

# NORMA Y SUPUESTO DE HECHO EN RELACION CON LA DECISION PENAL

POR

VALENTIN SILVA MELERO

Catedrático y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo

## SUMARIO

### PRIMERA PARTE

- La norma jurídica penal.
- El pretendido carácter sancionador de la norma punitiva.
- El destino de la norma penal.

### SEGUNDA PARTE

- La interpretación de la norma punitiva.
- La interpretación penal y el método jurídico.
- La interpretación analógica.

### TERCERA PARTE

- Aplicación de la pena o arbitrio judicial.
- Criterios para la aplicación de la pena y prestaciones de orden civil.

### CUARTA PARTE

- Supuesto de hecho y norma.
- La decisión y el *non liquet*.
- Función del juez y verdad.
- El principio *in dubio pro reo*.
- Carga de la prueba y proceso penal.
- La certidumbre en el proceso civil y en el penal.
- Hechos notorios y máximas de experiencia.
- El libre convencimiento y la decisión penal.

## PRIMERA PARTE

### CARACTER Y DESTINO DE LA NORMA PENAL

#### I

Por norma jurídica entendemos aquella regla de conducta a la que el legislador ha dotado de carácter imperativo, aspecto en el que se aprecia la distinción de la norma de Derecho, en relación con las de carácter lógico, moral, social, etc.

Como fuentes de normas jurídicas en general se consideran no solo la Ley y el Reglamento, sino la costumbre y los principios generales, los actos administrativos y jurisdiccionales, así como los negocios jurídicos de carácter privado, si bien la naturaleza de norma les ha sido negado a estos últimos al carecer de la nota de generalidad.

El Derecho penal aparece constituido por un conjunto de disposiciones, incluidas no solo en los Códigos sino en otros ordenamientos jurídicos y en leyes especiales. La nota distintiva de la norma penal es para *Antolisei* la imperatividad como regla de conducta, impuesta por el Estado e irrevocablemente obligatoria, precisamente porque el Derecho penal constituye, sin duda, un conjunto de imperativos que significan prohibición de determinados compartamientos y regulación de conductas, con el fin de realizar su objetivo último, que consiste en la conservación de la paz social para el bien común y la realización de la Justicia. (1)

Las normas penales, por lo general, aparecen constituidas por

---

(1) Massari «La norma penale» 1913. Vannini «La norma penale» en Riv. Pen. 1922. Cfr. Espósito en Nuovo. Dig. it. vol. VIII pág. 1.050.

dos elementos: el precepto y la sanción. En el primero aparece la descripción de lo que se debe hacer o no hacer; esta situación de hecho delineada en la norma se ha calificado de tipo o figura delictiva, mientras por otro lado la sanción es la consecuencia jurídica que deriva de la violación del precepto, implicando la amenaza de un mal, es decir: la pena. Tal amenaza está dirigida a ejercitar una coacción psicológica sobre la voluntad del ciudadano para obligarle, con la perspectiva de un sufrimiento, al respeto del precepto penal, constituyendo un freno al impulso anti-social y, para decirlo con una frase de *Romagnosi*, una reacción contra el impulso criminoso. (1)

Por algunos autores, al precepto se le denomina «primario», en tanto que la sanción viene calificada de precepto secundario, y con tal denominación se trata de poner de relieve que la sanción engloba en sí el imperativo a los órganos competentes del Estado, de aplicarla cuando se produzcan las condiciones establecidas en la norma.

Las normas jurídicas, en general, se han clasificado de muy distintas maneras. Se habla de normas absolutas y dispositivas, escritas y consuetudinarias, supletorias e interpretativas, imperativas, prohibitivas y permisivas, perfectas e imperfectas, sin que con esto tratemos de agotar la clasificación de norma jurídica, ya que también la doctrina se ha ocupado de normas directivas, declarativas o explicativas, de actuación, coordinación, extensivas o limitativas, transitorias, de colisión, materiales, instrumentales, etc., etc.

De lo dicho hasta ahora cabe destacar el carácter específico de la norma penal en cuanto a aquellos dos elementos de precepto y sanción que aparecen en la misma, con lo que negamos que la norma punitiva ostente uno solo de aquellos elementos, opinión ya superada y según la cual el Derecho penal tendría un carácter meramente sancionatorio, en el sentido de que le compete solamente

---

(1) Antolisei «Manuale di Diritto penale» (Parte generale) 1947. pág. 22 vid. Crispigni Diritto penale italiano (1947), vol. I, págs. 108 y ss.

la sanción de un precepto establecido por otras ramas jurídicas, sean del Derecho público o privado.

El problema planteado ha sido muy controvertido en la doctrina. La posición tradicional se aferra a la afirmación de que el Derecho penal no se distingue de las otras ramas jurídicas por la naturaleza particular de sus prescripciones, sino solo y exclusivamente por la naturaleza típica de sus sanciones, ya que lo que el Derecho penal tutela no son normas suyas, sino relaciones entre individuo e individuo, en suma preceptos de Derecho privado, o relaciones entre individuo, Estado o sociedad, en cuyo caso serían preceptos de Derecho público, no penal, y a los que esta rama jurídica solo presta la colaboración de su sanción más rigurosa: la pena.

Fué *Tomas Hobbes* quien afirmó que en las Leyes civiles, entiéndase en sentido lato, existen dos partes netamente diferenciadas: la distributiva y la vindicativa, declarando la primera los derechos y sancionando la segunda con penas, encontrándose en este mismo plano de ideas *Puffendorf*, para el cual la ley penal interviene con una sanción en relación a normas ya dictadas por el Derecho privado o público. (1)

*Jeremías Bentham* sostiene ser la Ley civil la que establece un derecho y la Ley Penal la que ordena castigar a quien lo infringe. *Juan Jacobo Rousseau*, en su «Contrato Social», afirma como la Ley Penal no goza de una propia autonomía, sino que presupone las demás y así otra serie de autores que vienen a culminar en la relevante figura de *Carlos Binding*, el cual viene a dar al problema una tendencia completamente nueva, que pasamos a analizar brevemente. (2)

Para *Binding*, la norma penal no está ni aparece inserta en la ley punitiva, sino que es un precepto autónomo del Derecho público en

---

(1) Rocco «L' oggetto del reato e della tutela giuridica penale» 1913 página 60, nota.

(2) Giulio Paoli «Il Diritto penale italiano» (parte generale) 1936 pág. 46.

general y por ello, según su punto de vista, el que delinque no infringe la Ley penal, sino que viola la norma extrapenal a la que sustrae su función preceptiva, con lo que el Derecho penal aparece en función meramente sancionatoria.

A partir de *Binding*, pues, hay que distinguir entre Ley y Norma, puesto que en su sentir el delincuente no infringe las leyes, sino que con su conducta llena el vacío de la Ley. Lo que quebranta es algo que se encuentra al margen y sobre la misma Ley, es decir, la norma que es la que crea precisamente el ente jurídico, la Ley y el delito. (1).

Otro punto de vista se ha mantenido por *Grispigni*, que no niega al Derecho penal carácter preceptivo; reconoce que la norma penal, como cualquier otra norma jurídica, resulta del conjunto de dos elementos: precepto y sanción; afirma que la expresión «carácter sancionatorio» implica un significado que nada tiene que ver con aquellos conceptos que hemos calificado de tradicionales, ni con el punto de vista de *Binding*, para sostener que todos los bienes individuales o colectivos, públicos o privados, que el Derecho criminal protege, no pueden ostentar otra naturaleza que la suya propia. No se trata de parcelas que pertenezcan a otra rama del ordenamiento jurídico extrapenal y por consiguiente lo que ocurre es que el bien protegido por el Derecho penal es también tutelado por otras ramas jurídicas, protección no penal que constituye siempre un *prius* lógico de la protección punitiva. (2)

Según *Paoli*, las tres tendencias expuestas se destruyen recíprocamente, ya que el Derecho penal no se distingue de las otras ra-

---

(1) *Binding* «Die Normen und ihre Uebertretung» 3 ed. vol. I pág. 73 y siguientes.

(2) *Grispigni* asegura por lo demás que lo que caracteriza al Derecho penal en el sistema del ordenamiento jurídico es el carácter *ulteriormente sancionador* sin que implique esta noción ninguna diferencia de estructura con las demás normas jurídicas cfr. *Grispigni* «Diritto penale italiano» vol. I 2.<sup>a</sup> ed. 1947, pág. 232. Vid. además la extensa nota bibliográfica n. 166.

mas jurídicas por la naturaleza particular de sus prescripciones, sino de sus sanciones. Lo contrario no tiene ninguna consistencia lógica y constituye un error de técnica jurídica, y no porque en substancia la afirmación no sea verdadera en relación al Derecho penal, sino porque no lo es en relación a todas las ramas del Derecho. Según su punto de vista, un precepto que tenga carácter penal no existe en absoluto, como tampoco un precepto que tenga carácter civil, como no existe ninguno que tenga carácter administrativo, si nos referimos a la substancia del precepto mismo. Y así, la naturaleza del «praeceptum juris» no puede ser puesta de relieve más que por la naturaleza de la «sanctio juris», o para decirlo en frase de *Carnelutti*, las normas son civiles o penales según sea civil o penal la sanción prevista, o en otros términos, el color civil o penal de la norma aparece en la sanción, no en el precepto, que bajo tal aspecto es incoloro. (1)

## II

Una cuestión que ha apasionado a la doctrina penal es el problema de los destinatarios de la norma y que puede enunciarse así:

¿A quién se dirige la norma punitiva? ¿Se dirige a los ciudadanos, o se dirige al juez? ¿Se dirige enteramente al juez o al ciudadano o, por el contrario, parcialmente va destinado a uno u otro? Y si se dirige a ambos, ¿a quién en vía primaria y a quien en segundo término?

El criterio tradicional sostiene que la norma penal en su conjunto (precepto y sanción) se dirige al ciudadano, y solamente a él, a quien indica lo que prohíbe y en el caso de infracción le amenaza con una pena, para que no se produzca la desobediencia del precepto a él dirigido.

Contra este criterio, el insigne jurisconsulto *Jhering* afirmó que

---

(1) *Carnelutti* «Il danno e il reato» 1924 págs. 83-84. *Paoli* ob. cit. pág. 48.

la norma jurídica aparece dirigida a los órganos judiciales, en el sentido de decirles como deben comportarse si el ciudadano actuó en determinado sentido. En definitiva, que la conducta del infractor no constituye más que el presupuesto lógico para que los órganos encargados de realizar el Derecho puedan cumplir el precepto jurídico.

Este criterio abre un campo de discusiones en el que el punto de vista de *Binding* resulta extraordinariamente destacado. En su sentir y como hemos tenido ya ocasión de apreciar, la norma prohibitiva que presupone la Ley penal no pertenece a esta rama jurídica, sino que es un precepto autónomo del Derecho público en general. El ciudadano, por consiguiente, no viola la disposición punitiva, sino la norma que prescribe una línea de conducta y por tanto la Ley penal no constituye un imperativo, ni aún para el juez, cuyos deberes son independientes del Derecho penal, ya que si pronunciase una sentencia infringiendo la Ley vigente, no violaría esta Ley, sino el deber, que no está impuesto por un precepto penal, de armonizar su realización al Derecho constituido. En otros términos: la Ley penal regula una relación que se constituye entre dos personas en orden a dos normas: la del ciudadano, por lo que se refiere al aspecto prohibitivo extrapenal y la persona del juez, por lo que respecta al deber de pronunciar su sentencia, acomodándola al derecho vigente. Por consiguiente, la norma dirigida al ciudadano constituye el presupuesto de la Ley penal, en tanto que ésta lo constituye de la norma dirigida al juez. (1)

*Miceli* afirma que el imperativo jurídico se dirige en general tanto al súbdito que debe respetarle como a la autoridad que debe hacerlo respetar y por tanto, la norma jurídica supone dos impe-

---

(1) *Binding* ob. cit. vol. I pág. 424.

Battaglini «Le norme del diritto penale e i loro destinatari». Roma 1910, vid. Petrocelli «La funzione della pena» en Riv. dir. penit. 1935. La doctrina de *Binding* fué seguida por numerosos juristas alemanes entre otros Bierling, Thon, Schuppe, Finger y Beling.

rativos: uno para el súbdito (observar el precepto) y el otro para la autoridad, (aplicar la sanción si el precepto no fuere observado). Estos dos preceptos, según esta opinión, no pueden concebirse aisladamente, pues están en relación de mutua dependencia.

Según *Merkel*, el imperativo en vía primaria se dirige al ciudadano y solamente en segundo lugar a la autoridad, que solo puede intervenir cuando aparece violado el precepto. Para *Rocco*, la norma de Derecho penal, en cuanto es precepto sancionado penalmente, se dirige en primer lugar al súbdito y en segundo lugar al órgano del Estado. Y al contrario, según *Battaglini*, la norma de Derecho penal, por ser de Derecho público, primariamente interesa a la sociedad y en segundo lugar al individuo, por ello, previamente está destinada a las personas encargadas de hacer cumplir el Derecho y solo de un modo secundario a los ciudadanos. (1)

*Paoli* plantea a este respecto las siguientes proposiciones lógicas:

Primera. La ordenación jurídica se dirige a todos, considerada en su conjunto. Exactamente igual a la autoridad que al ciudadano, al Soberano como al súbdito, al que ha de aplicar la norma y al que debe respetarla, al que juzga igual que al que ha de ser juzgado.

Segunda. Cuando se indaga sobre el destinatario de la norma, hay que referirse a ella como entidad completa, no separando sus elementos.

Tercera. Una norma de conducta impuesta al ciudadano quedaría sin aplicación si otra norma no atribuyese al juez la posibilidad de aplicarla.

En definitiva, pues, según estas proposiciones, cabe establecer la conclusión de que la norma de Derecho penal está dirigida al ciudadano exclusivamente, y que al juez solo viene directamente dirigida la que le ordena aplicar la sanción destinada al súbdito, y

---

(1) *Paoli* ob. cit. pág. 34 y ss.

que este obedecerá, en tanto sabe que existe un juez que aplicará la sanción en el supuesto de desobediencia. Por lo demás, el hecho de mantener el destino en primer término para el ciudadano no impide que se pueda hablar de destinatarios secundarios.

### III

Todas las normas jurídicas y también aquellas de Derecho Privado son imperativas, dictadas por el Poder Soberano, como, tal a los súbditos, con este carácter. Pero en todo caso el Derecho penal, como observa *Rocco*, cuando se trata de leyes punitivas no presupone normas que pertenezcan al Derecho privado ni al Derecho público general, siendo verdaderas y propias normas de Derecho penal. (1) De lo contrario, llegaríamos a la conclusión de que todas las normas jurídicas presuponen a su vez otras distintas. El error está probablemente en ver una institución jurídica bajo el prisma exclusivo de una rama del Derecho concreta y no con carácter de totalidad. Las instituciones del Derecho, aún aquellas que aparecen como típicas de una disciplina determinada, si han de ser valoradas con carácter general y en todos sus aspectos y matices, tienen que ser examinadas a la luz de la teoría general del Derecho y no conforme a las disposiciones de una determinada rama jurídica. El propio derecho de propiedad, pongamos por ejemplo como institución típica del Derecho civil, si ha de ser íntegramente valorado, precisará no solo de una apreciación desde el punto de vista jurídico privado, sino también desde el plano del Derecho público. (Carácter social de la propiedad, expropiación forzosa, tutela penal de este Derecho, abuso del mismo, limitación, etcétera.) Este sencillo paradigma pone de relieve la importancia de estudiar las relaciones de unas ramas jurídicas con otras y en todo caso, el valor de analizar los problemas jurídicos bajo el signo de la unidad.

---

(1) *Rocco* «L' oggetto» cit. pág. 75.

Por otra parte, la norma de Derecho penal no siempre precisa acudir a otra rama jurídica para encontrar el precepto. Es verdad que cuando nos referimos al robo, hurto, defraudación o estafa, por ejemplo, pensamos en la regulación jurídica de carácter civil, en la norma de Derecho privado, pero el aborto o la blasfemia, u otras modalidades delictivas, no admiten normas de otra rama jurídica a la que el Derecho penal preste el concurso de su sanción específica. En estos supuestos como en tantos otros, nos encontramos con normas estrictamente penales tan sustantivas e independientes como las de cualquier otra rama del Derecho. Por ello, solo a fines didácticos cabe hablar de un Derecho penal privado, constitucional, administrativo o procesal, como suelen expresarse los partidarios del carácter sancionatorio del Derecho punitivo, denominación que por otra parte no habría inconveniente en admitir, si no niega el carácter imperativo y preceptivo a la vez de la norma punitiva que, por lo demás, repetimos, es nota inherente a toda norma de Derecho, según demostró *Tbon* hace ya bastantes años.

No contradicen estos puntos de vista los supuestos de la llamada doble o triple antijurisdicción, ni los casos en que un solo hecho constituye supuestos ilícitos de diferentes ramas jurídicas, como en el caso del funcionario público que al perpetrar una infracción penal, incurre en responsabilidad disciplinaria de tipo administrativo y venga obligado a una reparación, conforme al Derecho privado. Se trata de un concurso de normas perfectamente diferenciadas y el hecho de que concurran en un supuesto no supone que falte la diferenciación, pues cabe considerarlas aisladamente, sin otro punto de conexión que la noción de ilicitud, que es precisamente la que nos sirve para valorar una vez más la necesidad de concebir los problemas jurídicos bajo el signo de aquella unidad fundamental a que antes aludíamos, y que no excluye por ello la independencia o sustantividad de cada una de las ramas jurídicas.

No resulta sin embargo fácil en ocasiones distinguir cuando

una institución pertenece propiamente al Derecho procesal penal o al Derecho penal sustantivo, teniendo en cuenta que durante largo tiempo estas dos ramas jurídicas formaron un cuerpo único, distinción que tiene importancia no solo desde el punto de vista teórico, más también desde el punto de vista práctico, ya que de pertenecer la norma a una u otra rama jurídica se producirán consecuencias distintas, como ocurre en los supuestos de interpretación y de sucesión de leyes en relación con los problemas de la analogía y retroactividad de la norma.

Para establecer si una norma pertenece al Derecho sustancial o al Derecho procesal, no podemos referirnos como nota diferencial al hecho de que se encuentre incorporada a un Código penal o a una ley procesal, por cuanto los Códigos contienen disposiciones de Derecho procesal y los ordenamientos de esta clase disposiciones de derecho material. Por ello, en opinión de *Antolisei*, el criterio distintivo hemos de encontrarlo en la función de la norma, según que trate de establecer las condiciones de existencia de un delito, la naturaleza o modalidad de la sanción que deba aplicarse, o trate de regular aquel conjunto de actividades que tienen por fin el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el campo penal, o bien regule actos tendentes a fijar el fundamento de la pretensión punitiva del Estado a un caso concreto, como asegura *Grispigni*, al definir el Derecho procesal penal (1).

No existe unanimidad en la doctrina en lo que se refiere a señalar cuáles son los límites del Derecho penal sustantivo y procesal ni tampoco acerca de qué instituciones forman parte de cada una de estas ramas, con la consecuencia de no saber qué normas son realmente sustantivas y cuáles procesales. Para *Carnelutti*, en tanto el delito, la pena como la punición son los tres momentos lógicos de la actividad jurídica penal y tanto la teoría del delito, la de la pena, como la del proceso forman parte del estudio del Derecho Penal. Como según este autor, con razón, el conjunto de los

---

(1) *Antolisei* «Manuale di Diritto penale» (1947), págs. 21 y ss.

actos mediante los cuales se inflige la pena, esto es, se realiza la punición, constituyen en el proceso penal, el nexa causal entre el delito y pena, ha de completarse con el ordenamiento del proceso penal. En este sentido, *Carnelutti* sigue parcialmente la línea de los grandes maestros del clasicismo penal, que estudiaban dentro de esta disciplina el delito, la pena y el juicio. (1)

Pero el problema ha dejado de tener claridad desde que el propio *Carnelutti*, recientemente, deduce que la pena pertenece al Derecho procesal y no al Derecho penal sustancial, con lo que la distinción entre derecho sustantivo y procesal queda muy difusa (2).

Frente a este punto de vista se alza la opinión de *Grispigni*, entre otros, diciendo que una ciencia del Derecho penal, privada de la pena, quedaría reducida a bien poca cosa. De todos modos, el problema se aclararía bantante si se lograra la unificación de todas las ramas procesales, dentro de una teoría general, tal como se ha propugnado, aunque conforme al Derecho constituido ese día se encuentre todavía lejano (3).

---

(1) Carnelutti «Teoría General del delito» (1941), pág. 13.

(2) Grispigni «Diritto penale italiano» (1947). pág. 271. Carnelutti. Lez. sul. Proc. pen. vol. I (1946), págs. 33 y ss.

(3) Sobre si la pena es institución del Derecho penal, del Derecho procesal o del Derecho administrativo las opiniones son dispares sobre todo desde que se propugna la disciplina autónoma del llamado Derecho penitenciario. (Vid Giovanni Novelli en «Rivista di Diritto Penitenziario» 1933, págs. 5-56. Por lo demás Carnelutti con anterioridad al año de 1946 en que publica sus Lecciones ya había planteado el problema del carácter procesal de la ejecución penal. (Vid. Teoría general del delito cit. pág. 13, nota) pero es notorio que una cosa es la pena como institución jurídica y otra muy distinta es la ejecución de la misma ya que parece necesario distinguir los problemas de la naturaleza de la pena y su aplicación de la fase de ejecución, cuestión que dió lugar a polémicas y controversias en Congresos internacionales que pueden verse expuestas por Sliwowski en su obra «Les pouvoirs du juge dans l' execution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté» (1939).

Pero lo que se refiere a la unidad fundamental del Proceso con independencia de sus distintas ramas fué tendencia de la doctrina procesal germánica como puede apreciarse en Sauer «Grundlagen des Prozessrecht (1929) y en Italia es

## SEGUNDA PARTE

## LA INTERPRETACION DE LA NORMA PUNITIVA

## I

Por interpretación suele entenderse buscar y explicar el sentido o significado de la Ley ya que sin este proceso de clarificación no sería posible aplicar la norma al caso concreto. La interpretación es necesaria en todas las leyes, no pudiendo admitirse la antigua máxima «in claris non fit interpretatio», sea porque lo que aparece claro para unas personas puede no serlo para otras, o porque en todo caso el intérprete no debe acomodarse al resultado que se deduce inmediatamente de las palabras, es decir, al significado aparente, sino que debe buscar el sentido más íntimo y profundo de la disposición, conforme a aquel sentido clásico que decía que conocer la Ley no es expresar sus palabras, sino penetrar el sentido y la mente del precepto.

La interpretación se distingue en auténtica, judicial, doctrinal, declarativa, restrictiva, extensiva, gramatical, lógica, analógica, etc., y estas nociones sirven tanto para el Derecho penal como para las demás disciplinas jurídicas. Ello bastaría para justificar la relación indispensable entre todas, pero, no obstante, presenta el proble-

---

una trayectoria que puede comprobarse en Diana «L' unità del proceso... (1914). Rende in «Rivista di Diritto pubblico» XIII 1921 pág. 372 D' Agostino. Tolomei, Carnelutti, etc., etc. (Vid. Silva Melero «Síntesis de la evolución del Derecho Procesal» (1943).

Por lo que a España respecta después de la sugerencia de Mauro Miguel Romero el más destacado mantenedor de la unidad es el Profesor Guasp frente al criterio por lo que al proceso penal respecta del Profesor Gómez Orbaneja. (Vid. «Revista de Derecho Procesal» 1947, núm. 2, pág. 345 y ss.) Ahora bien sin desconocer un paralelismo institucional y hasta una posible unidad funcional creo que existen diferencias estructurales que por el momento no pueden ser superadas independientemente de aquellas de *jure condito* que el propio Guasp reconoce que existen e impiden desde este plano la tesis unitaria.

ma en Derecho penal características típicas que imponen un estudio especial.

El principio de legalidad en el Derecho penal impuso en la doctrina el criterio de prohibición de interpretar la Ley penal, calificado agudamente por *Carlos Binding* como «barroca prohibición», y no faltó incluso algún Código, como el de Baviera, que se opuso taxativamente a cualquier otra interpretación que la oficial por temer las desviaciones de la doctrina.

La Historia registra tendencias que trataron de acabar con la interpretación libre, como *Filangieri* y *Romagnosi*, que propusieron un censor supremo o supremo consejo para interpretar las leyes con carácter oficial. Pero como fácilmente se comprende, tales tendencias no pueden ser aceptadas hoy, dados los cambios de opinión, de sistemas y regímenes que se suceden velozmente y que imposibilitarían el acomodar la norma jurídica a las situaciones de hecho que se fueran planteando conforme a la opinión dominante. Por de pronto, es necesario establecer que el Derecho penal le importa, independientemente de la interpretación auténtica, fundamentalmente la judicial, que por otra parte ha de atenerse a aquellos principios lógicos, gramaticales y doctrinales que han de servir de guía al juez.

Se conocen las teorías subjetiva y objetiva de la interpretación, polarizadas en torno a la llamada «voluntad del legislador». Según la teoría subjetiva debe buscar el intérprete la intención que efectivamente han tenido los legisladores, los fines que se propusieron conseguir al dictar aquellas disposiciones. Según la teoría objetiva, esto es indiferente y lo que hay que aclarar es la voluntad de la propia Ley objetivamente considerada o, en otros términos, aquello que resulta de la Ley, independientemente del pensamiento de quienes la han redactado, puesto que la norma, una vez promulgada, adquiere un significado autónomo independiente de las personas que la han dictado. Para nosotros y por razones que han sido repetidas en la doctrina, de las dificultades para encontrar aque-

lla intención o voluntad del legislador, la tesis objetiva es la que debe predominar.

Por lo que se refiere a los medios de interpretación, suelen distinguirse la natural o gramatical y lógica, lo que tiene gran importancia para el Derecho penal, pues no siempre las palabras expresan el sentido de la norma, como ha señalado concretamente para nuestro Derecho el Profesor *Rodríguez Muñoz* (1).

Es cierto que estas distinciones aparecen rechazadas por algunos autores, porque escinden lo que por naturaleza es indivisible. Como dice *Coviello*, la Ley no es una letra muerta, sino un contenido espiritual. Y cuando el intérprete trata de fijar el verdadero significado de ella no puede basarse sobre normas filológicas ni aquellas del pensamiento, sino necesariamente tanto en unas como en otras, al establecer el significado de las palabras, sin que se consiga todavía aquel fin, porque el verdadero sentido de la Ley no puede determinarse sin acudir a la Lógica. Por ello cree que la interpretación es única en sí misma y al mismo tiempo natural y lógica, puesto que en realidad la letra es el punto de partida del intérprete y el pensamienro de la meta de llegada (2).

Para la fijación de este pensamiento se acude a varios medios: labores preparatorias de los Códigos y de las Leyes, los proyectos, las discusiones en el seno de las Comisiones, las exposiciones de motivos.

Y si bien ciertamente todo este material no vale como interpretación auténtica y no vincula al intérprete, puede ser muy útil si se acoge prudentemente para establecer el verdadero significado de la Ley. También se ha acudido a los elementos históricos, o sea a la evolución de las instituciones jurídicas; al Derecho comparado, al elemento sistemático que supone la relación de una norma

---

(1) Cfr. Mezger «Tratado de Derecho Penal» (1935) pág. 146. nota del Prof. Rodríguez Muñoz.

(2) Coviello «Manuale di dir civ. it.» 1919, vol. II pág. 70.

con otra en toda ordenación jurídica, que debe ser en sus líneas esenciales unitaria y orgánica.

Pero con ello no se agota todavía la misión del intérprete y ha de tenerse en cuenta que aquel criterio fundamental que informa la ordenación preceptiva, como por ejemplo el respeto a la conciencia ética del pueblo, la salvaguardia de la personalidad humana, el principio de justicia entendido en el sentido de igualdad y proporción, el prevalecer el elemento subjetivo sobre el elemento objetivo del delito, la consideración de la personalidad del delincuente, etc., etc.

De todos modos, negamos que el Derecho penal presente reglas de interpretación típicas, desconocidas por el Derecho civil, como no sean aquellos criterios específicos que se derivan del conjunto de la ordenación punitiva. Los aforismos de que aquello que favorece debe ser ampliado y lo que perjudica debe ser restringido, así como el que se concreta en la fórmula de «en la duda a favor del reo», al que suele oponerse su antípoda de «en la duda a favor de la sociedad», son criterios interpretativos, no de normas jurídicas, sino de la subsunción del hecho por el juez, a los fines de establecer el supuesto que ha de servir de soporte a la aplicación jurídica correspondiente, como tendremos ocasión de ver ulteriormente. Pero lo que si es importante desde el punto de vista del Derecho Penal, es analizar lo que Mezger calificó de «meta de la interpretación», o adaptación de la Ley a las necesidades y concepciones del presente (1).

Ninguna rama del Derecho, dice este autor, y por lo tanto tampoco el Derecho penal, es algo fijo e inalterable dentro del marco de la Ley; en realidad se trata de algo vivo y por ello en constante cambio. La principal tarea de la interpretación consiste en poner de acuerdo la Ley del pasado con las necesidades y con-

---

(1) Cfr. Calogero «La lógica del giudice e il suo controllo in Cassazione (1937)», vid. Mezger loc. cit. Vid también, V. Bar «Das Strafgesetz» (1906), p. 14 y ss.

cepciones del presente, estableciendo de este modo la conexión del de ayer con el de hoy. Así resulta que los conceptos y preceptos que hemos obtenido de la Ley cambian en el transcurso de los años, sin que la Ley, por eso, necesite cambiar en su texto. Esto explica porque conceptos que los códigos penales contemplaron bajo el signo de penas en sentido estricto, pueden cumplir misiones de índole educativa y aseguradora que estaban muy lejos en la época en que la Ley nació.

## II

La interpretación se estudia también como momento del método jurídico, al lado de la construcción de las instituciones jurídicas y del sistema. Con razón dice *Jhering* que la interpretación es el primer grado de la ciencia jurídica, distinguiéndose de la exégesis porque esta se limita a determinar el contenido de una disposición concreta, según el orden establecido en la Ley. Pero cuando se habla de interpretación nos referimos a la operación intelectual del intérprete según los principios de la Lógica, a fin de proceder a la construcción jurídica de la que se ha dicho que es «el arte plástico» de la Jurisprudencia. Esto presupone la elaboración de las instituciones singulares, que son como la unión sistemática de los principios que regulan una relación jurídica, para después elevarlas a sistema en el que se relacionen las distintas instituciones entre sí, se ordenen de modo jerárquico y orgánico, mediante la distribución racional en distintas partes, bajo la base del objeto, del nexo entre ellas, y según el criterio de las generalizaciones de los supuestos particulares, e incluso de los excepcionales (1).

Es importante referirse, aunque solo sea de pasada, al diálogo

---

(1) Crispigni «Diritto penale it.» cit. pág. 19. El problema ha sido tratado recientemente con carácter general por Castan «Teoría de la aplicación e investigación del Derecho» (1947).

entre la llamada Jurisprudencia de conceptos y la calificada de Jurisprudencia de intereses, en el que *Carnelutti* llega a percibir un eco en la contraposición del delincuente al delito, según el punto de vista de las distintas escuelas penales, lo que en su opinión quiere decir del fenómeno al concepto. La Jurisprudencia conceptual no pierde de vista la realidad social, ni la de intereses se desentiende íntegramente de los conceptos, y por eso, su aplicación al Derecho penal no significa, como dice *Antolisei*, referirse a ciencias extrajurídicas, sino estudiar el conflicto de intereses que la norma penal resuelve y compone, asegurando que la norma implica la voluntad del legislador para dirimir un conflicto de intereses entre los varios en conflicto, eligiendo aquel determinante y causal que viene a representar el fin de la norma jurídica. (Criterio teológico) (1).

Pero no se trata en modo alguno de una interpretación libre, (Jurisprudencia objetiva), llamada en algunas direcciones Jurisprudencia de los valores. Los cánones de la Jurisprudencia de intereses no puede acogerse íntegramente en el Derecho penal por no existir tal conflicto, aunque sea útil la interpretación teleológica o finalista, que podrá permitir la superación del formulismo lógico, pero sin abrir la puerta del Derecho libre. Por lo demás, *Rocco* negaba todo automatismo mecánico, ya que la labor de interpretación presupone, como dijimos, una valoración lógica y no solamente gramatical. Tampoco, por otra parte, es exacto que la Jurisprudencia conceptual se desentendiera en absoluto de la realidad social, pues nunca de las palabras de sus valedores más destacados, ni aún del mismo *Kelsen*, cabe deducir semejante conclusión (2).

Dos métodos dialogan por lo que a la interpretación respecta:

---

(1) *Antolisei Manuale* cit. págs. 14 y 11. Cfr. *Treves* «Il método teleológico nella filosofia e nella scienza del dir, (1933).

(2) *Bettiol* «Jurisprudenza degll interessi e diritto penale en *Riv. italiana di dir pen*, 1938, pág. 385. Cfr. *Bruns Die Befreiung des Strafrecht vom zivilistischen Denken* (Berlin 1838) págs. 107 y ss.

el llamado lógico-constructivo y el teleológico o finalista. El primero de ellos, llamado también tradicional, atribuye a la letra de la Ley un valor preponderante en relación a la *ratio* y se pone de relieve con la subordinación a las palabras, que de ordinario vienen consideradas como elementos decisivos para la resolución de las dudas que se presentan en la interpretación. La destacada importancia atribuída a la letra de la Ley induce a los seguidores de este método a hacer uso constante de los llamados argumentos a contrario, concretados en los axiomas tan conocidos de que «lo que la Ley quiere lo dice, callando lo que no preceptúa» y «donde la Ley no distingue no debemos distinguir», etc., siendo evidente que estas normas reduce a los más angostos límites la actividad del intérprete, que queda constreñido a la letra de la Ley.

El método teleológico, por el contrario, aún reconociendo que la letra de la Ley constituye un límite que el intérprete no puede en ningún caso superar, atribuye un valor destacado al fin (*telos*) de la norma. Esta tendencia, ya intuída por los juriconsultos romanos, tiene presente de un lado el hecho social y de otro considera las consecuencias que derivan de la interpretación, para rechazar aquello que no corresponde al fin de la disposición. En virtud de este método, la obra del intérprete no se detiene en el aspecto formal del Derecho, sino que intenta penetrar en su íntima naturaleza, para satisfacer las exigencias de la sociedad.

Según nuestro punto de vista, este método es el que debe ser seguido, por la razón fundamental y decisiva expresada brillantemente por *Antolisei* de que las palabras son solamente símbolos del pensamiento, medios para hacer cognoscible la voluntad. Si el medio está subordinado al fin, lo que verdaderamente cuenta es la voluntad; el contenido debe triunfar sobre la forma; el pensamiento sobre el esquema verbal. Ideas ya conocidas también por el Derecho Romano y que se plasmaron en la Historia del pensamiento humano, de un modo magistral, en las palabras memorables de que «la letra mata y el espíritu vivifica».

Por lo demás, este método que valora en primer término la fi-

nalidad, se adecúa al clima espiritual de la época en que vivimos, y tiene una impronta de realidad, adaptándose a la tendencia que caracteriza nuestro tiempo. Si tuviéramos que dar algunas reglas de interpretación desde el punto de vista teleológico, podríamos concretarlas en los siguientes apartados:

a) La interpretación ni puede ni debe consistir en un torneo de ejercicios lógicos. Como ha dicho con acierto *Maggiore*, la lógica que precede a la interpretación no es un juego frío de conceptos, de frases y de silogismos; es la lógica del hecho y la viva voz de la realidad, que presiona sobre la Ley con exigencia imperiosa. Las palabras de la Ley han de ser consideradas solo en su valor efectivo de medio de expresión, eliminando el culto idolátrico a la letra del texto legal (1).

b) El argumento a contrario ha de ser usado con mucho cuidado, porque vincula el intérprete a la letra de la Ley.

c) La interpretación no puede partir de un supuesto de perfección de la Ley, ya que el mito de la infalibilidad del legislador ha pasado a la historia.

d) Las palabras de la Ley, en su máxima capacidad de expansión, constituyen un límite insalvable para el intérprete.

e) El contenido preceptivo de la norma es siempre obligatorio, sin que por otra parte el intérprete aparezca vinculado a la expresión legal, que tiene un valor puramente doctrinal, ni a las definiciones, que son siempre generalizaciones destinadas a facilitar la aplicación de la Ley y que pueden ser inexactas.

f) Toda disposición de la Ley ha de ser interpretada del mo-

---

(1) *Maggiore* «Principi di diritto penale» vol. I 4.<sup>a</sup> ed., pág. 123. Sobre las exageraciones de la dogmática cabe recordar la frase de Kohler de que puede dar lugar de que lleguen a dominarnos los conceptos en lugar de servirnos como instrumentos constructivos. Ihering los llamó agudamente fantasías en su «Jurisprudencia en broma y en serio» y Scialoja esferas nebulosas. Su censura fué lapidaria en Ferri y Rollin denunciando el peligro del abuso de abstracciones y lo mismo Schein, Gierke, Miceli, etc. Vid. Scialoja «Diritto pratico e diritto teorico en Riv. di dir. comm. parte 1.<sup>a</sup> pág. 941.

do que consiga el fin para que fué dictada, como debe ser rechazado lo que conduzca a desviarse de la finalidad de la norma.

g) Salvo expresión concreta en contrario, hay que presumir que toda norma se encuentra en armonía con las tendencias generales del ordenamiento jurídico.

### III

En materia de interpretación y concretamente dentro del Derecho Penal, se ha planteado en toda su extensión el problema de la analogía, considerándola como instrumento lógico destinado a suplir la insuficiencia de la Ley y en relación con el debatido problema de las lagunas de la Legislación. Se trata de una relación de semejanza entre dos objetos, de tal manera que de la igualdad o similitud de algunos elementos se deduce también la de los demás.

Se habla de «analogía legis» cuando el supuesto se resuelve conforme a los principios de otra norma concreta, que si bien no le comprende gramaticalmente, sí conforme a su contenido. Y de «analogía juris» cuando se trata de aplicar el principio, no de una norma concreta, sino de la ordenación jurídica en general. El Derecho Penal se funda sobre el llamado principio de la legalidad; no hay infracción donde no hay Ley, como diría *Saldaña*, la Ley tiene la exclusiva de la vida penal, lo que significa en lenguaje contemporáneo la prohibición de aplicar leyes por analogía, concepto que se viene repitiendo regularmente desde fines del siglo XVIII.

En estos últimos años el apotegma fundamental del Derecho penal sufrió honda crisis. La admite, desde el año 1922 hasta su aparente derogación, Rusia; la exaltó Alemania, con la célebre novela de 28 de julio de 1935; no se restringió en Dinamarca y en ocasiones la utilizó la Jurisprudencia en Suecia, Noruega y Holanda; se admite legalmente en una Ley Correccional de un cantón suizo y en la Ley penal del Afganistán, siendo dudoso actualmente que pueda admitirse en Inglaterra, en virtud de la tendencia dirigi-

da a proclamar la estricta legalidad del Derecho penal (1).

Y por último debemos admitir, pese a todas las ficciones dialécticas, que la justicia internacional en materia de «criminales de guerra» ha hecho uso constante de la analogía.

Desde el punto de vista doctrinal, una copiosa bibliografía debate en torno de las conveniencias y de los peligros de la analogía, siendo tema fundamental del Congreso Jurídico holandés del año 1937, donde se propusieron tipos penales hipertrofiados que permitieran la aplicación de penas a supuestos no configurados en otros preceptos punitivos. Y en fin, hoy se observa una vuelta a los principios de legalidad estricta, que por lo demás se mantuvo siempre en los países latinos, aún aquellos como Italia, en la época del fascismo, donde la tendencia política permitiría suponer la admisión de la analogía sin limitaciones.

Prescindiendo del problema político, que preocupa excesivamente hoy cuando se escribe de una cuestión estrictamente jurídica, debatida con mucha anterioridad a las llamadas tendencias totalitarias hay que decir, cuando se habla de analogía, que no se trata pues de interpretar lo que el legislador ha dicho para llegar a su verdadero pensamiento dentro de la tendencia subjetiva, ni de buscar el sentido de la norma en un caso excluido dentro de la tendencia objetiva, sino de adivinar lo que la Ley hubiera estatuido de haber previsto el caso. La diferencia pues entre analogía e interpretación se dibuja con claridad, pues mientras la primera sirve para conocer la *ratio legis* del precepto, aquella para suponer como se habría regulado el supuesto de haber sido previsto. La interpretación extensiva no es analogía, porque constituye precisamente el último escalón que las separa y por lo demás, de un modo general, aparece repelida para el Derecho penal, pero solo en lo que se refiere a la sanción penal pues en lo que respecta a la

---

(1) Cfr. Silva Melero «Algunos problemas modernos sobre la analogía en Derecho penal» (1943).

aplicación lógica de los preceptos punitivos, se hace uso diario, igual que en el Derecho civil (1).

Valgan como ejemplos el artículo 1.902 del Código civil, que muchas veces se refiere a supuestos previstos en el Código penal y el caso de la eximente del ejercicio legítimo de un derecho, que ha de encontrar su correspondencia en otra disposición de otra rama jurídica. Por eso *Carnelutti* dice taxativamente que se prohíbe la analogía de la sanción pero no de la norma. Claro que este autor asegura irónicamente que no teme el arbitrio judicial en el terreno de lo ilícito, asegurando que entre los dos males es mucho peor el de la impunidad de los actos cuya apreciación moral es desfavorable, ligando el problema con el fenómeno de la moderna tendencia a la hipertrofia de la Ley, que considera como una desviación grave en la vida del Derecho, y lamentándose de que la Ciencia, sobre el tema de la teoría de las fuentes no haya hecho todavía para comprender el problema todo lo que debía de hacer. (2)

El hecho de atribuir a un supuesto penal no regulado en la Ley la reglamentación de un caso similar que aparece previsto, es decir, la aplicación de la Ley por analogía, hay que repelerlo del Derecho penal, porque su admisión encerraría riesgos sin cuento, y ello por motivos de orden estrictamente jurídico, sin acudir a otras consideraciones de política general, ni siquiera a los supuestos de «causas de exención» que *Carrara* admitía y únicamente y con muchas precauciones a las normas penales aclaratorias, a pesar de que en la doctrina predomina la solución negativa de carácter incondicional. No puede significar una excepción a este principio la posibilidad de admitir circunstancias atenuantes de naturaleza análoga a las concretadas en el artículo noveno de nuestro Código

---

(1) Se trata de descubrir una disposición jurídica potencialmente existente en un sistema que Coviello califica de «integración de normas legislativas» Cfr. Coviello loc. cit.

(2) *Carnelutti* «Teoría general del Derecho» (1941) 122 in fine y 123.

penal vigente, porque se trata de un supuesto que es más bien de interpretación extensiva.

Con ello no pretendemos dar solución a una cuestión que tratamos hace algún tiempo, sin que nuestra opinión de entonces se haya modificado, a pesar de que no fué siempre bien comprendida, y por la razón de que los hechos que no están previstos en la Ley no son causa de lagunas del ordenamiento jurídico penal que sea necesario colmar, sino que hay que entender que no aparecen tipificados en el precepto punitivo, sencillamente porque la Ley no quiso castigarlos, lo que equivale a asegurar la vigencia absoluta del principio «*nullum crimen sine praevia legi poenali*» (1).

De lo expuesto podemos deducir que la misión del intérprete no consiste en la creación del Derecho, que preexiste a su actividad, por lo menos mientras el Estado moderno no renuncie al principio fundamental de la división de poderes, sin que con esto se haga imposible la revisión de las instituciones vigentes ni se impida el progreso jurídico, porque para impedirlo está la obra reformadora de la Legislación, siempre vigilante, y porque dentro de los límites de la Ley y sin contradecirla ni subvertirla, es posible tener en cuenta los nuevos factores que las oscilaciones de las condiciones sociales determinan. Como dice *Grispigni* cabe interpretar las leyes, incluso las penales, con un sentido progresivo, que rectamente entendido no solo no resulta contrario al Derecho vigente sino que contribuye a su más exacta comprensión, toda vez que la Ley ha de interpretarse con referencia al momento en que debe ser aplicada y no al de su formación. Y por ello, al cambiar las re-

---

(1) Cfr. Vasalli «Limiti del divieto di analogía in materia penale», 1942. Se ha intentado buscar relación de la analogía con los principios generales del Derecho pero negada esta fuente jurídica para el Derecho penal el asunto resulta intranscendente para esta disciplina. La analogía en las leyes penales se asegura que no aparece prohibida la llamada *in bonam partem* cfr. Delitala in Riv. it. di dir. pen. (1936) «Analogía in bonam partem». (Se trata de disposiciones que no perjudican al inculpado o que le favorecen).

laciones sociales al suceder del tiempo, cambia la misma «ratio legis», que es precisamente lo que importa, sin que esta interpretación progresiva tenga nada que ver con la admisión de la analogía. Y sin llegar a la exageración de *Mezger*, cabe admitirla en aquel sentido, que hizo posible el progreso del Derecho civil francés, sin modificar el texto del Código de Nápoles, siempre, naturalmente, respetando los límites de la Ley misma o, como dice *Manzini*, entendiéndola en un sentido limitado y correcto, adaptado al Derecho constituido y sin sobrepasar sus límites (1).

### TERCERA PARTE

#### LA APLICACION DE LA NORMA PUNITIVA

##### I

Por lo que se refiere al problema del juez en relación con la Ley penal, se plantea también la cuestión de los que se llaman poderes discrecionales en la aplicación de la pena o arbitrio judicial. Desechado el llamado arbitrio judicial criminal o de incriminación, por aplicación del principio de legalidad al Derecho penal, según tuvimos ocasión de ver, aparece hoy admitido con unanimidad el llamado arbitrio penal, una vez superados aquellos prejuicios de culto idolátrico a una Ley, que no dejaban ninguna posibilidad de la determinación de pena a cargo del juez. Así acontecía en aquellos sistemas legislativos que por reacción contra el criterio histórico de que al juez todo le era permitido por representación del Príncipe, y que inspiraban las reformas penales del siglo XVIII, en las que aparece como una máquina de calcular, distribuyendo

---

(1) Esta interpretación progresiva había sido ya admitida por Binding «Handbuch des deutschen Strafrecht», vol. I pág. 456. Vid. *Manzini* «Tratatto» (1933) volumen I pág. 232.

penas fijas e inalterables, inspiradas en aquella vieja regla de «*optima lex est quae minimum arbitro iudicis relinquit*». La posición de compromiso y razonable equilibrio, se alcanza a los Códigos posteriores a la Revolución Francesa, y en general estos cuerpos legales regulaban la pena entre un máximo y un mínimo que actualmente perdura, pero ampliando las posibilidades judiciales de arbitrio judicial, con el fin de poder adecuar la sanción a las circunstancias concurrentes empleándose las palabras de compensación racional, imposición de penas en el grado que el juez estime conveniente, prudente arbitrio, regulación del tribunal, etc., etc. (1).

Estos términos vienen a significar, en definitiva, la consagración del arbitrio judicial penal.

Como fácilmente se comprende, el problema del poder discrecional judicial en materia penal es una consecuencia de otra cuestión vieja, tanto como el derecho punitivo, calificada de individualización de la pena o adecuación de la misma al delito y a la personalidad del delincuente. Por lo demás, este problema con el de la determinación y proporción, plantea al juez en ocasiones dudas difíciles de resolver, ya que resulta delicado conocer en algunos casos lo que gráficamente puede expresarse con la denominación de «peso» a colocar en la balanza simbólica de la Justicia, para compensar el desequilibrio producido por el delito, manteniendo con ello algunos de los significados etimológicos de la expresión *pena*.

La doctrina se ha preocupado de fijar los criterios a qué debe de someterse el poder discrecional del juez en esta materia. Para *Arturo Rocco*, el juez debe atenerse a todas las circunstancias particulares del caso concreto, resumidas en la gravedad del delito y capacidad de delinquir. Es decir, lo que se califica de valor real o causal de la infracción y valor sintomático-especial. Según *Gris-*

---

(1) Cfr. Bettiol en Riv. it. di dir. pen vol XVIII, págs. 465 y ss.

(2) Drost «Das Ermessen des Strafrichter» (1930) Bellavista «Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena» (1939).

*pigni*, precisa considerar el juez la peligrosidad criminal como medida de la pena, identificándola con la capacidad de delinquir, conforme el criterio a que se refiere el artículo 133 del Código penal italiano.

*Antolisei* destaca como elemento a tener en cuenta sobre todo la gravedad del delito, elemento tradicional que el legislador italiano ha tenido en cuenta, especificando los coeficientes que lo determinan y que se agrupan en torno a una acción humana, a los resultados de la misma y el elemento subjetivo, o sea la culpa en sentido lato.

Según *Petrocelli*, el concepto de capacidad delictiva no puede coincidir con la peligrosidad, porque ésta ha de resolverse exclusivamente por la aplicación de las llamadas medidas de seguridad que deben siempre valorarse aquella capacidad con base en una mera posibilidad de delinquir. Resumiendo: los elementos relativos a la persona del delincuente, no en relación a probabilidades futuras, sino al grado actual de «rebelión contra la Ley» (1).

Conforme al criterio de *Bellavista*, la Ley penal supone en el mismo plano, a efectos de la pena, los elementos que se refieren a la gravedad del delito y a la personalidad del delincuente, los cuales son tenidos en cuenta, no en función de prevención sino simplemente de retribución. Por lo demás, según este autor, la gravedad del delito se deriva del conjunto de los elementos objetivos y subjetivos que concurren en el supuesto concreto de enjuiciamiento y esta gravedad ha de referirse tanto a la acción u omisión criminal, considerada en todas sus modalidades, tanto por lo que se refiere a la naturaleza de la misma como a los medios puestos en práctica para su realización y a todas las circunstancias de tiempo y lugar que concurren. El juez ha de tener en cuenta también

---

(1) Rocco «L' oggetto del reato» (1913) págs. 406 y ss. *Antolisei* «Manuale.. cit pág. 374 *Bellavista* ob. cit págs. 55 y ss. *Bettioli* en *Riv. it. di dir. pen.* «Pena retributiva e poteri discrezionale del giudice» (1941) *Jovane* «Il potere discrezionale del giudice en *Riv. di dir. penit.* (1943).

la mayor o menor gravedad del resultado, tanto por lo que se refiere a la intensidad del daño inferido como al peligro presunto o probable. Y últimamente, según esta dirección, la pena se impondrá con mayor o menor gravedad, según la intensidad de la culpabilidad como conjunto de voliciones en las cuales cristaliza el dolo, desde el acto voluntario, impetuoso y ocasional a los supuestos más graves que representan la mayor eficiencia del intelecto sobre la voluntad. Es decir, una escala que va desde el llamado «dolo de ímpetu» al «dolo de propósito». Y por lo que respecta a la culpa específica, el grado de la misma se reconduce a una mayor intensidad o gravedad, pero en todo caso considerando estos elementos bajo el signo de la unidad, sin que sea lícito al juez hacer prevalecer alguno de ellos sobre los demás.

## II

La valoración de la personalidad del delincuente en el sentido que se dá a esta expresión en la moderna Criminología, se realiza a través de la consideración de la naturaleza, los motivos, carácter del reo, antecedentes penales, y los actos anteriores, coetáneos y posteriores al delito y de sus condiciones de vida individual, familiar y social. Se trata de un criterio cualitativo, porque si bien se puede hablar de una mayor o menor gravedad del delito, no cabe referirse a una mayor o menor personalidad del delincuente, que solo cualitativamente puede apreciarse para la oportuna imposición de la pena.

Entre los elementos a tener en cuenta a que nos hemos referido, sobresalen algunos que es preciso destacar:

a) *Motivo de la infracción.* El motivo es el antecedente psíquico de la acción, la fuerza que pone en movimiento el querer y lo transforma en acto. En tal sentido parece un aspecto de la causalidad psíquica en relación a la intimidad. Se afirma que el proceso de motivación es uno de los puntos de fricción entre el Derecho y la Etica ya que, por lo demás, el Derecho penal no se des-

interesa de los motivos de la acción en cuanto iluminan la personalidad del reo para valorarla a los efectos de la pena. Por lo demás, se ha destacado justamente que no es útil definir o establecer los motivos a priori, sino en fuerza de la valoración jurídica *post factum*. En nuestro sistema legislativo, no todos los motivos moralmente reprobables son considerados como agravantes, sino solamente aquellos que aparecen taxativamente previstos en el Código penal. Pero es importante conocer cuales son los que determinarán dentro de las posibilidades de arbitrio judicial una pena más grave, y no son otros que aquellos que aparecen más bajos en la escala de la valoración ética y denotan la máxima depravación espiritual del agente. Del mismo modo, para aminorar la responsabilidad ha de tenerse en cuenta los motivos de particular valor social y moral (1).

b) *El carácter del reo*. El carácter, se ha dicho, es el signo distintivo de la personalidad o la fisonomía psíquica y moral del hombre. Es un concepto de síntesis, porque representa el modo de ser psíquico, considerado en su totalidad y complejidad. Desde el punto de vista del Derecho penal puede decirse que es la síntesis de la resistencia de la persona moral al mal, en tanto que el motivo representa el determinante inmediato de la voluntad, representa la causalidad íntima y quizás la misma causa, en sentido técnico, del acto delictivo (2). El carácter, al contrario, es la psiquis en su modo de ser permanente y para que la retribución sea justa, el juez no puede prescindir de esta consideración caracterológica, de no menor valor que los motivos para delinquir. Y en este sentido importa consignar que puede representar una quiebra al principio de igualdad ante la Ley, que hay que entender siempre no con carácter objetivo sino subjetivo, sobre todo en relación a la capacidad para el sufrimiento que la pena determina. La experiencia enseña que el arresto, la prisión o reclusión, no son

---

(1) Cfr Bellavista ob. cit pág. 86 y ss.

(2) Cfr Maggioro «Principi di dir pen» (1943), págs. 588 y ss.

sentidos por igual por todos los hombres. Para unos, de sensibilidad más acusada, de sentimientos más depurados, de formación moral más elevada, la prisión representa una aflicción que no es valorada de un modo paralelo por aquellos en quienes no concurren circunstancias semejantes de orden personal. Y es muy importante para el juez no olvidar que la imposición de una sanción temporal no debe medirse solo por el criterio objetivo de circunstancias concurrentes en el hecho punible, sino también atendiendo muy especialmente a este carácter del reo, ya que de lo contrario la decisión judicial, justa en abstracto, puede resultar injusta en concreto.

c) *Los precedentes o antecedentes penales, conducta y consideración social del reo.* También estos elementos concurren a dibujar la personalidad del delincuente para la oportuna valoración a efectos de la pena. No nos referimos naturalmente a aquellos antecedentes penales que determinan de un modo automático la causa agravante de reiteración o reincidencia en su caso, sino a aquellos supuestos que sin alcanzar la entidad e importancia para determinar una agravante específica han de ser, sin embargo, valorados por el juez para imponer la pena dentro del máximo y el mínimo que la Ley señala. Diseñan la personalidad del delincuente los precedentes llamados judiciales, civiles o mercantiles (concurso, quiebra, insolvencia) la sentencia de absolución por amnistía, los casos de prescripción del delito, los hechos perpetrados pero que no llegaron a constituir delito por falta de una condición de punibilidad (querellas, denuncias) pero en modo alguno las sentencias de absolución por insuficiencia de pruebas, que suelen constituir un prejuicio judicial muy peligroso, las infracciones que no determinan supuestos para una agravación por reincidencia o reiteración, etc., etc. Por lo que se refiere a la conducta anterior del inculcado se valora, porque si es cierto que ésta es reprobable, ella determina una personalidad moral digna de ser tenida en cuenta, no solo bajo el signo de la peligrosidad presunta, sino como una especie de compensación de quien tuvo la fortuna, o la habi-

lidad, o la malicia de haber bordeado el precepto punitivo, sin caer en él, si es que se quiere individualizar con acierto la responsabilidad. Por otra parte, también las condiciones de vida individual, familiar y social han de ser estimadas y no siempre, para establecer a mayor nivel una menor responsabilidad, sino muchas veces al contrario. El hurto, cometido por un vagabundo, por ejemplo, que ha crecido en un clima individual, familiar y social, de los desheredados de la fortuna, en el sentido más amplio de la palabra, no puede ser valorado a los efectos de la pena de la misma manera que el cometido por aquellos que a pesar de sus condiciones individuales, familiares y sociales afortunadas, han incurrido en el mismo delito. Y nótese que la mayor gravedad de sanción para estos casos, es exigida por la conciencia social en forma tan ostensible, que parece inútil insistir sobre esta cuestión.

Otro problema que suele plantearse en relación a la cuestión que estamos estudiando, es si el juez debe motivar o no las razones de la imposición de una pena, dentro de los límites que la Ley señala. En nuestro Derecho, esta exigencia no aparece impuesta legalmente, criterio que no se sigue en otros Códigos, como el italiano, donde en el artículo 132 se impone el imperativo de esta motivación. Se trata de un control legal sobre el ejercicio del poder discrecional, con el fin de impedir, las ignoradas razones que determinan un pronunciamiento. Esta exigencia legal ha sido fundada por la doctrina en la necesidad de impedir que se contradieran los fines por los cuales el poder discrecional del juez fué concedido por la Ley, imponiendó una motivación que explique el proceso lógico seguido por el juez en la aplicación de la pena. Pero entendemos que como se trata de subsumir hechos que no tienen una valoración legal, y como quiera que resulta muy difícil generalizar los motivos de agravación o atenuación *latu sensu*, y más difícil todavía valorarlos a priori, esta exigencia de la legislación italiana, por ejemplo, parece una desconfianza hacia los jueces, que contradice en cierto sentido la potestad discrecional que la Ley les otorga. En todo caso, la formación del juez penal y su especiali-

zación obviarán cualquier clase de peligros mucho mejor que la exigencia de una motivación, cuya exactitud resulta muy difícil de valorar con criterio unánime (1).

Hemos visto el arbitrio judicial en la aplicación de la pena en relación al Derecho punitivo, pero contra lo que pudiera creerse el problema también tiene aplicación al Derecho civil, y sino plantea las cuestiones que se han enunciado, si exige también en ocasiones la valoración de circunstancias de orden ético, unas y de orden personal otras, que han de ser tenidas en cuenta. El artículo 1.103, al permitir a los tribunales moderar, según los casos, la responsabilidad que procede de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; el art. 1.154 del mismo cuerpo legal, que permite la modificación equitativa de la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y el art. 1.801, que permite que la autoridad judicial reduzca la obligación derivada de juego o apuesta, en lo que excediera de los usos de un buen padre de familia, son supuestos de ilicitud civil en los que la aplicación de la sanción queda sometida al arbitrio judicial también. Con lo que es visto que tampoco esta cuestión es exclusiva del Derecho Penal.

---

(1) Cfr. Battaglini en *Giustizia penale* II 1932 col 750 y Feroci en *Riv. it di dir pen* 1935, pág. 363. Vid Romano di Falco *Annali di Diritto e Procedura Penale* 1936, pág. 581. Cfr. además H. Drost «Das Ermessen des Strafrichters.» (1930), págs. 38 y ss.

## CUARTA PARTE

## SUPUESTO DE HECHO Y DECISION PENAL

## I

Toda norma supone un supuesto de hecho. El concepto de *Tatbestand*, que se ha elaborado sobre todo en relación al Derecho Penal, es común a todas las reglas jurídicas, sean de Derecho público o privado, sustantivo o procesal. Como dice *Saraceno*, cuando nos referimos a que la violencia es causa de nulidad del contrato, que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, o que se produce la caducidad de la instancia por el transcurso de cierto plazo, relacionamos un hecho dado, violencia, posesión de buena fe, inactividad procesal, a un efecto, nulidad, derecho sobre los frutos o caducidad. También, y por la misma razón, al hecho del delito aparece vinculada la consecuencia de la pena (1).

El conocimiento del hecho, pues, aparece como presupuesto fundamental para la aplicación de cualquier norma jurídica y es, por ello, uno de los objetivos insustituibles del proceso. Pero esta meta; conocimiento del hecho, no siempre puede ser alcanzada.

Toda la actividad del juicio cognitorio del proceso está destinada a *conocer* y las dificultades consisten fundamentalmente en que los efectos jurídicos sancionados por la Ley, aparecen vinculados a hechos considerados en su aspecto objetivo, y en cambio, los declarados por el juez aparecen inevitablemente conexos a representaciones subjetivas de los hechos mismos; y estas imágenes, por razón de la imperfección humana, pueden ser a veces equivocadas o inexactas, oscuras y erróneas. La posibilidad de una representación subjetiva en el juez, equivocada, da origen al problema de la autoridad de la cosa juzgada; la posibilidad de una representación oscura o nebulosa en la mente de quien juzga,

---

(1) *Saraceno*. «La decisione sul fatto incerto nel Processo penale» (1940), páginas 3 y siguientes. Cfr. *Guasp* «Juez y hechos en el Proceso civil» (1943).

motiva el problema de la decisión sobre un hecho incierto.

Dos clases de certidumbre existen, como aparecen también dos clases de juicio: lógico e histórico. Unos se refieren a la exactitud de una operación de nuestra mente; los otros se relacionan con un hecho concreto. Esta distinción, que ha sido tomada por algunos autores de aquélla de *Carnelutti* entre Ciencia e Historia, se considera fundamental y clara.

Por medio del juicio lógico se puede alcanzar la certidumbre; en el histórico, en cambio, podemos quedarnos a mitad del camino, permaneciendo en un estado de duda. Es decir, que el primero proporciona una certeza absoluta, mientras que el segundo proporciona una certidumbre relativa, una opinión.

Esta diferencia acontece porque el juicio lógico se basa en una hipótesis, en tanto que el histórico se fundamenta en hechos reales. El primero se funda inevitablemente en postulados; en el histórico tienen absoluta preeminencia la veracidad de los datos, no se refiere a relaciones ideales o abstractas, sino a acontecimientos ocurridos (1).

El juicio lógico aparece íntimamente unido a nuestro ser. El histórico, al contrario, es la búsqueda de algo que aparece fuera de nosotros. Por eso, como la sentencia del juez contiene y resume ambos juicios, se ha calificado de *epiquerema*, es decir, que no se agota con un silogismo, sino que ha de contener la prueba de la existencia histórica de las premisas silogísticas.

La naturaleza lógica del juicio de derecho no impide que sobre los mismos hechos y las mismas normas puedan surgir diversas opiniones, que no dependen de errores lógicos, sino, sobre todo, del valor diverso que se atribuye a las premisas del silogismo, por la razón de que las mismas palabras de la Ley son mucho menos precisas que el significado de los símbolos de las ciencias exactas, porque su valor cambia con el tiempo y el espacio, con las muta-

---

(1) Vid Max Alsberg. «Der Beweisantrag im Strafprozess» (1930). Págs. 4 y ss.

ciones del individuo, de la sociedad o de la vida, lo que explica den lugar a interpretaciones diversas, porque la palabra es un organismo viviente, a diferencia del símbolo que permanece siempre igual en sí mismo.

En esto radica, es verdad, la fuerza de la palabra; pero en ello también reside su debilidad. Más si el valor de la palabra con que se expresa la Ley puede ser diferentemente apreciado por una misma persona, según el tiempo, lo cierto es que su valor es único en relación al juez que juzga y al momento en que decide. En este sentido, el juicio de derecho pertenece a la categoría de las decisiones lógicas.

El juicio sobre el hecho es, al contrario, un juicio histórico y al revés del lógico se mueve entre las sombras de la duda. Se trata de una conclusión fundada en ocasiones sobre simples presunciones; también a veces sobre una sola presunción, que no es otra cosa que la expresión de una simple probabilidad que desde el punto de vista matemático podremos elevarlo cuanto se desee, pero que en ningún caso podremos hacerla coincidir con la certeza. Certeza relativa y no absoluta. Así pudo decirse hace bastantes años que todas las pruebas aparecen fundadas sobre una probabilidad; que puede calificarse de conjetura; que reposa siempre sobre una presunción, una probabilidad (1).

En efecto, ningún medio de prueba, incluso el más estimable, contiene en sí mismo la garantía de una perfecta coincidencia con la verdad. Ni la confesión del inculpado, independientemente de todas las garantías de veracidad, y de todas las precauciones que en el proceso penal rodean a este medio de prueba, no es otra cosa que una certeza probable. La prueba de que puede ser falsa la tenemos en que existe un delito de autocalumnia. El documento público, el más valioso de los medios probatorios, no es otra cosa

---

(1) Cf. Silva Melero. «Presunciones e indicios en el Proceso penal». (Reus, 1946).

que una presunción de verdad, aunque la Ley lo eleve al rango de presunción legal, puesto que no aparece imposible el documento falso. Y con mayor razón, las deposiciones testificales, tan sospechosas en cuanto a su exactitud y veracidad. El propio acceso judicial o inspección ocular no produce otra cosa que una verdad subjetiva, y en cuanto al dictamen pericial está subordinado, aún suponiendo la mejor buena fe en el perito, a los distintos criterios de carácter científico o práctico que puedan existir en torno al objeto de la pericia (1).

Por estas razones, porque los medios de que dispone el hombre para adquirir el conocimiento de las cosas no permiten la verdad absoluta, podemos decir que la verdad, entendida con tal pretensión, no es de este mundo. Y hemos de concretarnos a conseguir la certeza moral que responda a la persuasión de la verdad; es decir, a la verdad relativa en sentido subjetivo; a la máxima probabilidad dentro de lo humano. Esto es: lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal califica de «valoración de las pruebas conforme a conciencia» (2).

## II

Es cierto que al no poder alcanzar aquella verdad imposible, la solución ideal, lógicamente perfecta, sería no decidir. Y ello sería lógico si la misión del juez consistiera solamente en declarar la verdad de los hechos, en cuyo supuesto nada se podría oponer al juez que constatando o confesando la imposibilidad de conseguir la verdad, renunciase a decidir la cuestión sometida a su conocimiento.

---

(1) Vid Borettini. «Il documento nel diritto penale». (1936) y «La perizia nel processo penale». (1940). Cfr. además Giorgio Tesoro «La psicologia della testimonianza» (1929) y Piero Marsich «Il delitto di falsa testimonianza» (1929). Cfr. Musillami «Il potere discrezionale del giudice penale» (1942).

(2) Cfr. Edgar Siegrist «Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozess» (1938), pág. 93.

Pero juzgar no es una función puramente teórica o intelectual, ni mera ocupación deportiva del intelecto. Al contrario, es una misión dramáticamente práctica. Decidir significa truncar y las expresiones juzgar, pronunciar, decidir, significan tres acciones diversas y distintas, que pueden existir sin coexistir. Porque se puede decidir sin pronunciar y se debe decidir aunque el juicio sea imposible.

La necesidad de la decisión no obstante la incertidumbre sobre el hecho, aparece reconocida unánimemente, aún cuando la lógica consecuencia sería el *non liquet*, por razón únicamente de oportunidad político-social, y plantea un verdadero conflicto entre la solución lógica y la solución práctica del problema (1).

Si decidir implica elección entre dos o más alternativas, es indispensable, en cuanto el no hacerlo sería aceptar una de ellas. Y naturalmente, si el juez no resolviera decidiría implícitamente en favor del inculpado en el proceso penal y del demandado en el civil. Por eso puede decirse que el *non liquet* del juez puede parangonarse con el *non liquet* del piloto. Y el navegante que negándose a una orientación, a seguir un rumbo, abandona el timón no puede por ello hacerse la ilusión de haber resuelto o eliminado el problema. De la misma manera que la nave tendrá siempre una derrota, aún abandonada de la dirección del hombre, también permaneciendo mudo e inerte el juez decide. En el gesto de Pilatos de lavarse las manos, aparecen con todo su vigor las consecuencias de la inactividad. Porque también de un modo pasivo se resuelven los problemas, también pasivamente se decide (2).

Por ello es ineludible tomar una dirección y asumir una responsabilidad. Legítimo título de orgullo para el hombre y al mismo tiempo el más grave de sus deberes. (3)

---

(1) Vid Augenti. «L'onere della prova» (1932). Pág. 97.

(2) Aparte de que ese gesto tuviera otra significación.

(3) Saraceno. Ob. cit. Págs. 11 y ss.

## III

El problema fundamental, sin embargo, es el de la aplicación de la Ley en orden a los dos supuestos concretos que venimos razonando. Lo que se refiere al problema de hecho y al jurídico, que aparecen tan vinculados que no pueden separarse fácilmente, ya que como dice *Calogero*, en el proceso penal no hay dualidad de premisas, sino un único juicio subsuntivo del hecho concreto, bajo la norma de Derecho. (1)

Por lo que se refiere al primer extremo, es absolutamente evidente que el juez tiene como misión encontrar la verdad, problema que si desde el punto de vista civil y dentro del proceso de esta clase puede resolverse admitiendo una verdad formal bajo el signo del principio dispositivo, pese, naturalmente, a las objeciones en contrario, desde el punto de vista del juez penal parece claro que lo que interesa particularmente es la verdad real, alcanzada a través de la certeza obtenida y en la convicción buscada (2) y si, naturalmente, no la alcanzase, la validez de un principio que en el Derecho penal se concreta en la fórmula «in dubio pro reo».

A diferencia del campo civil, donde parece dominar otro criterio de carácter teórico, el principio que domina en la órbita punitiva es de carácter político; es decir, no aparece ligado a una valoración de las probabilidades según enseña la experiencia, sino preordenado a la protección de un interés. Entre las dos posibilidades de error judicial, absolucón de un culpable o condena de un inocente, el Estado prefiere la primera; y esta preferencia es tal, que predomina aunque entre las dos hipótesis la culpabilidad aparezca más probable que la inocencia. (3)

---

(1) Calogero. «La Lógica del Giudice e il suo controllo in Cassazione». (1937). Págs. 33 y ss.

(2) Para Florián se trata de un principio natural de prueba impuesto por la lógica y el sentido moral de la probidad procesal. (Cfr. Prove. penali 1924. Página 353). Vid. Ferrari, «La verita nel Diritto pen. sostantivo». (1929).

(3) Cfr. Saraceno, «La decisione sull fatto incerto nel processo penale»

Este principio está inspirado por una constante preocupación: la de evitar a cualquier precio que un inocente sea condenado, pero, sin embargo, dentro de límites que no pueden sobrepasarse.

El primero viene expresado en las mismas palabras con que aparece formulado: *in dubio pro reo*. Es evidente que los dos intereses de absolución de un inocente y condena de un culpable no aparecen entre sí normalmente incompatibles, salvo en el caso de presencia de un estado de duda. Si éste no aparece, no hay problema, ya que cualquier debilidad en este aspecto inmolara el interés principal de la Justicia. La protección, pues, del interés del inocente, encuentra el límite en la certeza del juzgador sobre la culpabilidad del procesado. La duda no es un estado objetivo, sino subjetivo; lo que cuenta a los efectos de absolución es la que se produce en el ánimo de quien juzga y el Estado, para restringir el riesgo de un error, establece como presupuesto en la condena la certidumbre de la culpabilidad. La certeza auténtica de esta culpabilidad es, pues, el supuesto no solo necesario, sino suficiente para una condena, pero sin ella se ofendería el sentimiento de justicia común. Y si se procediera a la absolución a pesar de ello, se atentaría al espíritu de conservación social.

Entre estos términos encuentra el inculpado sus garantías y aunque la capacidad del juez no sea ciertamente una cosa insuperable, con esta cautela legal se ha dado a la cuestión la solución menos peligrosa (1).

Otro límite del principio a que se alude es la cosa juzgada. Porque la exigencia de evitar el castigo de un inocente, aunque sea vigorosa y firmemente sentida por la conciencia social, no puede triunfar sobre las demás exigencias eventualmente opuestas. Y no se trata de una derogación del principio *in dubio pro reo*, sino de un

---

Ob. cit. pág. 238. Vid. Plank «Unschuldig in Zuchthaus». (1925). Sello «Die Irrtümer des Strafsjustiz und Ihre Ursachen». (1911). Laillier et Vonoven, «Les erreurs judiciaires et leurs causes». (1897) y Hellwig «Justizirrtümer». (1924).

(1) Saraceno. Ob. cit. pág. 248.

límite a su aplicación para el caso de que el condenado, lo mismo en fase cognitoria, si el proceso fuera repetido por error como en el momento de ejecución, si surgiese la duda que sería inoperante, salvo los supuestos concretos, naturalmente, del recurso extraordinario de revisión. La cosa juzgada no tiene como efecto el contribuir a determinar el contenido de una nueva decisión, sino el evitarla. El principio *in dubio pro reo* no se aplica en estos casos, no ya porque venga en contraste con la máxima «res judicata pro veritate habetur», sino porque cuando se produce la cosa juzgada el problema de decidir, aunque se presente la duda posteriormente, ya no existe (1).

No se puede considerar como derogación al principio *in dubio pro reo* la supuesta presunción absoluta de culpabilidad, que no debe tener cabida en el Derecho penal; y aunque la intolerancia expresada en los días en que *Carrara* se admiraba de la posibilidad de su existencia haya perdido su base institucional, hoy debemos mantener el mismo principio de una negativa, basándonos exclusivamente entre el contraste del proceso civil hacia una verdad formal y el penal hacia la verdad material o real (2).

La doctrina, por lo demás, ha aclarado que la presunción absoluta en el Derecho penal, no tiene como fin y como efecto la fijación de la verdad, sino la aplicación de una norma de carácter sustantivo. En ello no se puede ver un atentado a la investigación de la verdad, que en cierto sentido es incoerciblemente libre también en el campo civil, sino la extensión del campo de aplicación de una norma, la máxima expansión de una figura delictiva o tipo penal. En otras palabras, la forma de la presunción absoluta no es más que una manera impropia de expresión para extender la forma de aplicación de una norma sustantiva.

La derogación del principio *in dubio pro reo* no puede derivarse

---

(1) Saraceno. Ob. cit. pág. 249.

(2) Cfr. Silva Melero. «Presunciones e indicios en el proceso penal» (1944), cit. Páginas 2 y ss.

sino de una presunción relativa, aunque durante largo tiempo la doctrina se mostró adversa a la admisión, también, de presunciones de esta clase, exigiendo lo que se calificaba de *clarae probatio*.

El principio *in dubio pro reo* viene en sustancia a constituir una *psuntio* de inocencia. No es un hecho basado en una máxima de experiencia, ya que precisamente ésta enseña lo contrario, pues el mayor número de imputados resultan a través del proceso culpables, si no por otra razón de política legislativa.

Uno de los problemas de mayor importancia en torno al principio *in dubio pro reo* es el que se refiere a su aplicación, no solo a la existencia o no del hecho punible, sino a las llamadas eximentes. Así, por ejemplo, se ha negado la posibilidad de una duda sobre la imputabilidad y sobre todo en relación con la enagenación mental; y ha tratado de resolverse diciendo que este supuesto es una hipótesis que no puede presentarse, porque el perito psiquiatra debe en todo caso saber si el individuo sometido a su observación era o no imputable en la época de comisión del delito. Pero este punto de vista de *Aloisi* nos parece aventurado, por la razón de que no es al psiquiatra a quien compete la declaración de imputabilidad, sino al tribunal, que no aparece vinculado por el dictamen pericial y para el cual la duda es siempre una hipótesis posible, y quizás también para el psiquiatra, por no ser la Medicina, según se ha repetido, una ciencia exacta. Solo existe un caso en que la duda puede parecer excluída y es en el campo de la Matemática cuyas conclusiones no pueden dudarse. Pero fuera de este feliz dominio de la ciencia, hay que admitir siempre la posibilidad de equivocarse (1).

Otra cuestión de importancia es la que se refiere a la duda en torno a la concurrencia o no de otras causas eximentes. Acerca de esta cuestión se ha dicho por *Manzini* que la insuficiencia de pruebas puede tener lugar solamente en relación a los elementos de

---

(1) Vid. *Aloisi*, «Manuale pratico de Procedura Penale», 1932. Pág. 381.

hecho, más no en las cuestiones jurídicas, que deben ser siempre resueltas de un modo cierto y preciso por el juez. Y la observación es justa si se refiere a la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho. Estas últimas, en efecto, pertenecen al género de operaciones lógicas, que no consienten permanecer en duda, pero el ejemplo es inaceptable en cuanto pueda hacer creer que los casos de exclusión de responsabilidad no dan lugar sino a problemas jurídicos.

En verdad, el Derecho no existe independientemente del hecho y por esto el problema jurídico se refiere siempre a hechos constitutivos, impeditivos, extintivos, sustantivos o procesales, por ser siempre el resultado de una doble investigación material sobre la existencia del mismo hecho, y jurídica, sobre la adecuación de la norma al supuesto (1).

Por esta razón la duda, en los supuestos de causa eximente, debe resolverse también en beneficio del reo y lo mismo cabe decir de las atenuantes, pues no hay razón ninguna para concebir cual sea el motivo para valorar la duda en beneficio del inculpado en relación a los hechos principales, (constitutivos, extintivos o impeditivos) y no lo sea para los hechos secundarios, (modificativos).

Concretando pues nuestra opinión acerca de este problema, cabe afirmar:

- a) La duda puede surgir en cualquier clase de hechos.
- b) La insuficiencia de pruebas sobre hechos constitutivos, agravantes, o las circunstancias impeditivas de hechos, que modifican la responsabilidad en sentido favorable, no puede ser interpretada contra el inculpado.
- c) La insuficiencia de pruebas sobre causas eximentes o atenuantes, o sobre hechos que modifiquen la calificación jurídica del delito en sentido favorable al inculpado, debe ser resuelta en favor del reo.

---

(1) Cfr. Manzini. «Tratatto». (1934). Vol. IV, pág. 429.

Es decir, que la conocida solución jurisprudencial española de que los hechos en que han de fundarse las circunstancias eximentes han de estar tan probados como el hecho mismo, ha de admitirse en tanto no surja la duda en el juzgador, pues si ésta aparece en cualquier supuesto, debe resolverse siempre por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

#### IV

La realidad de que la decisión es ineludible, plantea lógicamente la cuestión del convencimiento, y claro está que éste solo puede obtenerse a través de la prueba. Cuando *James Coldschmidt*, ya en el año de 1910, había afirmado que la condena y la ejecución no están vinculadas a ningún hecho extraprocesal, sino al resultado del proceso, no podía referirse más que a la prueba (1).

Si se examinan las múltiples definiciones sobre la prueba, nos encontraremos que, en definitiva, todas ellas vienen a configurarla, desde el punto de vista del proceso penal concretamente, en lograr que la sentencia tienda a ser históricamente exacta. Es decir, que de lo que se trata en este tipo de proceso es de averiguar y proclamar la verdad real contenida en lo que se califica entre nosotros de *hechos probados* y que constituyen el supuesto para aplicar la norma jurídica. Ahora bien; esta verdad no puede adquirirse a cualquier costa y a cualquier precio, sino a través de unos medios regulados en la Ley y que valorados ulteriormente por el juzgador determinan, o bien un estado de duda resuelto en favor del inculpado, según hemos visto, o el convencimiento de inocencia o culpabilidad, en virtud de un proceso de subsunción, por aplicación de elementos lógicos al resultado de la prueba (2).

---

(1) Vid. Florián. «Prove Penali» cit. Micheli «L' onere della Prove (1942). Goldschmidt», «Der Prozess als Rechtslage» (1925). Págs. 340 y ss.

(2) Vid. Carnelutti. «Instituciones del nuevo Proceso civil italiano». (Trad. del Prof. Guasp.). 1942. Págs. 154 y ss. Cfr. también Lezioni sul Processo penale (1946), vol. I, págs. 204 y ss. Heusler «Grundlagen des Beweisrecht» en Archiv für Zivilistische Praxis vol. 62, págs. 209 y ss.

En esta materia es importante la cuestión de la llamada «carga de la prueba», que en nuestro sentir, en el proceso penal, no tiene el alcance ni las características del proceso civil, pese a la existencia de opiniones en contrario y a las objeciones, ciertamente importantes, que pueden oponerse a esta tesis.

Para los que creen en una unidad fundamental del proceso, los principios que informan la *carga de la prueba* son, efectivamente, comunes tanto al proceso civil como al penal. Para los que entendemos que si bien es posible una teoría general del proceso, en la que existan principios comunes a todas las distintas ramas, pero que no pueden obviarse diferencias, por lo menos estructurales, de importancia, la *carga de la prueba* en el proceso penal se nos presenta simplemente desde un punto de vista formal y, en definitiva, sin aquella valoración institucional que en el proceso civil mantiene.

En el diálogo entre *Florián* y *Carnelutti* nosotros estimamos que, al menos de *jure condito*, no cabe aceptar la dirección de este último, tanto por la especial posición del Ministerio público, como por la situación de las distintas partes en el proceso penal y por aquel objetivo de buscar la verdad real, la verdad histórica, que en el proceso penal ha de obtenerse o, por lo menos, a esta finalidad han de concretarse las actividades de los distintos sujetos procesales. (1)

Sin que el inculpado pruebe nada, ninguno de los hechos impositivos, extintivos o modificativos que parecería aparentemente obligado a probar, no se producirá ninguna consecuencia desfavorable si el Tribunal no adquiere el convencimiento de una culpabilidad. Al contrario, el demandado en el proceso civil, obligado a probar determinados hechos, si no cumple esta *carga procesal* habrá de someterse a las consecuencias de esta inactividad.

Es cierto que doctrinalmente se ha visto el problema de otra

---

(1) Cfr. Carnelutti en «Studi di Dir. Proc.» Vol. I. Págs. 203 y ss. y Florián, en «Studi in onore di Chiovenda». 1927. Págs. 449 y ss.

manera, estimando que la institución de la *carga de la prueba* no precisa atenerse al interés como presupuesto subjetivo de la misma en el proceso penal, ni a un estímulo de la actividad de la parte, ni perjudica a la investigación sobre la verdad; pero no obstante, repetimos que solo en sentido formal puede plantearse esta cuestión en el proceso penal, por la especial estructura del mismo. (1)

No olvidemos que mientras la prueba civil se refiere a los hechos alegados, la prueba penal se irradia sobre todo a la investigación de la verdad, sin que las partes puedan intentar limitar este objetivo. Y no solo por homenaje al interés público, predominante en este proceso, sino por la naturaleza del derecho objetivo que en el mismo se actúa. Es cierto que se ha objetado a esta opinión que en todo juicio penal la prueba gira en torno de los hechos articulados por la acusación la cual concreta, de este modo, los límites del debate; que el inculpado tiene derecho a defenderse y para ejercitar este derecho ha de contestar los hechos formulados por la acusación; y por ello se ha creído que desde el punto de vista funcional el proceso civil y el penal aparecen en el mismo plano. También admitimos que el interés público no es patrimonio solo del proceso penal, sino igualmente del civil y que el interés de la justicia es común también a ambos tipos de proceso. No obstante, creemos con *Rosenfeld* que el principio de la verdad material es inseparable de la libre valoración de la prueba y por ello ha de eludirse en el proceso penal cualquier tendencia que pretenda imponer una *carga de la prueba*, que se basa sobre una ficción. Y en este mismo sentido cabe mantener la tesis de que el principio de la verdad material significa que las partes no pueden limitar al Tribunal la posibilidad de asumir informaciones sobre puntos relevan-

---

(1) Cfr. Silva Melero. «La estructura del Proceso penal y el concepto de parte», en *Revista de Derecho Procesal*. (1946, n.º 2), págs. 256 y ss. L. Müller «Der Freibeweis in Zivilprozessecht» (1936), modernamente la teoría de la carga de la prueba va sustituyéndose por otros criterios.

tes, sin que cuente en este aspecto la renuncia que los sujetos procesales puedan exteriorizar.

Desde el plano formal, e incluso en la práctica, las cosas ocurren ciertamente de distinta manera, pues evidentemente subsiste una *carga de la prueba*, no impuesta por la Ley, que surge de la naturaleza misma de las cosas, de la lógica, de los acontecimientos humanos y de las conclusiones de la psicología judicial. Pero en todo caso quede bien patente que, como dice *Florián*, la *carga de la prueba* aparece eliminada en cuanto se mantiene el principio de investigación de la verdad material a que tiende el proceso penal. (1)

## V

Ya hemos visto como el concepto de certeza solo se alcanza en las hipótesis de la exactitud matemática y que fuera de ellas no podemos aspirar más que a lo que se ha calificado de *convicción de la certeza*. Por consiguiente, no es posible un control verdadero y propio de esta situación del espíritu que resulte infalible y, en definitiva, para alcanzarlo, tenemos que obtenerlo a través de ese complejo fenómeno jurídico que se designa con el nombre de prueba. Y decimos fenómeno jurídico y no procesal, porque la función probatoria no se agota solamente en el proceso, como ha dicho con razón *Carnelutti*, al expresar que se trata de un instrumento elemental, no tanto del proceso como del Derecho. (2)

Refiriendo el concepto de prueba al controvertido problema de la verdad, observamos como en la fase del procesal que se ha calificado de *cognición*, la demostración de la certeza histórica de los hechos controvertidos depende íntegramente y de un modo exclusivo de la prueba. Ahora bien, si hablar de certidumbre o de representación subjetiva de la verdad histórica a través de la pro-

---

(1) Cfr. Rosenfeld, «Der Reichsstraßprozess». (1909) Págs. 47 y ss. y *Florián*, ob. cit. Pág. 95.

(2) *Carnelutti*. «Sistema». (1936). Vol. I. Pág. 675.

pia convicción, constituye algo más que hablar propiamente de verdad, es preciso ver en que proporción se han de tener en cuenta las expresiones a las que ya aludimos de verdad material y verdad formal. (1)

El uso de esta terminología fué muy generalizado, especialmente en Alemania, en la época en que los estudios procesales adquirieron primacia, aunque la mayor parte de los autores no se preocuparon demasiado de establecer de un modo crítico el significado de la distinción. Sin embargo, *Schmidt* observa agudamente que la contraposición entre verdad material y verdad formal se resuelve en un mero juego o conflicto de palabras, y por otra parte la doctrina italiana se ha preocupado también de discurrir en torno al problema de si el proceso civil tiende a descubrir la verdad material, o solamente una veracidad de tipo formal; porque mientras para algunos es requisito indispensable esta verdad material, otros se refieren simplemente a un resultado deseado, pero no garantizado en la instrucción civil. (2)

No vamos a insistir sobre esta cuestión, de la que nos ocupamos ya hace algunos años en lo que al Derecho procesal civil respecta, sobre todo después que direcciones legislativas han establecido los límites de esta veracidad material, que no es incompatible con el llamado principio dispositivo. Si puede ser, sin embargo, útil, aclarar que se entiende por estas dos categorías de verdad.

Por verdad material se entiende la certidumbre histórica adquirida en el proceso por medio de uno o más medios probatorios, cuya resultancia debe ser apreciada por el juez con plena y absoluta libertad de criterio, sea porque las partes suministren al juzgador todo el material instructor necesario, sea porque el mis-

---

(1) Cfr. Carlo Furno, «Conttibus alla teoría della prova legale». (1940). Páginas 16 y ss.

(2) Schmidt, «Lehrbuch...» (1906). Págs. 332 y ss. Vid. De la Plaza, «Abogados, Jueces y Fiscales (1948), pág. 11 y ss.

mo juez supla por su propia iniciativa las eventuales lagunas de la instrucción de los actos de la parte (1).

Que la prueba tiende en todo caso a formar el convencimiento del juez en el supuesto de la perfecta discrecionalidad de su valoración, es cosa que hoy apenas se discute.

Por verdad formal se entiende la certidumbre histórica adquirida, no a través de la valoración crítica del material instructorio por el órgano judicial, sino en virtud de un sistema legal de apreciación de los hechos, en virtud de un conjunto de normas imperativas, que suprimiendo la libre apreciación, vinculan al magistrado a tener por ciertos los hechos concretos demostrados, en el modo correspondiente a la hipótesis prevista abstractamente en la norma. Por eso no es difícil sustituir el concepto de verdad material con la expresión *convencimiento histórico judicial* y el de verdad formal con la expresión *certidumbre histórica legal*. Como diría Chiovenda, en la prueba legal el momento probatorio se presenta en la mente del legislador y no en la del juez. De todos modos, entendemos que en el proceso penal la única verdad que importa es la histórica, lo que realmente haya acontecido. La valoración de la prueba está sometida absolutamente al principio del libre convencimiento, sin que valga en este tipo de proceso un doble sistema de valoración de la prueba. Esto es al menos lo que parece cierto a la luz de los principios reguladores de la materia, en nuestro Derecho constituido, aunque en algún caso esta solución pueda presentarse dudosa (2).

En el proceso penal, en el que derecho y proceso se encuentran colocados en el mismo plano público, y aparecen unidos en la identidad del interés que conjuntamente vienen destinados a satisfacer, el interés del Estado aparece tutelado por dos de los tres sujetos principales de este proceso, precisamente en razón a aque-

---

(1) Pero sin perder de vista aquella expresión de Garnelutti: «la verdad es como el agua, pura, o no es verdad». (Cfr. «La Prova civile»), 1915. Pág. 36.

(2) Chiovenda. «Principii... (1.928). Pág. 811. Sebba «Die richterliche Ueberzeugung en Z. für d. Zivilprozessrecht vol. 37, pág. 63 y ss.

Illa destacada característica pública a que nos hemos referido y, sobre todo, precisamente por prevalecer este interés general sobre el particular (1).

No sería aconsejable que la investigación de la certidumbre histórica sufriese ninguna limitación, y no porque la reconstrucción de lo acontecido a través de la conciencia del juzgador represente en este tipo de proceso una cosa esencialmente distinta del civil, ya que la sentencia penal actúa también, en definitiva, la voluntad de la Ley, del mismo modo que la sentencia civil. Pero la diferencia innegable subsiste si no en un criterio cualitativo, si en el cuantitativo. Con ello nos permitimos, discrepar, de una tendencia que repercute en España, autorizadamente mantenida, que trata de unificar los dos tipos de proceso, dirección que independientemente de enfrentarse con nuestra ordenación jurídica positiva, se opone a razones de orden práctico que obstaculizan la conveniencia de una tal unificación, y que aparecen informadas por la concepción secular tenazmente mantenida por la tradición del pensamiento romanista, y que impiden mantener una identificación positiva completa de los principios fundamentales de los dos procesos (2).

No se llega a esta conclusión porque, en definitiva, el fin último de la actividad estatal de jurisdicción no venga realizado en forma esencialmente idéntica a través de ambos procesos, ni tampoco por el hecho de la certidumbre producida por la prueba pueda llegar a ser en un caso o en otro la misma e idéntica certidumbre histórica, sino por motivos estructurales, repetimos, de la mayor importancia; pues no puede olvidarse, independientemente de esto, que en el proceso penal interés público e individual aparecen satisfechos solamente en la hipótesis de absolución o sobre-

---

(1) Cfr. Silva Melero en Rev. de Der. Proc. cit.

(2) Vid. Guasp en Rev. de Der. Proc. (1.947), n.º 2, págs. 345 y ss. al comentar el punto de vista del Prof. Gómez Orbaneja, donde sostiene la tesis unificadora. Vid. Carlo Furno. ob. cit. pág. 36.

seimiento, ya que en la de condena solamente destaca el aspecto público, en tanto que en el proceso civil interés público y privado son siempre, generalmente, satisfechos conjunta y simultáneamente. Esto, independientemente de los distintos intereses en conflicto, del diferente plano en que aparecen colocados; de que si el proceso civil realiza la tutela de un interés general público, éste participa directamente en la *litis* solo de un modo excepcional; de que el proceso penal aparece iniciado de oficio generalmente; de la posibilidad de la renuncia o la composición en el civil, y de la falta de interés estatal a que el proceso civil se produzca y que se continúe. Al Estado le preocupa muy poco que las partes litigantes compongan el conflicto de acuerdo con principios equitativos, que intervenga o no en esta composición un órgano judicial, estatal, un árbitro o amigable componedor, ya que en definitiva ni le afecta el modo de la composición, y sí solamente el hecho de que ésta se produzca dentro de los límites de lo que generalmente se considera como lícito. (1)

Es cierto que en cuanto a la forma ambos tipos de proceso se disciplinan dentro del Derecho público, que por lo que se refiere al fin, interesa al Estado la reintegración del orden jurídico en ambos supuestos, y que existen instituciones paralelas y similares en los dos tipos de proceso. Pero ello no obviará las diferencias, que han de tener forzosamente su repercusión, al considerar el problema de la decisión penal con base en la verdad real, de la civil, a la que satisface una verdad formal, que ha sido calificada por algún autor de *verdad suficiente* (2).

---

(1) Cfr. Furno. Ob. cit. págs. 37 y ss. El problema de la sentencia penal es de los más delicados y controvertidos, ya que pone a debate las contradictorias tendencias sobre la naturaleza del proceso. Vid. Liebmann «Eficacia ed autorità della sentenza». (1935), en una polémica con Carnelutti. (Riv. di. dir. proc. civil 1936.—I pág. 227 y 1937, (I pág. 78). Cfr. Cavallo, «La sentenza penale» 1936. Págs. 110 y ss.

(2) Lo cual no implica una oposición a una teoría general del proceso que unifique las distintas ramas bajo el signo de una institución jurídica que no se

## VI

La sentencia debe decidir, con base en los elementos de hecho controvertidos en el juicio penal, principio que suele deducirse por algún autor de la llamada relación correlativa entre acción y decisión, y que a su vez mantienen también un vínculo entre prueba y sentencia. Pues hay que notar que los términos controversia y sentencia vienen relacionados íntimamente con el supuesto de hecho y si hablamos de relación entre prueba y decisión, no lo hacemos más que con un sentido figurado, porque el juez no aparece vinculado por ninguna prueba, siendo únicamente la fuente de la decisión, si así puede decirse, su convencimiento íntimo y racional: la conciencia. En cambio existe una relación entre el debate y la sentencia, ya que las fuentes y los elementos del convencimiento son controvertidos, revelados, enunciados, comunicados, notificados, como objeto de posible impugnación, discusión y aclaración durante el proceso, esencialmente en el juicio. Por eso cuando se dice que la decisión tiene su base en los elementos de hecho controvertidos en el juicio, no quiere expresarse que el juez aparezca vinculado por el valor probatorio de los elementos puestos a discusión, sino que el juez, al motivar la propia decisión, debe tener en cuenta todos los matices del proceso, sin recurrir a fuentes de conocimiento extraprocesal. Principio de gran importancia, que mientras es canon fundamental del sistema acusatorio no lo es menos del sistema inquisitorio, aún en los días en que se movía

---

contradice con las inevitables diferencias estructurales. Cfr. Guasp. «Comentarios... vol. I págs. 30 y ss. y Prieto Castro «Concepto del Derecho procesal» páginas 1 y ss. y Cuestiones de Derecho procesal (1947), pág. 9. Vid. Miguel Alonso en Rev. de Leg. y Jurisprudencia (1948), págs. 402 y ss.

La diferencia entre ambos tipos de proceso la ha marcado Carnelutti recientemente diciendo que son dos especies del mismo género. Cfr. *Lez. sul processo penale* cit. págs. 23 y ss. literalmente asegura que el Proceso penal es una parte o una fase de lo que califica el fenómeno penal. (ob. cit. pág. 33.) Gómez Orbaneja, «Comentarios... (1947), vol. I, págs. XVII, 35 y ss.

Vid. Schönke «Zivilprozessrecht (1947) pág. 4, en lo que a la penalización del Proceso civil respecta con cita a Calamandrei y refereneia al Proceso sueco como ejemplo de conexión entre las ramas procesales.

dentro de la *prueba tasada*, con su prestablecido valor probatorio (1).

Es en efecto la discusión durante el juicio, bajo el signo del principio de contradicción, el interrogatorio del inculcado, las deposiciones testificales, los dictámenes periciales, etc., lo que dan al juzgador la posibilidad de adquirir el convencimiento. Por eso el postulado según el cual la sentencia debe vincularse siempre al resultado *oral* del juicio, sigue hoy absolutamente vigente y constituye la garantía más eficaz contra posibles abusos y arbitrariedades. El proceso moderno no puede olvidar la máxima de ascendencia canónica: «*Judex secundum alegata et probata a partibus judicare debe, quod non est in actis non est in hoc mundo*»,

## VII

Un problema importante en esta materia de la decisión penal es el que se refiere a la exigencia de la motivación, o sea, a la indicación de todos los hechos necesarios para concretar la hipótesis de la Ley y que el juez estime probados. Es la indicación de las pruebas con base a las cuales el juez se ha convencido de la verdad real de aquellos hechos, la relación de los hechos mismos que forman objeto de la imputación y, en fin, la valoración explícita de todas las argumentaciones de las partes que puedan tener eficacia para contradecir la verdad que la decisión proclama. Es decir, que la motivación debe agotar el contenido del debate, conforme al principio de que la sentencia debe tener en cuenta todos los elementos de hecho discutidos en el juicio.

Concretamos así el principio, porque el supuesto de hecho supone el soporte sobre el cual ha de aplicarse la norma jurídica. Pero la cuestión no queda resuelta, ya que la doctrina plantea el problema de si el juez puede tomar en consideración los llamados

---

(1) Vid. Giuliano Allegra, «Azione e sentenza nel Processo penale» (1930). Páginas 141 y siguientes.

*hechos notorios* y sus conocimientos privados, bajo el signo de lo que se llama *máximas o principios de la experiencia del juzgador*, problema de gran importancia y que vamos a tratar de analizar.

El concepto de la *máxima de experiencia* no debe confundirse con el llamado *hecho notorio*. porque éste se refiere a una entidad abstracta y aquél a un modo o un aspecto de la realidad concreta. Tratándose de una circunstancia extrínseca, las llamadas máximas de experiencia cuando entran en el patrimonio de conocimiento de un hombre de una mentalidad y cultura media, cuando representan elementos, conocimientos prácticos que acompañan necesariamente a las observaciones corrientes de una persona, no necesitan ser sometidas a prueba y suele decirse que el juez puede tenerlas en cuenta sin necesidad de aquel requisito. Por lo demás, resultaría imposible cualquier juicio de subsunción de los elementos probatorios si el juez no pudiera servirse continuamente de datos experimentales (1).

Cuando por el contrario no se trata de conocimientos admitidos con carácter general por el hombre medio y sí solo reservados a mentes de particular competencia, sin que su percepción pueda ser normalmente inmediata, entonces parece indispensable el concurso de la prueba, bien por medio de la colaboración de peritos o por otras fuentes: Tratados científicos o aportaciones de Corporaciones o Entidades científicas.

El problema de las llamadas máximas de experiencia está firmemente enlazado a la cuestión de la calificada *prueba prima facie*, o de primera apariencia, que es la que facilita la formación del convencimiento judicial, que permite traer la prueba necesaria de los principios prácticos de la vida y de experiencia; esto que naturalmente se deduce según el natural fluir de las cosas. Se trata, simplemente, de la calificada en el Derecho inglés de *prima facie evidence*, según cuyos principios era posible la formación de una prueba

---

(1) Cfr. Pistolese, «La prova civile per presunzione e le C. d. massime di esperienza». (1935). Siegrist ob. cit. págs. 121 y ss.

sobre la base de circunstancias ostensibles, fácilmente perceptibles con carácter general (1).

El principio fué introducido en la doctrina alemana por *Rümelin*, que le dedicó un estudio completo en relación con el proceso de resarcimiento del daño, considerándola primeramente como un medio para alcanzar la prueba de un nexo causal entre el resultado y la culpa, basando la presunción de culpabilidad en que la experiencia de la vida indica que un determinado resultado dañoso debe atribuirse a culpa del autor (2).

Pero el gran fervor que encontró este principio en la aplicación práctica debe atribuirse especialmente al hecho de que muchas veces, intentada la acción de resarcimiento de daño, la pretensión debía ser rechazada por no ser posible alcanzar no solo una prueba exhaustiva, sino ni siquiera un conjunto de indicios tales que permitieran al juez obtener el convencimiento preciso. Por ello se consideraba como suficiente que el actor demostrara la existencia de un hecho dañoso, para que pudiera presumirse, según la experiencia, que había sido debido a culpa de la gente, ya que a cargo de este último nacía una presunción de culpa, que un tanto liberaba al demandante de la carga normal de la prueba, permitía al magistrado considerar *prima facie probada* la existencia de la culpa, sin perjuicio de la prueba en contrario que pudiera aportarse por el demandado.

Estos principios se mantuvieron por la Jurisprudencia alemana en relación al proceso civil; pero la doctrina fué unánime en proclamar que el juez, para admitir una prueba *prima facie*, debe vencerse también de que en el caso concreto la experiencia puede considerarse suficiente para explicar el acontecimiento ocurrido, y no ha de pretender aplicar un principio autónomo del Derecho

---

(1) Pistolese. Ob. cit. pág. 11 y bibliografía allí citada. Cfr. Riv. pen. 1932 págs. 403 y ss.

(2) *Rümelin* en *Archiv für civilistische Praxis*. 90. Págs. 293 y en *Juristische Wochenschrift* (1904) Pág. 408. *Rabel* en *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht* vol. 12, págs. 428 y ss.

que fuera independiente del convencimiento judicial. Se trata de un postulado admisible solo en tanto la experiencia se considerará satisfactoria para dar una explicación del acontecimiento que los normales medios instructorios no puedan dar, por la dificultad de observación del supuesto concreto. Por esta razón, la prueba *prima facie* se considera en relación a la experiencia en estricta dependencia con ella, ya que el convencimiento judicial hace surgir la presunción, precisamente en homenaje a aquel resultado del conocimiento del juzgador por su experiencia personal y no se distinguirá de las presunciones normales más que por la diversa fuente y distinto valor que le atribuye el convencimiento judicial (1).

La prueba *prima facie*, pues, se alcanza interpretando el supuesto del hecho a decidir a través de la experiencia y lo que ocurre en la vida según el normal desenvolvimiento de las cosas. Y por ello, para poder dar una exacta noción de este tipo de prueba, es indispensable examinar el concepto e importancia jurídica de las llamadas *máximas de experiencia*, que consisten en aquellos juicios fundados sobre la observación de cuanto comunmente acontece y que por ello pueden formarse abstractamente en cada persona, por medio de un razonamiento intelectual.

Las *máximas de experiencia* son normas de interés general, independientes del caso específico; no forman objeto del convencimiento en un proceso singular; no consisten en normas abstractas que se aplican sin más a un caso concreto por el solo hecho de su existencia, pero contribuyen eficazmente a la formación de la persuasión judicial y pueden ser aplicadas al caso controvertido, en tanto el juez aparecerá persuadido de que aquel caso singular entra en la vasta categoría de acontecimientos que han dado origen al principio mismo. (2)

La admisibilidad de las *máximas de experiencia* en el Derecho ale-

---

(1) Cfr. Rosemberg, «Beweislast». (1923). Pág. 216.

(2) Cfr. Stein, «Das Private Wissens des Richters» (1893) que influencia el punto de vista de Pistolesse. Ob. cit. págs. 24 y ss.

mán no puede naturalmente trasplantarse de un modo absoluto a nuestro Derecho, dados los principios distintos que informan en ocasiones ambos procesos, pero no obstante, la utilización judicial de las máximas de experiencia puede ser tolerada en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto se demuestre que el juez no viola ninguno de los cánones fundamentales de los principios reguladores del proceso, y sobre todo, habida cuenta de que la conciencia, que es lo que hay que satisfacer en definitiva en el proceso penal, pueda naturalmente sentirse absolutamente conforme en orden a una decisión. Cuando los hechos resultan de una conclusión que tiene sus premisas en un convencimiento basado en la experiencia, la generalidad del precepto legal que permite al juez, en el proceso penal, una valoración libre de las pruebas, no permite oponerse a la admisibilidad de las máximas de experiencia, con fundamento en principios que pertenecen más bien al proceso civil que al penal. Sin embargo, si la Ley permite que el convencimiento puede formarse por la cooperación de esta experiencia del juzgador, no olvidemos que impone «la valoración de las pruebas practicadas en el juicio», y por ello, conforme al espíritu y la letra de esta disposición, tienen plena vigencia aquellos principios que impiden obtener el convencimiento de elementos ajenos al material probatorio.

La experiencia vale para la valoración de las pruebas, como, por ejemplo, para la credibilidad de un testigo, la estimación de un dictamen pericial, la interpretación de una actitud, de una huella o de un dato que el juez percibe *de visu* a través de la inspección ocular, pero cuidando que no se trate de una experiencia personal que puede ser errónea, y teniendo siempre en cuenta las conclusiones científicas, porque de lo contrario la decisión se asentaría sobre el instinto o la intuición, a los que no es ajeno el acervo experimental de quien ha de juzgar. La solución, naturalmente, es distinta desde el punto de vista del proceso civil, sometido a prin-

cipios que por lo menos desde el punto de vista de nuestro Derecho constituido no pueden ser sobrepasados. (1)

El conocimiento privado del juez y su experiencia vienen a romper el principio de que el conjunto o conclusión de lo actuado en el juicio oral es la única fuente de conocimiento, pero solamente en lo que se refiere a la notoriedad. Y no se puede decir que la ciencia o conocimiento privado del juez sea absolutamente incontrolable, pues esta expresión es inexacta, ya que el juzgador debe eliminar, como expuso *Alsberg* frente al criterio de *Stein*, todo aquello que particularmente conoce, e incluso aquel conocimiento de los hechos que haya llegado a él por conducto oficial, pero fuera de los cauces del proceso. (2) Las máximas de experiencia solo tienen valor en cuanto hayan alcanzado aquel carácter de generalidad que elimina cualquier particular consideración. De lo contrario se contradiría el imperativo legal de la valoración de la prueba y se introduciría un auténtico arbitrio, que haría inútil cualquier regla científica de valoración probatoria. Todo ello sin desdeñar las consecuencias de la llamada notoriedad, que presenta las dos formas de notoriedad judicial y notoriedad general, referida la primera a lo que el juez conoce por razón de la función y la segunda a lo que se refiere a la cuestión conocida universalmente, sin contradicción. (3)

Como conclusión podemos establecer que el juez debe forjar su convicción a base del material probatorio presente en el proceso, con carácter exclusivo; que debe y puede hacerlo revivir mentalmente en su espíritu, hasta llegar a una síntesis completa por incorporación de la propia personalidad, y que debe exponer y motivar las razones de su apreciación, debiendo considerarse nula

---

(1) Aunque en este tipo de proceso exista el principio del libre convencimiento limitado por la supervivencia de presunciones jurídicas, reminiscencias de la prueba legal y cargas procesales probatorias.

(2) *Alsberg*, ob. cit. pág. 82.

(3) *Alsberg*, ob. cit. págs. 84 y ss.

aquella sentencia en la cual falte este requisito. Esta es, por lo menos, una aspiración doctrinal que deberá ser tenida en cuenta.

Añadiremos que también es permitido utilizar la notoriedad dentro de los límites propios que este concepto implica y las máximas de experiencia cuando lleguen a adquirir aquel carácter de generalidad que hace considerarlas admisibles sin contradicción.

### VIII

El criterio moderno que informa la decisión en el proceso penal es el del libre convencimiento, por el cual el juez debe examinar y apreciar la prueba desde el plano de su raciocinio y sus conocimientos. El juez, por la preparación intelectual y moral que se le supone, por la situación de objetividad en que aparece colocado, por las garantías de la contradicción y de publicidad, se le considera exactamente como noble exaltación de los valores espirituales de la sociedad, que le confía la tutela de sus derechos. Por eso la prueba tiende principalmente a persuadir al juez, proporcionándole un libre convencimiento, radicando en esto la diferencia entre el viejo sistema de la prueba legal y el proceso penal moderno, entendiéndose que para formarlo ha de tener en cuenta todos los elementos que sean pertinentes y relevantes para motivarlo.

Pero la duda es una realidad psicológica innegable. Se ha hablado de que se trata de un tormento, asegurándose también que en las reacciones del estado psíquico de quien duda, se reconoce la virtud del juzgador. En un espíritu privado de energía, incapaz de construir, la duda es un ácido corrosivo que destruye irremediablemente, sin recuperación posible los valores esenciales de la vida; pero en un espíritu sano y constructivo, constituye la sana premisa crítica a la que el espíritu debe el progreso. Esta concepción de la duda como instrumento constructivo o destructivo, según el ánimo de quien juzgue, debe estar siempre presente en el juez para guiar y estimular su actividad en el pro-

ceso. Por ello no son mejores los jueces que se aquietan con la fórmula de la insuficiencia de pruebas, como los que buscan soluciones salomónicas, ideales, o se someten a una pasiva inactividad, repitiendo el gesto de Pilatos como negación fundamental de su función.

No debe olvidarse nunca que el Estado no sucumbe jamás en el proceso penal, máxima que no debe perder de vista el Fiscal, para no encariñarse excesivamente con su tesis. Pero si esto es verdad, también lo es que el Estado corre el riesgo de sucumbir cuando falla el primordial objetivo, por defectos en la investigación, que es el descubrimiento de la verdad, sin el cual, la decisión ofrece el peligro de no aparecer conforme al Derecho material (1).

El haber constatado que la duda es una realidad con la cual hay que contar, el haber demostrado cuál es el terreno donde puede germinar, no significa exaltar la duda como tal, ni menos una invitación a dudar, si no poner de relieve los riesgos de los errores judiciales. También un buen juez puede fracasar en un problema humanamente insoluble, como un buen médico puede aparecer impotente para salvar una vida; pero no es digno juez quien frente a la imposible proclamación de la verdad no prueba esta imposibilidad con la misma angustiada insatisfacción que el médico digno se encuentra ante la muerte. Y en esta tortura íntima, y en esta insatisfacción, que encuentra compensación solo en la conciencia de haber hecho todo lo posible, así como en la humildad de que las criaturas humanas deben dar prueba frente al misterio del Infinito, residen los sentimientos que ennoblecen la excelsa misión de juzgar.

---

(1) Saraceno. ob. cit. pág. 338, frente al criterio de Paoli.