

LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LAS PRESUNCIONES DEL DERECHO  
PENAL ECONÓMICO ALEMÁN

Prof. Dr. Joachim Vogel

Universidad de Friburgo de Brisgovia

Estudios de Derecho penal económico. Ediciones de la Universidad de  
Castilla – La Mancha (Estudios; 18), Cuenca, 1994

<http://www.cienciaspenales.net>

# LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LAS PRESUNCIONES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO ALEMÁN\*

**DR. JOACHIM VOGEL**

*Universidad de Friburgo de Brisgovia*

## 1. Las presunciones para la Teoría del Derecho

Una presunción es una afirmación acerca de hechos sobre los cuales no se tiene una total certeza. Denominamos, sin embargo “prognosis” a aquellas presunciones en las cuales los hechos afirmados tienen lugar en el futuro. Las “prognosis” poseen una problemática especial, ya que los hechos afirmados no pueden ser verificados o negados en el instante en el cual se realiza la afirmación, razón por la cual vamos a dejarlas de lado en el presente trabajo<sup>1</sup>. En este lugar nos interesan tan sólo aquellas presunciones que afirman hechos presentes o pasados. Hechos que pueden, a su vez, ser sucesos naturales, por ejemplo, en el caso del parágrafo 2.3 de la Ley de Desaparecidos (*Verschollenheitgesetz*) se presume muerto a un hombre desaparecido durante largo tiempo o “convencionales”,

---

\* Traducción de Adán Nieto Martín. Universidad de Castilla-La Mancha.

<sup>1</sup> Sobre las “prognosis” FRISH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1988. Dejaremos también de lado aquellas presunciones, que según las leyes de la naturaleza hacen referencia a la relaciones entre hechos.

es decir, sobre normas declarativas de hechos. Un ejemplo de este último género lo encontramos en la prescripción adquisitiva prevista en el párg. 1.006 del BGB<sup>2</sup>.

De forma aún más precisa se distingue entre presunciones refutables o irrefutables, estas últimas sólo son válidas cuando se pretende afirmar la inexistencia de un hecho; ejemplo: el párg. 19 del StGB contiene una presunción irrefutable consistente en afirmar que los niños son inimputables<sup>3</sup>. Este tipo de presunciones suele presentarse frecuentemente en forma de definiciones legales o tipos de complemento; además normalmente no contienen referencia explícita alguna a una presunción, formando parte entonces de una presunción motivadora (“motivatorischen Vermutung”)<sup>4</sup>. Las presunciones refutables por el contrario sí que contienen explícitamente la expresión “se presume que”, pudiendo ser además contrariadas, cuando pueda afirmarse la no existencia de lo presumido. La función práctica de las presunciones refutables consiste en propiciar una decisión —evitar el non liquet—, en aquellos supuestos en los cuales no podemos afirmar con certeza la existencia o inexistencia de unos hechos.

Debe también distinguirse entre presunciones y ficciones, en estas se asigna una misma consecuencia jurídica a hechos distintos, a pesar de que se es consciente de la contradicción de afirmar la existencia de unos hechos (T2) de la existencia de otros (T1); eventualmente incluso se finge una equiparación contraria al uso del lenguaje<sup>5</sup>. Igual distinción debe realizarse con las “apreciaciones”, evaluaciones de cantidades mediante cálculos de probabilidad<sup>6</sup>.

b) En el sentido de las categorías lógicas de CARNAP, el que las presunciones se caracterizan por una falta de certeza, no significa que la afirmación posea una propiedad lógica especial<sup>7</sup>. De igual forma, que tampoco debe ser confundida esta falta de certeza, con la categoría lógica de la “posibilidad” (categoría opuesta en la lógica a la necesidad). Y, sin más, la falta de certeza, tampoco puede equipararse con la “probabilidad”, ya que ésta puede ser objetivamente determinada y se refiere además a una específica clase de hechos. Por ejemplo, cuando utilizando un dado ideal, indico que la probabilidad de que al tirarlo me salga uno es de uno contra seis. El concepto de probabilidad objetiva de nada nos sirve, sin embargo, cuando se trata de presumir un hecho aislado<sup>8</sup>. Sí que podría ser de utilidad una Teoría subjetiva, en la cual la probabilidad de un determinado hecho fuera determinada en base a la creencia individual de una persona. Para hacer operativa y racio-

---

<sup>2</sup> Para una distinción entre hechos convencionales y naturales vid. KINDHÄUSER, Jura, 1984, 469, pág. 473 y ss., con amplias referencias. En el texto, hemos distinguido entre presunciones de hecho y derecho en el mismo sentido que la mayoría de los autores, además únicamente determinados hechos pueden ser denominados verdaderamente “convencionales”; vid. ROSENBERG, *Die Beweislast* 5 ed., 1965, pág. 203, 208.

<sup>3</sup> SCHÖNKE/SCHRÖEDER (S/S)-LENCKER, *Strafgesetzbuch*, 23 Aufl. párg. 19 marg. 1, con referencias.

<sup>4</sup> Vid. infra 3 d).

<sup>5</sup> Vid. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5 Aufl. 1983, p. 251 y ss.

<sup>6</sup> Véase, con referencias, VERF., en KREKELER/TIEDEMANN/ULSENHEIMER (Compiladores), *Handwörterbuch des Wirtschafts und Steuerstrafrechts*, 1987 ss., voz “Schätzung”

<sup>7</sup> S. CARNAP, *Bedeutung und Notwendigkeit*, 1972.

<sup>8</sup> Vid. KINDHÄUSER, “Jura” 1988, 290 (293).

nal la medida podría utilizarse el concepto de “apuesta racional”, que tiene como única condición el disponer de un criterio neutral para afirmar la existencia del hecho contrario<sup>9</sup>. En este sentido, para el Derecho el verdadero problema del manejo de presunciones es, precisamente, la falta de un criterio semejante o bien la ausencia de criterios que nos muestren lo irrazonable de que acaezca el criterio elegido. En consecuencia, no podemos equiparar el déficit de certeza de la presunción con el riesgo con que contamos al efectuar una apuesta.

La certeza supone sobre todo una propiedad pragmática que recae sobre una afirmación, en un acto de habla a interpretar en un determinado contexto<sup>10</sup>, cuyo significado estriba en que el afirmante, subjetivamente, este convencido de la veracidad de su aseveración, e intersubjetivamente, lo aceptable de sus razones pueda convencer. Partiendo de este concepto, lo que caracteriza a la presunciones es precisamente que el afirmante no está convencido de la veracidad de su afirmación, al no disponer de razones suficientemente aceptables.

c) No vamos a detenernos aquí en constatar si la afirmación derivada de una presunción, supone un acto de habla capaz de transferir veracidad, corrección y certeza. Interesa más preguntarnos si mediante las presunciones podemos obtener, en el Derecho, resultados prácticos. La pregunta debe ser contestada afirmativamente.

En primer lugar, podemos realizar presunciones sobre hechos, los cuales dan lugar a la realización de una serie de actividades tendentes a constar su existencia. El ejemplo más evidente de esta aplicación el el parg. 230 StPO según el cual la sospecha de que se ha cometido un delito da lugar a la apertura de un procedimiento penal, en su fase de averiguación(\*). En segundo lugar, las presunciones son de utilidad en situaciones en las que nos es imposible encontrar los fundamentos adecuados para lograr que una determinada situación sea aceptada con certeza, es decir, casos en donde la creación de certeza es imposible. Ejemplo: el parg. 1.006 del BGB (Código civil alemán) presume la propiedad del poseedor, en casos en los cuales no es posible, por conducirnos hasta tiempos inmemoriales, una prueba estricta de la propiedad (“probatus diaboli”)<sup>11</sup>. Sin embargo, las presunciones no pueden utilizarse de esta forma, cuando entran en juego otros bienes jurídicos; pongamos un ejemplo, en el Derecho policial alemán la sospecha o presunción de un peligro desencadena ya la intervención policial<sup>12</sup>, mientras que no puede fundamentarse un reproche en una simple presunción, pues debemos tener en cuenta que no hay ninguna razón concluyente para negar la defensa del acusado y se dan además otros hechos que niegan la existencia de los presumidos.

---

<sup>9</sup> Vid. con detalle STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie*, Bd. IV/1, 1973, p. 396 y ss., con referencias.

<sup>10</sup> SEARLE, *Sprechakte*, 1980.

(\*) La fase de averiguación es la equivalente en el proceso alemán a la fase sumarial en el español.

<sup>11</sup> BAUER, *Sachenrecht*, 14 Aufl. 1987, p. 78.

<sup>12</sup> DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, *Recht der Gefahrenabwehr*, 9 Aufl. 1986, p. 225 con referencias.

## 2. Presunciones materiales y regla procesales de prueba

a) La mayoría de las presunciones actuales se refieren a hechos exteriores al proceso, que constituyen la base de la presunción. Esta base es objeto de prueba mediante las reglas generales, de forma tal, que una vez probada se afirma el hecho presumido, sin que el juez tenga por qué tener el convencimiento de su existencia, pues su afirmación se efectúa con fundamento en una presunción legal.

Así, por ejemplo, según el parg. 1600.2 del BGB se presume padre del recién nacido, al hombre que vivió con la madre durante el momento, fijado en el parg. 1592, en que tuvo lugar la concepción. Como vemos, una vez probada esta circunstancia el juez presume la paternidad, declarando el deber de alimentos del padre.

Tradicionalmente han existido normas que contenían presunciones sin base alguna, denominaremos a este tipo de presunciones “innominadas”. El conocido “presumptio doli” de FEUERBACH, plasmado en el proyecto Bárvaro de Código penal, constituye un buen exponente de este tipo de presunción. Presunción que tenía como base filosófica la aceptación de que la acción dolosa no suponía sino “una excepción especial de una regla general”. Así se señalaba, en el art. 43 del StGB de Baviera de 1813, que el dolo “era afirmado legalmente..., si lo contrario no resultaba probable o cierto a la vista de las circunstancias particulares”<sup>13</sup>.

Mientras que esta presunción pertenece a lo que conocemos derecho material, nos encontramos también con reglas de prueba que indican al juez cuando puede declarar probada la existencia de un determinado hecho; referidas a hechos procesales pertenecen prima facie al derecho procesal. Encontramos una clásica regla de prueba en el art. 67 de la Constitutio Criminalis Carolingia, en virtud del cual un hecho se consideraba probado si al menos dos testigos no recusados y creíbles así lo declaran. Las reglas de prueba pueden ir referidas a hechos distintos de los que se substancian en el proceso. En este sentido, la afirmación de que unos hechos son cosa juzgada, es una regla de prueba y un problema procesal, y así lo afirma la mayoría de la doctrina para quien el parg. 190 StGB —que considera un hecho como probado, si así se ha juzgado ya en otro procedimiento— es una regla de prueba y no una presunción<sup>14</sup>. Por ello nos encontrábamos también ante una regla de prueba, y no ante una presunción, en el caso del parg. 23 WiStG (Ley penal económica) de 1949 —precepto antecesor del actual parg. 130 OWiG— según el cual se consideraba que el propietario de una empresa había incumplido sus obligaciones de vigilancia si “no probaba, que en su actividad se había aplicado el cuidado necesario para evitar la contravención”<sup>15</sup>.

Podría incluso mantenerse, que esta previsión constituye una inversión de la carga de la prueba como las existentes en el Derecho civil<sup>16</sup>. Sin embargo, dicha previsión sería

<sup>13</sup> Vid. VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, p. 23. El propio FEUERBACH renunció a la presunción mencionada en la 9 edición de su Manual, en 1826.

<sup>14</sup> S/S-LENCKER, parg. 190, marg. 1.

<sup>15</sup> S. BverfGE 9, 167; vid. infra 4 b).

<sup>16</sup> En este sentido BverfGE 9, 167 (168).

extraña en el procedimiento penal alemán, no configurado como un proceso de partes<sup>17</sup>. El empleo de la expresión “deber de probar” no puede ser interpretado desde el punto de vista del derecho penal en el sentido de que el acusado necesite probar un determinado hecho, sino en el sentido de que el juez puede igualmente juzgar, pudiendo alcanzar su convencimiento a circunstancias cuya existencia no se ha podido averiguar y probar<sup>18</sup>.

El último ejemplo analizado nos ha mostrado como el límite entre las presunciones materiales, innominadas y reglas de prueba es bastante fluido, pues puede también pensarse que la fórmula acuñada por el parg. 23 WiStG contiene la presunción innominada de un comportamiento imprudente y con ello la culpabilidad. Así en los modernos ordenamientos procesales como el civil o el penal, en donde rige la libre valoración de la prueba, es más que dudoso que podamos encontrar a nivel teórico una clara delimitación entre presunciones y reglas procesales de prueba, a pesar de que prima facie pueda realizarse<sup>19</sup>. Igualmente debemos ser cautelosos con las consecuencias de la prueba de indicios, ya que los hechos que se declaran probados se hacen a partir de las reglas de la probabilidad o de la habitualidad, lo cual muestra que frecuentemente las presunciones pueden presentarse como una especie de prueba de indicios anticipada, que viene a restringir el ámbito de libre valoración de la prueba<sup>20</sup>. Es cierto, no obstante, que existe una diferencia teórica, pues el juez en la prueba de indicios declara el hecho como cierto, mientras que en la presunción únicamente como presumido. Mas, en resumidas cuentas, las presunciones materiales y la prueba de indicios son funcionalmente intercambiables<sup>21</sup>, por eso es totalmente cierto la afirmación de que la presunción de una prueba se encuentra en la frontera entre el derecho material y procesal.

Un caso especialmente interesante en donde se muestra lo anterior, son las reglas que el Tribunal Supremo alemán ha construido para cuando existe una conducción segura pro parte de un automovilista bebido (parg. 316 StGB)<sup>22</sup>. Según esta jurisprudencia un 1,1% de alcohol en sangre en el momento de los hechos obliga a aceptar que existe una conducción segura, estimándose que el principio “in dubio pro reo” obliga a apreciar un margen de tolerancia de 0,2%. En consecuencia, resulta, como señala SARSTEDT<sup>23</sup>, que el tipo del parg. 316 no se cumple sino a partir de un 1,3%, es decir el 1,1% señalado se le suma el 0,2% que resulta de la regla probatoria. Así pues esta intercambiabilidad fun-

---

<sup>17</sup> Vid. EBERHARD SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 2 Aufl. 1964, marg. 366 y ss.

<sup>18</sup> BayVerfGHE N.F. 35, 40 (47); KG NSTZ 1986, vid. infra 4 c).

<sup>19</sup> Dicho de manera más precisa, el libre convencimiento del juez, denominamos conocimiento entendemos la “certeza” en el sentido que le hemos atribuido en el apartado 1 b), tanto la certeza subjetiva como la intersubjetiva avaladas con razones aceptables.

<sup>20</sup> Muy claro sobre este aspecto RGSt 57, 277. La punibilidad de la bigamia, depende de si el primer matrimonio se ha disuelto por muerte probada de uno de los cónyuges. El RG no creyó que existiese impedimento alguno en presumir la muerte de acuerdo con lo dispuesto en el parg. 18.2 BGB (regulación contenida ahora en la Ley de desaparecidos) tras el transcurso de un largo plazo de tiempo.

<sup>21</sup> Vid. sobre esta intercambiabilidad funcional en el campo del dolo VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, 1986, donde es puesto de relieve con suma agudeza.

<sup>22</sup> BGHSt 5, 168; 19, 243; 21, 157.

<sup>23</sup> En FS für ERNST E. SCHMIDT, 1972, p. 171 (184).

cional nos muestra como las normas procesales acerca de la prueba y de la carga en realidad son parte del derecho material o bien que derecho procesal y material no pueden ser separados<sup>24</sup>. Por tanto, ante un juicio de constitucionalidad, los principios materiales constitucionales, por ejemplo el de culpabilidad, pueden ser vulnerados funcionalmente por reglas procesales, como la inversión de la carga de la prueba en la culpabilidad, y, de igual forma, los principios constitucionales del proceso —como el derecho a guardar silencio— pueden lesionarse mediante presunciones desfavorables para los autores.

### 3. Las presunciones en el Derecho penal (económico) alemán

El ejemplo más palmario de utilización de presunciones en el núcleo mismo del Derecho penal —lo cual después va a sernos altamente esclarecedor en el marco del derecho penal especial y económico— lo constituye el parg. 170 del StGB en donde se sanciona el incumplimiento del deber de alimentos. El tipo penal viene a proteger un instituto civil, el cual contiene varias presunciones y reglas de prueba. Por ejemplo, el hijo nacido dentro de un matrimonio se declara como tal, asumiendo el marido de la madre los correspondientes deberes de alimentos, a no ser que el hijo sea declarado como no matrimonial en un proceso especial (pargs. 1591-1593 BGB). Ya hemos mencionado también, como fuera del matrimonio existe una presunción en pos de la paternidad discutida, si en un determinado momento de tiempo el hombre ha convivido con la madre, indicándose incluso que la paternidad ha de declararse en estos casos sin ningún género de dudas (vid. parg. 1600.2 BGB, última regla de prueba). Debemos tener en cuenta además que las sentencias civiles que se producen mediante estas presunciones tiene un valor erga omnes (vid pargs. 1600 aBGB, 640 h, 641 k ZPO). Hoy la opinión mayoritaria, contrariamente a tendencias pasadas<sup>25</sup>, señala que estas presunciones como parte del instituto legal del deber de alimentos deben ser apreciadas y tenidas en cuenta<sup>26</sup>. Para ello los autores se apoyan

---

<sup>24</sup> Así también la opinión mayoritaria, para el derecho civil ROSENBERG, cit (not. 2) p. 79 y ss., y para el penal FRISCH en HENKEL-FS, 1974, p. 273 (283); MONTENBRUCK, In dubio pro reo, 1985, p. 52 y ss.

Es incomprensible la opinión de SARSTEDTS cit. (not 23) p. 186, para quien el “principio in dubio pro reo no es ninguna regla de prueba”, al entender que solamente son reglas de prueba aquellas de las cuales se desprende la declaración real de un hecho; mientras que el principio in dubio pro reo ordena al juez cómo ha de decidir si no tiene convicción plena de la existencia de un hecho, indicando que en aquellos supuestos en los que el resultado de la prueba no ha convencido al juez de la existencia de un determinado hecho, éste debe declararlo no probado. La diferencia estriba, en que mientras las reglas de prueba fijan un modo determinado decidir sobre los resultados de la prueba, el principio “in dubio pro reo”, de forma negativa, se refiere al convencimiento del juez.

<sup>25</sup> La opinión tradicional se deriva de la RGSt 36, 332. Se suscitó en este asunto la cuestión, acerca de si la presunción del parg. 1362 BGB (redacción antigua) —donde se consideraba al marido propietario de los bienes comunes, poseídos por el matrimonio— debía observarse en el Derecho penal. El RG estimó que “La presunción... contenida (en el BGB)... es una regla de prueba, la cual no es compatible con los principios del Derecho material y procesal penal de búsqueda de la verdad material y su investigación. En efecto, indicó el Tribunal, que la presunción del derecho privado, “no produce ningún derecho... y no puede ser extendida”. Hasta la extinción del matrimonio existe un deber de alimentos para con los hijos matrimoniales.

<sup>26</sup> Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-DIPPEL), 10 Aufl. 1978 ss.; parg. 170 b marg. 18, con ulteriores referencias.

en la máxima de que cuando el Derecho penal protege una institución foránea, lo hace tutelándola tal como ha quedado configurada extramuros del Derecho penal.

Ninguna presunción acerca de la falsedad existe, según la opinión mayoritaria, en la condición objetiva de punibilidad que impone al que ha efectuado el tipo de afirmación probar la veracidad de las mismas, tal como establece el parg. 186 StGB<sup>27</sup>.

b) En el Derecho penal especial y económico son frecuentes los casos en donde se tutelan instituciones foráneas, en las cuales podemos encontrar presunciones. Así ocurre en el parg. 370 AO, que protege las pretensiones tributarias estatales o bien su realización correcta y completa<sup>28</sup>, en relación especialmente al campo del derecho tributario internacional, en donde la deuda tributaria se determina en parte mediante inversiones de la carga de la prueba. Por ejemplo, es el caso de los apartados primero y segundo de la AStG, que impone a los sujetos pasivos del tributo la prueba de que sus ingresos por actividades comerciales no quedan sujetas a una doble tributación. La Ley tributaria exterior para evitar la defraudación tributaria contiene asimismo varias presunciones irrefutables, veamos un supuesto, si una empresa domiciliada en un paraíso fiscal es controlada por una persona la cual es a su vez obligado por el derecho interno soporta una doble tributación según el art. 7.1 AStG, el mencionado control se presume siempre que por varias obligaciones tributarias internas deba ser abonado más de un 50%. Igualmente en el parg. 106 UrhG (Ley sobre los derechos de autor) son protegidos penalmente los derechos de autor y su explotación, cuya propiedad puede fundamentarse en presunciones (por ejemplo pargs. 10,44.1 UrhG). Para finalizar mostremos un ejemplo del Derecho de Kartelles. En el parg. 38 GWB (Ley de prácticas restrictivas de la competencia) se impone, junto a otros supuestos, una sanción administrativa (Gelbusse) a aquellas empresas que hayan abusado de su posición dominante en el mercado. El concepto indeterminado de “posición dominante de mercado” es precisado en el parg. 22.3 GWB con una presunción, existe posición dominante cuando se tiene al menos un tercera parte del mercado.

La opinión doctrinal dominante, en una manifiesta contradicción con lo afirmado en torno al parg. 170 StGB, rechaza este tipo de presunciones y reglas de prueba situadas en normas extrapenales, arguyendo su contradicción con los principios cardinales del Derecho penal<sup>29</sup>. Contra esta opinión mantenemos que en el Derecho penal deben ser tam-

---

<sup>27</sup> S. EBERHARD SCHMIDT, cit. (nota 17) marg. 372 en anotaciones al 76 a). Se pronunció igualmente con respecto al antiguo parg. 245 a StGB, según el cual el poseedor de herramientas útiles para el robo era sancionado, incluso si resultaba de las circunstancias que “las herramientas no eran destinadas a la realización de acciones punibles”. Señalando que no contenía regla probatoria o presunción alguna sino una causa de exclusión de la pena, cuya no existencia debía probar el autor. Cfr. RGSt 69, 81; SCHRÖDER, “NJW” 1959, 1903 y ss.; ibídem LG Heidelberg NJW 1959, P. 1932.

<sup>28</sup> Sobre estos conceptos diferenciándolos, DANNECKER, *Steuerhinterziehung im internationalen Wirtschaftsverkehr*, p. 167 y ss.

<sup>29</sup> Para el Derecho fiscal DANNECKER, cit. (not. 28) p. 137; sobre los Derechos de autor WEBER, *Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts* 1976, p. 192, y para el de Kartell TIEDEMANN, en IMMENGA/MESTMÄCKER, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983, parg. 38, marg. 107; todos con referencias.



bién de aplicación, las presunciones que motivan elementos típicos y que como tal han de entenderse integradas en el tipo<sup>30</sup>.

c) También en tipos penales antiguos y aún de tiempos más cercanos a nuestros días, pueden hallarse claras presunciones de culpabilidad. Un ejemplo muy concido es el ubicado en una figura tan clásica como la receptación, en donde mediante una regla probatoria se presumía la culpabilidad (antigua redacción 259 StGB), considerando receptor a quien posea cosas de las “que suponga o por las circunstancias deba suponer, que se han conseguido por medio de una acción penal”. La expresión “por las circunstancias deba suponer”, para la opinión mayoritaria, constituía una regla probatoria (refutable) del dolo, y no la incriminación de acciones imprudentes<sup>31</sup>. En el Derecho penal especial y económico perduraron algunas presunciones de culpabilidad, como la ya mencionada del parg. 23 WiStG de 1949, por ejemplo, en las leyes de prensa de algunos Länder se contenía una presunción de que los redactores conocían o facilitaban la impresión de escritos injuriosos o que publicaciones punibles<sup>32</sup>.

Una especie de presunción “a la inversa” se encontraba en sede de exclusión de la punibilidad, contenida en el parg. 371.2.2 AO (antecesor del actual parg. 395.2.2 AO) que indicaba la no punibilidad del que autodenunciara su infracción tributaria sin saber que había sido ya descubierto, cuando sin embargo “se debía haber contado con ello mediante una apreciación razonable de las circunstancias”, para la mayoría de los autores se trataba de una regla probatoria refutable en perjuicio de los autores, con la cual se evitaba probar cual era el verdadero conocimiento del autor<sup>33</sup>.

Es cuestionable que la antigua jurisprudencia del Tribunal del Reich no contuviese una presunción judicial de culpabilidad acerca del error de derecho. Según la mencionada jurisprudencia, era el error sobre la norma penal irrelevante para el dolo o la culpabilidad, a diferencia de lo que ocurría con el que recaía sobre una norma extra penal. Como TIEDEMANN<sup>34</sup> puso de manifiesto, el Tribunal, en la época anterior a su decantación por la separación entre dolo y conocimiento de la antijuricidad, realizaba una presunción irrefutable del conocimiento de la ley penal y ello aunque esta tuviese como fundamento un interés estatal, atendiese a evitar dificultades probatorias o se debiese a la estimación de que el derecho penal contiene las normas más conocidas de todo el ordenamiento. Pero es que, además, como el conocimiento de la antijuricidad no constituía para el Tribunal — por supuesto que sin razón— parte alguna del delito, no existían tampoco razones para reconocer la existencia de una presunción.

d) Por último nos ocuparemos del problema de lo que podríamos denominar “presunciones en sentido amplio”, que pueden ser encontradas en aquellos tipos en donde a pesar de no contener regla probatoria o presunción, ni encontrarse ésta en institutos extra-

<sup>30</sup> Así especialmente DANNECKER, cit. (nota 28) p. 140 y ss.

<sup>31</sup> RGSt 55, 204; BGHSt 2, 146; sobre ello S/S, 13 Aufl (1967), parg. 259, marg. 49, con referencias.

<sup>32</sup> Aún hoy el parg. 11 Abs. 2 BayPressG, vid. infra 4 c).

<sup>33</sup> BayOblGSt 1972, 39 = GA 1972, 349.

<sup>34</sup> *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, P. 269 ss.

penales, el legislador como telón de fondo las ha tenido en cuenta, pues han sido el motivo que le ha llevado a la formulación de un determinado tipo, vamos a denominarlas en consecuencia “presunciones motivadoras”.

Dentro de este grupo deben ser nombrados en primer lugar los delitos de peligro abstracto. Por ejemplo, la drástica pena con que es castigado el que provoca un incendio en un edificio sólo puede ser explicada mediante la presunción global de que el incendio de un edificio supone generalmente la puesta en peligro de la vida del hombre. Sin embargo, ¿debería lo anterior tener validez en aquellos supuestos en los cuales el peligro es inexistente, porque, por ejemplo, se sabe con seguridad que no hay nadie en el edificio? La mayoría de los autores ve en los delitos de peligro abstracto una presunción o regla probatoria de un peligro concreto, la cual debiera poder refutarse en el caso concreto. Llegando más lejos una opinión destacada ha propuesto reconvertir los delitos de peligro abstracto general en concreto<sup>35</sup>. La polémica en torno a estos delitos se han situado principalmente en el ámbito del Derecho penal económico, pues es aquí donde se tutelan bienes de naturaleza supranacional, ideal o institucional, bienes que no son puestos en peligro grave por hechos aislados, sino mediante faltas masivas<sup>36</sup>.

El tipo, por ejemplo, de la estafa de créditos (parg. 265 b StGB) protege “el funcionamiento del sistema crediticio”<sup>37</sup>, sistema que no queda dañado por la existencia de una única estafa de créditos. Igualmente se ha resaltado que el tipo el parg. 265 b supone un adelantar la barrera punitiva de la estafa<sup>38</sup>.

Las “presunciones motivadoras” pueden ser cuestionadas además si pensamos que la valoración del legislador puede no ser acertada y que, en consecuencia, pueden quedar sin sanción un gran número de contravenciones. Pero además es también dudoso si la punición del ataque individual, ataque que como dijimos no lesiona el bien protegido, es correcto desde el punto de vista del dogma del bien jurídico.

De igual forma, puede conectarse con el debate en torno a las presunciones motivadoras, la punibilidad de las acciones imprudentes en el campo de los delitos patrimoniales y económicos. El parg. 264 StGB que contiene la estafa de subvenciones, incrimina en su párrafo tercero las conductas imprudentes, afirmándose que dicha punición constituye una presunción de dolo encubierta, prevista para allanar las dificultades que se derivan de la prueba del dolo<sup>39</sup>.

Para finalizar, nos referiremos a la problemática suscitada en torno al proyecto de nueva redacción del parg. 130 OWiG. En el tipo vigente en la actualidad se impone una sanción administrativa a los propietarios (y otra serie de personas determinadas en el tipo) de una empresa cuando dolosa o imprudentemente incumplan con sus obligaciones de vigilancia, en cuanto que de haberlas observado podían haber evitado la realización por

---

<sup>35</sup> Sobre el problema TIEDEMANN cit. (not. 34) p. 163; recientemente KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989.

<sup>36</sup> TIEDEMANN, cit. (not. 34) p. 169.

<sup>37</sup> Así el Amtl. Berg., BT-DrS 7/5291 p. 14; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 18 Aufl, parg. 265 b Anotación. 1; LK-TIEDEMANN, parg. 265 b marg. 9 y ss.

<sup>38</sup> LACKNER, cit. (not. 37) con referencias.

<sup>39</sup> DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 44 Aufl. 1988, parg. 264 marg. 24.

un empleado de un delito o contravención. Por consiguiente, hasta ahora, la prueba de la relación de causalidad entre la infracción de los deberes de vigilancia y la comisión del delito o infracción, era probada según las reglas habituales de convicción judicial, en cambio, según el texto proyectado basta con que la infracción de los deberes de vigilancia agrave el delito o la contravención<sup>40</sup>. Nos encontramos aquí con una “presunción motivadora” de la causalidad o bien con una facilitación de la prueba; lo cual es sumamente cuestionable ya que el parg. 130 OWiG constituye en esencia un injusto accesorio y una forma de participación en virtud de su garantía del empresario en el hecho del subordinado.

#### 4. Limitaciones constitucionales a las presunciones en el Derecho penal

La constitucionalidad de las presunciones y reglas de prueba debe ser analizadas, tanto a la luz de los principios constitucionales del Derecho penal sustantivo, como a la de los estrechamente relacionados principios probatorios del Derecho procesal penal. Particularmente, presunciones y reglas de prueba deben superar las exigencias<sup>41</sup> del principio material de culpabilidad y reserva de ley y los procesales de búsqueda de la verdad material, necesidad de convicción judicial y principio “in dubio pro reo”. Además contra las presunciones pueden ser también alegados los principios de investigación oficial, derecho a no declararse culpable y presunción de inocencia.

Es el principio de culpabilidad el punto cardinal para apreciar la constitucionalidad de una presunción, principio que sin lugar a dudas, a pesar de no ser expresamente mencionado, goza de rango constitucional, al poder deducirse vía interpretación de los artículos 1.1 y 1.3; 2.2; 20.1 y 103.2 de la Constitución y del principio de Estado de Derecho<sup>42</sup>. La culpabilidad, según el meritado principio, es condición indispensable previa a la pena y fundamenta en el caso concreto el reproche del injusto. El principio posee además una doble vertiente procesal y material, desde esta última requiere que la punición se derive de ella, ya en su forma dolosa o imprudente<sup>43</sup>; culpabilidad que además requiere ser efectiva en el caso particular, es decir, es preciso que se afirme con certeza absoluta. Todas

---

<sup>40</sup> Proyecto del Ministro federal de justicia para una Reforma del código penal. Segunda Ley de lucha contra la criminalidad ambiental. (2. UKG); detenida y críticamente, sobre la propuesta mayoritaria de incluir parg. 130 OWiG en el Código penal, como nuevo parg. 261, KOHLMANN/OSTERMANN, “Wistra” 1990, 121 y ss. La propuesta tendente a facilitar la prueba de la relación causal mediante el parg. 130 OWiG, fue hecha ya con ocasión de la Segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica (s. WiKG; vid. el Proyecto del gobierno de “WiKG, BT-DrS. 10/318, p. 43 y ss.; BT-DrS 10/5058, p. 37.

<sup>41</sup> Por todos GOLLWITZER en: LÖWE-ROSENBERG (LR), *Die Strafprozessordnung*, 24 Aufl. 1987., parg. 261 marg. y ss.

<sup>42</sup> Vid. sólo BVerfGE 50, 205 (215).

<sup>43</sup> Que el dolo y la culpa formen hoy parte del tipo, no impide el que desempeñen una doble función también en la culpabilidad, vid. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 1988, p. 387 con referencias.

estas características aunan el principio de culpabilidad con el procesal de búsqueda de la verdad material, formando ésta parte de la garantía constitucional de aquél<sup>44</sup>.

Sin embargo, puede deducirse de la decisiva decisión del BVerfGE 9, 167, que en el Derecho penal “no toda presunción de culpabilidad lesiona los principios del Estado de Derecho, sino que depende de la concreta configuración del tipo”<sup>45</sup>. Igualmente también en la cuestión de constitucionalidad relativa a la contravención contenida en el pag. 23 WiSTG, que, como vimos, puede contener una presunción de comportamientos imprudentes (concretamente: una regla de prueba para su deducción), el Alto Tribunal ha declarado su constitucionalidad atendiendo a las siguientes consideraciones: La regulación no es irrazonable, porque existe en el caso cuestionado una “base real para la presunción de la acción imprudente” y el autor “puede probar fácilmente que ha tomado las medidas oportunas...”. Asimismo se señaló que la presunción no rebasaba la “esfera de la ética”, al poder ser mitigada su dureza por el principio de oportunidad, vigente en el campo de las infracciones administrativas.

Finalmente se señaló que este tipo de presunciones se corresponde con el desarrollo del Derecho penal económico, actuando “en consonancia con prácticas utilizadas válidamente, en la praxis administrativa y judicial, por lo que está admitido por la comunidad jurídica y no supone un abuso desde el punto de vista del Estado de derecho”. Hoy, sin embargo, debemos señalar que las normas sancionadoras que contienen presunciones, ya sea en ámbitos penales más clásicos, en la esfera del derecho penal especial, económico o contravencional, lesionan el principio de culpabilidad y ello porque, como ha señalado el propio Tribunal constitucional, en el ordenamiento en un Estado de derecho debe quedar siempre tener posibilidades de progreso y desde este punto de vista las presunciones suponen un retroceso cada vez mayor.

c) Pero en cuanto a la culpabilidad presupone o contiene ya la antijuricidad, el principio de culpabilidad, puede ser también lesionado mediante presunciones situadas en el injusto penal. De nuevo la prohibición de este tipo de presunciones puede conectarse con unos fundamentos procesales: el injusto debe ser siempre probado de oficio y la convicción judicial debe constatarse en cada caso concreto de manera real y cierta.

Por esto son discutibles las recientes decisiones del Tribunal constitucional de Baviera<sup>46</sup> y de la Audiencia Territorial (Kammergericht) de Berlín sobre presunciones situadas en el injusto penal. En una conocida decisión sobre los preceptos de la Ley de prensa, en virtud de los cuales el redactor es hecho responsable por su participación en la impresión de una obra impresa de contenido delictivo, en cuanto no puede probar que actuó con el deber de cuidado necesario, el Tribunal bávaro declaró que no puede deri-

---

<sup>44</sup> Es esta la opinión mayoritaria, vid, sólo BVerfGE 38, 105 (115); LR-GOLLWITZER, par. 261 marg. 103 con referencias. SCHRÖDER, “NJW” 1959, 1903 (1904) se mostró contrario a una relación interna entre el principio material de culpabilidad y la prueba procesal de la misma: “Que con fundamento en un Derecho penal de la culpabilidad el autor sólo pueda ser castigado a raíz de circunstancias, de las que se derive su culpabilidad..., no implica los principios de los cuales ha de derivarse la prueba de la culpabilidad”.

<sup>45</sup> Sobre esta formulación infra. 4 d), e).

<sup>46</sup> BayVerfGHE N.F. 35(1982), 40; KG NSTz 1986, 560.

vase de la expresión utilizada por la normativa citada que se imponga al acusado la carga de la prueba. (Como ya hemos señalado, las presunciones pueden desconocer el principio de investigación oficial). Ya que, mediante una interpretación conforme a la constitución, debe realizarse en cada caso la prueba de la culpabilidad subjetiva —imprudencia subjetiva—. Sin embargo, el precepto señala claramente que “queda forzosamente probado, que alguien... ha participado como redactor responsable en la publicación del impreso..., cuando no ha actuado conforme al obligado deber de cuidado”; ésto no es sino una presunción del injusto, la cual debe ser rechazada de acuerdo con el principio de culpabilidad.

En el asunto de la Audiencia Territorial de Berlín el acusado había comprado un animal protegido mediante un reglamento federal. Según el parg. 3.3 n° 1 se permitía únicamente poseer estos animales cuando el comprador prueba que lo ha adquirido legalmente. La Audiencia señaló, al enfrentarse con la normativa, que esta obligación de prueba no contradice el principio de investigación oficial, no suponiendo tampoco una carga probatoria para el acusado. Sin embargo, constituyo una presunción probatoria aceptable: el estimar que la no prueba de la autorización conlleva a declarar su inexistencia; pues el autor debe admitir en su perjuicio la incertidumbre creada al no haber podido demostrar el hecho, pudiendo en consecuencia el Tribunal utilizar este extremo. Con lo anterior, continúa el tribunal, no se lesiona ni la libre valoración de la prueba, ni el principio in dubio pro reo o el de culpabilidad; pues estas presunciones han sido aceptadas por el BVefGE en su decisión 9, 167. Mas, sin embargo, no es factible la declaración de la antijuricidad del hecho derivada de una presunción jurídico material.

d) Este último asunto nos lleva a la cuestión de dilucidar si contradicen el principio de culpabilidad, tanto en su vertiente material como procesal, las presunciones situadas extramuros del Derecho penal y cuyos resultados influyen a la hora de declarar la existencia del tipo penal<sup>47</sup>. Para resolver esta cuestión debemos previamente aclarar un extremo perteneciente a la Teoría de las normas, la cual nos indica que existen dos maneras distintas desde las que puede contemplarse la relación existente entre normas penales y extrapenales. En unos casos el Derecho penal deja en manos de la norma extrapenal de manera completa el resultado de la valoración. En estos supuestos existe un elemento normativo del tipo, por ejemplo, el concepto de ajeneidad de una cosa, el deber de alimentos o la existencia de la obligación de pagar tributos. Aquí debe aceptarse en su totalidad el resultado de la valoración procedente de la norma extrapenal, por lo que también deben aceptarse las presunciones que aquí existan. Así, y contrariamente a lo señalado por la mayoría de la doctrina, es operativa en el parg. 370 AO, la presunción contenida en el parg. 8 AStG.

La segunda forma consiste en que el derecho penal incorpora la norma extrapenal en cuanto tal, con todos sus elementos típicos; en este supuesto la totalidad de la norma requiere una “lectura conjunta”<sup>48</sup>. A este respecto, en la actualidad, contra la antigua juris-

---

<sup>47</sup> Sobre el punto de vista civil LEIPOLD, *Bewislastreglen und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisung zwischen verschieden Rechtsgebieten*, 1966.

<sup>48</sup> Es un cuestión terminológica y constitucional, si la norma remitente puede ser una norma en blanco impropia; en contra TIEDEMANN, cit. (not. 29), Vor. párg. 38 marg. 19 y ss con referencias.

prudencia del Tribunal del Reich, la opinión del Tribunal Constitucional y del Supremo consiste en que en virtud de la lectura unitaria, que debe realizarse de los preceptos incorporados al tipo, su significado extrapenal se modifica al deberse interpretar de acuerdo con las exigencias del Derecho penal<sup>49</sup>. Esto significa por tanto que las “presunciones motivadoras”, como los tipos que incluyen definiciones límites del principio de determinación, debiendo su interpretación respetar el tenor literal posible, quedando pues sometida a límites más estrictos que su interpretación en el ámbito no penal. Por eso compartimos la opinión de TIEDEMANN de que la presunción contenida sobre la existencia de una posición dominante en el mercado en el parg.22.2 GWB no puede ser aplicada en relación con el parg. 38.1.8 GWB, ya que al remitir el párrafo mencionado (parg. 38) a la prohibición contenida en el parg. 26 precisa una “lectura conjunta”, no pudiéndose entender como un elemento normativo del tipo la expresión de una contravención contra las prohibiciones de los parg. 25 ó 26<sup>50</sup>

Es una cuestión de interpretación, la decisión acerca de si una remisión requiere una “lectura conjunta” o constituye un elemento normativo. La cuestión depende, de si la normativa extrapenal es protegida como tal, entonces nos encontraremos con un elemento típico, o si el derecho penal protege directamente el interés que se encuentra en la regulación extrapenal, en cuyo caso habrá que realizar una lectura conjunta.

e) También en las “presunciones motivadoras”, como los delitos de peligro abstracto, es aplicable el principio de culpabilidad, especialmente en lo concerniente a la apreciación previa del legislador, que considera punible un hecho. Aquí en relación con su constitucionalidad corresponden al legislador una prerrogativa de valoración al legislador, que comprende la certeza de la motivación para la creación del tipo<sup>51</sup>. El límite de lo que es constitucionalmente admisible se alcanza cuando la valoración es totalmente incorrecta o arbitraria o si la acción típica no es merecedora de reproche alguno, desde el punto de vista de la “presunción motivadora” y de consideraciones de prueba<sup>52</sup>, o por ser su injusto únicamente merecedor de una sanción administrativa (Geldbusse). Por ello no estimamos problemática la nueva regulación proyectada para el parg. 130 OWiG, pues la omisión del deber de vigilancia por parte del propietario que agravan el delito son castigados mediante una sanción administrativa; lo cual se aprecia mejor, si pensamos en las sanciones también administrativa que se le impone a quien omitiendo ciertos deberes de seguridad utiliza indebidamente su automóvil (parg. 14.2,2 y 49.1. n° 14 StVO).

## 5. Conclusiones

Un delito es un hecho convencional, cuya existencia para poder imponer una sanción el juez penal debe afirmar con certeza. La certeza es un momento necesario para

<sup>49</sup> BVerfGE 48, 48 (60 f); BGHSt 24, 54 (62), sobre ésto TIEDEMANN, “JuS” 1989, 689 (695).

<sup>50</sup> De forma global TIEDEMANN, cit. (not. 29), Vor parg. 38 marg. 20.

<sup>51</sup> BVerfGE 6, 289 (339); 73, 206 (225).

<sup>52</sup> Así TIEDEMANN, en: *40 Jahre Grundgesetz*, p. 155 (172).

imponer una sanción como también lo es para cualquier acto de habla en el cual se expresa un reproche. Desde el punto de vista constitucional es además indisponible. El juez penal tiene por tanto prohibido afirmar la existencia del delito como presumido. Pero el legislador tampoco puede desprenderse de este deber, ya sea formulando tipos en los cuales se contengan presunciones abiertas o reglas procesales de prueba, mediante las cuales se dispensa al juez de afirmar el delito con certeza. Especialmente las presunciones materiales abiertas son inconstitucionales, pues suponen una *contradictio in adjecto* —o de otra forma dicho: una contradicción pragmática— afirmar la certeza mediante una presunción.

Únicamente pueden tener relevancia las presunciones en aquellos supuestos en que el Derecho penal protege un instituto extrapenal, que, dogmáticamente hablando, aparece formulado en el tipo como un elemento normativo (por ejemplo propiedad, deber de alimentos o de pretensiones tributarias estatales). Por tanto tampoco pueden utilizarse presunciones por remisión, que incorporan mediante una “lectura conjunta” normas en el derecho penal, pues estos elementos asimilados por la norma penal han de ser constatados con certeza de acuerdo con los principios de este sector del ordenamiento.

Las meras “presunciones motivadoras” que expresan una prerrogativa de prognosis por parte del legislador, son inconstitucionales o han de ser objeto de una interpretación restrictiva conforme a la constitución, si la prognosis es manifiestamente equivocada o en el caso de que la conducta prevista en el tipo no sea merecedora de ningún reproche criminal o mereciese ser objeto tan sólo de una sanción administrativa.