

Principio de inocencia e 'in dubio pro reo'¹

Maximiliano A. RUSCONI²

I. LA RELACION ENTRE PRINCIPIO DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO

A diferencia de lo que sucede con los estudios de dogmática penal o procesal, cada vez que la ciencia penal se ocupa de reflexionar sobre algunas garantías constitucionales o principios político-criminales básicos, existe la tentación de generar un lugar de consenso indiscutible y no sometido a ningún análisis, en el que se coloca la vigencia misma de la garantía o el principio que se trate como dato de la realidad no sometido a cuestionamientos más o menos serios. En este sentido, los juristas dedicados al derecho penal pueden convivir con situaciones realmente contradictorias en donde discurso y praxis o lenguaje y realidad se muestran como ámbitos difícilmente conciliables.

Una de las derivaciones del principio de inocencia es la garantía del *in dubio pro reo*³ —*Semper in dubiis benigniore praeferenda sunt (Dig., Lib. L, Tít. XVII, Leyes 56 y 192, párrafo, 1)*—. Se trata básicamente de que el derecho penal exige, como presupuesto fundamental de una sentencia de condena, la certeza sobre la culpabilidad del imputado⁴.

El principio asegura que el estado de duda impli-

que siempre una decisión de no punibilidad⁵. Sólo la certeza de culpabilidad, emanada de las autoridades legítimas para pronunciarla, puede modificar la situación de inocencia reconocida constitucionalmente⁶.

Este principio, incluso, tiene una función político-criminal, de importancia visible: en él descansan gran parte de las posibilidades de lograr un proceso penal que respete cierta "igualdad de armas" o se acerque a ella como presupuesto básico para limitar la desigualdad de posiciones entre el apoyo estatal a la hipótesis de la acusación y la situación mucho más endeble y desprotegida de quien debe soportar la persecución penal.

Frente a la gran estructura del poder penal del Estado —más allá del deber de objetividad de algunos de los operadores de la política-criminal—, el sistema policial, y las oficinas auxiliares de apoyo a la investigación, se enfrenta el escollo de la duda como un ámbito de triunfo de la hipótesis de la defensa. Parece muy razonable que el Estado asuma la carga de demostrar la responsabilidad del acusado⁷.

"Su contenido, al menos para el Derecho Procesal Penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución"⁸.

Sin embargo el acuerdo sobre el principio llega sólo hasta estas manifestaciones introductorias y básicas.

Por el contrario, el alcance de su influencia ante cada caso en concreto, los ámbitos jurídicos de su posible manifestación (derecho procesal y derecho penal), las consecuencias frente a cada nivel temporal o sistemático, su relación con el rol de juez,

¹ Texto de la Conferencia leída en el Congreso Nacional sobre el Proceso Penal organizado por la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 6 de noviembre de 1997. En relación con la versión original, que apareció solo parcialmente en "Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno" (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997) aquí se incluyen modificaciones, algunas de importancia, producto de sugerencias y críticas formuladas por Julio Maier, Fabricio Guariglia y Máximo Langer. En particular se ha desarrollado bastante más detenidamente la relación entre la garantía y el sistema procesal de valoración de la prueba. A todos ellos le agradezco su interés y debo decir que, en general, tenían razón.

² Profesor adjunto (i) de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Fiscal General de la Procuración General de la Nación de la República Argentina.

³ Maier, Julio, "Derecho procesal penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. 1, pág. 494. A pesar de que aquí se parte de la constatación de una relación poco menos que indiscutible del *in dubio pro reo* con el principio de inocencia, todavía hoy no existe un consenso total sobre este punto. Más allá de las razones puntuales como para sostener esta o aquella tesis, cabe advertir, en cierto sector de la ciencia penal, alguna resistencia a evaluar al proceso penal desde una clara "clave garantista". En la base se encuentra una concepción político-criminal, con carácter ideológico indudable, que le adjudica al proceso penal sólo el rol de reglamento administrativo de actuación de los sujetos procesales del Estado. Ello posibilitó, durante muchísimo tiempo en nuestra región y claramente por la influencia de la cultura inquisitiva española, una lectura "procedimental" —para decirlo con palabras de Alberto Binder— y formal del proceso que desvirtuó, en enorme medida, el sentido de las reglas y los costos reales de esta o aquella interpretación normativa. La Jurisprudencia nacional, por lo menos en la cuestión tratada en este trabajo, no ha sido y no lo es todavía ajena a esta influencia. Este proceso cultural posibilitó uno de los males de la ciencia penal de nuestra región en las últimas décadas: la pérdida de la capacidad de asombro ante el continuo avance del derecho penal contrario al estado de derecho.

⁴ La demostración de la relación entre principio de inocencia e *in dubio pro reo* continúa siendo importante teniendo en cuenta que en la Constitución argentina este último no aparece en forma expresa. La Constitución de 1949, sin embargo, sí lo contenía en su artículo 29.

⁵ Engisch, Karl, "Introducción al pensamiento jurídico", traducción de Ernesto Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967, pág. 83.

⁶ Es muy ilustrativa y gráfica la definición del contenido del principio que realiza Luigi Ferrajoli. "Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso, mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con sólo haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aún sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no-aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria".

Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 152.

⁷ Ver, Carrió, Alejandro, "Garantías Constitucionales en el proceso penal", Hammurabi, Buenos Aires, 3ª edición, 1994, pág. 437, en donde se citan algunos fallos, luego corregidos en el buen sentido por la Corte Suprema, que parecen desconocer la garantía y sus efectos más básicos.

⁸ Maier, Julio, op. cit., pág. 495.

el propio juego del axioma en el marco de los distintos sistemas de interpretación de la ley, y hasta la definición de los niveles de control jurisdiccional de su aplicación, son extremos que se encuentran muy poco reflexionados, posiblemente en las penumbras y que, al mismo tiempo, motivan casi nada a la comunidad jurídica a encontrar algunas fórmulas de consenso político-criminalmente aceptables, prácticamente sostenibles y axiológicamente correctas.

Ello no deja de sorprender sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una de las derivaciones más trascendentes⁹ del principio de inocencia¹⁰ y que implica la afirmación enérgica de una concepción liberal del poder penal del Estado.

Pocas veces se ha dado en forma más clara que una garantía de la máxima importancia —por lo menos teórica—, presenta una tan visible falta de precisión acerca de su contenido e, incluso a veces, acerca de su vigencia real en el sistema del derecho penal *lato sensu*.¹¹

Existen varias razones para pensar que el *favor rei* tiene una participación mínima en la configuración real del poder penal del Estado y, otras tantas, para suponer que ello se debe a un conjunto de obstáculos teóricos y empíricos que lesionan el concepto mismo del axioma y las posibilidades reales de manifestarse.

Este trabajo no pretende, como es de esperar, modificar visiblemente el estado de la cuestión, sino sólo reiniciar un diálogo que, por lo menos dentro de la comunidad jurídica de nuestro país, hoy se encuentra interrumpido.

II. UN POCO DE HISTORIA DE LA RELACION "DUDA-DERECHO PENAL"

Existe un consenso más o menos extendido en cuanto a adjudicar el nacimiento del *favor rei*, por lo menos en su formulación moderna, al movimiento iluminista. En particular, como consecuencia de la estipulación inhumanista del principio de inocencia.

"Aunque se discute sobre el verdadero nacimiento histórico de la máxima, su concepción actual proviene directamente del iluminismo y del movimiento político que el formó, cristalizado en la presunción de inocencia declamada por el artículo 9 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano. En verdad, la afirmación del aforismo viene históricamente unida a la supresión del sistema de prueba legal y a la imposición de la íntima o libre convicción en la valoración de la prueba; por lo demás, el aforismo sólo alcanza su real valor adherido al *ne bis in idem*, esto es, suprimido cualquier tipo de *non liquet* o *absolutio ab instantia* y la pena aminorada contra el sospechoso (poena extraordinaria), pues sólo así el mandato de absolver, cuando no se alcanza la certeza sobre el hecho punible imputado, tiene el sentido de una garantía material real. Esto, según creo, demuestra que todo el conjunto de seguridades individuales del Iluminismo conforma el sentido actual del aforismo"¹².

Parece claro que el *favor rei* no podría tener ningún rol político-criminal relevante en un modelo, como sucedía en Roma, en el cual los jueces, por medio de la frase *non liquet*, afirmaban la posibilidad de que, a pesar de no obtener certeza, el proceso permaneciera latente.

Tampoco el principio podía tener sentido verdadero en los modelos judiciales de la Edad Media, en los que los Tribunales podían absolver, en casos de sospecha —duda—, adoptando fórmulas especiales que transmitían con claridad la posibilidad que nuevas pruebas incorporadas en el futuro habilitaran nuevamente el poder penal del Estado (*absolutio ab instantia*).¹³

Una de las cuestiones más llamativas del principio tiene que ver con el estudio de la relación existente entre el *favor rei* y los sistemas de apreciación de la prueba.

Hoy parece claro que el principio del *in dubio pro reo* está vinculado históricamente con la irrupción del sistema de libre convicción y la supresión del sistema de prueba legal.¹⁴ Por lo menos, parece que han surgido universalmente en forma contemporánea.

⁹ Cuando aquí se afirma, de modo introductorio, la "trascendencia" del *favor rei*, no se piensa sólo en un eventual protagonismo actual del axioma, en ese sentido este trabajo pretende demostrar su carácter poco más que decorativo. Por el contrario, se remarca, en todo caso, en su capacidad de respuesta como punto de partida político-criminal. Es decir, un sistema penal regido axiológicamente por el *favor rei*, tiene muchas más posibilidades de acercarse a un modelo de control racionalmente limitado y políticamente más liberal.

¹⁰ "La presunción de inocencia no puede significar otra cosa sino que en la duda no es permitido condenar, y así, para que pueda dictarse absolución, no habrá que esperar que resulte probada la negación del hecho que se imputa, sino que bastará que no se haya obtenido la comprobación de ese hecho". Florian, Eugenio, "De las pruebas penales", Tomo 1, De la Prueba en General, Trad. de la 3ª edición original por Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1968, pág. 335.

Para Alberto Binder, "Introducción al Derecho Procesal Penal". Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 123, esta vinculación entre el *Favor rei* y el principio de inocencia se manifiesta sólo en el ámbito de la valoración de la prueba: "Se discute si —el *favor rei*— rige también para la interpretación del Derecho, pero este es otro problema que, en todo caso, no se vincula con el principio de inocencia. El principio *in dubio pro reo* aplicado a la valoración de la prueba o a la construcción de la sentencia es una de las consecuencias directas y más importantes del principio de inocencia".

¹¹ Lo cual, seguramente, no se corresponde con el reconocimiento universal de su carácter de derecho fundamental. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español sostiene, a partir de la sentencia 31/1981 que: "una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata". Ver, Enrique Bacigalupo, "La impugnación de los hechos probados en la Casación Penal y otros estudios", Ed. Ad-Hoc, Febrero, 1994, pág. 16.

¹² Maier, Julio, op. cit., pág. 495.

¹³ "Cuando hay dos partes en la causa, acusador y acusado, cuando el primero no ha presentado completamente las pruebas que le incumben, y el segundo ha tenido que sufrir por largo tiempo los disgustos de un proceso criminal, sería una palpable anomalía el no absolverle plenamente. Al concluir los debates no hay más que dos sentimientos que puedan conducir al juez. el uno es la certeza de la culpabilidad, el otro la certeza contraria. No hay entre ambos término medio, y no estando la culpabilidad completa y legalmente probada, el acusado no es culpable; lo cual es principio aplicable al procedimiento inquisitivo del mismo modo que en el procedimiento por acusación. En éste es absuelto el demandado cuando el querellante no prueba; en el otro, si no se presenta la prueba que incumbe a la sociedad, parte acusadora, el acusado debe ser declarado indenne para siempre. Haced sufrir cualquier perjuicio al que, no convicto enteramente de un crimen, ha sido absuelto de la instancia e inmediatamente violáis el sagrado principio que prohíbe aplicar a un ciudadano la sanción penal impuesta por la ley a tal o cual hecho punible, cuando éste no ha podido demostrarse contra él."

Ver, Mittermaier, Karl, "Tratado de la Prueba en Materia criminal", trad. de Primitivo González del Alba, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, págs. 513 y ss.

¹⁴ Maier, Julio, op. cit., pág. 257.

La sustitución de un completo y preciso sistema de tasación de los elementos de prueba por un modelo de valoración probatoria en el que existe libertad en el juez de valorar las constancias de proceso según su íntima o libre convicción y la supresión de la pena de sospecha, despejaron al camino para la vigencia del *favor rei*. Una lectura, posiblemente simplista, podría sostener que el principio *in dubio pro reo* surgió recién cuando, a través del amplio espectro de la libre convicción, pudieron desactivarse gran parte de los efectos protectores. Así, se afirma que "libre convicción en la apreciación de la prueba" y "*favor rei*", rigen en niveles distintos y autónomos de la actividad hermenéutica del juez. En primer lugar, el juez es libre al momento de evaluar las constataciones del hecho y al momento de elegir los caminos teóricos y prácticos de su propia convicción. En segundo lugar, y sólo después de ello, el juez que, según su propio juicio no ha obtenido certeza de culpabilidad debe absolver¹⁵.

Claro que de este andamiaje se pueden sacar algunas conclusiones poco felices.

En primer lugar, es imposible despejar, de todos modos, la sensación de que se trata de un principio de efectos sólo decorativos o estéticos. Pareciera que condenar al *favor rei* a actuar en un *nivel distinto* del que le corresponde a la evaluación de las constataciones del hecho, implica, básicamente que se ha logrado una convivencia no traumática del principio con un sistema de libre convicción, pero al enorme costo de anular gran parte de los efectos de la garantía como control al poder penal del Estado.

En segundo lugar, surge también la posibilidad de que el carácter contradictorio del *favor rei* frente a un modelo de libertad para valorar la prueba, se constituya, justamente, en el fundamento que le otorga mayor vigencia crítica a la garantía.

No tiene demasiado sentido que la vigencia del principio *in dubio* sea limitada sólo porque no hay nadie dispuesto a levantar las banderas de la estipulación de algunas reglas de valoración de la prueba. Para decirlo más claramente: no existe aquí, seriamente, una amenaza inquisitiva.

El principio debe regir en todo el proceso de construcción de la convicción del juez y, en sí mismo, debería transformarse en un parámetro más dentro del conjunto de criterios bajo los cuales el juez debe considerar un hecho como cierto.

¹⁵ La irrupción histórica del principio de la libre convicción en la valoración de la prueba, posiblemente ha tenido uno de los primeros efectos negativos en la anulación de los reflejos garantistas del *in dubio pro reo*. No se debe olvidar el papel cumplido por el principio en el momento de su nacimiento histórico: "el abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez... por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la "libre convicción", que por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales. Recibido en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia, permitió eludir a ambos, en el plano teórico y en el práctico, el enorme problema de la justificación de las inducciones". Ferrajoli, op.cit., pág. 139.

III. LA DUDA COMO UN AMBITO DE SEÑORIO AUTONOMO DEL JUEZ. EL CONTROL DE SU APLICACION

El ámbito de la duda y su espacio de juego político criminal ha sido adjudicado siempre a una instancia absolutamente privada del juez¹⁶ y totalmente inaccesible a cualquier tipo de control o evaluación externa. Esta característica algo "fantasmal" de *favor rei* ha sido defendida con energía por nuestra jurisprudencia:

"La duda, y sus consecuencias, no constituyen una defensa susceptible de someterse a juzgamiento, ya que la primera es un estado de ánimo que surge o no en el espíritu del juez en la oportunidad de dictar sentencia" (SC Buenos Aires, Junio 11-974—Ferre Villar, Luciano. Rep. La Ley XXXVI, A-I, 579, sum 3)

"La duda mentada por el artículo 443 del Cod. Proc. Penal, no es un hecho o defensa susceptible de someterse a decisión judicial, sino un estado de ánimo, que puede o no embargar el espíritu del juzgador al fallar" (SC. Buenos Aires, marzo 14-978-Fernández, Manuel DJBA, 114-211. Rep. La Ley, XXXVIII, A-I, 883).

"La duda constituye un estado de incertidumbre propio del ánimo del magistrado que debe surgir manifiestamente de los términos del pronunciamiento. No es consecuencia de una defensa o un hecho sometido a resolución judicial" (SC Buenos Aires, julio 13-982. Recavarren, Raul y otro) DJBA, 123-225 —Rep. La Ley, XLII, A-I, 964, núm. 1—).

Pocas veces se ha dado que una garantía de la máxima importancia, como lo es el *favor rei*, se exponga a los ojos del ciudadano casi como un ámbito de manejo discrecional de quien, paradójicamente, es el destinatario del deber que ella impone.

Quizá éste sea uno de los efectos negativos de la estrecha vinculación histórica entre "libre valoración de la prueba" e "*in dubio pro reo*": la persistente tesis que adjudica al principio una ubicación muy cercana al ámbito personalísimo del juez. Sin embargo, ello no deja de ser negativo, ya que coloca a una garantía en una dimensión que imposibilita fáctica y, también, jurídicamente, su contraste y control por el ciudadano a quien ella resguarda.

Ello ha influido en el problema del control de Casación y de la propia Corte Suprema del *favor rei*¹⁷. La cuestión se ha presentado en España con mucha intensidad.

El Tribunal Constitucional Español ha afirmado en varias ocasiones que, en los supuestos en los cua-

¹⁶ Aquí no será tratada la eventual relación entre el representante, ante cada caso en concreto, del Ministerio Público —Fiscal— y el *in dubio pro reo*. La cuestión es realmente compleja. Si sobre los fiscales recae también el mandato de objetividad y este mandato implica, en primer lugar, el respeto a las garantías constitucionales como el *in dubio pro reo*, pareciera que también ellos son destinatarios del deber subyacente al aforismo. Ahora bien, de ningún modo se quiere afirmar aquí que tal deducción pueda ser sostenible *sin más ni más*. Incluso, ya por razones meramente intuitivas, podría suponerse que tal vinculación, en el ámbito del Ministerio público, es mucho menos nítida. Sólo para citar una óptica desde la cual esta relación se desvirtúa basta con detener la mirada en la vigencia del principio inquisitivo de legalidad procesal. De un modo u otro el problema excede las pretensiones de este trabajo.

¹⁷ "El principio *in dubio pro reo* queda excluido en general del control de casación". Bonaparte, Guillermo y otros s/recurso de queja, CNCP, Sala II, 31.03.1995. El precepto "*in dubio pro reo*" es, en principio, de carácter procesal, por lo cual funciona en el área de valoración de la prueba, que es de exclusiva incumbencia del tribunal de mérito y no susceptible de control casatorio". Lobato, Gabriel A., s/ Recurso de Queja, CNCP, Sala II, 14.03.1995.



A LA HORA
DE ELEGIR SU SEGURO MÉDICO,
PIENSE SÓLO EN SU SALUD.



PIENSE EN CAJA SALUD.

En el momento de elegir lo mejor para su salud. CAJASALUD, la compañía de Asistencia Sanitaria de CAJA MADRID, le ofrece la póliza con las mejores prestaciones complementarias: CAJASALUD Asistencia, seguro médico exclusivo para afiliados a MUFACE, ISFAS o MUGEJU, sin límites para su salud.

CAJASALUD pone a su disposición asistencia bucodental completa con franquicias reducidas, seguro de asistencia urgente en viajes al extranjero (incluye desplazamiento de un familiar en caso de hospitalización, repatriación del enfermo...), cirugía de la miopía por láser excimer... Además, usted podrá gestionar telefónicamente la autorización de las prestaciones e incluso tramitar cualquier otro servicio a través de la amplia red de oficinas de CAJA MADRID.



CAJA SALUD

Corporación de Asistencia Sanitaria

Sin límites para su salud.

Formese en el 901 10 20 30, en las Delegaciones de CAJASALUD o en cualquier Oficina de CAJA MADRID. www.cajamadrid.es

les ante esa instancia se alega alguna violación de la garantía de la presunción de inocencia, la facultad que ese Tribunal detenta llega sólo hasta la revisión de la presencia de la prueba de cargo que pueda ser razonablemente considerada, pero no le compete producir una nueva valoración no controlar la que ya ha sido realizada¹⁸

Esta limitación, llevada al ámbito de la Casación, ha merecido la crítica de Bacigalupo:

“..importa la reducción de la significación de la garantía de la presunción de inocencia a la simple exigencia de que se practique prueba antes del dictado de la sentencia. Esta concepción “minimizadora” de la presunción de inocencia a la que se amputa expresamente el principio *in dubio pro reo* difiere sustancialmente... de la definición que subyace al artículo 6.1 del C.E.D.H., en el que se entiende que la culpabilidad del acusado se deberá probar por el acusador y toda duda jugará a favor del acusado”.¹⁹

En nuestra jurisprudencia ha habido también casos en los que se ha excluido al principio del control de casación, con el previsible argumento de que funciona en el marco de la valoración de la prueba y, por ello, resulta —sólo— de incumbencia del tribunal que ya ha juzgado.²⁰

Esta línea jurisprudencial absolutamente dominante ha tenido incluso apoyo de la doctrina. Por ejemplo De la Rúa ha afirmado que: “el principio *in dubio pro reo*, en tanto constituye una regla procesal relativa a la comprobación de la existencia del delito y la participación del imputado, correspondiendo su apreciación crítica a la libre convicción del tribunal en la valoración de las pruebas, está excluido del control de casación”.²¹

El debilitamiento de la garantía, bajo estos presupuestos es nítido.

La cuestión requiere, como vimos, reflexionar sobre el significado de la “libre o íntima convicción” en el ámbito de la valoración de la prueba, y sobre la relación del principio con la garantía de la presunción de inocencia. Si se trata de una derivación de la garantía de la presunción de inocencia, no hay ninguna razón para excluir al *favor rei* del control de casación e, incluso, constitucional.

Sin embargo, en un giro que no deja de sorprender, la percepción se modifica sustancialmente, cuando esta duda es expresada en la misma sentencia como presupuesto motivacional de la decisión de culpabilidad. El mismo De la Rúa, a la hora de referirse a este punto hace la advertencia: “En cambio, es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el juez. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera... Pero si una sentencia condenatoria se basara en la mera pro-

babilidad o en la duda, emitiendo sobre tan endeble grado de convicción un juicio asertivo sobre la culpabilidad del imputado, o las circunstancias agravantes y, en general, sobre los elementos conducentes a restringir en mayor medida su libertad, su motivación sería sin duda ilegal y el tribunal de casación debe proveer a su nulidad”.²²

No es prudente que la posibilidad procesal del control sobre la lesión al *in dubio pro reo* dependa de que el juez exprese en forma manifiesta que su decisión se basa en algo menos que la certeza. Es decir, sin un juez es lo suficientemente imprudente como para hacer constar la certeza sobre la culpabilidad aún cuando con ello quiebre algún principio lógico, o directamente falsee el proceso racional del juicio de culpabilidad, no puede deducirse que la posibilidad de impugnación de la resolución a través del *in dubio pro reo* esté aniquilada. Tal conclusión reduciría el contenido de la garantía a un mandato que sólo estaría destinado a decirle al juez que sólo si dice certeza puede decir culpabilidad, pero que a la vez se desentiende de los presupuestos bajo los cuales el juez está habilitado para expresar esa situación de certeza. No hace falta decir que tal debilitamiento de la garantía deja al principio de inocencia en un estado, por lo menos, muy precario.

Una sentencia condenatoria debería poder ser impugnada a través de la invocación del *in dubio pro reo* si en su misma estructura manifiesta una lesión a un principio lógico como por ejemplo el de no contradicción, que demuestra que la conclusión final de certeza, también expresada, es irracional²³.

Sería un caso, seguramente, de violación del *in dubio pro reo*, y controlable en casación, una afirmación del tribunal que juicio que dijera: *o Ticio fue imprudente, como afirman algunos testigos, porque pasó un semáforo en rojo o, como afirman otros, lo fue porque había superado la velocidad máxima permitida en esa avenida. De todos modos, y por cualquiera de las hipótesis señalada, es indudable que Ticio ha violado el deber objetivo de cuidado y le debe ser imputada a título de homicidio imprudente la muerte de Cayo.*

En estos casos la mera posibilidad de convivencia fáctica de las dos hipótesis lesiona la situación de certeza hasta hacerla insostenible. La certeza, para ser legítimamente manifestada, requiere un fundamento absoluto y protagónico de una sola hipótesis fáctica.

Según Ferrajoli: “Si la acusación tiene la carga de descubrir hipótesis y pruebas y la defensa tiene el derecho de contradecir con contrahipótesis y contrapruebas, el juez, cuyos hábitos profesionales son la imparcialidad y la duda, tiene la tarea de ensayar todas las hipótesis, aceptando la acusatoria sólo si

²² De La Rúa, op. cit.

²³ “Ciertamente, esta libertad del juez en la apreciación de la prueba (de disposiciones limitadoras) no ha de degenerar en *arbitrio*. También el juez debe respetar los límites de un juicio sensato; la lesión de leyes de raciocinio y de principios de la experiencia está equiparada, en el ámbito de la casación, a la lesión de la ley en el párrafo 337 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana”. Baumann, Jürgen, “Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales”. Traducción de la 3ª. edición alemana a cargo de Conrado Finzi, Depalma, B.A, 1986., pág. 121.

¹⁸ Ver. SSTC 24-7-81, 1-4-82, 11-5 y 21-3-83, 18-1 y 7-2-84, 15-2 y 17-12-85, 21-4, 7-6 y 22-10-86. Sentencias citadas en Luzón Cuesta, José María, “La Presunción de inocencia ante la Casación”, Colex. Madrid, 1991, págs. 15 y ss.

¹⁹ Bacigalupo, E., op. cit., págs. 18 y ss.

²⁰ Ver, D’Albora, “Código Procesal Penal de la Nación”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 21.

²¹ De la Rúa, Fernando, “El recurso de casación”, ed. Depalma, Bs. As., pág. 152.

está probada y no aceptándola, conforme al criterio pragmático del favor rei, no sólo si resulta desmentida sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella”²⁴.

Ahora bien, un respeto *material* al *in dubio pro reo* requiere dar, todavía, un paso más: el juego de hipótesis —acusatoria— y contrahipótesis —defensiva— planteado por el autor italiano no sólo debe funcionar del modo que él lo sugiere cuando la única hipótesis acusatoria es combatida por otras hipótesis defensivas no excluidas o descartadas, sino también cuando existe más de una hipótesis acusatoria que no se excluyen entre sí y que pretenden mantener su fuerza explicativa en alternancia. La certeza que requiere el juicio de culpabilidad exige una imputación única, excluyente y protagónica del curso lesivo.

Ello puede presentarse, incluso, frente al supuesto en el que las dos hipótesis de violación del deber objetivo de cuidado, por ejemplo, se encuentran demostradas y son por así decirlo, acumulables en la reconstrucción jurídica del caso²⁵. Un análisis paralelo del problema probatorio con la estructuración usual de la teoría de la imputación en el nivel del ilícito demuestra que la convivencia de una pluralidad de violaciones del deber objetivo de cuidado no genera una crisis interna en el presupuesto de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado —y, obviamente, tampoco cambia el hecho mismo de un resultado— sino que, por el contrario, la dualidad manifiesta sus costos al momento de estructurar la segunda exigencia de la teoría: el nexo de imputación *stricto sensu*. En definitiva, independientemente de la cantidad de imprudencias, tiene que existir, por lo menos, una a la cual sea legítimo atribuirle *con certeza* el resultado lesivo y, en ese sentido, la explicación debe ser unidireccional.

Ultimamente un fallo de la Cámara de Casación Penal²⁶ de la República Argentina ha incorporado esta percepción. Allí se anuló una sentencia con el argumento de que “la propia descripción de los denunciados —de esa resolución— lleva implícita su incompatibilidad”, “habida cuenta de la contradicción que encierra, no trasunta el grado de certidumbre indispensable de una sentencia penal. La convicción que debe existir en el ánimo de los jueces aparece resentida si en la recreación del hecho —tal como sucede en la especie— no se evidencia una radical certeza, por lo que no puede aceptarse como sustancialmente coherente un juicio de esa naturaleza... En definitiva, se advierte una inequívoca contradicción en la resolución jurisdiccional impugnada, toda vez que existen dos juicios que contrastan y se anulan entre sí, de modo que, oponiéndose, se destruyen recíprocamente y nada queda de la idea que se quiso expresar, por lo que resulta la sentencia privada de motivación”. La sentencia había utilizado, para referirse al tipo subjetivo del autor y en forma indistinta las expresiones; “conocía”, “debía conocer”, “a

sabiendas” y “dolo directo”. Es claro que en definitiva, la decisión demostraba una falencia en la demostración del tipo subjetivo del ilícito.

Sin embargo, este tipo de problemática ha provocado una distinta consideración a través de la relación entre *in dubio pro reo* y determinación alternativa.

Por ejemplo, H. H. Jescheck, plantea el problema de la siguiente forma: “Existen... casos..., en los que según el convencimiento del juez resulta evidente que el acusado, caso de no haber cometido el hecho del que se le acusa y que de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* tuviera que ser absuelto, necesariamente debe haber cometido otro hecho determinado, cuya existencia, sin embargo, depende de que no haya cometido el primero. La cuestión es la de si puede castigarse por este otro hecho”²⁷.

El mismo autor alemán cita al siguiente caso como ejemplo:

“Al inculpado se le ha encontrado una joya que fue robada a su propietario. Acusado de hurto alega en su defensa que ha comprado la joya a un desconocido en unas circunstancias que el juez considera pudieran ser constitutivas de un delito de receptación. No son posibles ulteriores comprobaciones del supuesto de hecho. El acusado, por tanto, puede haber cometido un hurto (parágrafo 242) o una receptación (parágrafo 259)”.

Según Jescheck: “si se aplicara también en este caso el principio *in dubio pro reo*, no podría condenarse al acusado ni por hurto ni por receptación y habría que absolverle porque por sí solas no ha podido probarse irrefutablemente ninguna de las dos posibilidades. Pero una consideración de este tipo no se ajustaría a la situación de hecho, pues, en todo caso, está suficientemente probado que el acusado ha cometido uno de los dos delitos”.

La respuesta es, a mi juicio, errada. Las afirmaciones “no ha podido probarse irrefutablemente ninguna de las dos posibilidades” y “está suficientemente probado que el acusado ha cometido uno de los dos delitos”, no pueden ser sostenidas ambas al mismo tiempo. Como ya lo sostuvimos, la hipótesis que genera y habilita la imputación de culpabilidad no puede convivir con ninguna otra, ni siquiera con una que también la genere.

Tal situación no puede ocultar que la convivencia de las dos hipótesis lesiona la credibilidad de ambas. Como excepción, ello sólo puede suceder en relación con tipos penales que manifiesten un relación lógica y en base a la cual cierto núcleo básico delictivo no está afectado por la duda existente. Ello sólo podría darse en los supuestos del denominado concurso aparente de delitos y en particular en los casos de consunción y especialidad.

IV. VERDAD, CERTEZA Y DUDA

No ha sido sencillo definir el sustrato material del principio, es decir: la configuración del sector del

²⁴ Ferrajoli, op. cit., pág. 152.

²⁵ Con el párrafo siguiente pretendo contestar a una objeción formulada por Fabrício Guariglia en el seminario de la cátedra de Julio B.J. Maier

²⁶ CNCasación Penal, Causa 907, “Kowalewicz, Jorge”, Sala III.28.02.97.

²⁷ H.H. Jescheck, “Tratado de Derecho Penal”, trad. . Ed Bosch, Barcelona.

sistema jurídico que pretende condicionar. Existen buenas razones para pensar que se encuentra muy poco definida la relación que debe existir entre la actividad judicial y la aplicación del *in dubio pro reo*.²⁸

Una de las razones por las cuales la aplicación del *favor rei* se ve relativizada, a mi juicio, reside en la falta de precisión conceptual de los dos componentes del aforismo: "duda" y "decisión más favorable". A poco que se reflexione sobre estos extremos se verá con notable claridad que los dos conceptos requieren a su vez, de un profundo trabajo hermenéutico.

Es tradicional, asimismo, que se defina a la duda como un concepto relativo en relación con el paradigma de la certeza. Es decir, mientras no se alcance certeza, la duda viene condicionada a favor del imputado. Sin embargo, sucede que esta fórmula sólo tiene sentido si se da por sentado el contenido del término *certeza*. Subyace la sensación de que la definición de que cosa es la certeza es algo no problemático. Y ello facilita que, por lo menos en este marco, exista alguna base firme para definir el estado de duda.

Lamentablemente, la realidad es bien distinta a esa descripción un tanto optimista. No hay demasiadas razones para pensar que los juristas han alcanzado la capacidad de definir los contornos del estado de certeza del juez. No se trata aquí de aprehender un concepto más o menos jurídico (cuestión que ya plantea innumerables dificultades), sino de poder comprender, describir, y precisar un estado espiritual del conocimiento.

Definir en que casos un juez tiene certeza acerca de que la reconstrucción de un sector del hecho histórico que ha llevado a cabo (siempre burda, poco precisa y condicionada por muchos factores) se corresponde con la realidad, es una tarea que tiene grandes posibilidades de fracasar.

No es este el lugar como para producir algún cambio en la cuestión tal cual se presente hoy en la ciencia penal, sino que se pretende solamente plantear un problema que a veces permanece oculto.

La certeza, como todo estado espiritual, individual, no medible, ofrece gran cantidad de dificultades a la hora de convertirlo en algo tangible, definible y, por último, controlable.

No se sabe a ciencia cierta si la certeza es realmente alcanzable en el proceso de conocimiento o, para decirlo con palabras de Hassemer, en la "comprensión escénica"²⁹

²⁸ Ello, a veces, ha estado manifestado en las propias resoluciones de los jueces. Por ejemplo, se ha dicho que: "la avengudación de la verdad histórica no es el fin del proceso penal. Este, sólo aspira a establecer la culpabilidad o inocencia —ambos conceptos jurídicos— del imputado de la comisión de un delito—. La certeza absoluta pertenece a una esfera distinta a la del proceso penal. La duda que hace de aplicación la regla "in dubio pro reo" debe ser razonable dentro del esquema de la prueba y no simplemente una dificultad de conocer rigurosamente la verdad material del hecho histórico" (CNPEC, S."A.", c. 32.423, Quiroz, R. E. 11/6/93; JPBA, 88-87).

²⁹ Hassemer, Winfried, "Fundamentos del Derecho Penal", trad. de F. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 209: "la delimitación entre convicción y duda no es susceptible de observación y solamente de modo parcial

Ello, obviamente, se encuentra vinculado a las reales posibilidades de reconstrucción histórica del proceso penal en relación con el objeto de conocimiento. En este sentido es casi obligatorio vincular el concepto de certeza con el carácter "inevitablemente aproximativo" que le otorga Luigi Ferrajoli a la verdad procesal. Según este autor: "la imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad "cierta", "objetiva" o "abstracta" representa siempre la "expresión de un ideal" inalcanzable. La idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar"³⁰

Esta dificultad a la hora de definir este concepto se trasladará, en forma directa, al momento de otorgarle contenido a su término referencial: la duda.

Pero, incluso, a veces no será sencillo determinar, por lo menos en el ámbito de la interpretación de la ley, cual es la decisión jurisdiccional más favorable al reo. En esta cuestión, no solo pueden influir elementos sustanciales como las mismas escalas penales (por ejemplo, la duda que se presentaría entre tipos penales que tuvieran escalas de cuya comparación no surgirá una ventaja evidente para el imputado por darse el supuesto en el que uno de los tipos posee el mínimo mayor pero también el máximo mayor, o la comparación entre penas importantes de inhabilitación y pequeñas sanciones privativas de la libertad), sino que también pueden influir los distintos efectos procesales o el mejor posicionamiento estratégico frente a este o aquel tipo de ilicitud.

V. DUDA Y DECISIONES DURANTE EL PROCESO

En general se ha dicho que: "durante el trámite del proceso el tribunal puede manejarse con sospechas fundadas de diferente grado (arts. 72, 294 y 306). En cambio, en el momento de la sentencia, la mera incertidumbre obstaculizará todo pronunciamiento condenatorio; para resolverlo así, el tribunal debe tener certeza apodíctica —irrefutable corolario de que el suceso no pudo acaecer de otra manera— en cuanto a la existencia del hecho y su atribución a los partícipes. La mera falta de certeza impone su aplicación"³¹.

Es muy complejo, determinar cuál es el lugar que le corresponde, en todo caso, al *favor rei* en el desarrollo de las etapas procesales anteriores a la sentencia. Un sencillo y preliminar razonamiento podría sostener que la falta de certeza sobre la cul-

resulta descriptible y controlable. Quizá nunca pueda haber una convicción sin sombra de duda".

³⁰ Ferrajoli, op cit, pág 50

³¹ Ver, Francisco D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 21, citando, a su vez, a una sentencia de la Cámara Civil, Comercial, Criminal, Correccional y del Trabajo de Cruz del Eje, LLC, 1986, pág. 684

pabilidad es un extremo que está presente en todo proceso penal antes de la formulación de la decisión definitiva del juicio o sentencia de condena.

Sin embargo, es fácilmente observable como el proceso penal, a través de la aplicación de medidas de coerción, por ejemplo, impone restricciones a derechos fundamentales u otro tipo de decisiones disvaliosas para el imputado sobre la base de algún grado de sospecha sobre la culpabilidad. Ello se ve con claridad en la regulación procesal de las medidas de coerción y, en general, en el modo como se resuelve sobre la situación del imputado. En el artículo 306 el juez debe ordenar el procesamiento "siempre que *hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél —el imputado— es culpable como partícipe en éste*. En el artículo 312 se regulan los presupuestos básicos para el dictado de la prisión preventiva: 1. Cuando al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de libertad y *el juez estime, prima facie*, que no procederá condena de ejecución condicional. En el artículo 319, como último ejemplo, se establece la posibilidad de que se deniegue la exención de prisión *si se presumiere*, fundadamente, que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Pareciera que el proceso penal se estructura sobre la base de algunas presunciones ya resueltas por el legislador³².

Pero junto con este nivel, se debe destacar con E. Schmidt otro metodológicamente anterior y que tiene que ver con los presupuestos procesales: "Si existe un motivo para pensar que puede faltar un presupuesto procesal, se debe proceder a su comprobación. El tribunal "puede examinar el contenido total de los autos y, en general, utilizar todos los medios posibles de conocimiento". No se lo impiden los principios de publicidad y oralidad; y en la instancia de casación no está ligado, de ninguna manera, a las comprobaciones objetivas del juez de instancia.

Pero si al tribunal le incumbe probar la existencia de los presupuestos procesales, en caso de duda debe aplicar el principio "in dubio pro reo". El proceso es también inadmisibles si no existe seguridad, sino dudas, en cuanto a la configuración de los presupuestos procesales. Lo contrario sería totalmente incompatible con el concepto de seguridad jurídica³³.

Sin embargo ello no siempre es posible. En gran cantidad de ocasiones los presupuestos procesales, por ejemplo de una medida de coerción, se encuentran definidos, ya en la misma formulación legal, de modo de incorporar el carácter dudoso de la existencia de la condición y estipulando la regla que le impone al juez resolver en contra de la garantía en juego.

El único modo de destruir ese carácter dudoso al cual hace mención la propia ley procesal es la certeza, por ejemplo, de que el imputado no se fugará o no entorpecerá la acción de la justicia.

Si el juez tuviera *dudas* sobre el *perigo* de fuga, en realidad, no podría nunca negar ese peligro, con lo cual no podría definir la inexistencia de uno de los presupuestos procesales de la prisión preventiva.

Algunos autores, como Cafferata Nores, le otorgan al principio una influencia cronológicamente creciente a medida que se avanza en el proceso:

"La duda (lato sensu), que al comenzar el proceso tiene poca importancia (vrg., sólo la improbabilidad impide la convocatoria coactiva a prestar declaración indagatoria), va cobrándola a medida que se avanza, aumentando el ámbito de su beneficio (vgr., ya no sólo la improbabilidad, sino también la duda stricto sensu, impedirán el procesamiento o la elevación a juicio), hasta llegar a la máxima expresión de su alcance en el dictado de la sentencia definitiva (en la cual la improbabilidad, la duda stricto sensu, y la probabilidad, impedirán la condena del imputado).

En este último momento es cuando se evidencia con toda su amplitud este principio, pues, como ya se vio el sistema jurídico vigente requiere que el Tribunal, para poder dictar una sentencia condenatoria, logre obtener, de la prueba reunida en el juicio, la certeza acerca de la culpabilidad del acusado. De ello se sigue que en caso de incertidumbre, éste deberá ser abusuelto: *in dubio pro reo*".³⁴

VI. SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE Y FALTA DE CERTEZA EN LOS DISTINTOS NIVELES DE IMPUTACION

Ahora bien la afirmación de que la sentencia, como instancia definitiva de imputación fáctica y jurídica, debe ser el lugar procesal por excelencia en donde el *favor rei* despliega su eficacia político-criminal con mayor energía y nitidez, debe superar un obstáculo de gran envergadura: las propias bases metodológicas del sistema del hecho punible.

Para decirlo más claramente: una descripción del funcionamiento sistemático de la teoría del delito no deja las cosas correctamente preparadas como para que el intérprete pueda hacer valer, en su enfrentamiento cotidiano con la reconstrucción judicial del supuesto de hecho, el *in dubio pro reo*.

Una descripción de la formulación que realiza la teoría del delito de los diferentes niveles de imputación y de las indicaciones técnicas dirigidas al intérprete para guiar la solución del caso mostrará esta afirmación preliminar.

Antes de detallar esta hipótesis, conviene adelantar a modo de tesis una posible justificación del fenómeno. La teoría del delito se ha encargado de construir un sistema de análisis de comportamientos humanos que facilita el proceso de subsunción a un conjunto de normas —imperativas y permisivas— de carácter penal (la mayor parte de las veces). Sin embargo, ha

³⁴ Cafferata Nores, José, "La prueba en el proceso penal", 2ª edición, Depalma, B.A., 1994, pág. 10.

³² Una excepción puede ser encontrada en la cuestión de la conclusión de la instrucción. Ver, Morín, Daniel, "La conclusión de la instrucción en los supuestos de duda en el Código Procesal Penal de la Nación", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, III, 4 y 5, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 327 y ss.

³³ Schmidt, Eberhard, "Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal", trad. de José Manuel Núñez, E.B.A., Buenos Aires, 1957, pág. 118.

asumido la difícil tarea de construir un sistema por el que se asegura al intérprete la posibilidad de organizar la comprobación de un conjunto de cualidades que debe poseer la acción para ser punible. Estas cualidades, a menudo son definidas de modo que su comprobación se realiza negativamente. Ello sucede en forma clara en las categorías de la antijuricidad, culpabilidad —también responsabilidad por el hecho o atribuibilidad— y punibilidad.

En esos niveles del sistema del hecho punible y quizá por incapacidad científica para demostrar esas condiciones de la acción de modo positivo³⁵, las cualidades que se predicen sistemáticamente se confirman sólo ante la ausencia de supuestos de hecho que son agrupados de antemano de forma tal que operen como condiciones —genéricamente definidas— negativas del nivel de imputación que se trate. Es así como el intérprete confirma la antijuricidad salvo que aparezca una causal de justificación, confirma la culpabilidad salvo que aparezca un error de prohibición, y confirma la punibilidad salvo que esté frente a una excusa absolutoria.³⁶

En el desarrollo de estos niveles la duda puede estar presente.³⁷

Este sistema de comprobación negativa, genera algo similar a una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que lo que debe demostrarse es la existencia de la eximente.

De esta necesidad de demostración a la idea de que los niveles de la imputación en su formulación positiva (antijuricidad, culpabilidad, etc.) no son negados por la duda acerca de la existencia de sus propias condiciones negativas, hay sólo un paso. Existe, en forma consciente o inconsciente, la sensación de que sólo la certeza sobre la existencia de las condiciones de no punibilidad “lato sensu” pueden afirmar la falta de responsabilidad o de ilicitud. Ello, incluso, viene influido por ciertas afirmaciones dogmáticas formuladas al estilo de requisitos de las distintas eximentes, por ejemplo, cuando se establece la exigencia de que el bien salvado, en el marco del Estado de Necesidad, sea “clara o nítidamente” superior al bien lesionado³⁸.

Un ejemplo absolutamente claro de lo afirmado se encuentra en la comprobación del nexo de imputación (imputación objetiva). Allí el paso de las teorías causales a una teoría de la imputación normativa se ha llevado consigo a la duda como un elemento favorecedor de la situación del imputado.

³⁵ Se advierte fácilmente las dificultades que aparecen a la hora de comprobar positivamente la existencia de una acción, o la propia culpabilidad. La afirmación de estas cualidades requeriría un conocimiento profundo de un conjunto bastante importante de ciencias. La comprobación negativa facilita esta demostración, la simplifica metodológicamente.

³⁶ Es por ello que la afirmación de Gerhard Walter, en el sentido de que “...la máxima ‘in dubio pro reo’ constituye el anverso procesal del principio material de culpabilidad”, merece ser puesta en cuestión. Ver, Gerhard Walter, “Libre apreciación de la prueba”, trad. de la obra *Freie Beweiswürdigung*, a cargo de Tomás Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985, pág. 98.

³⁷ Ver ya, Ernesto Ure, “El juez y la duda”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, abril-junio, 1969, Buenos Aires, La Ley.

³⁸ En el sentido del texto, puede verse, Mapelli Caffarena, Borja, “Entre el homicidio y las lesiones”, *Revista Nueva Doctrina Penal*, 1997-A, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 9 y ss.

Veamos el siguiente párrafo de Eberhard Schmidt, que ha planteado ya hace varios años la cuestión con toda nitidez, incluso en la manifestación de la tesis que aquí se considerará equivocada:

“En los delitos de causación, naturalmente que pertenece a las comprobaciones objetivas la conexión causal entre la manifestación de voluntad y resultado. Si el curso del suceso está completamente aclarado, nuestro pensamiento ratifica sin más este nexo causal. Si existen impedimentos que lo dificulten, es señal segura que todavía se presentan dudas. Sólo bajo el presupuesto de la plena aclaración de las circunstancias de hecho viene en consideración la aplicación del concepto de la causalidad. Pero entonces la comprobación del nexo condicional nada tiene que ver con un juicio de probabilidad. Como piensan Löwe-Rosenberg..., no se puede hablar de que en la comprobación de la causalidad se cumple “una tarea espiritual en abstracto” y que, por eso, el juez se tiene que valer de “hechos supuestos, irreales”. Cuando se tiene que establecer que la errada dosificación de un narcótico ha sido la causa de la muerte por narcosis del paciente sólo se tiene que ratificar el nexo condicional de la administración del narcótico con la muerte hic et nunc producida; y esto se establecerá cuando la incorrección del medio narcotizante y los peritos demuestren que la narcotización ha sido la causa de la muerte y no se presenta ninguna clase de dificultades ni de dudas. No es correcto en estos casos examinar, como lo hacen Löwe-Rosenberg, si el paciente habría muerto por otras causas concurrentes, de haberse administrado en debida forma el narcótico. Esto importaría, en efecto, una “tarea espiritual abstracta”, completamente superflua; se ensayaría un juicio de probabilidad. Pero no tiene sentido confrontar en esa forma el desenvolvimiento real del suceso con otro hecho no ocurrido y sólo supuesto, porque el juez únicamente tiene que trabajar con la realidad”.³⁹

La tesis de Schmidt se ha mantenido a lo largo de los años. Incluso quienes hoy se ocupan de desarrollar modernamente los detalles de una teoría como la imputación objetiva se han dejado influir, lamentablemente, por este discutible planteo.

Es correcto que en un proceso de averiguación o reconstrucción del supuesto de hecho tal como se ha manifestado históricamente, el trabajo con hipótesis, no tiene ninguna relevancia: lo que no sucedió no nos puede informar sobre lo que sí sucedió⁴⁰. Es por ello que las alternativas (comportamientos) no pueden generar dudas sobre la causalidad. En este sentido, parte de lo que afirma Schmidt es correcto: el juez (en la averiguación de la causalidad) no está legitimado a manifestar dudas, sobre el hecho real (en su exposición fáctica) originadas en información proveniente de un trabajo de hipótesis.

Sin embargo, hoy es más que evidente que la causalidad es relativamente poco importante en la delimitación de la ilicitud. La gran tarea del juez, por ejemplo en los delitos imprudentes, no es sólo demostrar si la acción del autor ha sido la causa de la lesión de víctima, sino que el trabajo más arduo consiste en definir las razones por las cuales la lesión de la víctima puede serle imputada a la acción del autor. No se trata de una “tarea espiritual abstracta” sino de la instancia más trascendente en la actividad jurisdiccional y en la cual la conclusión final de un juez es absolutamente imprescindible.

En realidad, como ya lo había demostrado el finalismo clásico, en los delitos imprudentes la causalidad

³⁹ Eberhard Schmidt, “Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal”, trad. de José Manuel Núñez, E.B.A., Buenos Aires, 1957, págs. 213 y ss.

⁴⁰ En forma crítica sobre la utilidad del trabajo con hipótesis en la teoría de la imputación, puede verse, Gimbernat Ordeig, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *El Derecho Penal hoy. Homenaje a David Baigún*, pág. 190.

dad en sí misma dice bien poco sobre la definición del ilícito.

En este campo (imputación) es no sólo posible sino necesario el trabajo con hipótesis. De allí surge, justamente, el criterio normativo de imputación. Y en este ámbito el trabajo con hipótesis puede hacer surgir, en forma legítima y probable, dudas que el juez debe resolver. Es por ello que advertimos dos ámbitos que sugerirían respuestas independientes frente al mismo problema: La *duda sobre la causalidad* no puede surgir del análisis hipotético. En cambio, la *duda sobre la imputación* sí puede surgir del trabajo con hipótesis. En ambos, *in dubio pro reo*.

Esta cuestión y la conclusión fuertemente relativizadora de la garantía del favor rei, puede analizarse con absoluta nitidez frente a la conocida cuestión del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. Aquí no caben demasiadas dudas acerca de que la opción por un sistema de imputación sólo influido por el criterio de la elevación del riesgo, termina por desarrollar una teoría de la imputación en la cual la duda sobre si le puede ser imputado normativamente el resultado al autor, si es que el autor ha creado un riesgo desaprobado, es resuelta *contra reum*.⁴¹

En realidad, en una de las dimensiones posibles, éste ha sido al ámbito propicio para la manifestación autoritaria de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, los casos de *causalidad general* han demostrado el perfil expansivo de la responsabilidad de la normativización del juicio de imputación a nivel del injusto.⁴²

VII. VERDAD O CONSENSO

La vigencia de la duda como ámbito político-criminalmente orientado al imputado, en el marco del proceso penal, depende fuertemente de que la solución del conflicto se estructure sobre la verdad histórica o sobre el consenso. Para decirlo de un modo claro: posiblemente exista una relación directa entre la tendencia a incorporar espacios conciliatorios o alternativos, diseñados sobre la base de un concepto de verdad no sometido al rigor inquisitivo de la reconstrucción histórica⁴³ y la pérdida gradual de la importancia del *favor rei*.

No es arriesgado afirmar que el *in dubio pro reo*

retiene todo su sentido cultural en un modelo procesal orientado básicamente a la obtención fiel de la verdad material.

Por el contrario, el diseño de espacios procesales o materiales de reparación, conciliación o, directamente, negociación entre los protagonistas de la interacción que produce el proceso penal, no resalta sino que desdibuja la importancia institucional del *favor rei* en la actividad jurisdiccional.

En este sentido es correcto el razonamiento de Julio Maier:

“la doctrina, para caracterizar al proceso penal, ha distinguido dos tipos de verdades, la verdad real o material, que adjudica al proceso penal como ideal, y la verdad formal, que adjudica al proceso civil, como contraposición del primer concepto. Al mismo tiempo la teoría se ha quejado del intento de establecer dos tipos de verdad o, mejor dicho, dos conceptos diferentes de verdad.

La distinción conceptual carece de sentido como fundante de dos conceptos distintos del significado con el que se utiliza la palabra verdad: tanto el Derecho procesal penal, como el civil (incluido todo procedimiento judicial), utilizan el concepto en el mismo sentido... en realidad, las diversas situaciones que acaecen en cada uno de estos procedimientos sólo pueden ser distinguidos en virtud de las reglas específicas que, en cada procedimiento, gobiernan la forma de decidir cuándo no se arriba a la verdad (Derecho procesal penal: *in dubio pro reo*; Derecho procesal civil: *secundum probata partium*; Derecho procesal laboral: *in dubio pro operario*) o la exigencia determinada para cada tipo de decisión, la manera de delimitar la hipótesis acerca de la cual se pretende predicar verdad o falsedad... o por último, el modo de incorporación de la prueba pertinente”⁴⁴.

Pareciera entonces que, independientemente de la impropiedad de los rótulos utilizados para caracterizar las “distintas” verdades —cuestión en la Maier tiene algo de razón—, el *favor rei* tiene alguna vigencia posible sólo en un modelo procesal en el que la “reconstrucción histórica” del hecho constituye uno de los objetivos fundamentales.

Todas las tendencias dirigidas a “simplificar” el proceso, a introducir el acuerdo como una salida posible, a implementar la “oportunidad” como un criterio limitador del principio de legalidad procesal terminan por reducir el espacio vital del *favor rei*. No se trata, por supuesto, de un juicio negativo de valor, sino de una descripción⁴⁵.

Un ejemplo de la tendencia y de la consecuencia señalada lo constituye la recientemente sancionada ley 24.825 del “juicio abreviado”. Por medio de ella,

⁴⁴ Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 849.

⁴⁵ Cuando fue expuesto este trabajo en el Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Santiago de Chile, Alberto Bovino me indicó que esta tesis no debería ser sostenida frente a salidas intermedias que “favorecen” al imputado (como por ejemplo, la suspensión del proceso penal a prueba). La objeción es parcialmente correcta. Pero es necesario que se advierta que un respeto absoluto de *in dubio pro reo* se transforma, por imperio de las garantías en juego, en la mejor situación posible frente al poder penal del Estado. Cualquier debilitamiento tiene un costo visible.

⁴¹ Para ver un desarrollo de esta cuestión, Rusconi, Maximiliano A., “La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 2, Número 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 101 y ss. También publicado en Revista “Jueces para la Democracia”, Madrid, Octubre de 1996, págs. 88 y ss.

⁴² Kaufmann, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan”, Nuevo Pensamiento Penal, Bs. As., 1973, págs. 7 y ss.

⁴³ “Si bien ha quedado dicho que la pena sólo se puede aplicar al verdadero culpable, en los últimos tiempos han aparecido (reaparecido, mejor) interesantes propuestas que pueden significar la posibilidad de desplazamiento (parcial) de la “verdad material” por una “verdad consensual”. Esto se desprende de la idea de considerar a consenso como una forma alternativa de solución para ciertos casos penales, evitando la pena, simplificando o acelerando su imposición, o pactando su extensión”.

Ver, Cafferata Nores, José, “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, Ed. del puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 73.

se incorpora el artículo 431 bis que en su inciso 2 incorpora la siguiente norma: "Para que la solicitud sea admisible deberá estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho, y la participación de aquel, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación recaída".

Es evidente que la sanción de esta ley implica una merma en la intensidad de la búsqueda de la reconstrucción histórica del hecho, aunque no signifique, todavía, la irrupción procesal de la verdad formal⁴⁶. En este marco el favor rei disminuye su rol.

VIII. DUDA E INTERPRETACION RESTRICTIVA

Otra de las cuestiones más debatidas alrededor del *favor rei*, tiene que ver con la posibilidad que la regla signifique también un mandato para al juez al momento no ya de valorar los elementos de prueba, sino también de interpretar la ley⁴⁷.

Aparentemente, desde antiguo se ha respondido afirmativamente a este cuestión.^{48 49}

La postura de Zaffaroni conviene que sea analizada:

"entendemos que el principio *in dubio pro reo* tiene vigencia penal, sólo que a condición de que se lo aplique correctamente... Hay supuestos en que el análisis de la letra de la ley da lugar a dos posibles interpretaciones: una más amplia de punibilidad y otra más restringida. Ello lo observamos sin superar el plano exegetico. Así la expresión "cosa" del artículo 162 puede interpretarse en sentido ordinario (amplio) o civil (restringido). En estos casos es en los que entra a jugar el *in dubio pro reo*: siempre tendremos que inclinarnos a entenderlas en sentido restrictivo y conforme a este sentido ensayar nuestras construcciones. No obstante, este principio no tiene un valor absoluto, porque bien puede suceder que el sistema choque con la expresión entendida en su sentido estricto y se armonice en su sentido amplio, lo que en tal caso podremos hacer, porque tiene carácter absoluto el principio de racionalidad del orden jurídico,

⁴⁶ Adelantándose a esta crítica, Cafferata Nores, J., "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 82. Allí el autor —principal impulsor de la ley mencionada y creador del proyecto que dio base a su sanción—, niega que el juicio abreviado piense prescindir de la verdad material y sustituirla por una "verdad consensuada".

⁴⁷ Independientemente de la conclusión que se obtenga de las cuestiones planteadas en este punto, cabe advertir que la falta de certeza sobre el derecho y la falta de certeza sobre los hechos son problemas que responden a naturalezas distintas. "La incertidumbre de derecho depende de la igual opinabilidad de las varias calificaciones jurídicas posibles del hecho considerado probado. La incertidumbre de hecho depende de la igual plausibilidad probabilística de las varias hipótesis explicativas posibles del material probatorio recogido. La primera señala un defecto de estricta legalidad, esto es, la debilidad o la carencia de las garantías penales que permiten la decidibilidad de la verdad jurídica. La segunda señala un defecto de estricta jurisdiccionalidad, esto es, la debilidad o la carencia de las garantías procesales que permiten la decisión de la verdad fáctica". Ferrajoli, op. cit., pág. 109.

⁴⁸ Ver, Núñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal", T.I, pág. 206: "Desde antiguo se ha contestado afirmativamente. El principio *semper in poenabilis benignior interpretatio sumenda est* expresa el pensamiento dominante en el Derecho clásico. Lo han reconocido, aunque con diferente sentido, juristas como Carrara y Haus. Entre nosotros, lo han reconocido Obarrio, Rivarola y Coll y lo reconoce actualmente Jiménez de Asúa".

⁴⁹ En contra, aunque sin mayores argumentos, D'Albora, op. cit., pág. 21: "El principio rige en cuanto a los hechos y no respecto de la aplicación del derecho".

que es el presupuesto mismo de nuestra actividad científica. En síntesis: entendemos que el principio "*in dubio pro reo*" nos señala la actitud que necesariamente debemos adoptar para entender una expresión legal que tiene sentido doble o múltiple, pero puede desplazarse ante la contradicción de la ley así entendida con el resto del sistema⁵⁰.

La advertencia formulada es correcta: la pretensión de racionalidad del ordenamiento jurídico se ubica temporalmente antes que el reino de la duda. Aunque esto también tiene un límite: el riesgo de una interpretación *contra legem*.

A la afirmación del autor argentino se le pueden adjudicar varios significados. Sin embargo se debe destacar en Zaffaroni el reconocimiento de que la letra de la ley puede dar lugar a más de una interpretación. Es que desde esta óptica que, a mi juicio, puede reflexionarse sobre el tema. En forma nítida aquí influirá la concepción que se tenga de la actividad de los jueces y de la posibilidad de que se considere a la interpretación como un producto estable de un silogismo en donde la ley es la premisa mayor, el supuesto de hecho la premisa menor, y la decisión es el resultado lógico del proceso deductivo.⁵¹

Claro que hoy nadie otorgaría a esta visión positivista demasiadas chances de llevar a razón. En más de una ocasión el juez se encuentra en situación de duda en relación con la reglas jurídicas que deben regir el supuesto de hecho sobre el cual existe certeza de sus características fácticas. En

⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Manual de derecho penal. Parte General", Ediar, 1991, pág. 137

⁵¹ La referencia al positivismo jurídico es pertinente. Una muy lúcida crítica de este estilo de razonamiento dogmático puede verse en Bacigalupo, Enrique, "Delito y punibilidad", Civitas, págs. 13 y ss.

"De un análisis del trabajo de los dogmáticos surge que el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir en favor de una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que pueda deducir su decisión de los textos legales"... "Inclusive las pautas a seguir en el momento de la interpretación de la ley penal requieran decisiones que tampoco pueden deducirse de la ley. Puestos ante el texto de la ley es posible afirmar, por ejemplo, que la estrecha vinculación con el texto ha sido reconocida como un medio inadecuado para salvaguardar la seguridad jurídica. Así como también es posible ir todavía más lejos y afirmar que muy a menudo la interpretación da como resultado un sentido de la ley que se diferencia considerablemente del sentido literal directo y primario, razón por la cual se estima conveniente distinguir entre el supuesto de hecho del texto y el supuesto de hecho de la interpretación". "Los ejemplos que acaban de darse —y que podrían ampliarse— resultan difícilmente compatibles con las representaciones corrientes sobre la dogmática penal. Estas concepciones de la dogmática persisten en la actualidad en la idea fundamental de hace por lo menos un siglo. Cuando hoy se afirma que la teoría general del delito tiene que ser deducida de la ley, no se hace sino reiterar la idea de V. Liszt, según la cual si esa ley penal es la única fuente del Derecho penal, ello significa que cuestiones tales como si y cómo debe sancionarse, tienen que ser respondidas exclusivamente a partir de la ley. No cabe duda, a mi juicio, de que tales puntos de vista se basan en la convicción de que la dogmática penal logra sus resultados independientemente del arbitrio personal del intérprete, es decir, de sus decisiones personales. Sin embargo, los ejemplos expuestos han estimulado el surgimiento de dudas respecto de la concepción fundamental de una ciencia que afirma deducir todo su conocimiento de la ley positiva, o sea que reconoce como punto de partida de su cadena de fundamentación sólo aquello que está expresado en la ley, con independencia de las opiniones del intérprete. Tal concepción fue calificada ya a principios de este siglo como la creación de una apariencia y actualmente no faltan quienes cuestionan su científicidad". Para una profunda caracterización de la actividad "constructiva" del juez en el trabajo de interpretación, puede verse, Soler, Sebastián, "La interpretación de la ley", Ed. Ariel, Barcelona, 1962, págs. 188 y ss.

estos casos la duda recae sobre el sentido, alcance o conflicto de normas, y forma parte del proceso de interpretación de la ley⁵².

Los casos posibles son absolutamente imaginables. Por ejemplo, el intérprete puede tener dudas acerca de la solución jurídica que corresponde en un caso en el que el agente ha tenido un error evitable sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación⁵³ —¿error de tipo o de prohibición?—. Pueden existir dudas acerca de si una agresión ilegítima insignificante puede habilitar la legítima defensa, o acerca de si un error de subsunción debe ser tratado como un error de tipo o de prohibición. Asimismo el juez puede tener dudas en relación a los niveles de influencia sistemática que hay que adjudicarle a la participación de la víctima en el ilícito, o acerca del lugar sistemático del consentimiento del ofendido, o de los alcances normativos de la adecuación social o insignificancia.⁵⁴

Por último los propios textos normativos de la parte especial ofrecen espacios no definidos al incorporar elementos normativos (mujer *honestas*) o, incluso, descriptivos (¿es la electricidad una cosa en el sentido del tipo penal del art. 162?) en la delimitación de la conducta prohibida.

Como se advierte, se trata en todos los casos de situaciones de incertidumbre y falta de certeza, no ya sobre las características del supuesto de hecho, sino sobre la calificación normativa y el tipo de solución jurídica. Y esta respuesta normativa no se obtiene, como se podría pensar, a partir de un mejor o más exhaustivo examen jurídico, ya que muchas veces no es sólo una la respuesta admisible.

Es decir, es razonable pensar que la duda pueda presentarse en el proceso hermenéutico que realiza, por ejemplo, un juez⁵⁵.

El planteo de la cuestión ha sido realizado con claridad por Sentís Melendo: "La duda es un estado del espíritu; la interpretación es una forma de salir de él. Pero nadie negará que puede haber textos legales de sentido dudoso; de lo contrario, a los legisladores no se les hubiera ocurrido establecer un precepto concreto, advirtiendo a los jueces que tienen el deber de sentenciar y que no pueden apoyarse en el carácter dudoso, o insuficiente o inexistente, de la ley para eludir aquel deber". "Resulta evidente que, a pesar de todas las reglas sobre la

interpretación, puede ser imposible salir de la duda y creo que aquí es donde tiene aplicación, respecto de la norma, el principio estudiado".⁵⁶

La cuestión tiene íntima relación con el papel que se le otorgue a la codificación.

"Quien sea partidario de la —ingenua— idea de que el juez deriva su decisión de la ley, que "subsume" el caso en la norma del código, atribuye a la codificación la función de fuente exclusiva de toda decisión jurídica. Se considera entonces "correcta" la actividad judicial si se trasplanta exactamente, sin añadir ni quitar nada, el contenido de la norma codificada al caso por decidir. A la teoría del derecho y a la metodología jurídica le corresponde, en relación al juez, una única función: la de formular las reglas de esa transposición exacta"

"Sin embargo, al correr del tiempo esta concepción de que el fallo judicial deriva unívocamente de la norma codificada aparece como superada. Ha dejado paso a la idea de que el juez crea derecho cuando actúa. Pero con ello no se han resuelto las cuestiones planteadas sobre la función de la obra codificada en relación con la actividad judicial, sino que, por el contrario, se plantean de nuevo y de forma más complicada. Precisamente quien considere que la tarea del juez no consiste en una absoluta sumisión a la ley, tendrá que plantearse el problema de qué significado tiene (aún) la codificación en el proceso de decisión judicial"⁵⁷.

El planteo realizado por W. Hassemmer, nos permite sacar otra conclusión: si se parte de la base que la tarea del juez no es sólo un ensayo de lógica deóntica, queda por resolver ya no si el in dubio pro reo juega un papel en el proceso hermenéutico, sino cual es ese papel y como se relaciona este criterio con los demás axiomas que influyen en este proceso *creativo*.

Por ejemplo, parece bastante claro que el juez está constitucionalmente atado por el mandato de certeza que impone el principio de legalidad: *lex stricta*.⁵⁸

En este sentido quedarían excluidas las posibilidades hermenéuticas de una interpretación extensiva o analógica de las normas imperativas (mandatos o prohibiciones). Queda, sin embargo, por estudiar la vinculación existente entre el *favor rei* y el principio de interpretación restrictiva de las normas penales. La pregunta es previsible: ¿se trata de cuestiones distintas o del mismo mandato formulado al intérprete a través de dos maneras diferentes? Para decirlo más claramente, ¿un mandato que dijera que el intérprete, una vez agotadas las posibilidades hermenéuticas para obtener certeza frente a la norma aplicable, debe resolver cualquier margen de duda a favor del imputado, tendría el mismo valor político-criminal y sistemático que uno que dijera que el juez debe interpretar toda norma imperativa (que imponga un deber o decrete una prohibición) de modo de otorgarle el mínimo ámbito protecto todavía admisible frente al texto de la ley?

⁵² S. Sentís Melendo, "In dubio pro reo", Ejea, Buenos Aires, 1971, págs. 84 y ss.

⁵³ Ver, Hassemmer, Winfried, "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", trad. de María Virginia Martínez Bretones, publicado en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Debate, ed. a cargo de Arthur Kaufmann-Winfried Hassemmer, Madrid, 1992.

⁵⁴ Ver, Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal. Parte General", PPU, Barcelona, 1990, pág. 85: "*lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (*analogía in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado "mandato de determinación", que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear".

⁵² "Los métodos hermenéuticos no son, todavía, panaceas o fórmulas mágicas, que consigan disipar, en todo o cualquier hipótesis, las dudas surgidas en la comprensión de los textos. Existen casos rebeldes, en los cuales, a pesar de la inteligente aplicación de los métodos interpretativos, quedan dudas insolubles sobre la voluntad de la ley, su fin social o las exigencias del bien común". Ver, Alípio Silveira, "El principio *in dubio pro reo* en la interpretación de la ley penal", La Ley, t. 93, pág. 890. En contra, Hassemmer, op. cit., pág. 209: "El principio opera sólo sobre la fase de producción, es decir, en caso de duda sobre cuestiones de hecho, y no en caso de duda respecto del Derecho o de sus interpretaciones".

⁵³ La conocida opción por una teoría de la culpabilidad estricta o limitada.

⁵⁴ En detalle, Torío López, Angel, "Racionalidad y relatividad en las teorías del delito", ADP y CP, 1989, págs. 489 y ss.

⁵⁵ Una consecuencia, sin duda, de lo que Hart denominó "textura abierta del derecho". Ver, H.L.A. Hart, "El concepto de derecho", trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, págs. 155 y ss. Ver, también, Genaro Carrió, "Algunas palabras sobre las palabras de la ley", Abeledo Perrot, Bs.As., 1971, págs. 13 y ss.

Entre nosotros, Julio B.J. Maier cuestiona la vigencia del *favor rei* en cuanto principio de interpretación de la ley por superponerse con la máxima de interpretación restrictiva.

“Aquello que aquí se menciona como “interpretación favorable al reo”, es aquello que, tradicionalmente, se conoce como interpretación restrictiva. Como se trata de la coerción estatal (llámese pena o medida de seguridad), la regla *in dubio pro reo*, así interpretada o así formulada, pretende limitar el poder penal del Estado, conforme al sentido del Estado de Derecho (“un resguardo más de la libertad individual”), exigiendo la interpretación restrictiva de la norma que regula las condiciones bajo las cuales corresponde reaccionar penalmente (*in dubio mitius*); frente a dos posibilidades interpretativas, obtenibles por métodos distintos (interpretación literal o sistemática, etc.) o por diferentes definiciones válidas de las palabras de la ley (semántica), elegir la menos gravosa para el imputado (porque coloca el hecho fuera de la reacción penal o la privilegia respecto de la pena aplicable o, simplemente, de las características de su ejecución”⁵⁹.

La afirmación de Julio Maier, sin embargo, puede ser contestada. *In dubio pro reo* y aplicación restrictiva de las normas penales no dicen ni pueden decir lo mismo. Sostener lo contrario es, como primera medida, contraintuitivo sobre la base de una primera advertencia: no siempre la opción más favorable al reo se debe a una interpretación restrictiva de las normas penales. Por el contrario, a veces el *favor rei* requerirá la interpretación analógica o extensiva de normas que delimitan permisos.

En verdad el mismo Maier advierte esto:

“No obstante, tal caracterización del principio no siempre se corresponde con la finalidad indicada, pues para que ella se cumpla cabalmente es preciso aclarar que, a contrario de lo expuesto, rige la interpretación extensiva —y en la aplicación analógica *in bonam partem*, no prohibida por el principio de legalidad penal— cuando se trata de determinar el ámbito de aplicación de una facultad o autorización concedida al imputado (por ejemplo, las reglas de permiso o causas de justificación) o de una causa que excluya la culpabilidad o la punibilidad (por ejemplo, el estado de necesidad disculpante o una excusa absolutoria). Incluso, por efecto de que alguna de estas causas que excluyen la reacción penal son reguladas por la ley penal con algunos impedimentos para su aplicación (por ejemplo, la suspensión o interrupción del curso de la prescripción), aún aquí habría que distinguir nuevamente y sostener, para seguir la regla sobre la que discutimos, que los preceptos referidos a estos impedimentos deben ser interpretados restrictivamente. De este modo, la afirmación a la que nos conduce el principio, en su aplicación a la interpretación jurídica, varía según que la regla interpretada guíe a la reacción penal (interpretación restrictiva) o la rechace (interpretación extensiva), y se debe formular así: frente a dos posibilidades interpretativas razonablemente fundadas, elegir la menos gravosa para el enjuiciado, operación que no siempre da por resultado la interpretación restrictiva”⁶⁰.

Pareciera, por el contrario que el *favor rei* y la máxima de interpretación restrictiva funcionan en niveles distintos. Por imperio del mandato de certeza que emana del principio de legalidad el intérprete debe darle el menor espectro de protección a los tipos penales, es decir debe construir un tipo penal que manifieste mínimamente el ámbito de lo man-

dado o prohibido, siempre que la interpretación se corresponda con un sentido posible del texto.

Este mandato de interpretación restrictiva no podría nunca tener vigencia para los permisos, debido a que, justamente, se trata de una manifestación directa de una garantía constitucional y, por ello, no puede tener efectos legitimantes del poder penal del Estado.

Ello no obsta a que todavía subsista un espacio posible de aplicación del *favor rei*. Una vez así definidas las normas imperativas, cualquier duda debe ser resuelta a favor del imputado.

Interpretación restrictiva e *in dubio pro reo*, comparten semejanzas y diferencias. Esta dualidad genera confusión.

La máxima de interpretación restrictiva depende siempre y en última instancia del sentido literal —todavía— posible del texto de la ley y no requiere ningún elemento externo condicionador del producto hermenéutico. Interpretación restrictiva y extensiva, en verdad, se mueven dentro del ámbito de libertad semántica de la ley.

En cambio, la idea de que la duda debe favorecer al imputado —luego de la actividad de interpretación— no proviene del texto a interpretar, sino de una decisión político criminal, externa, que ha incluido un elemento nuevo en el proceso hermenéutico que debe culminar en el tipo de la interpretación.

Sin embargo, ambos criterios, son descendientes directos de la misma concepción de *ultima ratio* del poder penal del Estado y, los dos se transforman en potenciadores del ámbito de libertad.

VIII. TIPOS DE SOSPECHA Y LA VIOLACION DEL IN DUBIO PRO REO POR EL PROPIO LEGISLADOR

Hace bastante tiempo Carrara, con su claridad acostumbrada, sostenía que: “el legislador debe formular sus disposiciones de manera que el reo pueda siempre utilizar el efecto del estado de duda, para que la presunción de inocencia o de menor culpa nunca pueda ser subvertida. Nunca puede admitirse presunción de culpabilidad”⁶¹.

A ello nos queremos referir en este punto. Una de las dimensiones que más han contribuido a relativizar el *favor rei*, tiene que ver con la, posiblemente infundada, idea de que la regla sólo está dirigida al intérprete judicial y no al legislador⁶². Ello ha posibilitado que hoy, incluso de lege lata, el principio sea sistemáticamente lesionado, sin que ello pueda co-

⁵⁹ Carrara, Francesco, “Práctica Legislativa penale”, citado en Florian, op.cit., pág. 336.

⁶² No nos referimos aquí a lo que Hassemer denomina *In dubio pro libertate*. Aunque ambas ideas político-criminales podrían ser reconducidas a la misma base axiológica.

“*In dubio pro libertate* sería el lema de una legislación penal limitada exclusivamente a la criminalización de conductas socialmente dañosas. Mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos debe quedar libre de amenaza penal”. Hassemer, W., op. cit., pág. 39.

Como puede observarse, “*In dubio pro libertate*” es una manifestación del principio de mínima intervención o última ratio en el ámbito del proceso de criminalización estatal

⁵⁹ Maier, Julio B. J., op. cit., págs. 502 y ss.

⁶⁰ Maier, op. cit., pág. 503.

regirse, salvo declaración de inconstitucionalidad de la norma, en el caso concreto.

Ello se percibe en un conjunto de disposiciones penales que constituyen tipos penal de sospecha, en el sentido que amenazan con pena acciones que, desde el punto de vista material, ofrecen duda acerca de su carácter lesionador de los bienes jurídicos protegidos⁶³.

Un ejemplo bastante nítido de lo afirmado reside en el tipo penal contenido en el artículo 112 del Código Penal: "el reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del *mínimum* a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta".

Existen muchas posibilidades de que esta injuria o calumnia encubierta se presente en supuestos en los cuales existen dudas acerca del carácter ofensivo de la afirmación. La norma recoge así un tipo de "sospecha", frente al cual la ausencia de *explicaciones satisfactorias* de parte del imputado confirma la antijuricidad de la acción. El espacio político criminal para que la duda se transforme en una situación favorable para el imputado es imperceptible.

Otro ejemplo de la parte especial, incluso de creciente y lamentable actualidad en nuestro país, lo constituye el artículo 268 del Código Penal que sanciona el enriquecimiento ilícito de funcionario público con la siguiente prescripción: "será reprimido...el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público".

En palabras de Sancinetti⁶⁴: "Tú delinques si no demuestras que eres inocente, reza, sustancialmente, la norma que se halla detrás de la regla."⁶⁵ "Se razona sobre la base de que, si el funcionario no prueba un origen legítimo del incremento patrimonial considerable, entonces, la modificación patrimonial tendrá su causa-fuente en algún hecho delictivo, uno que queda, como tal, indeterminado..."⁶⁶ "...El principio de inocencia y la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no pueden burlarse declamando que el contenido del hecho punible (omisivo) es más bien el "no informar sobre ciertos actos previos al imputado", justamente aquellos actos que en realidad son los que se quiere prevenir con la amenaza penal..."⁶⁷

Posiblemente responda a una estructura similar —y, por ello, también violatoria del *in dubio pro reo*— el artículo 176 inc. 2: "el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos si-

guientes: inc. 2) no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener".

Por último, los tipos penales de peligro abstracto, no son otra cosa que una presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, de que la acción genera un riesgo para el bien jurídico.

Según Escrivá Gregori: "La mayor parte de la doctrina suele entender por delitos de peligro concreto aquellos en que la exigencia de peligro viene contenida en el tipo, como elemento del mismo, mientras que en los delitos de peligro abstracto el peligro constituye el motivo de su introducción por el legislador, pero en el tipo no aparece la exigencia de un peligro como elemento típico. Por tanto, en los delitos de peligro abstracto no se exigiría una comprobación del peligro por parte del juez, mientras que tal comportamiento sería necesario en los delitos de peligro concreto. De ahí que la doctrina italiana, a partir de la crítica de Antolisei, prefiera hablar de peligro presunto en lugar de peligro abstracto, considerando que lo que realmente se da es una presunción *iuris et de jure* de peligro..."⁶⁸

IX. CONCLUSION

Las afirmaciones precedentes han pretendido demostrar que el *in dubio pro reo* se encuentra sometido a un conjunto de restricciones sistemáticas, político-criminales, hermenéuticas y culturales que terminan por configurar una influencia mínima del principio. Seguramente, algunas limitaciones serán inevitables casi por definición conceptual de la idea del *favor rei*, y otras significarán restricciones constitucionalmente inadmisibles. Pero unas y otras dejan a la mentada igualdad de armas en el proceso penal en el lugar en donde se esconden las ilusiones inconfesables.

BIBLIOGRAFIA

- Bacigalupo, Enrique, "Delito y punibilidad", Civitas, Madrid.
Bacigalupo, Enrique, "La impugnación de los hechos probados en la Casación Penal y otros estudios", Ed. Ad-Hoc, febrero, 1994.
Baumann, Jürgen, "Derecho Procesal Penal", trad. de Conrado Finzi, Depalma, B.A, 1986.
Binder, Alberto, "Introducción al Derecho Procesal Penal". Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
Cafferata Nores, J., "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
Cafferata Nores, J., "La prueba en el proceso penal", 2ª edición, Depalma, B.A, 1994.
Carrió, Alejandro, "Garantías Constitucionales en el proceso penal", Hammurabi, Buenos Aires, 3ª edición, 1994.
Carrió, Genaro, "Algunas palabras sobre las palabras de la ley", Abeledo Perrot, Bs.As, 1971.
D'Albora, Francisco, "Código Procesal Penal de la Nación", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
De la Rúa, Fernando, "El recurso de casación", ed. Depalma, Bs. As.
Engisch, Karl, "Introducción al pensamiento jurídico", traducción de Ernesto Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967.
Escrivá Gregori, José, "La puesta en peligro de bienes jurídicos en el derecho penal", Bosch, Barcelona, 1976.
Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", trad. de Perfecto Andres Ibañez y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
Florian, Eugenio, "De las pruebas penales", Tomo. 1, De la

⁶³ Ver, García Pérez, Octavio, "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP", ADyCP, Madrid, 1993, págs. 629 y ss.

⁶⁴ Sancinetti, Marcelo, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal argentino.", en "El Derecho penal hoy. Homenaje a David Baigún", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, págs. 289 y ss.

⁶⁵ Sancinetti, op. cit., pág. 291.

⁶⁶ Sancinetti, op. cit., pág. 294.

⁶⁷ Sancinetti, op. cit., pág. 302.

⁶⁸ Escrivá Gregori, José, "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal", Bosch, Barcelona, 1976, pág. 69.

- Prueba en General. Trad. de la 3ª edición original por Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1968.
- García Pérez, Octavio, "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP", ADyCP, Madrid, 1993, págs. 629 y ss.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, "Causalidad, omisión e imprudencia", en *El Derecho Penal hoy. Homenaje a David Baigun*, pág. 190.
- Hart, H.L.A. "El concepto de derecho", trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.
- Hassemer, Winfried, "Sistema jurídico y condificación: la vinculación del juez a la ley", trad. de María Virginia Martínez Bretones, publicado en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Debate, ed. a cargo de Arthur Kaufmann-Winfried Hassemer, Madrid, 1992.
- Hassemer, Winfried, "Fundamentos del Derecho Penal", Trad. de F. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.
- Jescheck, H. H. "Tratado de Derecho Penal", trad..., Ed. Bosch, Barcelona.
- Kaufmann, Armin, "Tipicidad y causación en el procedimiento contergan", NPP, 1973, págs. 7 y ss.
- Luzón Cuesta, José María, "La Presunción de inocencia ante la Casación", Colex, Madrid, 1991.
- Maier, Julio, "Derecho procesal penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. 1.
- Mapelli Caffarena, Borja, "Entre el homicidio y las lesiones", Revista Nueva Doctrina Penal, 1997-A, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 9 y ss.
- Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal. Parte General", PPU, Barcelona, 1990.
- Mittermaier, Karl, "Tratado de la Prueba en Materia criminal", trad. de Primitivo González del Alba, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- Morin, Daniel, "La conclusión de la instrucción en los supuestos de duda en el Código Procesal Penal de la Nación", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, III, 4 y 5, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 327 y ss.
- Núñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal", T.I
- Rusconi, Maximiliano A., "La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente", Revista "Jueces para la Democracia", Madrid, octubre de 1996, págs. 88 y ss.
- Sancinetti, Marcelo, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal argentino.", en "El Derecho penal hoy. Homenaje a David Baigun", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, págs. 289 y ss.
- Schmidt, Eberhard, "Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal", trad. de José Manuel Núñez, E.B.A., Buenos Aires, 1957.
- Sentís Melendo, S. "In dubio pro reo", Ejea, Buenos Aires, 1971.
- Silveira, Alpio, "El principio *in dubio pro reo* en la interpretación de la ley penal", La Ley, t.93, pág. 890.
- Soler, Sebastián, "La interpretación de la ley", Ed. Ariel, Barcelona, 1962, págs. 188 y ss.
- Torio López, Angel, "Racionalidad y relatividad en las teorías del delito", ADPy CP, 1989, págs. 489 y ss.
- Ure, Ernesto, "El juez y la duda", Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 2, abril-junio, 1969, Buenos Aires, La Ley.
- Walter, Gerhard, "Libre apreciación de la prueba", trad. de la obra *Freie Beweiswürdigung*, a cargo de Tomás Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Manual de derecho penal. Parte General", Ediar, 1991.

DESAPARECIDO

Jabbar Rashid Shifki.
15 años.
Desaparecido en Irak
por nacer kurdo.

**¿A TI QUÉ TE IMPORTA!
SI TE IMPORTA,
HAZTE SOCIO.**

91-531 25 09
AMNISTIA INTERNACIONAL