuanto a la demostración del dolo. El carácter procesal de estas presunciones estaría, así, fuera de toda duda (33).

En nuestra opinión, esta última observación es perfectamente extensible a la hipótesis de una general presunción *iuris tantum* de dolo. Con menos razón todavía podría mantenerse lógicamente aquí que la idea que el legislador llevó a la ley fue la de que todos los supuestos dudosos de realizaciones culposas o fortuitas de los tipos delictivos, deben ser castigados siempre como dolosos. Ninguna razón podría justificar este punto de partida. Más lógico parece pensar que el legislador, partiendo —no interesa ahora si acertada o erróneamente— de la idea de que la regla de experiencia enseña que la conducta del

(30) U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts* (Berlín, 1955), p. 161.

(31) Así, V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios* cit., p. 6, nota 2. Apoyándose en la opinión de CHIOVENDA, entiende Silva Melero que el efecto propio de tales presunciones carece en absoluto de significación en el proceso penal. Aclara Silva Melero que existen indudablemente presunciones *iuris tantum* desde el punto de vista punitivo, pero se trata del Derecho penal sustantivo, como sucede, por ejemplo, con la presunción de voluntariedad del Art. 1 de nuestro Código Penal. En el mismo sentido V. MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale*, I, cit., p. 215.

(32) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 41.

(33) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 585.



hombre suele ser el fiel reflejo de su naturaleza libre e inteligente, pretendió señalar al juez, para aliviarle en lo que consideraba difícil demostración del dolo, una regla respecto a cuándo debía darlo por *probado*.

Este punto de vista creemos que tiene una especial validez para la interpretación del Derecho positivo español. Como veremos más adelante, el planteamiento de Pacheco —que tantos seguidores tuvo— respecto al tema de la presunción del dolo, era ya un planteamiento en términos *probatorios*. Y tampoco puede olvidarse que el propio verbo *probar* había aparecido ya expresamente en la fórmula legal de la presunción por obra del legislador de 1822.

Por lo demás, se ha afirmado también que no existe ninguna presunción *iuris tantum* que opere exclusivamente en el plano material y no deje sentir su efecto en el ámbito del proceso (34).

Pero, ¿qué efecto? Por aquí comienzan las grandes dimensiones.

El efecto procesal característico de las presunciones *iuris tantum* es el de originar una inversión del *onus probandi* (35). Bettiol puntualiza que así como las presunciones civiles se referían originariamente a la *valoración* de la prueba, pero fueron luego perdiendo este carácter y pasaron a desplegar su eficacia respecto a la *carga* y *distribución* de la prueba, las penales, en cambio, conservaron aquella función originaria y continuaron afectando principalmente a la valoración, y sólo secundariamente proyectan eficacia respecto al *onus probandi* (36). Se toca ya, de este modo, el tema, que dio lugar a tanta literatura, de la existencia o inexistencia de una carga de la prueba en el proceso penal (37).

La ciencia jurídica alemana del siglo XIX, después de fundadas discusiones sobre el problema, llegó mayoritariamente a la conclusión de que una noción de la carga de la prueba conformada, según la imagen del proceso civil, no tiene en absoluto cabida en el proceso penal. Se entendió que no sería compatible ni con el principio de oficialidad, ni con el de la apreciación libre de la prueba, que el órgano jurisdiccional dejase de considerar hechos importantes por la simple circunstancia de que las partes no los hubiesen sometido a su conocimiento (38). Se recordó constantemente que la meta de todo proceso penal es el descubrimiento de la verdad material (39).

(34) P. NUVOLONE, *Presunzioni legali e prova del contrabbando*, en *Rivista italiana di Diritto Penale* (1940), p. 89.

(35) Cfr. V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios* cit., p. 6 y V. MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale*, I, cit., p. 215.

(36) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 248.

(37) Una referencia a las distintas posturas doctrinales que se adoptaron frente a la cuestión de si la carga de la prueba es compatible con un proceso inspirado en el *Untersuchungsgrundsatz*, puede verse en F. CORDERO, *Il giudizio d'onore* (Milano, 1959), p. 12, nota 24.

(38) U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses* cit., p. 159.

(39) Cfr. V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios* cit., p. 2, y E. SCHMIDHAUSER, *Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* cit., p. 511 ss.

Se propusieron incluso, para remarcar la diferencia con la imagen del proceso civil, las expresiones “interés de la prueba” y “carga fáctica de la prueba” (40) para caracterizar la posición del acusado, y el término italiano “compito” (41) y la voz latina “munus” (42) para designar la posición del Ministerio Público.

Hoy puede decirse que prevalece de modo casi unánime la opinión de que una carga de la prueba (43) en el sentido técnico-formal que posee en el proceso civil, no puede admitirse en el proceso penal (44). Así observa acertadamente Silva Melero que la noción civilista de carga de la prueba “parece incompatible con el proceso penal, por oponerse al principio del libre convencimiento del juez y la posibilidad de producir pruebas de oficio, sin que por otra parte cuente el origen de la prueba, y si ha sido aportada por una u otra de las partes o por el juez. Por otro lado —continúa Silva Melero— el deber del Ministerio Público de no limitarse a una orientación predeterminedada, y a su posible colaboración en la tesis de la defensa, viene a significar, en opinión de los que sustentan este criterio, una dificultad para transplantar principios del proceso civil al penal; añádase a esto, la llamada presunción de inocencia del inculpado, con sus consecuencias en orden al *onus probandi* y se comprenderá que a primera vista, al menos, parece razonable la posición de los que mantienen criterios diferenciales entre los dos tipos de proceso” (45).

Aceptado concordemente este punto de partida —imposibilidad de trasladar al proceso penal el instituto de la carga de la prueba, tal como se muestra en el proceso civil— la doctrina se preguntó si habría, al menos, la posibilidad de hablar en el proceso penal de carga de la prueba, pero otorgándole a la noción un contenido distinto al que ostenta en el plano civilista. Se pensó que el principio de oficialidad no constituía un obstáculo insuperable para que no se admitiese en algún modo la idea de la carga de la prueba (46). Así

(40) U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses* cit., p. 160.

(41) P. SARRACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale* cit., p. 70, afirma que sólo se puede hablar de carga de la prueba en relación con el imputado, o sea, sólo a *parte rei*, y no también a *parte reipublicae*. Por eso propone en relación con el Ministerio público la noción de *compito*, atribuyéndole a este término, según aclara expresamente, el significado corriente y familiar.

(42) Expresión preferida por F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 40, nota 59.

(43) Sobre los problemas relativos a la carga de la prueba en general, vid. L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., pp. 1-5.

(44) Distinta es la situación en el sistema anglo-americano. Aquí son las partes las que deben proceder a la reunión y exposición de pruebas, sin que exista para el juez ningún *deber* de actuar en este sentido. Se ha criticado este sistema por entender que contradice la naturaleza del proceso penal, que debe buscar ante todo la verdad material. Cfr. U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses* cit., p. 162 ss.

(45) V. SILVA MELERO, *La Prueba Procesal*. I, cit., p. 104.

(46) P. SARRACENO, *La decisione sul fatto incerto* cit., p. 70, dice que, si en relación con el Ministerio Público hay que hablar de un *compito*, en relación con el imputado deberá hablarse, si es posible, de un *onus*.

Bettiol, apoyándose en las observaciones de Pugliese, cita como ejemplo lo que sucede en el proceso tributario (47).

El problema de si es posible hablar de una carga de la prueba también en el proceso penal se planteó, como es fácil suponer, en estrecha relación con el tema de las presunciones *iuris tantum* (48). En este punto tuvo una especial fortuna el concepto de *carga material de la prueba* que había introducido ya en el siglo pasado Glasser.

Glasser configura para las excepciones procesales, los fundamentos de la absolución y ciertas circunstancias atenuantes una "carga material de la prueba" que incumbe al acusado, y cuyo efecto principal consiste en excluir, en el ámbito de esas materias, la vigencia del principio "in dubio pro reo". Al no aportar prueba sobre esos extremos el riesgo, en caso de duda, se vuelve sobre el inculgado (49).

Se aprovechó este concepto inicial de Glasser para hablar de un *onus probandi* sustancial en el proceso penal. Se distinguieron así dos conceptos de carga de la prueba: uno *subjetivo o formal*, reservado para el proceso de partes y otro *objetivo o material*, adecuado para aplicar el proceso penal (50).

Así, por ejemplo, Delitala caracterizará a este *onus material* como una "regla del juicio", que sirve para determinar sobre qué parte debe recaer el riesgo de la ausencia de prueba (51). Bettiol dirá que este concepto de carga sustancial de la prueba, mejor incluso que "como regla del juicio" debe entenderse como una "regla sobre la aplicación de las normas jurídicas" en general —y no sólo de las procesales penales— y pertenece, en consecuencia, al complejo normativo llamado "*Rechtsanwendungsrecht*" (52). Misión de esta regla de aplicación sería —según Bettiol— la de determinar si los supuestos de hecho, a los que una determinada disposición legislativa anuda consecuencias jurídicas, deben ser positivamente comprobados o si basta que el juez dude, en el caso concreto, de la "*falta de presencia*" de los elementos de hecho que la disposición legal prevé. La regla se reflejaría de un modo diverso en el proceso civil y en

(47) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 253.

(48) En torno a las relaciones entre presunciones y carga de la prueba, vid. P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto* cit., p. 72 ss.

(49) J. GLASSER, *Handbuch des Strafprozess*, I (Leipzig, 1883), p. 364 ss.; y, del mismo autor, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess* (Leipzig, 1883), p. 90 ss.

(50) Cfr. F. CORDERO, *Il giudizio d'onore* cit., p. 12, nota 24.

(51) G. DELITATA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato* (Padova, 1930), p. 140, nota 2.

(52) G. BETTIOL, *Presunzioni*, cit., p. 254 s. En contra de la distinción entre una carga de la prueba formal y una carga material, se pronunció P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto* cit., p. 69, por entender que no es clara. Últimamente rechaza la distinción, criticando el núcleo fundamental de la concepción de Bettiol y la apelación que hace éste a la categoría del *Rechtsanwendungsrecht*. D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti* (Milano, 1959), pp. 229-231.

el proceso penal. En el proceso civil los hechos impositivos deben de ser *positivamente* comprobados para que el juez pueda declarar infundada la demanda del actor. En el proceso penal, en cambio, para la absolución del imputado es suficiente el fallo de la prueba de la *inexistencia* de los hechos impositivos de la pretensión punitiva. De este modo —continúa Bettiol— no existiendo en el proceso penal una repartición en sentido formal de la carga de la prueba, el Ministerio Público debe ofrecer prácticamente no sólo la prueba de la presencia de los hechos constitutivos, sino también la prueba de la ausencia de un hecho impositivo de la pretensión punitiva. Si esta última prueba no logra resultados satisfactorios, el juez no puede pronunciar sentencia condenatoria, porque en la duda vale la regla de que el imputado debe ser favorecido. Así —concluye Bettiol— el principio *in dubio pro reo* se anuda al concepto de la carga sustancial de la prueba (53).

Ultimamente se ha vuelto a enfrentar con el tema Cordero. A su juicio, contraponiendo una figura “material-objetiva” y otra figura “formal-subjetiva” de carga de la prueba, se ha actuado tan sólo una revolución de adjetivos, porque permanece sin demostrar en qué se diferencia la posición del Ministerio Público de la del actor, por cuanto afecta a la comprobación de la tipicidad del hecho y del dolo, o bien de qué misteriosa forma la situación del demandado que hace valer un hecho impositivo, se diferencia de la del imputado que alega la verdad de las expresiones injuriosas o la ausencia de culpa en el ámbito de las contravenciones. En opinión de Cordero, un examen sin prejuicios pone de relieve que esas hipótesis convergen en un punto común: la ausencia de comprobación de un determinado hecho implica que sea emitida una decisión de un cierto contenido que, de acuerdo con un canon de valoración económica, se suele definir como desfavorable a una de las partes. En la decisión final del proceso se identifica, pues, *a posteriori* el sujeto cargado con la prueba. Para Cordero la carga de la prueba es una “figura despojada de todo contenido económico, con la que no se hace nada más que representar anticipadamente lo que sucedería sobre el plano de la decisión, si la prueba de un cierto hecho no fuere conseguida (54). De acuerdo con estas premisas, estima Cordero que la expresión “al Ministerio Público incumbe la carga de la prueba respecto al hecho X” equivale, en términos metafóricos, a la regla “si X no fuese probado, el imputado deberá ser absuelto o bien (en el supuesto, por ejemplo, de que esté en juego la estimación de una agravante), la pena deberá ser determinada en una medida más atenuada” (55).

En definitiva, como puede observarse, Cordero rechaza la distinción entre carga formal y carga material de la prueba, para, en último término, aprovechando la idea que sirve de base al concepto

(53) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 255.

(54) F. CORDERO, *Il giudizio d'onore* cit., p. 133.

(55) F. CORDERO, *Il giudizio d'onore* cit., p. 133, nota 177.

material de carga de la prueba, configurar una “regla del juicio” que tiene validez incluso en el ámbito civil, y en virtud de la cual se puede determinar anticipadamente lo que sucederá en la decisión final si no se logra probar un determinado hecho.

El concepto de carga material de la prueba tal como lo enunció Glasser es inadmisibile. La razón fundamental estriba en que convierte el interés meramente fáctico que la prueba puede revestir para el acusado en una regla legal de prueba, que excluye en general la vigencia del principio “*favor defensionis*” en el ámbito de las excepciones procesales, fundamentos de absolución y determinadas circunstancias de atenuación. Es curioso resaltar que Bettiol haya recurrido precisamente al concepto de Glasser para llegar, sin embargo, a la conclusión opuesta. La diferencia se origina por esa prueba negativa de la ausencia de hechos impeditivos que Bettiol carga sobre la acusación. Glasser comenzaba por repartir la prueba entre acusación e inculpado, precisamente para determinar a quién correspondía asumir el riesgo de la duda. El procesado asumía ese riesgo en relación con los fundamentos de absolución o de atenuación. Bettiol, en cambio, acumula toda la prueba sobre la acusación, que debe probar positivamente no sólo la presencia de los hechos constitutivos, sino también la ausencia de los impeditivos. Consecuentemente, el riesgo de la duda recae en todo caso sobre la acusación. Sin embargo, existen hipótesis excepcionales que, contrariando ese régimen normal, invierten el riesgo de la duda y lo hacen incidir sobre el inculpado. Estas hipótesis excepcionales están representadas por la existencia de presunciones *iuris tantum*.

En efecto, se ha reconocido incluso por aquellos que repudian el concepto de carga material de la prueba propugnado por Glasser, que lo que éste establecía como regla legal de la prueba, no tiene el carácter general que este autor pretendía atribuirle, pero sirve, en cambio, para caracterizar la posición del acusado en aquellos supuestos concretos en que existe una presunción *iuris tantum* desfavorable al mismo (56).

En estos casos el riesgo respecto a la falta de prueba de los hechos cubiertos por la presunción recae sobre el inculpado y no encuentra aquí aplicación el principio *in dubio pro reo*. Por ejemplo, en la hipótesis de una presunción relativa de culpabilidad, el juez deberá aplicar las consecuencias jurídicas previstas para la conducta del inculpado ya desde el instante mismo en que sea positivamente comprobado el hecho base de la presunción, incluso si el propio juez tiene dudas sobre la existencia del hecho presunto. El inculpado tiene, entonces, el máximo interés en demostrar, con todos los medios de prueba a su alcance, la presencia del hecho que destruye la presunción (57).

(56) Así, por ejemplo, U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Straßprozesses* cit., p. 161.

(57) Cfr. G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 256 s.

La relación entre presunciones *iuris tantum* y principio *in dubio pro reo* se hizo tan estrecha que llegó incluso a definirseles en referencia con el mismo concepto de *onus* material. Se ha dicho, en este sentido, que “la regla *in dubio pro reo* viene por consiguiente a constituir un principio normativo de carácter consuetudinario relativo al *onus* sustancial de la prueba en el proceso penal: su misión es la de establecer que en la duda el juez debe considerar como presente un hecho impeditivo de la pretensión punitiva y, por consiguiente, aplicar al caso concreto la norma que lo prevé, pronunciando sentencia absolutoria favorable al inculpado” (58). Las presunciones *iuris tantum* constituyen precisamente una excepción a este principio.

Una presunción legal de dolo se hace ya, desde esta perspectiva, merecedora de crítica. Se ha afirmado que hay que partir de la validez ilimitada del principio *in dubio pro reo* en relación con todos los caracteres que determinan el contenido antijurídico y culpable de una conducta punible. Sólo de este modo queda garantizado que el acusado no se vea obligado a expiar algo por lo que, eventualmente, no estaba llamado a responder. Se insiste en que para la vigencia del principio *in dubio pro reo* es indiferente que se trate de circunstancias fundamentadoras de la pena, causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad, o circunstancias atenuantes o agravantes (59). No se puede olvidar que “la máxima *in dubio pro reo* representa, con el mismo alcance, el reverso procesal del principio de culpabilidad” (60).

Desde un punto de vista jurídico-político ha puesto de relieve Stree que para un Estado de Derecho, según el cual la dignidad humana es inviolable y que considera a los individuos como entes espirituales y morales, el principio *in dubio pro libertate* es una máxima irrenunciable (61).

(58) G. BETTIOL, *La regola “in dubio pro reo” nel diritto e nel processo penale*, en *Rivista italiana di Diritto penale* (1937), p. 253. De “Principio de política procesal penal”, califica a la regla *in dubio pro reo* M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. primero (Barcelona, 1960), p. 616.

(59) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 19.

(60) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 38.

(61) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 17. Como observó C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (Berlín, 1954) (Neudruck), p. 158 s., para una consideración sistemática del moderno Estado de Derecho hay que tener en cuenta el fundamental principio de distribución. Este significa que la esfera de libertad del individuo es, en principio, ilimitada, en tanto las facultades del Estado son, en principio, limitadas. “El individuo como tal es portador de un valor absoluto y permanece con ese valor en su esfera privada; su libertad privada es, en consecuencia, algo, en principio, ilimitado; el Estado es tan sólo un medio y, por eso, relativo, derivado, limitado en cada una de sus facultades y controlable por los privados”.

Con el evidente deseo de evitar que el régimen fascista renunciase al principio, trató de demostrar Bettiol en 1937 que no había por qué considerarlo necesariamente vinculado a una ideología liberal, como lo prueba el hecho de que aparece consagrado ya en el Digesto y tuvo vigencia con mucha anterioridad a la Revolución Francesa. Cfr. G. BETTIOL, *La regola “in dubio pro reo”* cit., p. 246 s.

Por supuesto, el principio *pro reo* no reclama una *certeza absoluta*, cuya exigencia paralizaría prácticamente la jurisdicción penal. También un Estado de Derecho debe de tener en cuenta la limitación de la capacidad humana de conocimiento. Basta la *certeza subjetiva del juez*. El juez no debe abrigar ninguna duda y debe de estar completamente convencido de que existen los presupuestos fundadores de la pena y de que las circunstancias favorables al imputado no existen (62). Esta *certeza subjetiva* se alcanza cuando el juez, a través de la duda, llega a un *estado anímico de convicción* (63). Las presunciones *iuris tantum* suponen una excepción a esta exigencia de *certeza subjetiva*.

Siguiendo la exposición de Henkel (64), pueden esquematizarse del siguiente modo los efectos de una presunción *iuris tantum*:

a) Excluye, en cierta medida, la libre apreciación judicial de la prueba, en tanto puede obligar al juez a que, en el caso concreto, considere como probado un hecho jurídico-relevante tan pronto como ha sido probado otro hecho descrito en la ley.

b) Lo anterior tiene vigencia incluso cuando al juez no le parece convincente *in concreto* la consecuencia que deduce la regla codificada, y, mucho más aún, en caso de dudas.

c) Sólo la prueba de la certeza o la probabilidad de la proposición contraria a la presunción legal, puede dejar sin efecto la fuerza probatoria de ésta.

d) Si no aparece demostrada esta proposición contraria, la presunción, como consecuencia de una *carga material* de la prueba, vuelve el riesgo de la duda sobre el reo (*in dubio contra reum*).

#### IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-DOG MÁTICA DE LA PRESUNCIÓN DE DOLO EN ALEMANIA E ITALIA

La defensa de una *praesumptio doli* de alcance general se anuda fundamentalmente en la literatura alemana a los nombres de Grolmann y Feuerbach. Ambos coinciden en dotarla de una fundamentación más filosófica que jurídica.

Grolmann encuentra su principal punto de apoyo en el libre arbitrio que caracteriza el actuar humano. Apela expresamente a la *Menschennatur* (65).

Feuerbach invoca, por su parte, la *Natur des menschlichen Geistes* (66). Por obra del propio Feuerbach, como es sabido, la presun-

(62) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 37.

(63) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 580.

(64) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 581.

(65) K. GROLMANN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* (Giessen u. Darmstadt, 1805) (segunda edición), p. 65 s.

(66) P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen, 1805) (tercera edición), p. 54.

ción se consagró legislativamente en el artículo 43 del Código Penal bávaro de 1813.

Contra la general presunción de dolo, así fundamentada, se pronunciaron ya tempranamente Tittmann (1806), Stelzer (1811) y Martin (1820) (67). El danés Oersted criticó en 1818 la posición de Grolmann, y puso de relieve que del hecho de que el autor sea consciente del contenido inmediato de su conducta, no cabe derivar, sin más, la existencia de dolo, pues una actividad intencional de la cual derive un resultado antijurídico no es lo mismo que un delito doloso (68).

Cuando quedó al descubierto que la pretendida premisa filosófica era totalmente inadecuada para sustentar la presunción, sus defensores trataron de buscar apoyo en las fuentes romanas y en el Derecho intermedio, y en la consideración práctica de la conveniencia de ofrecer al juez una regla de prueba que le permita atajar las excusas del inculpado respecto a su intención, que, en caso contrario—se dijo—, serían difíciles de refutar (69).

Pero también en este nuevo frente histórico la presunción fue combatida de modo convincente. Wening puso de relieve en 1818 que el Derecho romano no llegó a admitir una auténtica presunción de dolo (70). El Derecho romano—y la observación es valedera para el Derecho intermedio— se limitó, en ciertos casos, a señalar determinados aspectos que poseían un particular valor indiciario para la comprobación del dolo (71). Como observa Henkel, cuando esta demostración fue ofrecida, hasta el propio Feuerbach renunció expresamente a mantener la general *praesumptio doli* (72), que había defendido en las ocho primeras ediciones de su *Lehrbuch*. Feuerbach mantiene aún una presunción de imputabilidad (73), pero dice a partir de la novena edición que para comprobar una determinada forma de la culpabilidad debe considerarse la naturaleza de la actuación en sí misma, sus conexiones—próximas o lejanas— con el resultado antijurídico derivado de ella y, finalmente, las circunstancias previas, simultáneas y subsiguientes a la actuación (74).

(67) Cfr. H. HEMME, *Ueber den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus* (Breslau, 1909), p. 75.

(68) Cfr. H. HEMME, *Ueber den Begriff* cit., p. 76.

(69) Vid. H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 582.

(70) WENING, *Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte*, en *Neues Archiv des Criminalrechts* (1818), p. 199.

(71) En este sentido debe ser interpretado el pasaje de Farinacio que V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, I (Torino, 1951) (a cura de G. D. Pisapia), p. 739, nota 2, cita como ejemplo de elaboración doctrinal de presunción del dolo. FARINACIO, *De poenis temporandis* (Frankfurt, 1605), p. 135 ss.; "Dolus praesumitur ex qualitate personarum; ex qualitate facti; in iis quae sui naturae sunt illicita et reprobata iure naturali vel divino; in eo omittit facere id quod facere debet; ex malo sequuto effectu; ex qualitate temporis; ex mendacio; ex violentia; in actu clam gesto; ex actu qui agenti non prodest et alteri nocet, etc.". Cfr. F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 11, nota 18.

(72) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 583.

(73) A. FEUERBACH, *Lehrbuch* cit. (Giessen, 1826) (9.<sup>a</sup> edic.), p. 80.

(74) A. FEUERBACH, *Lehrbuch* cit. (9.<sup>a</sup> edic.), p. 81, en donde aclara expre-



La consagración legislativa de la presunción en el artículo 43 del Código Penal bávaro no mereció mejor acogida. Gönner dirá, comentando ese precepto, que el juez tiene que atender a todas las circunstancias del hecho para comprobar la existencia del dolo. Es decir —como señala acertadamente Henkel—, en contra de las intenciones de Feuerbarch, Gönner interpreta la disposición legal como mera directriz para la investigación del dolo, mediante una prueba de indicios, en la cual debía ser decisiva la apreciación judicial del hecho (75), Höffner, propuso limitar los efectos prácticos de la presunción legal, mediante una interpretación restrictiva (76).

Incluso la misma praxis bávara se abstuvo de utilizar una regla de prueba tan burda como la que ofrecía el artículo 43. Como afirma Henkel, la praxis interpretó ese precepto en el sentido de atenerse, en primer lugar, a las circunstancias concretas del caso y sólo después de una suficiente fuerza indiciaria de los hechos probados, aceptaba una “presunción” —no “jurídica”, sino “natural”— del dolo. Se demostró así, definitivamente, además que sin necesidad de recurrir a una general presunción legal del dolo, las meras alegaciones negativas del inculpado podían ser refutadas (77).

Una presunción general de dolo, al estilo de la del artículo 43 del Código Penal bávaro, no vuelve a aparecer en las leyes de los Länder. Sí aparecen, en cambio, disposiciones legales relativas a la prueba del dolo. Por la coyuntura histórica deben de entenderse estas disposiciones —según Henkel—, por un lado, como admisión de la prueba de indicios, no utilizable como base del juicio en el proceso inquisitivo del Derecho común y, por otro, en el sentido de que se consideró conveniente, en aquel momento histórico, dar instrucciones legales al juez acerca del método de selección y valoración de los indicios (78).

A través de esta evolución fue eliminada la *praesumptio doli*, como *presunción general*. Aparecen, sin embargo, presunciones de dolo —verdaderas o aparentes— en numerosos *tipos delictivos* del Derecho Penal material. Las presunciones de esta índole, auténticas o inauténticas, están motivadas claramente — a juicio de Henkel— por la preocupación del legislador respecto a las dificultades con que tropieza el juez en la demostración del tipo subjetivo de los correspondientes delitos. Disposiciones de esta naturaleza se encuentran en gran número en las leyes de los Länder anteriores a la promulgación de la Ordenanza Procesal Penal del Reich, así como también en el propio Derecho penal del Reich, anterior y posterior a la St. PO. Todas ellas ofrecen margen para ser interpretadas como “impropias”

---

samente el autor que de la presunción de imputabilidad no se deriva la de una determinada forma de la culpabilidad (dolo o culpa).

(75) Cfr. H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 582.

(76) H. HEMME, *Ueber den Begriff* cit., p. 77.

(77) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 583.

(78) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 584.

presunciones, es decir, en el sentido de directrices legales para la apreciación judicial de indicios (79).

Se puede afirmar, pues, que ya la literatura científica alemana del siglo pasado arroja un balance netamente desfavorable para la *praesumptio doli*. Como observa Hemme, las críticas doctrinales dejaron de ser cautelosas cuando desaparecieron los vínculos legales (80). Por otro lado, como acabamos de ver, hasta la misma praxis renunció a hacer uso, cuando el propio texto legal se lo permitía, de una presunción general de dolo.

En cambio, una presunción del dolo genérico fue defendida aun en Italia por Manzini. No es lícito, sin embargo, equiparar sin más la posición del ilustre maestro italiano a la doctrina más tradicional entre nuestros autores. Su argumentación es, en síntesis, la siguiente: puesto que el Derecho italiano presume, salvo prueba en contrario (relativa a las excepciones expresamente establecidas por la Ley), en todo hombre la capacidad penal —que para Manzini es noción más amplia que la de imputabilidad—, es natural que el individuo que aparece como la causa material de un hecho, se presuma, por ello mismo, *iuris tantum* también causa psíquica del hecho, y que, finalmente, dada la voluntariedad de la causa, se presuma, salvo prueba en contrario, igualmente la voluntariedad del efecto (81).

Pero Manzini se cuida de advertir, seguidamente, que la presunción abarca tan sólo al *dolo genérico*. El dolo específico debe ser positivamente probado. Ahora bien, como para Manzini el dolo específico no equivale exactamente, a diferencia de lo que sostienen algunos fallos jurisprudenciales españoles (82), a ciertos elementos subjetivos del tipo de injusto de algunas figuras delictivas, sino que corresponde también al dolo característico y adecuado a cada tipo delictivo independiente, es decir, al dolo que permite calificar los hechos bajo uno u otro título de delito (83), la presunción aparece ya por lo que se refiere a su objeto, menos amplia de lo que en principio pudiera pensarse. Quien dispara un arma contra otra persona y la mata —aclara Manzini— “se presume que quiso alcanzar con el disparo a la víctima, pero para la imputación a título de homicidio es preciso probar que el agente perseguía el fin de matar y para degradar el hecho al título de homicidio preterintencional se precisa demostrar que el agente perseguía, por el contrario, solamente el fin de lesionar” (84).

Hay que tener en cuenta, asimismo, que en el plano procesal el propio Manzini priva de toda relevancia a las presunciones *iuris tantum*.

(79) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 584-585.

(80) H. HEMME, *Ueber den Begriff* cit., p. 80.

(81) V. MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale*, I (Torino, 1961) (a cura de G. D. Pisapia), p. 740.

(82) Vid. sentencia 31 octubre 1962 y 17 diciembre 1962, en las cuales se sustituye la tradicional terminología jurisprudencial de *dolo específico* por la de *elementos subjetivos del injusto*.

(83) Cfr. V. MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale* I, cit., p. 726 s.

(84) V. MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale* I, cit., p. 740.

En su opinión, estas presunciones tienen carácter penal sustantivo y no procesal y, por consiguiente, niega que posean eficacia para originar una inversión del *onus probandi*. En todo caso una presunción relativa puede crear, a lo más, un estado de correspondencia a la verdad real en tanto no surge la duda (85).

A pesar de sus limitaciones, la tesis de Manzini no gozó nunca de una acogida favorable entre la mejor doctrina italiana (86). Últimamente ha puesto de relieve Bricola los equívocos sobre los que apoya la argumentación de Manzini, demostrando fundadamente la inconsistencia de la misma.

Según Bricola no es exacto ninguno de los tres pasajes lógicos que establece Manzini. Las observaciones de Bricola pueden resumirse así:

a) En primer lugar, no es exacto que el Derecho penal italiano—otro tanto cabría decir del español—presuma la capacidad penal. Antes al contrario, el hecho de que el legislador haya previsto casuísticamente las causas de inimputabilidad viene a subrayar la necesidad de la investigación sobre la capacidad de entender y querer del sujeto. Por supuesto, no debe confundirse la formulación legal negativa de la imputabilidad con una presunción *iuris tantum* de la misma. Es cierto, por ejemplo, que el legislador español, en la medida que no dice quién es imputable, sino quiénes no lo son, parte de la idea de que lo normal es la imputabilidad y lo excepcional su ausencia. Pero este punto de partida pertenece a la *técnica legislativa* y no supone, en absoluto, la consagración de una presunción legal relativa.

b) En segundo lugar, aunque fuese exacto que el legislador hubiese presumido la capacidad de entender y querer, de esta primera presunción no podría derivarse—como en efecto deriva Manzini—la presunción de la conciencia y voluntad de la acción, porque ambas nociones obedecen a funciones diversas y esta diversidad funcional impide la coincidencia entre ellas. No puede olvidarse que la capacidad penal se refiere a un *status*, en tanto la conciencia y voluntad de la acción expresan aquella capacidad traducida ya *in actu* y hacen referencia, por consiguiente, al hecho concreto. Se puede tener, como es evidente, plena capacidad penal y haber ejecutado el hecho sin conciencia y sin voluntad. Piénsese en casos de fuerza irresistible o de inconsciencia voluntaria, sin ir más lejos. De este modo, el nexo que pretende establecerse entre el *status* y el acto concreto se ve contrariado por la propia regla de experiencia.

c) En tercer y último lugar, expone Bricola que resulta igualmente arbitrario deducir, sin más, de la voluntariedad de la causa—acción—también la voluntariedad del efecto para presumir, en definitiva, el dolo. También aquí el salto en el vacío es evidente, y no hay

(85) V. MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale* I, cit., p. 741 y, del mismo autor, *Tratatto di Diritto Processuale Penale italiano* I (Torino, 1956), p. 215.

(86) Cfr. F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 55, nota 1, con remisión al artículo de BATTAGLINI, *Sulla presunzione di Dolo*.

más que pensar en los supuestos de imprudencia. La experiencia diaria enseña que, a pesar de que la acción haya sido voluntaria, el resultado no tiene por que ser voluntario, el resultado no tiene porqué ser voluntario en los términos que exige la noción del dolo (87).

Bricola niega incluso que pueda admitirse una auténtica presunción legal de dolo en relación con aquellas concretas figuras delictivas que él denomina *fattispecie soggettivamente pregnanti*. Se trata de aquellos supuestos límites que serían los únicos a los que podría aplicárseles la fórmula del *dolus in re ipsa*, conservando, por lo demás, la expresión todavía un margen de imperfección terminológica. Bricola considera como tales aquellas figuras legales que prevén una conducta que, descrita a través de expresiones particularmente cualificantes, o específicamente condicionada por referencias temporales o modales, se muestra como unívoca objetiva y subjetivamente, o bien orientada, desde un punto de vista objetivo y subjetivo, hacia un evento cuya realización no está prevista en la figura legal aparente (88). También —a juicio de Bricola— es necesario frente a estas hipótesis llevar a cabo una investigación concreta relativa al elemento psíquico. Lo único que sucede es que en estas figuras concretas el proceso de deducción del dolo se simplifica. Esta simplificación, sin embargo, no significa renuncia a la investigación ni supone una inversión de la carga de la prueba (89).

La praxis italiana, no obstante, recurre a veces a una presunción del dolo. Se ha recordado recientemente que no es raro encontrar en las sentencias de los tribunales italianos la afirmación de que no es preciso detenerse en la demostración del elemento subjetivo, por cuanto el dolo está insito *in re ipsa* (90).

## V. LA PRESUNCIÓN DE VOLUNTARIEDAD EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

### 1. Fundamento

#### A. Filosófico.

Pacheco mostró siempre una especialísima preocupación por el tema de las presunciones. En sus *Lecciones de Derecho Penal*, pronunciadas en 1839-1840, se expresaba en los siguientes términos: "Hablamos del *punto capital* de las presunciones. Hecho de *inmensa importancia* en todas las cuestiones legales, y que así la práctica como la ciencia están obligadas a estudiar con el mayor empeño" (91). Poste-

(87) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 57 ss.

(88) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 163. Señala (p. 173 ss.) como ejemplos la figura de quiebra fraudulenta prevista en el artículo 216 de la Legge Fall. y el delito de fraude fiscal previsto en el artículo 35 de la Legge de 5 de enero de 1956.

(89) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 55, nota 76.

(90) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 1.

(91) J. F. PACHECO, *Estudios de Derecho Penal* (Madrid, 1887), p. 76.

riormente, al comentar el Código de 1848-1850, volverá a repetir: “mas la cuestión de las presunciones es siempre una de las más árdias y de las más importantes del derecho: su resolución en cada caso, uno de los primeros objetos de la jurisprudencia” (92).

Pacheco parte de la idea de que hay una *necesidad natural* que nos empuja a la presunción: “... cuando venimos a estos y contemplamos en particular una acción que aparece como criminosa, *natural* es que en el momento se presente esta duda a nuestra imaginación: ese hecho ¿se ejecutó con libertad? Esa persona que causó el mal, que infirió el daño, que quebrantó la ley ¿obraba libre y voluntariamente al quebrantarla?” (93).

Ahora bien, según Pacheco “la razón nos ofrece dos medios para salir de esa dificultad: o que se pruebe al inculpado que obró libremente y con su voluntad entera, o que el inculpado pruebe que obró de un modo involuntario” (94). *Tertium non datur*. Cree que necesariamente ha de elegirse una de esas dos vías. Expresamente se formula la pregunta: “¿no supondremos, en fin, nada, ni que fue voluntario, ni que fue involuntario el acto?”. Y contesta: “esto último es imposible, y, por consiguiente, no tenemos que discutirlo” (95).

Planteadas la cuestión en estos términos, Pacheco encuentra el fundamento de la presunción en la propia *ley humana*, que nos declara libres y nos hace inteligentes (96).

Refiriéndose ya en concreto a la presunción de voluntariedad establecida en el artículo primero del Código, Pacheco, consecuente con su punto de partida, cierra su elogioso comentario con esta afirmación: “la *naturaleza del hombre* es el origen de la presunción que indicamos y probamos. No es posible hallar causa más satisfactoria” (97).

Para Pacheco la presunción “si no es absolutamente la verdad es la verdad en su primer aspecto, es la verdad hasta que otra cosa se averigüe” (98). Y continúa: “sólo la justicia divina, dice un escritor eminentemente filósofo, podrá resolverlo con seguridad y acierto, porque sólo ella ve claro en las profundidades de la conciencia humana. Por lo que hace a nosotros, pobres ciegos en tanta oscuridad, apenas podemos otra cosa que establecer principios vagos y generales, ateniéndonos después a las probabilidades y a las presunciones” (99).

La atención prestada por Pacheco a la presunción de voluntariedad no resultó ineficaz. El planteamiento y la fundamentación que él defendió con tanto convencimiento tuvieron una feliz acogida en los comentaristas posteriores.

---

(92) J. F. PACHECO, *Código Penal, concordado y comentado* I (Madrid, 1881), p. 79.

(93) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 76.

(94) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 76.

(95) J. F. PACHECO, *Código Penal* I, cit., p. 80.

(96) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 78.

(97) J. F. PACHECO, *Código Penal* I, cit., p. 80.

(98) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 76.

(99) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 78 s.

Según Vicente y Caravantes la presunción legal de voluntariedad está fundada en la *naturaleza y en el estado normal del hombre*, al que se le *supone* reflexivo, libre e inteligente y en el que son, por el contrario, situaciones excepcionales la violencia, la pusilanimidad y la falta de reflexión o intención (100).

Para Aramburu y Arregui la presunción del párrafo segundo del artículo primero del Código Penal se explica “por cuanto el modo de obrar *natural, propio y ordinario* de los hombres es con voluntad” (101).

Viada dirá escuetamente: “esto nos dice la ley, *de acuerdo con la filosofía* y el buen sentido: todo acto humano se reputa siempre voluntario; porque inteligencia y libertad son las condiciones normales del hombre” (102).

No es distinto el fundamento que alegan otros comentaristas, como por ejemplo P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán. Para ellos la presunción está “fundada en lo que comúnmente acontece y en que se supone que el hombre obra con inteligencia y libertad en la generalidad de sus acciones” (103).

Groizard no hace más que repetir, pura y simplemente, el planteamiento y la argumentación de Pacheco. “Aquí —dirá de nuevo Groizard— sólo caben dos extremos; presumir que son voluntarias todas, mientras no resulte lo contrario, o presumir que no lo son, en tanto no se demuestre otra cosa. No presumir ni lo uno ni lo otro, es un imposible moral, porque un impulso imperioso, cuya existencia en nuestra alma antes hemos demostrado, no nos permite permanecer indiferentes ni abstenernos de juzgar acerca de la inmoralidad de las acciones. A despecho de nosotros mismos, en presencia de un acto, nuestra conciencia se impresiona y pone en movimiento, y la razón discurre, presume, forma opinión y juzga: hay, pues, que presumir que las acciones son voluntarias o que no lo son” (104). A su juicio no podía ser otra la declaración del Código, porque “el hombre ser eminentemente *libre e inteligente*, al obrar hace de ordinario uso de su libertad y de su inteligencia... El sentimiento natural, la reflexión, la filosofía y la experiencia lo acreditan” (105).

Por su parte Silvela, que encuentra muy oportuna la presunción legal, viene a moverse, en cuanto a su fundamentación, en la misma línea de pensamiento. Entiende Silvela que, decidido el legislador a establecer una presunción, “no podía hacerlo sino en el sentido de lo

(100) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal reformado* (Madrid-Santiago, 1851), p. 9.

(101) J. D. DE ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho Penal Español* (Oviedo, 1860), p. 15.

(102) S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870*, I, (Madrid, 1925), p. 23.

(103) P. GÓMEZ DE LA SERNA Y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España* (Madrid, 1886), p. 15.

(104) A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado I* (Burgos, 1870), p. 53.

(105) A. GROIZARD, *El Código Penal I*, cit., p. 53.

que es común, ordinario y natural en todo acto humano”, porque “el que se decide a obrar y pone en movimiento su actividad exterior, lo hace en orden a algún fin, con algún propósito o pensamiento, esto es, con intención” (106).

La idea central de esta línea de pensamiento se prolonga hasta los comentaristas actuales (107).

Ahora bien, parece claro que esta fundamentación, más filosófica que jurídica, no satisface las exigencias que deben de ser tenidas en cuenta para consagrar una presunción legal. Como hemos dicho, toda presunción legal debe encontrar apoyo en una regla de experiencia. No puede, en absoluto, sustituirse la regla de experiencia por una invocación a la naturaleza libre e inteligente del hombre a la hora de establecer la presunción de que todo hecho objetivamente adecuado a un tipo es, por ello mismo, doloso (según la interpretación más extendida del párrafo segundo del artículo primero del Código Penal). Contra este modo de fundamentar la presunción, pueden dirigirse exactamente las mismas censuras que se movieron en Alemania contra la tesis de Grolmann y Feuerbach, o en Italia contra la de Manzini.

Que el hombre sea libre e inteligente por naturaleza (Pacheco, Vicente y Caravantes, Aramburu y Arregui, Viada, Groizard, etc.) y opere por fines conscientes (Silvela), no permite presumir en el caso concreto que cuando realizó materialmente un hecho subsumible desde el punto de vista objetivo en un tipo, cometió un *delito doloso*. Vale en este punto la observación de Oersted frente a la opinión de Grolmann (108).

En todo caso, la apelación a la naturaleza libre e inteligente del hombre podría servir para fundamentar una presunción de imputabilidad. Pero aun presumida esta, no se puede ir más allá y acabar presumiendo, en el caso concreto, una de las formas de la culpabilidad. Lo reconoció así —como ya hemos dicho— el propio Feuerbach, que rectificó expresamente la opinión favorable a la presunción de dolo que había mantenido con anterioridad, apoyada precisamente en el mismo recurso a la “naturaleza del espíritu humano” (109).

Como se ha observado en contra de la tesis de Manzini, aun si fuese lícito considerar presumida la imputabilidad, de esta primera presunción no podría derivarse una segunda presunción de la consciencia y voluntad de la acción, porque en tanto la primera se refiere a un *status*, la segunda expresa esa capacidad traducida *in actu*. La experiencia enseña, a todas horas, que se puede ser imputable y haber realizado la acción sin consciencia ni voluntad (110).

(106) L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, parte segunda (Madrid, 1903), p. 118.

(107) Cfr. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal I* (Murcia, 1946), p. 29.

(108) Cfr. nota 68 de este trabajo.

(109) Cfr. nota 74 de este trabajo.

(110) Cfr. nota 87 de este trabajo.

Además, debe de tenerse en cuenta que incluso si fuese exacto que la naturaleza del hombre permite presumir que cuando ejecuta materialmente un hecho, adecuado a un tipo objetivo, lo realiza con dolo, no podría deducirse, sin más, que lo ha realizado *precisamente* con el dolo *característico* de la figura legal a que corresponde el resultado externo. Así como hay un tipo de acción y un tipo de injusto, hay también un tipo de culpabilidad (111). También en este punto la experiencia pregona que los supuestos de incongruencia entre resultado exterior y voluntad del agente son frecuentes. El propio Manzini reconoce, bajo esta perspectiva, la quiebra de la presunción cuando se apresura a advertir que ante aquél que dispara un arma y mata a una persona se presume únicamente que “quiso alcanzar con el disparo a la víctima”, pero para la imputación a título de homicidio es preciso probar ya que el agente perseguía el fin de matar, y para degradar el hecho al título de homicidio preterintencional es necesario que conste, por el contrario, que el agente perseguía tan sólo el fin de lesionar (112).

En el fondo de la argumentación favorable que expusieron nuestros comentaristas más caracterizados de los Códigos de 1848-50 y 1870, se anidan indudablemente algunos equívocos.

A veces se trasponen los planos y se trata de justificar una *presunción legal*, cuando en realidad en lo que se está pensando es en la necesidad de que el juez recurra al esquema lógico de la *praesumptio-hominis* para investigar el dolo. Necesidad que, como ya hemos visto, proviene de la propia naturaleza del dolo que se ofrece al observador como un hecho interno. Así, por ejemplo, Pacheco cuando dice: “sólo la justicia divina, ...podrá resolverlo con seguridad y acierto, porque sólo ella ve claro en las profundidades de la conciencia humana. Por lo que hace a nosotros, pobres ciegos en tanta oscuridad, apenas podemos otra cosa que establecer principios vagos y generales ateniéndonos después a las probabilidades y a las presunciones”.

Otras veces se intenta argumentar a favor de la presunción legal, cuando en realidad lo único que se hace es reconocer la necesidad de sentar en la investigación del dolo 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, pero que nada tiene que ver con las presunciones legales. Así, por ejemplo, Groizard cuando escribe: “A despecho de nosotros mismos, en presencia de un acto, nuestra conciencia se impresiona y pone en movimiento y la razón discurre, presume, forma opinión y juzga”.

(111) Cfr. E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* cit., p. 136.

(112) Cfr. nota 84 de este trabajo.



B. *Lógico-práctico.*

Saldaña se ocupa de la *praesumptio voluntatis* bajo el epígrafe aclaratorio de “lógica de la práctica” (113).

Saldaña califica expresamente a la presunción legal de *justa y útil* (114), pero ofrece una interpretación personal que se aparta notablemente de la expuesta por los comentaristas anteriores. Silencia, por de pronto, toda apelación a la naturaleza humana, como base de la presunción. Para él la presunción legal de voluntariedad es “*simplemente una hipótesis judicial*” (“hipótesis moral positiva”) (115). Entendida así, Saldaña encuentra evidente la justificación de la presunción. “Sin hipótesis previa —razona— no se llegaría nunca a tesis; sin presunción judicial, imposible el rendimiento de investigación criminal. Si se presume inocente al reo ¿cómo buscar su culpa?” (116). Es más, desde este punto de vista estima Saldaña que el principio liberal hizo estragos, penetrando en todas las legislaciones y cree que la presunción de inocencia late en las páginas de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (117).

El malentendido en que incurre Saldaña parece claro. Lo que él estima *justo y útil* es “una simple hipótesis judicial”, pero la presunción legal es bastante más que eso. Se intercambian aquí los conceptos de mera hipótesis de trabajo y presunción legal. Saldaña viene a defender, en última instancia, la necesidad de que el juez, para investigar la culpabilidad, parta de la presunción de culpabilidad como mera hipótesis de trabajo. Sin embargo, hipótesis de trabajo y presunción legal no sólo son nociones distintas, sino que, como ya sabemos, poseen una trascendencia absolutamente diversa.

El equívoco en que incurre Saldaña viene a confirmarse cuando habla del párrafo segundo del artículo primero del Código como de una “*presunción inocuizada*” (118). Insiste en que “no se debe condenar por sospecha ” ( 119 ), en que “ una presunción legal desfavorable es término mental que evoca, como necesarios puntos de referencia, la plenitud en la evidencia, y, caso de duda, la más favorable resolución. Así, la presunción limitada se despoja de todo peligro; estos, se inocuiza al toque del axioma *odiosa sunt restringenda*” ( 120 ).

Todo esto es lo que sucede en relación con las verdades provisionales o hipótesis de trabajo, pero es justamente lo contrario de lo que acontece con las presunciones legales. El juez abandona, ya por sí mismo, una hipótesis previa tan pronto le surgen dudas que le impiden llegar a aquella situación de ánimo que se ha llamado “certeza.

(113) Q. SALDAÑA, *Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870*, vol. primero, *Infracción y responsabilidad* (Madrid, 1920), p. 472.

(114) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 483 s.

(115) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 482.

(116) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 487.

(117) LECr. Artículos 389, 2.º y 3.º; 396, 2.º, y 528, 3.º, por ejemplo.

(118) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 482.

(119) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 487.

(120) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 484.

subjetiva". Ahora bien, la presunción legal, como ya hemos visto, produce precisamente el efecto de vincular al juez, no sólo en aquellos supuestos en que no ha alcanzado ese estado de certeza, sino incluso en aquellos otros en que estima muy poco probable que exista el hecho presunto.

### C. Carencia de fundamento.

Bajo la vigencia del Código Penal de 1928 se oyeron ya voces autorizadas que se pronunciaron en contra de la presunción legal de voluntariedad.

Jiménez de Asúa y Antón Oneca se refieren a la presunción del párrafo segundo del artículo 26 del Código Penal de 1928 en términos suficientemente expresivos. "Interpretada la *expresión voluntarias* como referente a acciones u omisiones *dolosas*, resulta que para el legislador español, el *dolo se presupone*, doctrina que —por errada que sea— no hay más remedio que admitir" (121).

Cuello Calón insiste expresamente, al referirse al párrafo segundo del artículo 26 del Código de 1928, en que "no era preciso incluir en el Código semejante precepto, porque ya en los artículos 55, 56 y 57 se determinan las circunstancias de inimputabilidad que eximen de responsabilidad por ausencia de voluntad criminal" (122). En contra de Pacheco, cree Cuello Calón que "el hecho de que esta disposición no se encuentre en la mayoría de las legislaciones, salvo en algunos Códigos profundamente influidos por el español de 1870, prueba bien claramente que no era necesario incluirla en el texto legal" (123).

En 1946 Quintano Ripollés advirtió que la presunción *ius tantum* de voluntariedad "sólo es justa atribuyendo a este término un carácter meramente psicológico". A su juicio, la presunción resulta inoportuna e injusta si se entiende como presunción de dolo (124).

Más recientemente, Del Rosal no tiene reparos en afirmar que nuestro Código llega al pensamiento, criticable por todos los conceptos, de la presunción del dolo, si se admite, como es habitual, la equivalencia entre voluntariedad y malicia. Este resultado lo considera Del Rosal contradictorio con un correcto entendimiento de la responsabilidad por culpabilidad y a la naturaleza jurídico-penal de ésta. En su opinión, el párrafo segundo del artículo 1.º del Código se apoya en una base ficticia, alejada de las realidades concretas sobre las que está llamada a recaer la valoración jurídico-penal (125).

(121) L. JIMÉNEZ DE ASÚA y J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928* (Madrid, 1929), p. 110 s.

(122) E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código Penal español. Exposición y comentario. Libro primero* (Barcelona, 1929), p. 77.

(123) E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código Penal* cit., p. 77, nota 10.

(124) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal I* (Madrid, 1946), p. 17.

(125) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal Español I* (Madrid, 1960), p. 415.

## 2. Finalidad de la presunción.

Distinta al problema del fundamento es, por supuesto, la cuestión relativa a la finalidad de la presunción. Al hablar de la finalidad de la presunción son frecuentes las referencias a las dificultades propias de la prueba del dolo. Conviene tener presente, sin embargo, que por *muny diabólica* que resulte la prueba de un hecho, una presunción legal sobre el mismo no puede justificarse exclusivamente en aras de esa dificultad. La finalidad sustituiría, así, al fundamento y la presunción quedaría, en todo caso, privada de base. La génesis de la presunción no puede hacerse consistir en la dificultad de prueba del hecho presunto, sino en el *id quod plerumque accidit*, o sea, en la verosimilitud que induce a dar por definitivo (presunción absoluta) o cuasi definitivo (presunción relativa) la relación entre hecho conocido y hecho ignorado (126).

Es preciso llamar la atención sobre el hecho de que todas las veces que se invoca la dificultad de probar al imputado el dolo, se deja en el olvido que una situación no menos difícil puede originarse para el acusado respecto a la prueba de su inculpabilidad. Acertadamente dice a este respecto Fenech que “la prueba negativa, es decir, la prueba de la inculpabilidad, es en la mayor parte de los casos concretos imposible o muy difícil de proporcionar, no estando el imputado siempre en condiciones de probar su inocencia, a no ser que ésta pueda demostrarse por la existencia de elementos o datos positivos que se puedan hacer valer en el proceso” (127).

En relación con la finalidad primordial de la presunción se han mantenido criterios distintos. Para algunos autores su finalidad es la de evitar las dificultades de la prueba del dolo, para otros la de distribuir la carga de la prueba y, finalmente, se ha sostenido también que su misión es la de evitar la impunidad o la punición a título de culpa de los casos dudosos.

### A. Evitar la dificultad de la prueba.

En este sentido interpretaba ya la presunción legal de voluntariedad Vicente y Caravantes. “El objeto de esta regla —comentaba— es evitar cuestiones y pruebas de difícil solución y resultado” (128).

Le otorgaba, de este modo, a la presunción una función eminentemente procesal, interpretándola en referencia, no a la carga de la prueba, sino a la valoración e interpretación de la misma.

Entre los comentaristas actuales recoge Ferrer Sama la idea de que la presunción ha sido establecida por el legislador ante la evidente dificultad práctica de la prueba del dolo (129).

(126) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 43.

(127) M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. primero, cit., p. 615.

(128) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal* cit., p. 9.

(129) A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 29.

### B. *Distribuir la carga de la prueba.*

Se preguntaba Silvela si el legislador obró cuerdamente al consignar la presunción, o si hubiera hecho mejor en no dictar disposición alguna sobre este punto. Respondiendo a este interrogante escribió: "opinamos resueltamente que es oportuna la disposición en que nos ocupamos. Para determinar claramente el campo dentro del que han de moverse el acusador público o privado y la persona sujeta al procedimiento criminal, es oportunísima tal presunción. Es más, juzgamos que el silencio del legislador se hubiera seguramente suplido por la jurisprudencia; medio menos preciso y seguro de crear Derecho positivo, porque es indispensable saber siempre sobre quién recae la carga de la prueba" (130).

Si la finalidad de la presunción, que justificaba su oportunidad, era tan sólo la de determinar claramente el campo dentro del cual han de moverse la acusación y el inculpaado en el proceso penal, hoy esa finalidad se convertiría en muy problemática. Una carga de la prueba en el sentido formal en que parece entenderla Silvela, se rechaza en la actualidad concordemente, como hemos visto, en el proceso penal. No hay "campos determinados" en el proceso penal, entre otras razones porque, como ha señalado Silva Melero (131), el Ministerio Público puede verse obligado incluso a colaborar en la tesis de la defensa y misión del órgano jurisdiccional, al margen de cuáles hayan sido los frentes establecidos por la acusación y la defensa, es practicar todas las pruebas que estime oportunas y necesarias para el descubrimiento de la verdad real.

### C. *Evitar la impunidad o la punición a título de culpa en los casos dudosos.*

Partiendo de la idea de que la presunción fue establecida por el legislador ante la evidente dificultad práctica de la prueba del dolo en muchos casos, se llegó a la conclusión de que la finalidad de la presunción es la de evitar la impunidad o la punición a título de culpa de dichos casos dudosos (132).

De esta forma, a nuestro modo de ver, se cambia automáticamente la naturaleza de la presunción. La presunción se convertiría, así, en parte integrante del Derecho material y habría que reconocer que el legislador consideró, por razones sustantivas, oportunas la punición de todos los casos dudosos a título de dolo. Pero, a su vez, para justificar este punto de vista sustantivo, en principio tan poco justo, habría que apelar al argumento de la necesidad de asegurar el cumplimiento del orden jurídico. Una necesidad de certeza cuya invocación estaría

(130) L. SILVELA, *El Derecho Penal* cit., p. 117 s.

(131) Cfr. nota 45 de este trabajo.

(132) Vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 29.

fuera de lugar, porque no se comprende la seguridad de que van a gozar los individuos si de antemano pesa sobre todos ellos la "amenaza legal" de que "en caso de duda" serán castigados como autores de un delito doloso. Precisamente invocando la certeza jurídica que debe caracterizar a todo Estado de Derecho, se ha llegado a la conclusión diametralmente opuesta, es decir, a la necesidad de conceder vigencia ilimitada al principio *in dubio pro reo* en materia de culpabilidad (133).

Como señala Henkel, de considerar a la presunción de una u otra forma —como parte integrante del Derecho material o como regla de prueba— se derivan consecuencias muy diferentes (134). Entendida como mera regla de prueba, la presunción no vendría a significar que el legislador la estableció para que las realizaciones culposas o fortuitas dudosas de tipos objetivos se castigasen siempre a título de dolo. Su finalidad sería la de indicar al juez que, cuando le conste positivamente la ausencia de los elementos de la culpa y la ausencia de causas de inculpabilidad (que a esto equivale la *no constancia* de lo contrario), aunque la existencia del dolo no se haya podido demostrar de un modo positivo, debe considerar ya como probada la realización dolosa del tipo.

### 3. Alcance de la presunción.

#### A. Objeto.

En cuanto al objeto que queda amparado por la presunción no hay unanimidad de pareceres. Evidentes razones de carácter sistemático explican que el ámbito conferido a la presunción de voluntariedad dependa, en principio, del alcance que se le atribuya al término *voluntarias* utilizado en el párrafo primero del artículo primero. La variedad de opiniones vertidas en torno a la interpretación del adjetivo *voluntarias* que se emplea en la definición legal del delito (135), se proyecta naturalmente sobre la interpretación de la presunción de voluntariedad. Cabe, de esta suerte, distinguir una serie de posiciones doctrinales en torno al objeto de la presunción.

#### a) Dolo:

Pacheco se había pronunciado ya en 1839-40 partidario de que la presunción no debía referirse sólo a la *libertad* de la acción. A su juicio, de la ley humana que nos hace inteligentes debía inferirse también

(133) Cfr. W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 19.

(134) H. HENKEL, *Die "Praesuntio Doli"* cit., p. 585.

(135) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal*, en ADP y CP (1963), nota 1. Por lo que se refiere al adverbio *voluntariamente* que aparece en el párrafo tercero del artículo 1.º, vid. P. DORADO MONTERO, *La psicología criminal en nuestro Derecho legislado* (Madrid, 1910), p. 68 ss.; A. FERRER SAMA, *Comentarios* 1, cit., p. 23, y J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I* (Madrid, 1949), p. 140.

que nuestras acciones “son pensadas, que son hechas con inteligencia y conciencia, ínterin no resulte lo contrario” (136). En este sentido, la presunción debía de convertirse —según Pacheco— en una presunción de “no inocencia de las intenciones” (137). Más tarde en sus *comentarios* Pacheco interpretará el término *voluntarias* como sinónimo de conductas dolosas y, en consecuencia, la presunción de voluntariedad se viene a identificar con una presunción del dolo (138).

Silvela considera expresamente a la presunción de voluntariedad como presunción de dolo. Lo que se presume —en opinión de Silvela— es la “malicia, o sea la intención de ocasionar el daño” (139). De este modo —según Silvela—, lo que debe probarse para desvirtuar la presunción legal es: 1.º “que no hubo intención o libertad en el agente, en cuyo caso quedará exento de toda pena”; o 2.º “que no hubo intención o malicia, pero sí descuido, en cuyo caso el hecho se convierte en imprudencia” (140). Para Silvela, por tanto, la presunción no abarca la culpa. Antes al contrario, llegado el caso, para privar de eficacia a la presunción, corresponde o puede corresponder al acusado la prueba de su propia imprudencia.

En el sentido de identificar la presunción legal de voluntariedad con una presunción de dolo se han pronunciado, asimismo, bajo la vigencia del Código de 1928, Jiménez de Asúa-Antón Oneca (141) y Cuello Calón (142).

Posteriormente, con referencia ya al texto reformado de 1944, interpretan la presunción de voluntariedad como presunción de dolo Sánchez Tejerina (143) y Ferrer Sama (144).

Esta dirección doctrinal puede decirse que fue hasta ahora la dominante. La identificación de la presunción legal de voluntariedad con una presunción de dolo constituye, por otra parte, doctrina jurisprudencial constante. Así se declara, por ejemplo, en la sentencia 11 de marzo de 1953 que “la voluntad equivalente a dolo se presume siempre en todo hecho que pueda constituir delito o falta” (145).

#### b) *El llamado dolo específico:*

En relación con el problema de determinar si la presunción de voluntariedad comprende también el llamado tradicionalmente en nues-

(136) J. F. PACHECO, *Estudios cit.*, p. 78.

(137) J. F. PACHECO, *Estudios cit.*, p. 78.

(138) J. F. PACHECO, *Código Penal I*, cit., p. 73.

(139) L. SILVELA, *El Derecho Penal cit.*, p. 116 s.

(140) L. SILVELA, *El Derecho Penal cit.*, p. 117.

(141) L. JIMÉNEZ DE ASÚA y J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928 cit.*, p. 110 s.

(142) E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código Penal cit.*, p. 77.

(143) I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español I* (Madrid, 1945), p. 199.

(144) A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 29.

(145) Cfr. entre otras muchas las sentencias 25 de abril de 1893, 5 de enero de 1935, 6 de marzo de 1942, 1 de mayo de 1945, 8 de abril de 1947, 30 de enero de 1950, 12 de enero de 1961, 21 de noviembre de 1962 y 28 de febrero de 1963.

tra praxis *dolo específico* (146), se ha dicho que no debe ser resuelto en términos generales, sino tratado en referencia a cada una de las respectivas figuras delictivas que lo requieren (147).

Creemos, sin embargo, que el ámbito de aplicación del párrafo segundo del artículo primero no puede hacerse depender de la estructura de determinadas figuras legales, sino que la posibilidad o imposibilidad de referir a ellas la presunción legal de voluntariedad depende, naturalmente, del previo alcance que se la haya concedido a la presunción.

Así lo reconoce, por lo demás, el Tribunal Supremo que ha decidido siempre la cuestión partiendo no de la estructura del particular tipo de delito, sino del significado atribuido a la presunción de voluntariedad.

La doctrina jurisprudencial ha mantenido en este extremo una actitud vacilante. La sentencia de 21 de octubre de 1953 declaró que “la presunción que establece el artículo primero respecto al dolo genérico *alcanza de igual modo al específico*, pues la fórmula adoptada por el párrafo segundo del mencionado artículo no excluye, sino, por el contrario, abarca toda la acción prevista por la ley en el precepto de que se trata, con lo que claramente comprende en la presunción de voluntariedad no un hecho indeterminado, sino de modo preciso aquél que la ley define y sanciona en la norma que se aplica”.

No obstante, con anterioridad había declarado la sentencia de 2 de abril de 1935: “la presunción de culpabilidad se refiere al elemento general de voluntariedad y no a aquellos elementos subjetivos de la infracción, que son descritos en la ley como elementos especiales de la figura de delito”. En la misma línea —aunque refiriéndose de modo inmediato a la técnica del recurso de casación— ha vuelto a declarar la sentencia de 31 de octubre de 1962 que es rigurosa exigencia procesal, cuando “el dolo funciona como elemento subjetivo del tipo” que “los elementos integrantes del dolo han de resultar o deducirse de modo concluyente de la declaración de hechos probados para que pueda afirmarse en casación la realización del tipo, sin que esta fase pueda desplegar su eficacia la presunción legal *iuris tantum* de voluntariedad de la acción establecida en el artículo primero, párrafo segundo, de nuestro Código Penal, pues tratándose, como aquí se trata, de un elemento típico está sujeto en su regulación a iguales normas que los restantes factores integrantes de la figura legal”.

Se establece, de esta suerte, una notable diferencia de trato entre el llamado dolo genérico y el denominado “específico”. En tanto el Tribunal *a quo* está dispensado de hacer constar en la declaración de hechos probados la existencia de dolo genérico, porque el amparo que le confiere a esta clase de dolo la presunción del artículo primero despliega su eficacia también en el recurso de casación, no sucede

---

(146) Cfr. nota 82 de este trabajo.

(147) Vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 29.

lo mismo con el dolo específico. De esta diferencia de régimen, aunque establecida a efectos de casación, es posible deducir que el llamado dolo específico no queda comprendido en la presunción de voluntariedad. Si, efectivamente, la presunción legal le abarcase, no sería motivo de casación el silencio del Tribunal de instancia respecto a su existencia, como no lo es —según el Tribunal Supremo— el no haber hecho constar la existencia del dolo genérico.

Intentar extender la presunción al dolo específico, así entendido como equivalente a elementos subjetivos del injusto, supondría, a nuestro modo de ver, un grave contrasentido. Como ha observado Mezger la cuestión de los elementos subjetivos del injusto es una cuestión del *Derecho positivo*. Sin llegar a convertirse en un ordenamiento de las intenciones, el Derecho puede y debe incluir en sus valoraciones lo anímico como origen del comportamiento externo (148). Ahora bien, con frecuencia la presencia de elementos subjetivos en el tipo de injusto obedece a que el legislador, aún partiendo de una concepción prevalentemente objetiva de la antijuricidad (149), reconoce que en algunos casos, la simple valoración de la conducta tal como aparece objetivamente es insuficiente para pronunciarse sobre su antijuricidad. Esta insuficiencia proviene precisamente de la *equivocidad* de la conducta en su aspecto externo. El legislador se ve obligado, entonces, a anticipar al tipo de injusto especiales elementos psíquicos que permitan superar aquella equivocidad y decidir si estamos a presencia de una conducta típicamente injusta, o no. Si el legislador reconoce así, de antemano, que el elemento objetivo en sí mismo considerado es equívoco y no ofrece base para pronunciarse sobre la antijuricidad de la conducta, carece de todo sentido deducir de la simple presencia de ese elemento objetivo la existencia del específico elemento subjetivo.

En relación con nuestro texto legal el problema se plantea en los siguientes términos: en estos casos sólo se puede hablar de la existencia de una *acción u omisión penada por la Ley*, cuando se haya comprobado la presencia del particular elemento subjetivo. Por eso si se dice que existe una *acción penada por la Ley* y que en base a ella se puede aplicar la presunción del párrafo segundo del artículo primero y presumir, de este modo, el particular elemento subjetivo, se incurre en una evidente petición de principio. Sólo puede hablarse

(148) E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* cit., p. 85 s.

(149) Téngase en cuenta que el denominado concepto objetivo de la antijuricidad reposa también, como es natural, sobre un coeficiente psíquico. El adjetivo *objetivo* no debe, en este sentido, inducir a errores, como sería el de creer que, a los fines del concepto objetivo de antijuricidad, bastase tomar en consideración los resultados del movimiento muscular humano, independientemente de todo elemento psicológico. G. BERTIOL, *Diritto Penale* (Palermo, 1962), p. 242 s., partidario de la concepción objetiva, advierte al respecto que el juicio de desaprobación en el que se sustancia la antijuricidad, incide siempre sobre una acción humana, y acción no existe fuera de la voluntariedad de la misma.



de una acción penada por la Ley y, por tanto, hacer uso de la presunción legal, cuando se haya demostrado previamente la presencia positiva del específico elemento subjetivo.

c) *Dolo y culpa*:

Algunos autores han mantenido, en cambio, que la presunción de voluntariedad equivale tanto a una presunción de dolo como a una presunción de culpa.

Saldaña, por ejemplo refiere de modo expreso la presunción así al dolo como a la culpa. "Presunción de voluntariedad —escribe— es hipótesis moral positiva, afirmativa de dolo o culpa" (150). Pero hay que tener en cuenta que, como ya dejamos dicho, Saldaña cuando se refiere a la presunción legal está pensando en una simple hipótesis judicial de trabajo. Era natural, pues, que creyese que esta hipótesis puede plasmar en la afirmación provisional de dolo o bien de culpa.

El problema es distinto en relación con la presunción legal. Si se admite que ésta comprende tanto al dolo como a la culpa, se la priva de toda justificación. Dolo y culpa —no hace falta advertirlo— poseen una estructura diversa. Por ello, resulta absurdo afirmar que la realización objetiva de una infracción permite presumir la existencia de dolo o de culpa. Con esta disyuntiva vendría a reconocerse abiertamente la carencia de fundamento de la presunción legal. En efecto, no puede sostenerse, entonces, que exista un nexo lógico entre el hecho base —realización objetiva de una acción penada por la Ley— y hecho presunto. La inconsecuencia sería mayúscula. Equivaldría a admitir la equivocidad del dato objetivo, del cual se derivarían, según los casos, como presuntos *dos hechos distintos*. La presunción reclamaría, de este modo, otra regla complementaria que indicase cuándo debe considerarse presumido el dolo y cuándo la culpa. Distinta sería, por supuesto, la afirmación de que la presunción legal se refiere a un elemento común al dolo y a la culpa.

Por su parte, el Tribunal Supremo no sólo viene equiparando, en constantes declaraciones, la presunción de voluntariedad con una presunción de dolo, sino que, además, excluye expresamente a la culpa del ámbito de la presunción. La argumentación que se esgrime para fundamentar esta exclusión es similar a la que se utiliza para dejar al margen de la presunción el denominado dolo específico. Como premisa, supone el Tribunal Supremo que la culpa aparece como un elemento integrante de la figura legal del delito imprudente. Así la sentencia 2 de abril de 1935, declaró que la presunción no puede extenderse a aquellos "elementos subjetivos de la infracción que son descritos en la Ley como elementos especiales de una figura de de-

---

(150) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 482.

lito, como ocurre con la imprudencia simple" (151). En la misma dirección, afirma la sentencia de 28 de febrero de 1963 que "a diferencia del dolo general, que se presume en tanto no se pruebe lo contrario, en la imprudencia punible no es lícito partir de análoga presunción, pues la culpa ha de apoyarse, como los demás elementos de toda figura delictiva, en bases de hecho clara y concretamente establecidas".

Al operar esta exclusión, el Tribunal Supremo contradice la interpretación omnicompreensiva del término *voluntarias*, que parece ser doctrina jurisprudencial predominante en los últimos años (152).

Al presumir el dolo y excluir de la presunción a la culpa, se coloca el Tribunal Supremo frente a la postura adoptada por una dirección científica que ha destacado la "resistencia lógica" del dolo a las presunciones, y la "aptitud potencial" de la culpa para ser presumida. En este sentido, ha expuesto Bricola que las presunciones legales de dolo suelen rechazarse no sólo porque prácticamente van en contra de las exigencias personalistas que caracterizan al delito, sino también por consideraciones provenientes de la propia estructura del dolo. Se destaca al respecto la indubitada base psicológica del dolo y la naturaleza prevalentemente normativa de la culpa. Se afirma que el esquema presuntivo encuentra campo más apropiado para operar cuando en el hecho a presumir el elemento normativo o valorativo prevalece sobre el elemento naturalístico (153).

Según Bricola, mientras de ordinario para comprobar la existencia de culpa se debe averiguar el grado de cautela y de precaución o de previsibilidad general —exigida para la concreta actividad que desplegaba el sujeto—, puede suceder también que en otras hipótesis la contradicción objetiva de la norma sea ya de por sí suficiente para individualizar el grado de prudencia exigido. De tal modo, que esa contradicción objetiva de la norma lleva implícita la inobservancia de la prudencia, debida en aquellas determinadas circunstancias de tiempo y lugar a que se refiere la norma (154). Podría hablarse así, por ejemplo, de una *culpa in re ipsa* —en forma de presunción absoluta— en relación con las hipótesis de inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes y disciplinas previstas en el último párrafo del artículo 43 del Código penal italiano. Se trataría, pues, de un caso de presunción *iuris et de iure* de culpa, y no todavía de una hipótesis de responsabilidad objetiva (155).

En favor de una presunción al menos de culpa en las infracciones.

(151) Cfr. también sentencia de 3 de julio de 1934, que sienta la misma doctrina, aceptando la tesis del *crimen culpae*.

(152) Vid. S. 23 de marzo de 1929, 26 de febrero de 1934, 20 de febrero de 1934, 22 de octubre de 1940, 8 de marzo de 1946, 12 de junio de 1947, 28 de febrero de 1948, 28 de noviembre de 1955 y 14 de junio de 1956, entre otras muchas.

(153) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., pp. 24-36.

(154) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 35 s.

(155) En este sentido, G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 377 s.

de tráfico se pronunció últimamente, en la literatura alemana, Wimmer (156). Pero su punto de vista no tardó en ser criticado por Baumann, originándose una interesante polémica (157). Contestando a las observaciones de Baumann, Wimmer intenta aclarar que él no propone ninguna presunción (158). Estas aclaraciones posteriores de Wimmer no parecen demasiado convincentes (159). A juicio de Stree, la materia de tráfico no puede ser exceptuada de la exigencia de “certeza subjetiva” del juez, ni puesta al margen de la vigencia del principio *in dubio pro reo* (160).

#### d) *Imputabilidad.*

En 1957 expuso Quintano, a propósito de la concepción normativa de la culpabilidad, que, en su opinión, la última consecuencia de esta concepción ha de ser la “judicialización” de la culpabilidad, que de ser elemento del delito pasaría a convertirse en algo que se agrega a él en virtud del juicio valorativo del juez (161). Una consecuencia de esta índole estaría de acuerdo —según Quintano— con nuestra dogmática, puesto que en el artículo primero del Código penal español no hay una referencia a la culpabilidad. La definición legal —aclara Quintano— alude tan sólo a la *acción* (“acciones y omisiones”), a la *imputabilidad* (“voluntarias”), a la *punibilidad* (“penadas”) y a la *tipicidad* (“por la Ley”).

Cabría pensar, de este modo, en la posibilidad de entender la presunción legal como presunción de imputabilidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el texto legal al emplear el término *voluntarias* no alude a un *status* del sujeto, sino a un elemento subjetivo que se predica como adjetivo de una *acción concreta*. Por otro lado, es preciso preguntarse si las premisas de puro psicologismo en que apoya la interpretación de la *voluntariedad* como equivalente a imputabilidad, no acabarían por negar la viabilidad de la misma interpretación que se propone.

El propio Quintano ha subrayado que la promiscua situación de las infracciones dolosas (voluntarias-maliciosas) y culposas o imprudentes (voluntarias no maliciosas) en lo “voluntario”, obliga a una

(156) A. WIMMER, *Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1959), p. 1757.

(157) J. BAUMANN, *Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht?*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1959), pp. 2293-2294. Vid. también H. BOSS, *Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht!*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1960), p. 373; y SCHMIDT-LEICHNER, *Verkehrsstrafrecht ohne Schuldfeststellung!?*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1960), p. 996 s.

(158) Cfr. A. WIMMER, *Vereinfachungen im allgemeinen Strafrecht bei der Bestrafung von Verkehrsübertretungen*, en *Deutsches Autorecht* (1960), p. 247 s.

(159) Cfr. W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 41, nota 86.

(160) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 42.

(161) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Nota al Tratado de E. Mezger II* (Madrid, 1957), p. 17.

actitud de puro psicologismo, hallándose desterrada del texto toda mención valorativa, sea de deber o de reproche (162).

Esto hace pensar que desenvolviéndose la interpretación en un plano puramente psicológico-naturalístico, sea difícil mantener que la voluntariedad del artículo primero del Código se refiera a la imputabilidad. En efecto, nada impide, naturalísticamente hablando, asegurar que las acciones de los inimputables son también acciones *voluntarias*. Con razón advierte Bettiol que la voluntariedad es un concepto naturalístico genérico que abraza, tanto la voluntariedad culpable como la inculpable (163).

Por eso, a nuestro modo de ver, la interpretación, con fondo psicológico, que identifica voluntariedad con imputabilidad, acaba, pese a sus deseos, por desligar la voluntariedad de la culpabilidad y aún de la misma imputabilidad, y si quiere llegar a sus últimas consecuencias debe desplazar el elemento *voluntarias* de la definición legal del delito al marco de la *acción*.

Pero con esto rozamos ya otra posible interpretación de la presunción legal.

#### e) *Voluntariedad de la acción.*

Consciente de lo inoportuna que resultaría una presunción de dolo, mantuvo Quintano en 1946 que, en virtud del párrafo segundo del artículo primero, “se presume *siempre* la voluntad, es decir, la libertad de volición, fenómeno anímico normal, pero no puede presumirse del mismo modo la malicia, concepto de apreciación no ya psicológica, sino moral y jurídica”. La presunción del párrafo segundo entraría en funciones “para estimar tan sólo que los actos cometidos fueron voluntarios, es decir, espontáneos”. Tanto así que de la necesidad y conveniencia de no otorgarle un alcance más profundo a la presunción legal, deduce Quintano un argumento más que viene a abundar en pro de la interpretación omnicomprendensiva del vocablo *voluntarias* que se utiliza en la definición del delito (164).

A este entendimiento de la presunción legal parece referirse incidentalmente la sentencia 31 de octubre de 1962 al hablar de “la presunción legal *iuris tantum* de voluntariedad de la acción, establecida en el artículo primero, párrafo segundo, de nuestro Código penal”.

Se ha dicho de esta interpretación que conduce a una presunción todavía más intolerable. En este sentido, afirma Córdoba que “si criticable es toda presunción en el ámbito penal, inadmisibles resultaría

---

(162) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*, en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano II* (Madrid, 1959), p. 433. Vid. también, A. DE MIGUEL, *Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*, en *ADP y CP* (1952), p. 56.

(163) G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 243.

(164) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios I*, cit., p. 17.

una presunción que afecte al presupuesto del delito, a la acción” (165).

Pero hay que tener en cuenta que al interpretar la voluntariedad como manifestación de voluntad, no se acaba, en aras de la presunción legal, aceptando una presunción de la *acción* —lo que sería, en efecto, sumamente criticable—, sino de la *voluntariedad de la acción*, cuya realización objetiva se ha *probado* previamente.

Bajo esta perspectiva, la interpretación que comentamos nos parece que reduce la presunción legal a límites mucho menos intolerables. Probada la ejecución material de una conducta objetivamente adecuada a un tipo, se presumiría tan sólo que esa conducta obedeció a una *espontánea manifestación de voluntad*, insuficiente todavía para fundamentar una responsabilidad penal.

Por el contrario, la dirección doctrinal que entiende el párrafo segundo del artículo primero como presunción de una concreta forma de la culpabilidad va mucho más lejos, pues se suele, en última instancia, extender la presunción a *todo* el elemento subjetivo del delito, necesario para la responsabilidad criminal. De este modo, acaba presumiéndose no sólo la *voluntariedad de la acción*, sino *además* una forma de la culpabilidad. Puede servir de ejemplo la declaración contenida en la sentencia de 22 de marzo de 1945 que, apoyándose en la virtualidad de la presunción legal, afirmó: “La responsabilidad criminal surge por la realización de un acto que en su aspecto objetivo presenta las notas características de una transgresión de orden penal”.

Por supuesto, no se debe de incurrir en el equívoco que ya Saldaña le había imputado a Hernández de la Rúa, por haber traído éste a colación el texto de Partidas 7,31,7: “A los fazedores de los yerros, de que son acusados ante los Judgadores, deven dar pena después que les fuere provado, o después que fuere conocido dellos en juyzio: e non deven los Judgadores rebatar, o dar pena a ninguno por sospechas, nin por señales, nin por presunciones”. Saldaña, comentando la opinión de Hernández de la Rúa, dice: “Como se ve. aquí el práctico incide en un sofisma jurídico. Pues la presunción del artículo primero, párrafo segundo, se refiere a la voluntariedad, y es presunción *subjetiva* o psicológica, útil para la interpretación de las intenciones; en tanto la Partida alude a presunciones *objetivas* del hecho mismo en suplantación de prueba (*ex suspicionibus*. dice la Glosa)” (166).

f) *Voluntad referida a la norma.*

Recientemente ha indicado Córdoba que la *voluntad* a que alude la definición legal del delito debe ser interpretada “no como *voluntad del resultado*, sino como voluntad referida —opuesta— a la norma,

(165) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito* (Barcelona, 1963), página 88.

(166) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 480 s.

ya a la prohibitiva del delito (en las conductas dolosas), ya a la que impone el deber de cuidado (en las culposas)" (167).

Este punto de partida permite reducir la presunción a límites mucho más tolerables. La presunción legal entraría en juego tan sólo para dar por probado, en tanto no conste lo contrario, que el sujeto ha querido su acción *como* contraria a la norma. Todo el restante aspecto subjetivo, a comenzar por la propia manifestación de voluntad —elemento de la acción—, quedaría al margen de la presunción y debería, por tanto, ser previamente probado.

### B. *Alcance procesal.*

Por lo que se refiere al efecto procesal de la presunción, la doctrina española ha oscilado desde la posición mayoritaria de concederle la virtualidad de operar una auténtica inversión de la carga de la prueba, hasta la posición minoritaria de negarle toda significación en el plano procesal (168).

#### a) *Inversión de la carga de la prueba.*

Se le concedió a la presunción legal de voluntariedad por los comentaristas de los Códigos de 1848-50 y 1870 un primordial significado procesal. Hasta tal punto que, como ya hemos visto, Silvela llegó a considerarla muy oportuna, porque, en su opinión, venía a regular de una manera segura la distribución de la carga de la prueba.

Se entendió generalmente que la presunción del párrafo segundo del artículo primero, originaba para el imputado un verdadero *onus probandi*, en sentido formal.

Vuelve a abrir camino también en este punto, Pacheco. La presunción —había dicho ya en 1839-40— "*exime* de prueba al que la tiene favorable e impone la obligación de acreditar, de justificar su dicho, al que por desgracia la tiene adversa" (169). Más tarde, comentando el texto legal, afirma que si "alguno propone como un hecho lo segundo, la excepción; *obligación* y *cargo* suyo deben ser el justificar que esa excepción se realizaba en aquel instante" (170).

En la misma línea se mueve Groizard. "El que pretende que en semejante situación anormal se encuentra, el que diga que obró fuera

(167) J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado* de R. Maurach, II (Barcelona, 1962), p. 12. Cfr. además del mismo autor, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito* (Barcelona, 1962), p. 64 ss. y *Una nueva concepción del delito* cit., p. 87 y ss.

(168) En este último sentido se pronunció, como ya sabemos, V. SILVELA MELERO, *Presunciones e indicios* cit., p. 6, nota 2. Vid. nota 31 de este trabajo.

(169) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 76.

(170) J. F. PACHECO, *Código Penal I* cit., p. 80

de las condiciones ordinarias de su naturaleza, libre e inteligente —afirma Groizard—, *debe probarlo* (171).

No es distinta la opinión de Saldaña, pues a la pregunta de a quién *incumbe* la prueba, contesta resueltamente: “*Al inculpado*” (172).

Entre los comentaristas actuales parece atribuirle idéntica significación Ferrer Sama, cuando dice “que en la elección de los dos caminos que podían ser elegidos, el de probar la existencia del dolo al autor de la conducta o, por el contrario, el de que sea éste el que haya de probar en su descargo la falta de voluntariedad, la Ley ha elegido el segundo” (173).

El Tribunal Supremo ha mantenido reiteradamente que la *demonstración en contrario* llamada a contrarrestar la presunción legal, *incumbe* al procesado (174). En la sentencia 15 de junio de 1953, por ejemplo, declara: “El principio de voluntariedad presunta de las acciones penales, sustentado con criterio científico, se opone al recurso, por cuanto... para justificar así posibles errores que alejaren la malicia de la procesada, es *ésta la que debió probar* su racional creencia de que se trataba de mujeres mayores, sin que baste su abstención de comprobar tan interesante extremo.”

Una carga de la prueba, entendida en sentido formal, es, según dejamos expuesto, incompatible con la naturaleza y fin del proceso penal (175). La actividad probatoria del procesado debe suplirse, llegado el caso, por la iniciativa del propio órgano jurisdiccional, cuya misión es la de descubrir la verdad real. De acuerdo con la carga material que provoca la presunción, sólo una vez *agotados* los medios de prueba oportunos —hayan sido aportados por el acusado, por el Ministerio Público o por el propio Juez, que esto es indiferente— puede hacerse recaer el riesgo de la duda sobre el inculpado. La eficacia procesal de la presunción no puede llevarse más allá. Ninguna renuncia o abstención probatoria del procesado, justifica la inactividad del órgano jurisdiccional.

Este principio debe tener vigencia incluso, a nuestro modo de ver,

(171) A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870* I cit., p. 53.

(172) Q. SALDAÑA, *Comentarios* cit., p. 494.

(173) A. FERRER SAMA, *Comentarios* I cit., p. 29.

(174) Cfr., entre otras, las sentencias 25 de abril de 1879, 27 de diciembre de 1919, 13 de marzo de 1929, 18 de diciembre de 1934, 7 de junio de 1954 y 27 de junio de 1956.

(175) M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. primero, cit., p. 616 s., rechaza que se pueda hablar de una carga de la prueba en relación con el titular del órgano jurisdiccional y con el Ministerio Fiscal. Admite, en cambio, una carga de la prueba para las partes acusadoras, interesadas en la condena, en la imposición de una pena mayor o en la determinación de una cuantía superior de daños y perjuicios. También la admite para el acusado respecto a determinados hechos impositivos (hipótesis, por ejemplo, del artículo 461 del Cp.). Ahora bien, Fenech atribuye a esta carga el sentido de que la falta de prueba sobre esos extremos se traduce en una decisión desfavorable para sus respectivas pretensiones. Se trata, por tanto, de una carga material.

en relación con aquellos supuestos concretos en que la ley parece poner literalmente la prueba de determinados hechos impositivos a cargo del acusado. No se trata en realidad de un auténtico *onus probandi*, sino, todo lo más, de una *carga de alegación* (176). Así, por ejemplo, cuando el artículo 456 del Código Penal dispone que “el acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”, o el 461 preceptúa que “en estos casos será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones”, no establecen, en realidad, una verdadera carga de la prueba en sentido técnico-formal. Estas disposiciones legales pueden originar un *onus de alegación* para el acusado y, en último término, una carga material de la prueba. Corresponde al acusado alegar que el hecho imputado es cierto, pero una vez hecha la alegación el Tribunal puede y debe practicar de oficio, en su caso, las pruebas que estime oportunas, aunque no hayan sido propuestas por el acusado. Practicadas todas las pruebas necesarias, entra en juego una carga material, en el sentido de que si el hecho no resulta debidamente *probado*, el Tribunal debe dictar sentencia desfavorable para el acusado (177).

Admitir una auténtica carga de la prueba en sentido técnico-formal en relación, por ejemplo, con el artículo 456 del Código Penal, en cuya virtud la pereza o inactividad probatoria del acusado exime de toda intervención al órgano jurisdiccional, equivaldría a reconocer que los Tribunales penales deben permanecer indiferentes ante la denunciada y posible existencia de un delito. Ya se sabe que puede traerse a colación el fácil argumento de que nada más eficaz y estimulante que el propio interés del acusado en demostrar la veracidad de su imputación, pues le va en ello su absolución. Pero este interés fáctico no es suficiente para justificar, en vía de principio, una absoluta indiferencia o inactividad probatoria del órgano jurisdiccional, porque también el acusado —por las razones que sean— puede, en el caso concreto, renunciar a las molestias que le aparejaría la prueba o conducirla —por un error, por ejemplo, de la dirección técnica— de una forma inadecuada.

#### b) *Medios de prueba*

Una vez afirmado que la presunción legal de voluntariedad provocaba una auténtica carga de la prueba, en sentido formal, para el imputado, llegó a plantearse doctrinalmente incluso el problema de *qué clase de medios probatorios* podía utilizar el inculcado para desvirtuar la presunción.

La cuestión aparece expresamente planteada en los *comentarios* de Groizard (178). Después de diversos razonamientos, Groizard llega a

(176) Sobre una “limitada carga de la prueba” consistente en la *alegación*, *vid.* D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti* cit., p. 232 y 235.

(177) Cfr. M. FENECH, *Derecho Procesal*, vol. prim. cit., p. 617.

(178) A. GROIZARD, *El Código Penal I* cit., p. 54.



la conclusión de que el acusado puede hacer uso de aquel mismo número de medios de prueba cuya práctica se autoriza en contra de él.

El problema no puede siquiera plantearse si se admite que, al margen de cual sea la actividad probatoria del inculpado, el propio Tribunal debe, de oficio, preocuparse de comprobar si existen o no hechos que desvirtúen la presunción.

c) *El principio in dubio pro reo*

El Tribunal Supremo viene declarando repetidamente que la ausencia de voluntariedad, capaz de privar de eficacia a la presunción, debe de constar de modo indubitado. Se exige “una *demonstración plena de contrario*” (179), que esté “tan *perfectamente comprobada* como el hecho mismo” (180), una “prueba *terminante en contrario*” (181), que “de manera *inequívoca* aparezca probado lo contrario” (182).

De esta suerte, en virtud de la presunción legal, el Tribunal Supremo hace recaer el riesgo de la duda sobre el inculpado, excluyendo la vigencia del principio *in dubio pro reo*. Como ya sabemos, este es el efecto más característico de las presunciones legales relativas en el ámbito punitivo.

Es preciso observar, sin embargo, que la mayoría de las declaraciones del Tribunal Supremo cuyo tenor no difiere de las que acabamos de recordar, hacen referencia de modo inmediato a la técnica del recurso de casación (183). Su finalidad primaria es la de indicar que, para poder apreciar en casación una causa que excluya la virtualidad de la presunción, debe existir una base fáctica plenamente demostrada y recogida por el Tribunal *a quo* en la llamada declaración de hechos probados.

Totalmente inaceptable es la extensión de esta misma exigencia de certeza y plena prueba a todas las circunstancias eximentes y aun atenuantes. Reiteradamente ha mantenido el Tribunal Supremo que las causas de exención y las circunstancias atenuantes, calificadas a veces expresamente de *excepciones* al principio general de la imputación al agente de todo acto voluntario penado por la ley (184), deben hallarse *tan probadas como el hecho mismo* (185). Aunque también estas declaraciones se refieren de modo inmediato a la técnica del recurso de casación, carecen de todo fundamento, porque la apreciación de las eximentes que no tengan que ver con la voluntariedad y, en

---

(179) Sentencia 9 junio 1950.

(180) Sentencia 11 marzo 1953.

(181) Sentencia 23 octubre 1951.

(182) Sentencia 30 octubre 1912.

(183) Cfr. V. SILVA MELERO, *La prueba procesal* I cit., p. 106.

(184) Sentencia 13 diciembre 1886.

(185) Sentencias 7 junio 1888, 15 enero 1915, 29 septiembre 1934, 5 julio 1948, 1 mayo 1957, 23 mayo 1905, 4 febrero 1918, 9 julio 1948 y 18 junio 1955.

general, de todas las circunstancias atenuantes no tiene en contra ninguna presunción legal que excluya el *favor defensionis*.

En todas aquellas materias que no afecten a la ausencia de voluntariedad debe regir sin limitaciones el principio *in dubio pro reo*, pues no están cubiertas por ninguna presunción legal. También, por tanto, a efectos de casación. Si de la declaración de hechos probados se deduce, no la certeza, pero sí al menos la existencia aunque dudosa de alguna causa de exención o circunstancia atenuante, el Tribunal de Casación debe poner en práctica el *favor defensionis*.

#### d) Casación

Según repetidos fallos del Tribunal Supremo, la presunción legal de voluntariedad impide estimar que el Tribunal *a quo* incurre en motivo de casación si, una vez relatados los hechos objetivos adecuados a un tipo, aplica la pena correspondiente sin mencionar para nada la culpabilidad adecuada a ese tipo (186). El silencio del Tribunal de instancia respecto al elemento subjetivo característico del delito por el que se condena no puede, pues, invocarse como fundamento de casación (187).

De manera extraordinariamente clara afirmó la sentencia de 22 de marzo de 1945: "la responsabilidad criminal surge por la realización de un acto que en su aspecto objetivo presenta las notas características de una transgresión de orden penal, *sin que el Juzgador esté obligado a hacer declaración alguna* respecto al ánimo doloso que se considera implícito en los hechos que configuran la infracción punible; pero esa *declaración innecesaria* por la plena eficacia de la presunción legal establecida en el artículo primero, etc."

Los efectos prácticos que puede provocar esta dispensa absoluta concedida al Tribunal *a quo* para que no tenga que hacer declaración alguna sobre el elemento subjetivo del delito, parece que pueden ser contraproducentes. Supone, en cierto modo, una autorización para que se renuncie a afinar en la comprobación real de aquel elemento personal del delito que la doctrina científica eleva hoy al primer plano de meditación.

Pero además, en nuestra opinión, esta doctrina jurisprudencial se apoya en un entendimiento incorrecto de la presunción legal. El que la ley presuma *ius tantum* la voluntariedad, no legitima para que el Tribunal *a quo*, cuando haga uso de dicha presunción, no exponga detalladamente en los hechos probados *cómo aplicó* en el caso concreto la presunción legal. Una aplicación errónea de la presunción puede y debe discutirse en casación. Basta pensar que el propio texto

(186) Sentencias 6 septiembre 1934, 18 diciembre 1934 y 23 abril 1954.

(187) De este régimen se exceptúan, como ya sabemos, según una dirección jurisprudencial no unánime, aquellos elementos subjetivos que frecuentemente el Tribunal Supremo identifica con el "dolo específico" y la culpa.

legal concede virtualidad a la presunción en tanto *no conste lo contrario*. Esta referencia de la ley obliga al Tribunal no sólo a declarar positivamente probado el hecho adecuado a un tipo objetivo, sino también a valorar todas las pruebas practicadas (188) y declarar probado que de ellas no se deduce ningún hecho que desvirtúe la presunción. La aplicación de una presunción *iuris tantum* presupone no sólo la valoración de la prueba que afecta a la existencia del hecho base, sino también la valoración de la prueba relativa a la inexistencia del hecho presunto. Toda presunción legal relativa implica necesariamente una doble declaración fáctica: que existe positivamente el hecho base y que falta un hecho capaz de desvirtuar la regla codificada. La primera declaración por sí sola no es suficiente para poder aplicar la presunción.

## VI. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA PRESUNCIÓN LEGAL

La presunción legal de voluntariedad es Derecho positivo vigente y, por eso, aunque sea de desear su supresión en una futura reforma, no puede descuidarse la tarea de proponer una interpretación restrictiva (189). A nuestro juicio, es posible y necesario restringir la presunción legal de voluntariedad tanto por lo que se refiere a su objeto como por lo que atañe a su eficacia procesal.

### A. Restricción en cuanto al objeto

De las dos interpretaciones tradicionales de la voluntariedad (190), aquella que la equipara al dolo resulta menos adecuada para lograr un entendimiento correcto de la presunción legal. De aceptarla, no hay más remedio que interpretar la presunción de voluntariedad como presunción del dolo, si no se quiere, claro está, incurrir en una grave inconsecuencia. No se puede otorgar un significado distinto al término *voluntarias* utilizado en el primero y segundo párrafo del artículo primero del Código Penal.

La tesis onnicomprensiva que conduce inevitablemente a entender la voluntariedad como *voluntad de la acción* (191), permite, como ya hemos visto, reducir a límites más tolerables la presunción legal. Pero a esta interpretación se le ha objetado: primero, que tendría que ad-

(188) Cfr. S. SOLER, *Derecho Penal Argentino* II (Buenos Aires, 1945), página 104.

(189) E. FLORIAN, *Delle prove penali* (tercera edición a cura de P. Fredas) (Varese-Milano, 1961), p. 249, llamó la atención sobre la conveniencia de interpretar restrictivamente las presunciones *iuris tantum*, porque en la medida en que suponen limitaciones a la libre apreciación de la prueba, obstaculizan el hallazgo de la verdad material.

(190) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa* (Barcelona, 1958), p. 205-215.

(191) Vid. F. DÍAZ PALOS, *Culpabilidad jurídico-penal, en separata*, de *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, 1954), p. 72.

mitir la existencia de una tautología en la definición legal del delito, pues vendría a predicarse de la *acción* algo —voluntariedad— que ya es elemento esencial de la misma; segundo, que vendría a sustraer a la definición legal una característica, desde el momento en que al término *voluntarias* se le atribuye un significado ya implicado en otro elemento de la definición (192).

Por lo que respecta a la existencia de una tautología conviene distinguir, a nuestro modo de ver, los resultados que se deducen de una interpretación histórica y las exigencias que postula una interpretación progresiva.

Creemos que puede sostenerse, desde un punto de vista histórico, que el adjetivo *voluntarias* encerraba en primer lugar —aunque no en único— en la *mens legislatoris* una referencia a la voluntariedad de la acción. Todo parece indicar que el legislador de 1848 ha tenido presente, en esta materia, la tradicional distinción de la Escolástica entre *actus hominis*, que el hombre no realiza en cuanto tal, sino *ul est natura quaedam*, y *actus humani*, que constituyen propiamente el objeto de un juicio moral (193).

Así, por ejemplo, Pacheco habla de la “*comisión de uno de esos actos que la conciencia humana señala como criminales, y que sin embargo la misma conciencia excusa y justifica completamente por falta de libertad. Y nada importa entonces que la acción en general lleve la idea del mayor delito... nos lava y nos exime a la vez de toda mancha como agentes humanos y morales*”. Porque el delito es “principalmente un *hecho moral*” (194).

Está claro, pues, cómo Pacheco continúa hablando de la *comisión de actos* y de *acción* incluso en aquellos supuestos en que falta en absoluto la libertad, y que, por eso mismo, el propio Pacheco aleja de toda idea de responsabilidad criminal. A diferencia de estos supuestos, el delito es “principalmente un *hecho moral*”, que se realiza como “*agente humano y moral*”, es decir, es un *acto humano*, susceptible, como tal, de un juicio moral.

Probablemente el legislador histórico partió, pues, de la idea de que existen *actos* —acciones y omisiones— que se realizan sin la *voluntariedad propia de la acción* —actos del hombre— y por eso la primera misión del término *voluntarias* sería ya la de indicar que sólo los *actos humanos* pueden constituir el presupuesto del delito. Hipótesis que se ve confirmada, en cierto modo, por la expresa consagración de la eximente 9.<sup>a</sup> de fuerza irresistible. También aquí el legislador partió de la idea de que el que es violentado por una fuerza irresistible, *obra* —realiza un acto del hombre—, aunque no es criminalmente responsable.

Una consideración puramente morfológica de los primeros *comentarios* al Código Penal de 1848-50, muestra que *la voluntariedad de la*

(192) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción* cit., p. 88.

(193) Cfr. J. L. L. ARANGUREN, *Ética* (Madrid, 1959), p. 182 s.

(194) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 74 s.

*acción* no se consideraba implicada en las expresiones legales “acciones y omisiones”, sino en la voz *voluntarias*. Así Pacheco (195) y Vicente y Caravantes (196) no incluyen la *manifestación de voluntad* en el apartado en que se ocupan del análisis de los términos *acción* y *omisión*, sino que la insertan en el apartado que dedican al término *voluntarias*. El elemento “voluntarias” de la definición legal del delito apareció, de esta suerte, soportando una significación compleja. Se le sobrecargó de significados y, así, se entendió frecuentemente no sólo como expresión de la voluntariedad de la acción, sino también como expresión de una (dolo) o de las dos (dolo y culpa) formas de la culpabilidad.

Resulta elocuente en este sentido la exposición de Vicente y Caravantes: “En esta palabra comprende el Código tres clases de voluntad: la voluntad que consiste en la libertad de obrar; la voluntad que se deriva del conocimiento o inteligencia de que la acción u omisión es ilícita; y la voluntad que consiste en la malicia o intención de causar el mal que del hecho u omisión resulta” (197).

La expresión *voluntarias* llegó a los comentaristas del Código de 1870 cargada de una compleja significación. Tanto así que estiman oportuno abrir su comentario con una expresiva advertencia en torno a esa complejidad. Viada, por ejemplo, dirá: “La *voluntariedad* de la acción u omisión es un *totum complejo*” (198). Y otro tanto hace Groizard: “La palabra *voluntad* en el artículo que comentamos encierra una *idea compleja* que es preciso descomponer” (199).

La referencia a las “acciones y omisiones” se entendía, entonces, como una alusión al *aspecto externo* de la conducta cuya función primordial era la de garantizar legalmente el principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Así puede leerse en los *Elementos* de P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán: “Pero no basta esta explicación de las palabras *acción* y *omisión* para que se conozca toda la fuerza que encierran; implícitamente contienen el principio de que los actos externos son los que caen bajo la jurisdicción de las leyes penales. Los internos no pueden ser objeto de la justicia humana, que sería ineficaz y tiránica si quisiera penetrar y castigar el pensamiento criminal, y establecer para ello una inquisición odiosa, absurda y arbitraria” (200). Este mismo pensamiento se conserva todavía vivo en Silvela. Pese a que Silvela destaca oportunamente el carácter finalista del actuar humano, cuando comenta el término legal *acción* se preocupa de señalar que: “Opónese en el lenguaje vulgar la palabra acción a la de pensamiento, idea o concepto... La realización más o menos completa del pensamiento es la acción, y, por tanto, sólo pueden merecer tal nombre los *actos*

(195) J. F. PACHECO, *Código Penal* I cit., p. 73.

(196) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado* cit., p. 4.

(197) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal* cit., p. 4.

(198) S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal* I cit., p. 5.

(199) A. GROIZARD, *El Código Penal* I cit., p. 33.

(200) P. GÓMEZ DE LA SERNA Y J. M. MONTALBÁN, *Elementos* cit., p. 14.

que hemos llamado antes *externos*, ya preparatorios ya de ejecución" (201).

La interpretación tradicional que atribuye al término *voluntarias* la significación compleja de voluntariedad de la acción y, además, de dolo, origina graves dificultades en cuanto a la integración de los artículos 1 y 565 del Código Penal. Después de identificar en el artículo primero conductas voluntarias con *conductas dolosas*, se recurre, para completar la definición del delito, al artículo quinientos sesenta y cinco. Pero se observa inmediatamente que el artículo 565 no hace una referencia excluyente a la *voluntariedad*, sino a la *malicia*. Con ello, la definición positiva de las conductas dolosas (artículo 1.º) no se corresponde, como debiera, con aquella negativa que se deduce del artículo 565. Si el Código hubiere optado por ofrecer, en artículos separados, sendas definiciones de los delitos dolosos y culposos, no podría por menos de satisfacer la exigencia mínima de una terminología armónica. Máxime si, como en efecto hace, incluye en la definición de la imprudencia una referencia negativa al dolo. Así lo hizo, consecuentemente, el legislador de 1822: Art. 1: "Comete delito el que libre y voluntariamente, y *con malicia...*"; Art. 2: "Comete culpa el que libremente, pero *sin malicia...*".

Se sintió, de este modo, la necesidad de descargar a la expresión *voluntarias* de ese exceso de significación, que creaba graves problemas en cuanto a la integración de los artículos 1.º y 565. Para eliminar la complejidad que se le había atribuido a la voluntariedad de la definición legal, se ofrecían principalmente dos caminos: reducirla a la simple *manifestación de voluntad*, elemento esencial de la acción; o, por el contrario, equipararla únicamente a la voluntad de contrariar a la norma (voluntad opuesta a la norma). El primer camino es el que sigue, por ejemplo, Quintano en sus *Comentarios* (202). El segundo es el que eligió recientemente Córdoba (203).

Antes de decidirse por uno u otro debe tenerse en cuenta, a nuestro modo de ver: primero, si cualquiera que haya sido la intención del legislador histórico, la evolución dogmática del concepto de acción permite hoy una interpretación progresiva de los términos "acciones y omisiones", en el sentido de considerar implicada en ellos la manifestación de voluntad; segundo, si es conveniente o no excluir de la definición legal del delito toda referencia a la característica *culpabilidad*.

Por lo que se refiere al primer aspecto del problema, creemos que la respuesta debe ser afirmativa. El estado actual del concepto jurídico-penal de acción, no sólo hace posible, sino obligado que se le atribuya como elemento esencial la manifestación de voluntad.

En lo que atañe al segundo aspecto, estimamos que no sería, en absoluto, oportuno —una vez que la ley no obliga a llegar necesariamente a esta conclusión— excluir de la definición legal toda base, por

(201) L. SILVELA, *El Derecho Penal*, parte segunda, cit., p. 107.

(202) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios I* cit., p. 5 s.

(203) Cfr. nota 167 de este trabajo.

reducida que sea, en la que pueda asentarse el elemento culpabilidad. Se renunciaría, de antemano, a las grandes y beneficiosas posibilidades que ofrece la exégesis de inversión de la definición legal del delito.

Si, como se ha observado repetidas veces, la culpabilidad ocupa ya de por sí una situación precaria en nuestro Derecho positivo (204) y el espectro del *versari* parece amenazarla por doquier, no puede ser aconsejable prescindir de las posibilidades de interpretación a *sensu contrario* que se derivan del primer párrafo del artículo primero del Código. En ocasión anterior creemos haber puesto de relieve que una interpretación de esa índole, apoyada precisamente sobre el término *voluntarias*, hace posible eliminar los efectos del *versari* que, en otro caso, se derivarían fatalmente de la eximente octava (205). Quintano reconoce expresamente que la exégesis de inversión del artículo primero es el camino que permite llegar a una solución correcta en muchas cuestiones pertenecientes a la problemática del error (206). Y hay que admitir, finalmente, que esa exégesis hace posible soluciones correctas en torno a la exclusión de la culpabilidad en general, que en la práctica serían muy difíciles de conseguir, en caso contrario, por no estar dispuesto el Tribunal Supremo a recurrir a la vía suprallegal (207). El Tribunal Supremo, pese a mantener rígidamente que el catálogo de eximentes es exhaustivo y que no cabe invocar causas supraleales de exención, ni aplicar eximentes por analogía, pudo sin embargo, dictar declaraciones tan encomiables como la que figura en la sentencia de 23 de enero de 1963: "Aunque no concurra la llamada circunstancia eximente del caso fortuito, octava del artículo 8 del Código Penal, inadecuada a la delincuencia culpasa, los efectos pretendidos en el único motivo del recurso se logran íntegramente, por cuanto que *al excluirse la culpabilidad, la absolucíon se impone* sin precisarse estimativa de circunstancias".

Entendida la voluntariedad como voluntad contraria a la norma, la presunción del párrafo segundo del artículo primero no cubriría todo el elemento subjetivo del correspondiente delito. La presunción debería entrar en juego sólo una vez que se hubiese demostrado de modo positivo que el sujeto realizó voluntariamente el hecho. Únicamente entonces, el párrafo segundo del artículo primero permitiría presumir que cuando el sujeto decidió realizar voluntariamente el hecho conocía la norma (de cuidado o prohibitiva del delito, según se trate de conductas culposas o dolosas) y, por tanto, se opuso voluntariamente a la norma. No se presume, de esta suerte, que la acción penada por la ley fue voluntariamente realizada, sin tan sólo, una vez

---

(204) Cfr. J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de E. Mezger II* cit., p. 35 ss.

(205) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en ADP y CP. (1963), p. 291 ss.

(206) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una concepción unitaria* cit., p. 437.

(207) Cfr. J. A. SÁINZ CANTERO, *Las causas de inculpabilidad en el Código Penal español*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1963), página 75.

probado esto, que fue realizada voluntariamente *como contraria* a la norma, es decir, *conociendo* el sujeto que se oponía a la norma.

Bajo esta perspectiva, la presunción legal de voluntariedad supondría la admisión expresa de que la ficción —o, según otros, presunción absoluta— del *conocimiento del Derecho* se convierte en el ámbito penal, que se resiste siempre a las ficciones, en una simple presunción relativa. El sujeto sometido a un proceso penal puede invocar, pues la propia ley le invita a que *haga constar lo contrario*, que su acción no fue voluntaria, en el sentido indicado, porque ignoraba la norma.

Los estrechos ligámenes entre la presunción legal de voluntariedad y el principio *ignorantia legis non excusat*, y la posible contradicción que podía derivarse del hecho de atribuirle a este principio una vigencia absoluta y, admitir, en cambio, la presunción legal de modo expreso la prueba en contrario, fueron ya tempranamente advertidos. Por ejemplo, Vicente y Caravantes se cuida de hacer constar que aunque la presunción legal cede siempre ante la prueba en contrario, “esta prueba no se admite respecto de la falta de voluntad que consiste en la ignorancia de derecho, porque como ya se ha dicho en el com. 3, todos tienen obligación de saber las leyes” (208).

Más acorde con las exigencias modernas que proclaman una cada vez mayor individualización de la culpabilidad penal, se muestra en este punto Saldaña. Aprovecha Saldaña la inconsecuencia que parece deducirse de la posibilidad —legalmente reconocida— *de probar la no voluntariedad* y la pretendida vigencia absoluta —reconducida por él al esquema de una *praesumptio iuris et de iure*— del principio “la ignorancia del Derecho no excusa”, para propugnar, en nombre de la lógica jurídica a la unificación del régimen de ambas presunciones. “La existencia presumida de conciencia jurídica —escribe Saldaña— o conocimiento legal, no admite prueba en contrario —*praesumptio*

---

(208) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado* cit., p. 9. Que el llamado error de derecho puede operar como causa de exclusión del dolo y, en su caso, de la culpa, lo ha reconocido abiertamente el Tribunal Supremo en la interesante sentencia de 19 de diciembre de 1962. En esta resolución se dice: “La inexistencia del dolo —y la de la culpa, en el supuesto, discutible, de admitirse la realización culposa de esta figura delictiva (artículo 321 del Código de 1944)— brota de la simple lectura de los hechos fijados formalmente por el Tribunal *a quo*, los cuales patentizan que la conducta del encausado fue determinada por un error de derecho, cuyos efectos excluyentes de ambas formas de la culpabilidad no pueden ser enervados por lo dispuesto en el artículo segundo del Código civil, invocado por el recurrente, precepto que, como ha puesto definitivamente en claro la moderna dogmática jurídica, gira en la órbita de la inexcusabilidad del cumplimiento de la Ley, pero se mantiene al margen de la exculpación del agente por un error jurídico.”

Sobre el artículo segundo del Código civil, vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte General I* (Madrid, 1949), p. 525: el mandato del artículo segundo del Código civil “se limita a declarar que la ignorancia jurídica de una persona no puede ser obstáculo para el cumplimiento de las leyes. No impone la obligación de conocer las leyes, ni implica una condenación de los que ignoran el Derecho”.



*iuris et de iure*—. La existencia presumida de voluntariedad antilegal, que a su vez supone conocimiento, ésta si admite prueba en contrario —*praesumptio iuris*—. La lógica jurídica —concluye Saldaña— pide unificar la condición de estas dos presunciones. La presunción de conocimiento legal es justa; la de voluntariedad también. Pero si se admite con justicia la prueba en contrario para ésta, admítase para aquélla” (209).

El concepto de voluntad contraria a la norma, que supone el conocimiento de ésta, aparece ya, pues, expresamente formulado por Saldaña, quien, bajo este punto de vista, caracteriza a la presunción del párrafo segundo del artículo primero como *presunción de voluntariedad antilegal*.

Por otra parte, resulta interesante recordar que la presunción legal no abarcaba en el Código de 1822 a todo el elemento subjetivo del delito doloso, sino únicamente aquella parte consistente en la *voluntad maliciosa*, que presupone el conocimiento de la norma. En el artículo primero se establecía: “Comete delito el que *libre y voluntariamente y con malicia* hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. *En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia*, mientras que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario”. Como puede verse, la presunción operaba tan sólo después de haberse demostrado ya la existencia de una *infracción libre de la ley*, para presumir únicamente que esa infracción libre se había cometido con *voluntariedad y malicia*, es decir, conociendo la existencia de la ley.

Al entendimiento de la presunción legal como presunción tan sólo de voluntad contraria a la norma, se han acercado algunas declaraciones recientes del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, a propósito de una conducta dolosa afirmó la sentencia de 12 de noviembre de 1957 que “la malicia o intención dolosa va implícita en los actos u omisiones que la ley califica de delitos, cabiendo únicamente examinar la voluntariedad o libertad con que el agente se determinó al acto o abstención”. De este modo, la libertad y voluntariedad del hecho penado por la ley se dejan al margen de la presunción, y ésta se contrae únicamente a la *malicia*, que implica conciencia de la antijuricidad. Es decir, una vez comprobado que el autor se comportó con libertad y voluntariamente, lo que se presume, en tanto no conste lo contrario, es que lo hizo además con malicia, o sea, con conocimiento de la norma y, en consecuencia, oponiéndose voluntariamente a la misma. En sentido similar se ha expresado la sentencia de 22 de abril de 1957 al decir que “la doctrina de la voluntariedad de las acciones contra ley, que penetra en el campo penal a través de la presunción *iuris tantum* de que *así fueron queridas por el agente*, consagradas en el artículo primero, etc.”. Como puede observarse, en este fallo se interpreta la presunción legal de voluntariedad como presun-

(209). Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 483 s.

ción de que las *acciones contra ley así fueron queridas por el agente*, es decir, probado que el sujeto realizó voluntariamente la acción penada por la ley, lo que viene a presumirse es que además ha querido su conducta *como tal conducta contraria a la norma*.

### B. *Restricción en cuanto a la eficacia procesal*

En el plano procesal creemos que nada obliga a entender que la presunción legal origina para el inculpado una auténtica carga de la prueba, en sentido técnico-formal. Antes al contrario, mantener esto equivaldría a contradecir abiertamente los principios informadores del proceso penal español.

Por consiguiente, las posibles abstenciones probatorias del acusado deben de suplirse de oficio, en su caso, por el titular del órgano jurisdiccional.

La presunción legal no crea más que una carga material, en el sentido ya indicado de que el riesgo de la duda respecto a las materias cubiertas por la presunción se vuelve contra el reo (*in dubio contra reum*). Sin embargo, como la derogación del principio *in dubio pro reo* no es nunca deseable, debe procurarse interpretar la presunción de tal modo que la derogación de ese principio resulte lo más limitada posible. Al respecto debe de tenerse en cuenta que la ley no expresa *de qué modo ha de constar lo contrario*, es decir, no adjetiva el *grado de certeza* con que debe aparecer probado el hecho capaz de desvirtuar la presunción.

Puede y debe considerarse contraria al propio tenor literal de la presunción toda aplicación mecánico-formal de la misma, como es la de dar por probado el dolo tan pronto se ha demostrado la realización material de un hecho objetivamente adecuado a un tipo. No son compatibles, por tanto, declaraciones como la contenida en la sentencia de 27 de junio de 1956 —recordada al comienzo de este trabajo— cuando afirma que “la forma de voluntariedad” que caracteriza, como “elemento espiritual”, a las infracciones definidas como delitos “no requiere demostración alguna por parte de los Tribunales, a quienes es la propia Ley, anticipándose a su criterio, quien se la da formalizada mediante aquella presunción”.

Al decir el Código que la presunción tiene vigencia en tanto *no conste lo contrario*, jamás podrá aplicarse la presunción por el simple hecho de que se haya probado la realización de una conducta adecuada objetivamente a un tipo. La expresa referencia legal *negativa* a la *no constancia de lo contrario*, obliga al Tribunal a analizar minuciosamente todos los datos y antecedentes que figuren en los autos para cerciorarse de que no es posible deducir de ellos la existencia de un hecho que contrarreste la presunción. Del propio texto legal se deriva, de esta suerte, la obligación de demostrar no sólo la presencia de un hecho material objetivamente adecuado a un tipo, sino también la ausencia de un dato capaz de privar de virtualidad a la presunción.

El propio Tribunal Supremo —justo es reconocerlo—, al lado de declaraciones poco felices, ha indicado certeramente en alguna ocasión el camino que hay que seguir para poder demostrar la existencia del dolo. La sentencia de 2 de febrero de 1934 dice: “Para apreciar la voluntariedad de las acciones u omisiones es ineludible examinar la actuación del culpable que exterioriza aquel elemento puramente interno o subjetivo y lo presenta objetivamente estimable, estableciendo así deducciones en lógico proceso, cuando no consta de otro modo, de los antecedentes del hecho, de los medios o formas de realización y muy especialmente de la proporcionalidad racional entre esos medios y el resultado”. En la misma línea ha vuelto a afirmar la sentencia 1 de mayo de 1944: “No basta fijarse únicamente en las apariencias y resultado del hecho sometido al conocimiento de la justicia penal y que puedan materializar un hecho delictivo, sino que es necesario una investigación más honda que penetre en los móviles determinantes de la acción y en las circunstancias, puesto que hasada la Ley positiva en los postulados inmutables de la justicia y la recta razón, es la voluntad intencional el alma de los actos definidos como delitos, por lo que no es suficiente la existencia del hecho material si no le acompaña la intención de delinquir”.

Se reconoció, de este modo, por el Tribunal Supremo la necesidad de deducir el dolo no sólo del análisis de la conducta material ejecutada, sino también de la valoración de otros datos y antecedentes. Valoración no sólo posible, sino obligada, toda vez que presupuesto de aplicación de la presunción del párrafo segundo del artículo primero es la no constancia de lo contrario. Y únicamente se puede declarar probado que no consta lo contrario cuando se hayan analizado minuciosamente los antecedentes de toda índole relacionados con el hecho y el autor.

## VII. *Conclusión.*

Como expone Nuvolone toda presunción no deja de ser una “forma probatoria imperfecta”. Las presunciones legales son reducidas, por ello mismo, a límites cada vez más estrechos en el ámbito penal.

En Derecho Penal —como observa el propio Nuvolone— domina, en efecto, la exigencia de la verdad sustancial, y a esta exigencia no puede responder satisfactoriamente la presunción, que es *sustitución de la certeza real por la certeza lógica* (210).

Si a mayor abundamiento, una presunción legal, como creemos que sucede con la presunción del párrafo segundo del artículo primero del Código penal español, no encuentra un seguro apoyo lógico y, por tanto, difícilmente podrá considerarse siquiera como “certeza lógica”, parece necesario postular como deseable su desaparición.

Cuando la conexión entre hecho base y hecho presunto no obedece

---

(210) P. NUVOLONE, *Presunzioni legali e prova del contrabbando* cit., página 85.

lógicamente a la regla de experiencia, o cuando del *id quod plerumque accidit* —que el hombre actúa normalmente con conciencia y voluntad—, interpretado equivocadamente, ha pretendido derivar el legislador una consecuencia —existencia de una forma concreta de la culpabilidad— que la experiencia no ampara, la presunción resulta nociva a la justicia del caso concreto y debe, sin más, ser eliminada. (211).

Por otra parte, sin ser preciso que el legislador la fomente mediante la consagración de una presunción legal, de siempre se ha observado —como advierte Bettiol— la tendencia de la praxis a crear y operar con esquemas presuntivos, que van a veces incluso contra la voluntad del legislador (212).

Cuando el aligeramiento y la simplificación se refieren a la investigación real de aquel elemento del delito que, más que ningún otro, expresa la base moral y humana del juicio penal, el legislador debiera de extremar su cautela y no admitir en esta materia ninguna presunción legal.

---

(211) Cfr. G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 258.

(212) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 258.