

# **LAS NORMAS DE GARANTÍA Y EL DERECHO PENAL**

GLENDAL. VIDARTE DE SÁNCHEZ DANSEY<sup>1</sup>

## **Introducción**

El derecho penal es una modalidad de control social, cuya característica particular es la formalización, lo cual significa básicamente que las actividades que se llevan a cabo en sus campos de operatividad concreta es controlable, previsible y vinculada a principios o criterios establecidos por normas.

La formalización es muy importante para quienes deben intervenir en un conflicto pues permite su orientación, la selección de estrategias sobre la base de las posibles acciones a seguir, el distanciamiento entre autores y víctimas y la consiguiente reducción de emotividad, la protección del más débil y las opciones más eficientes y racionales para la elaboración del conflicto generado por el delito.

Además, la formalización integra toda cultura y configura las formas institucionalizadas y admitidas de socialización. Su aprendizaje se lleva a cabo a través de la internalización de mandatos como los de cortesía, moderación, consideración y juego limpio (*fair play*) para actuar en determinadas situaciones conflictivas. Actuar dentro de los parámetros de la formalización asegura reglas claras, no solo respecto de intervenciones concretas, sino también de sus modalidades, tiempos y consecuencias.

Dicho en otros términos, se conoce de antemano lo que ocurrirá, de manera de prever adecuadamente los pasos a seguir.

Por otro lado, siendo la formalización un aspecto inescindible del debido proceso legal, corresponde ubicarla sistemáticamente dentro del conjunto de

<sup>1</sup> Abogada. Profesora adjunta de Derecho Penal. Parte general. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Especialista en Derecho Penal. Magíster en Epistemología y Metodología de la investigación científica.

principios, garantías y derechos de rango constitucional, vinculadas al derecho penal. Se parte así de la base que existen ciertas normas constitucionales que delimitan por un lado y configuran, por otro, al derecho penal, aquí entendido de manera integral, esto es, como derecho penal de fondo y como derecho penal de forma (o procesal penal, o realizador del derecho penal).

Por ello, la necesidad de ubicar dos clases de garantías, principios y derechos, siempre dentro de los llamados genéricamente derechos individuales, conforme su ámbito de influencia sea el derecho penal de fondo o el derecho penal de forma y también, de acuerdo a la dirección de tales normativas, hacia el legislador y hacia el juez penal.

Finalmente, y no menos importante, la labor del juez como intérprete de la ley para su aplicación a un caso concreto y en el marco de un proceso penal debe conjugar ambos aspectos, esto es, el examen de validez formal y material de la ley de fondo y la observancia de los derechos individuales. Por ello, ambos conjuntos de principios constitucionales no pueden sino ser comprendidos de manera integral dentro del sistema de derecho penal.

### **1. Garantías individuales y garantías sociales<sup>2</sup>**

Corresponde partir de la base que existen dos clases de garantías en nuestro sistema constitucional, entendido éste no solo comprendido por las normas contenidas en la Constitución Nacional, sino también por aquellas que ingresan al mismo por la vía del art. 75, inc. 22 de ésta, contenidas en pactos y tratados supranacionales.<sup>3</sup>

Básicamente, pueden distinguirse entre garantías o derechos individuales a aquellos que son plenamente operativos durante el proceso penal, aunque están vinculados a dos de los procesos de definición más relevantes: el de la definición de las conductas conminadas con una pena que tienen lugar en el ámbito de la política criminal emanada del Poder legislativo y el de la defini-

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, 1999, Barcelona. Esta clasificación de las garantías es la propuesta por este autor.

<sup>3</sup> Los más relevantes para nuestro campo son la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, el Pacto de derechos civiles y políticos.

ción de determinadas personas como autoras de esas conductas, en el ámbito del Poder Judicial.

Por cuestiones metodológicas es necesario distinguir unas de otras y abordar su conceptualización por separado. Así, consideraremos en primer término aquellos principios que hacen a los límites y la configuración del derecho penal de fondo, para luego abordar aquellos que cumplen la misma función respecto del derecho penal de forma.

Por otra parte, no es preciso ingresar aquí al ámbito de las garantías sociales que, en caso de colisión con garantías individuales, deben ceder por encontrarse en un nivel jerárquicamente inferior respecto de éstas últimas.

Sin embargo, para definir adecuadamente ambos conjuntos de garantías, es necesario destacar que las llamadas sociales (o positivas)<sup>4</sup> establecen deberes concretos del Estado de asegurar determinados derechos y prestaciones, a saber, la educación, la salud, la seguridad social y el trabajo, el acceso a la vivienda digna, la alimentación, así como la administración de justicia, entre otros, para todos los ciudadanos. Esto es, imponen al Estado el deber de obrar positivamente en pos del aseguramiento de tales objetivos.

Las garantías individuales pueden ser, a su vez, separadas en dos grupos: a. aquellas que imponen al Estado el deber de asegurar determinados derechos individuales como la vida, la integridad personal, la libertad, la identidad, por nombrar solo algunos, que tienen un alcance general debido a que la protección estatal de tales derechos debe alcanzar a todos los ciudadanos y el Estado de obrar positivamente para lograrlo; y b. las que imponen al Estado el deber de organizar el ejercicio de la pretensión punitiva de acuerdo a ciertas pautas y el deber de abstención de vulnerar derechos de la persona sometida a persecución penal. Significa que el Estado queda sujeto a determinados límites muy claros para definir la clase de proceso penal que instaura y para actuar en ese marco.

Las que serán desarrolladas en este estudio son las mencionadas en último término y en sus dos clases, aquellas que hacen al derecho penal de fondo y las que operan en el derecho penal de forma.

<sup>4</sup>Ferrajoli, L., obra citada.

## **2. Principios, garantías y derechos constitucionales, configuradores y delimitadores del sistema de derecho penal**

### ***2.1. Las pautas básicas***

Es preciso aquí comenzar por el análisis de las normas constitucionales configuradoras y delimitadoras del sistema penal, que consisten en mandatos y prohibiciones que inciden sobre el derecho penal de fondo. No obstante, es necesario enunciar previamente ciertos principios y garantías con alcance genérico y determinantes en la hermenéutica constitucional y, por lo tanto, en la interpretación de las demás normas. Es así que éstas operan como metaprincipios o metanormas a los efectos de proveer de ciertas claves y pautas para resolver conflictos entre normas de garantía del mismo nivel, o entre normas de garantía y leyes.

En ese sentido, debemos considerar metanormas a la igualdad ante la ley, la prohibición de alterar reglamentariamente el ejercicio de principios, garantías y derechos constitucionales y la aceptación de principios implícitos, no enumerados.

**a. La igualdad ante la ley** (arts. 16 CN, 1,2 (1) y 7 de la DUDH, 24 CADH y 26 del PIDCyP) implica no solamente la prohibición de discriminación en sentido negativo, sino también en sentido positivo, el **respeto por la dignidad de la persona** (arts. 18 CN, 1 de la DUDH, 10 (1) del PIDCyP y 5 (2) CADH), y el aseguramiento de que las personas reciban igual tratamiento ante circunstancias análogas. De aquí surgen, por lo tanto, los **principios de tolerancia y de respeto a la dignidad humana**, como mandatos al legislador penal.

**b. La prohibición de alterar reglamentariamente el ejercicio de principios, garantías y derechos constitucionales** (arts. 28 CN y 29 CADH). Como surge claramente de este principio, queda vedado al legislador (no solo en materia penal), crear leyes por las cuales se restrinja o se modifique de algún modo aquellas pautas valorativas establecidas en los textos constitucionales. Esto lleva a revisar la constitucionalidad de las leyes, a partir de establecer relaciones de correspondencia y de contradicción de éstas con las normas constitucionales.

**c. La aceptación de principios implícitos o no enumerados, por ejemplo, la esencia de la democracia, la dignidad, la seguridad, entre otros (arts. 33 CN).** Se trata aquí de integrar como derechos fundamentales a aquellos que no han sido establecidos concretamente en los textos constitucionales tanto nacionales como supranacionales, aunque por sus características intrínsecas configuran pautas ineludibles en la interpretación de las leyes y del derecho.

Se pueden incluir en esta norma a los principios generales del derecho, con independencia de su reconocimiento normativo o no, tales como<sup>5</sup>: c.1. el principio por el cual a cada quien se le debe garantizar lo suyo o *suum cuique tribuere*, del que surge que las personas tienen el derecho de conducir sus vidas “conforme sus inclinaciones”; c.2. el deber de asistencia, que surge del mandato bíblico en su forma positiva y negativa de hacer por los demás lo que uno quisiera que hicieran por uno y de abstenerse de hacer a los otros lo que no se desea para uno; c.3. el principio de autonomía y de dignidad humana que se extrae del imperativo categórico kantiano de obrar de acuerdo a máximas que puede desearse se conviertan en leyes generales, y de tal manera de considerar a la humanidad en la propia persona, partiendo de la idea de la persona como fin en sí mismo y nunca como medio; c.4. la protección de las minorías a través del principio del juego limpio, de John Rawls, de forma que todos participen por igual de ventajas y desventajas; c.5. el principio de responsabilidad vinculado a la ética de la ecología y del futuro y c.6. el principio de tolerancia (Arthur Kaufmann) que conforma una especie de utilitarismo negativo, consistente en respetar la vida de todos por igual y de la máxima disminución de la miseria.

A estos principios, pueden agregarse aquellos que Ronald Dworkin ha señalado<sup>6</sup>: la justicia, la imparcialidad y el arreglo al Estado de derecho, que son jurídicamente vinculantes para los tres poderes estatales, el legislativo, el judicial y el ejecutivo. Y también los postulados por Karl Larenz, como: *pacta sum servanda*, buena fe, principio de culpa, principio de igualdad de trato y principio de proporcionalidad, entre otros.

<sup>5</sup> Kaufmann, Arthur— “Filosofía del derecho”, págs. 338 y ss., Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogotá.

<sup>6</sup> Dworkin, Ronald— “Los derechos en serio”, Planeta-Agostini, 1993, Barcelona.

De esta breve reseña de algunos de los principios generales del derecho se puede concluir que existen diversas pautas valorativas fundamentales en la interpretación de la ley y el derecho que no siempre están contenidos en los textos constitucionales y que, sin embargo, son de aplicación ineludible, en especial ante colisión entre normas de igual o diferente jerarquía, siendo a esto a lo que se refiere la norma del art. 33 de la C.N.

## **2.2. Los principios constitucionales aplicables al derecho penal de fondo**

En este orden son tres los principios fundamentales, de los que se desprenden otros, por lo que se examinarán por separado.

**2.2.1. El principio de legalidad**, que se puede expresar en la máxima "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" y está contenido en el art. 18 de la CN. Implica que la ley que determina la criminalización de una conducta debe haber existido con anterioridad al hecho, por el cual el autor debe ser sometido a proceso penal. Dicha ley previa debe, además, haber cumplimentado con requisitos tales como la determinación de la conducta conminada con la pena y la determinación de la clase de pena y de su monto, pues de lo contrario no sería una ley válida y no podría ser considerada ley previa en el sentido de este principio.<sup>7</sup>

Son cuatro las exigencias que se extraen del principio de legalidad:

**a. *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*** que se traduce en la prohibición de la analogía, no solo respecto a la conducta, que debe estar específicamente descrita en el tipo penal, sino también a las consecuencias penales. La proscripción de la analogía en el derecho penal está vinculada a la seguridad jurídica, en el sentido que no se habilita la posibilidad de ampliar el alcance de los tipos penales respectivos y de las reglas generales del derecho penal por vía de la interpretación judicial. La única excepción a este requerimiento está dada por la analogía *in bonam partem*, que permitiría resolver en sentido favorable al imputado a través de una interpretación de tal naturaleza.

<sup>7</sup> El mismo principio se encuentra en el art. 11 de la DUDH (Declaración Universal de los Derechos del Hombre), en el 14 y el 15 (1) del PIDCyP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en el 9 de la CADH (Convención Americana de Derechos Humanos).

**b. *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*** que es la prohibición de aplicar el derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena. Las leyes penales deben haber sido dictadas de conformidad a las reglas preestablecidas en la Constitución y por los órganos allí especificados, siendo esta su condición necesaria de validez.

**c. *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*** consistente en la prohibición de retroactividad de la ley penal, no solo aplicable a la criminalización de una conducta determinada, sino también a la clase de pena más grave, o la agravante de la pena de la misma clase que la prevista. También aquí existe la excepción prevista en el mismo sistema constitucional que dispone la consideración de la aplicación de la ley más benigna para el imputado, con prescindencia de su aplicación retroactiva o ultraactiva.

**d. *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*** es la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas. La certeza en la descripción de la conducta definida como delito implica no solamente la expresión clara y sin ambigüedades ni términos de difícil comprensión de tal conducta, sino que además deben quedar establecidos los límites de tales comportamientos. Dicho en otros términos, debe procurarse que los tipos queden cerrados, o bien que puedan serlo con arreglo a pautas objetivas y generales, que limiten el arbitrio judicial al momento de la aplicación de la ley al caso concreto. La certeza es una exigencia también en el marco de la sanción, pues ésta deberá establecerse definiendo su mínimo y su máximo, así como la clase de pena de que se trate.

Tanto la prohibición de la analogía como la de operar con base en el derecho consuetudinario y la exigencia de la ley preexistente al hecho y al proceso son mandatos y prohibiciones claramente dirigidas al juez, que es quien tiene en sus manos la posibilidad de aplicar la ley al hecho y su autor. La exigencia de la certeza en el texto legal está dirigida al legislador y conforma uno de los límites más específicos, estando la cuestión vinculada al concepto y exigencias en torno al bien jurídico.

**2.2.2. El principio de reserva** fundado en la máxima "*cogitationes nemo patitur*", que se puede traducir en "los pensamientos no se penan" y está en el art. 19 de la CN, tiene dos interpretaciones. Por un lado aquella relativa a dejar fuera de la respuesta punitiva estatal, las acciones privadas de los hombres que

no perjudiquen a un tercero o sus derechos, consagrando así la exigencia de que todo delito se establezca a partir de una heterolesión y de que no puedan perseguirse penalmente las opiniones, las creencias religiosas, las ideologías o las elecciones de vida o los distintos tipos de personalidad, con lo cual se está dentro de un modelo de **derecho penal de hecho** (solo son punibles las acciones de las personas, que tengan incidencia perjudicial sobre terceros) y en contra de un **derecho penal de autor** (en el que son punibles la forma de ser de cada uno, las opiniones, la personalidad).

La otra consecuencia del principio de reserva es el llamado **principio de la autonomía, o de la autonomía ética de la voluntad**, que significa que el Estado no debe imponer a las personas una determinada moral, o una determinada forma de ser, sobre la base que solamente pueden pensarse las acciones y que aquellas acciones que no están concretamente conminadas con una pena, se encuentran dentro del ámbito de libertad del sujeto, pudiendo éste elegir como comportarse.

De este principio surgen mandatos y prohibiciones específicas para el legislador, configurados por los principios de **lesividad, exterioridad, necesidad, mínima injerencia, in dubio pro libertatis y subsidiariedad**. Estos requerimientos dirigidos al legislador están vinculados a la cuestión del bien jurídico, en el sentido que no cualquier derecho o interés puede ser elevado a la categoría de bien jurídico, por la vía de la protección penal del mismo. Algunos de los requisitos esenciales que deben reunirse son que se trate de conductas, quedando así excluidos los pensamientos, ideologías, tendencias internas, entre otros; que estas conductas sean lesivas para terceros y que la relevancia de esa lesión sea de cierta magnitud y que requiera la intervención del poder punitivo estatal.<sup>8</sup>

El principio de lesividad (*nullum crimen sine injuria*) exige que la conducta se traduzca en una lesión a terceros, quedando fuera del ámbito penal las autolesiones y aquellas conductas que no configuran un perjuicio para bien alguno. Se evitan así las conminaciones penales arbitrarias. El principio de exterioridad (*nullum crimen sine actione*) consiste en la exigencia de un comienzo de ejecución del ilícito, estos es, que se haya iniciado su comisión en la realidad, quedando excluido lo que está aún en el ámbito interno del au-

<sup>8</sup> Roxin, Claus— "Derecho penal. Parte general. Fundamentos" I, 1996, Civitas, Madrid.

tor. El principio de necesidad está vinculado a la idea del derecho penal como *ultima ratio*, al igual que los de mínima injerencia y de subsidiariedad. Esto significa que una conducta puede ser definida como delito, si y solo si no hay en el ordenamiento jurídico otro mecanismo por el cual pueda ser sancionada o neutralizada en otros campos. Por ejemplo, si para una determinada clase de conducta puede encontrarse mejor respuesta en el ámbito del derecho administrativo o comercial o laboral, no debe recurrirse al derecho penal. La necesidad implica que solo la respuesta punitiva es la adecuada para una determinada clase de conflicto, de conformidad a las expectativas sociales imperantes.

El principio de mínima injerencia alude a que debe reservarse el derecho penal solo para aquellas cuestiones que no pueden encontrar respuesta en otras áreas del sistema jurídico. El principio del *in dubio pro libertatis* es un mandato al legislador de abstenerse de criminalizar una conducta si existe duda acerca de la necesidad de su definición como delito y el principio de subsidiariedad es el que caracteriza al derecho penal como una opción última, en el sentido de recurrirse a la respuesta punitiva solo como un recurso alternativo.

**2.2.3. El principio de culpabilidad (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*)** consiste en el presupuesto o condición de posibilidad para la aplicación de una sanción penal y exige que el autor haya conocido o haya tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida y se extrae del art. 18 de la CN. Presupone solo el conocimiento del injusto, no de la pena, por lo que está vinculado al principio de legalidad. La idea de que cada quien responde en la medida de su responsabilidad en el hecho conforma este principio, cuya consecuencia es el **principio de proporcionalidad de la pena**, adecuada a la culpabilidad, así como la **prohibición de la responsabilidad objetiva** y la exigencia de la comprobación de la responsabilidad del autor como presupuesto de la misma.

La responsabilidad objetiva queda vedada en el derecho penal, debido a que cada persona debe responder solo en la medida de su aporte concreto a un hecho, es decir, quien no actuó no responde penalmente, aún cuando el ilícito se hubiera cometido con un elemento o en un ámbito de su propiedad o competencia.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena corresponde destacar que las sanciones deben guardar relación no solo con el aporte del autor al hecho, sino también con la gravedad de la afectación del bien jurídico involucrado. Las sanciones excesivas en su monto o clase en relación con el daño, o la indiferenciación conforme al grado de desarrollo de los aportes, tornan irracionales las penas.

### ***2.3. Los principios constitucionales que operan en el ámbito del derecho penal de forma***

A la par que los principios mencionados precedentemente, que operan como mandatos tanto para el legislador como para el juez, contamos con un conjunto de derechos o garantías individuales que encuentran su campo de aplicación en el proceso penal. Siendo el derecho procesal penal una dimensión del derecho penal y realizador de éste, los principios y garantías de este ámbito deben ser tratados integralmente con las que hacen al derecho penal de fondo.

Las primeras configuran las condiciones que hacen a la validez formal y material de las leyes penales de fondo y las que trataremos en este apartado establecen las pautas que hacen a la validez material de las disposiciones legales que regulan el enjuiciamiento concreto de personas y a la validez formal y material de las decisiones judiciales en la materia, entendidas éstas como normas particulares.

Se reconocen dos principios centrales que son el debido proceso legal y la defensa en juicio, de los que surgen otras garantías, principios y derechos.

**a. El debido proceso penal implica la formalización** en los diversos actos del proceso, así como la **oralidad**, la **inmediación** y la **publicidad del juicio penal**. La idea del debido proceso está vinculada al principio de legalidad procesal y requiere que sean respetados no solo la defensa en juicio, sino también las demás pautas valorativas que surgen de ella. De allí que la afectación de alguno de tales principios, culmina finalmente y por carácter transitivo, vulnerando el debido proceso legal. Se extrae del art. 18 de la CN.

**b. El derecho de defensa en juicio** consiste en el derecho a ejercer la defensa material por parte del imputado; a contar con defensa técnica; el derecho a ser oído, a ser llevado ante el juez competente, a recurrir a otras instancias, a contar con un intérprete, a ofrecer pruebas y a controlar su producción e incorporación, a ser juzgado dentro de un plazo razonable, entre otros. El concepto de defensa en juicio es complejo en tanto incluye diversas formas de ejercerla y está vinculada a diferentes actividades en el marco del proceso penal, y a la vez, es uno de los pilares del debido proceso legal. Este derecho ha sido ampliamente receptado no sólo por el art. 18 de la CN, sino también por el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), los arts. 9 (3) y 14 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), los arts. 7 (4, 5, 6) y 8 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y los arts. XVIII y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH).

**c. La garantía orgánica del juez natural**, imparcial e independiente no solo está vinculada a la predeterminación legal y formal de las reglas de jurisdicción y competencia, que establece un mecanismo de intervención de los jueces basado en cuestiones temporales y materiales, sino que además implica la prohibición del juzgamiento por jueces especiales u organismos establecidos *ad hoc*. Garantizar una secuencia de intervención de los jueces así como las formas de apartamiento de los mismos bajo determinadas circunstancias, aseguran la imparcialidad del juzgador y establecen reglas de juego claras en torno a la intervención de estos en los casos concretos.

La independencia, por otra parte, está vinculada al origen de la selección y el nombramiento del juez respectivo, siendo que a mayor rigurosidad en el proceso de elección son mayores las posibilidades de que ese juez cuente con independencia y la mantenga a través del tiempo. La independencia aquí entendida específicamente en relación no solo a los otros poderes del Estado, sino también con ideas políticas, influencias de ciertos actores sociales o de la prensa. Esta garantía está en el art. 10 de la DUDH y en el XXVI de la DADyDH.

**d. La libertad individual** que por regla debe ser respetada y solo con carácter excepcional restringida, dentro de los límites estrictamente necesarios para asegurar que el proceso penal pueda tener lugar y se desarrolle con eficiencia. En los modelos procesales penales más modernos se admite la res-

tricción de la libertad cuando existiere peligro para la realización del proceso, tomándose como indicadores de ello la falta de domicilio del imputado en la jurisdicción del tribunal, la posibilidad de enfrentar una pena privativa de libertad de larga duración, así como la reiteración en las conductas delictivas, entre otros supuestos. Sin embargo, aún en esos casos, puede imponerse al imputado restricciones, tales como no ausentarse de la ciudad, de la provincia y del país sin autorización expresa de la autoridad judicial competente, para mantener su libertad, caucionada debidamente, durante el juicio. Está enunciada en el art. 18 de la CN, los arts. 3 y 9 de la DUDH, art. 9 (1 y 4) del PIDCyP, art. 7 (1, 2, 3) de la CADH y XXV de la DADyDH.

**e. La presunción de inocencia** también denominada estado jurídico de inocencia,<sup>9</sup> consistente en que el imputado por un delito, mientras no se haya dictado una sentencia que lo declare culpable y que dicha sentencia esté firme, debe ser tratado como si fuera inocente. En tal sentido, deben respetarse su derecho a la libertad individual y todos aquellos que operan plenamente para quien no esté sometido a juicio penal. Se establece expresamente en el art. 18 de la CN, el art. 14 (2) del PIDCyP, art. 8 (2) de la CADH y XXVI de la DADyDH.

**f. La protección del domicilio particular y profesional y de los papeles privados y demás comunicaciones** vinculada a la protección de la libertad individual, implica que solo bajo la excepción configurada por la orden de un juez competente, podrá la autoridad judicial tomar conocimiento de papeles privados y comunicaciones o ingresar al domicilio particular o profesional de una persona, en el marco de una investigación penal. La orden del juez competente debe estar debidamente fundada, para evitar la arbitrariedad en esa clase de intromisiones en el ámbito privado e íntimo de las personas. Está en el art. 18 de la CN, y art. IX de la DADyDH.

**g. La prohibición de obligar a alguien a autoincriminarse;** con la consecuencia de excluir la prueba ilegalmente producida o incorporada al proceso, lo que conocemos como la **exclusión de la prueba ilegal**. Se asegura de esta forma que la persona no sea conminada, mediante malos tratos físicos y/o psi-

<sup>9</sup>Maier, Julio. "Derecho Procesal penal. Fundamentos" I, págs. 490 y ss, 1999, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

cológicos, a declarar contra sí misma en el marco de una investigación penal. Deben discutirse en este ámbito las posibilidades de negociar, en el marco del juicio abreviado por ejemplo, que tiene el imputado, su defensor y el fiscal, ya que para que sea operativa esta forma alternativa de proceso penal se requiere que el imputado reconozca la existencia del hecho y su autoría en el mismo. Si bien el juicio abreviado se lleva adelante en el marco de la plena vigencia de las garantías individuales del imputado, no puede dejarse de considerar que no existiría paridad de fuerzas, al menos, no en un sentido absoluto.<sup>10</sup>

En lo que hace a la exclusión de la prueba ilegal, se trata de la recepción en un texto constitucional<sup>11</sup> de un instituto que ya había tenido reconocimiento jurisprudencial en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y cuya evolución puede encontrarse rigurosamente desarrollada en la obra de Alejandro Carrió.<sup>12</sup> Tal como este mismo autor expone allí, está fuera de toda discusión que esta garantía debe ser considerada tal, con rango constitucional, con independencia de su enumeración concreta en nuestra Constitución Nacional.

El concepto de la exclusión de la prueba ilegal y de aquellas que son su consecuencia, por aplicación de la doctrina del fruto del árbol venenoso<sup>13</sup> no solo está relacionado con la prohibición de obligar a alguien a autoincriminarse, sino también con el derecho de defensa en sí y, en ese ámbito, con las pautas para la producción en incorporación de las pruebas en el proceso penal.

La cuestión está también, por carácter transitivo y necesario, vinculada a la garantía de la formalización, en el sentido que se exigen determinados

<sup>10</sup> El juicio abreviado existe en el Chaco y consiste en un acuerdo previo, al que llegan el imputado asistido por su defensor y el representante del Ministerio Público fiscal, sobre la base de reconocer el imputado la existencia del hecho y su autoría, pactándose la calificación legal del mismo y la pena. Se realiza luego una audiencia de visu del juez con el imputado y su defensor y se dicta sentencia dentro de los cinco días hábiles posteriores, evitándose así el juicio oral y la producción de pruebas en el mismo.

<sup>11</sup> Por ejemplo, la Constitución de la Provincia del Chaco, en su art..., lo recepta específicamente.

<sup>12</sup> Carrió, Alejandro— “Garantías constitucionales en el proceso penal”, págs. 229 y ss., 2000, Hammurabi-DePalma, Buenos Aires, desde el caso “Charles Hermanos”, hasta “Montenegro”, “Fioerentino”, “Ruiz, Roque”, “daray”, “Rayford”, por nombrar solo algunos.

<sup>13</sup> Elaborada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el año 1920, en el caso “Silverthorne Lumber Co”.

mecanismos para la producción e incorporación de las pruebas al proceso penal y el incumplimiento o inobservancia de algunos de ellos, conducen a la ilegalidad de la prueba. Justamente es en este campo en el que la formalización se manifiesta como uno de los pilares del debido proceso legal. La prohibición de obligar a alguien a autoincriminarse está en el art. 18 de la CN, el art. 14 (3 y 9) del PIDCyP y art. 8 (2-g) de la CADH.

**h. El principio de la duda a favor del imputado** implica no solamente la consecuencia de que nadie puede ser condenado sin haber alcanzado el juzgador la certidumbre acerca de la existencia del hecho y de la autoría en el mismo, sino también que ante dos posibles interpretaciones de la norma a aplicar, el juez debe inclinarse por aquella menos gravosa para el imputado. La falta de certeza, generadora de duda, debe siempre operar en el sentido más favorable al imputado, sea que se trate de una decisión que pone fin al proceso, como una sentencia condenatoria, o de otra clase de decisión que se asume durante éste, por ejemplo, vinculada a la libertad del imputado o a la admisión de un determinado medio de prueba. El principio del *in dubio pro reo* adquiere mayor sentido al ser interpretado en congruencia con el estado jurídico de inocencia.

**i. El derecho a ser juzgado dentro de un tiempo razonable** es una exigencia que ingresa a nuestro sistema constitucional, en virtud de lo establecido en el art. 75, inc. 22 de la CN, al reconocer como de aplicación interna y plenamente operativas las normas de garantía contenidas en los diversos pactos y tratados del derecho constitucional supranacional. La CADH ha fijado como plazo razonable el de dos años (art. 8 -1- CADH) y el término se refiere al espacio temporal por el cual una persona está sometida a proceso pero sin juzgamiento, lo que significa, sin que su situación procesal haya quedado resuelta en un sentido o en otro. También se encuentran referencias al plazo razonable en el art. 14 (3, c) del PIDCyP y el art. XXV de la DADyDH.

El transcurso del tiempo sin que el imputado pueda contar con una sentencia definitiva coloca a la persona en una situación muy vulnerable, máxime si además se encuentra privada de su libertad, con lo cual la prisión preventiva se convierte en una pena anticipada y sin juicio previo.

La cuestión del plazo razonable también está vinculada al instituto de la prescripción de la acción penal (arts. 59, 62, 63, 64, 65 y 67 del Código Penal), que sanciona a la administración de justicia impidiéndole el ejercicio de la pretensión punitiva una vez transcurrida cierta cantidad de tiempo entre el momento del hecho y el estado del proceso. La consecuencia de este impedimento es la extinción de la acción penal que cierra definitivamente el proceso. Si bien los términos para que opere la prescripción de la acción penal difieren según la clase de pena que se trate y el monto de la misma, es evidente que uno de sus fundamentos ha sido evitar someter a proceso penal por tiempo indefinido a las personas.

**j. La prohibición del doble juzgamiento**, conocida como *ne bis in idem* o *non bis in idem*, garantiza que no se someta a nuevo proceso cuando coincidan la misma persona, el mismo hecho y la misma “causa petendi” o pretensión.<sup>14</sup> Se evita así que una persona que ya ha sido perseguida penalmente en relación con un hecho determinado, no pueda ser nuevamente sometida a persecución penal por el mismo hecho, lo que generaría inseguridad jurídica a la par de vulnerar el principio de la cosa juzgada. Se ha decepcionado este principio en el art. 14 (7) del PIDCyP y el art. 8 (4) de la CADH.

**k. El principio de congruencia** está vinculado y es una derivación del derecho de defensa, aunque por sus particularidades requiere un tratamiento por separado. Se trata de la relación de correspondencia que debe verificarse entre el contenido de la acusación y el hecho concreto en que se basa, por lo que se afectaría este principio toda vez que la acusación haya sido formulada sobre datos o circunstancias que no han sido consideradas en la relación del hecho imputado. Entran aquí en consideración cuestiones vinculadas a la forma en que se relata el hecho base de la acusación y la terminología utilizada. Además, se afecta el derecho de defensa cuando para describir el hecho objeto de la imputación, se utilizan conceptos jurídicos en vez de términos que aludan a cuestiones fácticas, por ejemplo, cuando se insertan en la relación del hecho palabras como “instigador” o “dolo”.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Ver más extensamente en Maier, Julio, obra citada.

<sup>15</sup> Sancinetti, Marcelo en “Análisis crítico del caso Cabezas”, I, 2000, Ad-Hoc, Buenos Aires y “La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación— Diálogos de seminario, a propósito del caso “Cabezas”, 2001, Ad-Hoc, Buenos Aires.

En estos casos, el principio de congruencia aparece afectado porque la inclusión de un concepto impide que aquel a quien está dirigida la imputación y a quien se debe hacer conocer el hecho que se le imputa pueda comprender el contenido de ésta y ejercer su defensa material adecuadamente.

**l. El principio de *reformatio in pejus*** es también una derivación del derecho de defensa y consiste en que no podrá imponerse en una segunda instancia al imputado condiciones más gravosas que las establecidas en la sentencia, cuando faltare un recurso acusatorio en ese sentido. Su pertenencia al ámbito de lo constitucional ha sido reconocido por la CSJN y sus consecuencias se traducen en que un tribunal superior no podrá modificar el contenido de la sentencia, absolutoria o condenatoria, que haya sido puesta a su examen mediante recurso, en aquellas cuestiones no planteadas por el acusador y que, de alguna manera, signifiquen una carga mayor para el imputado.

**m. La sentencia definitiva y el derecho a recurrir a una instancia superior** es una derivación del derecho de defensa y del debido proceso legal. La sentencia es la consecuencia necesaria de la actividad de las partes en el proceso, que pueden sintetizarse en la acusación, la prueba y la defensa. La acusación realiza la imputación basada en pruebas, que a su vez, conocidas por la defensa, pueden ser refutadas por ésta también mediante pruebas. La sentencia es la conclusión a la que arriba el juez luego de conocer la actividad de las partes y analizar las pruebas producidas por las mismas y es la forma de finalizar el proceso decidiendo acerca de la situación del imputado.

Una sentencia debe ser dictada dentro del plazo razonable y, además, debe haber examinado el cumplimiento de las pautas de formalización en las distintas actividades desarrolladas en el marco de la investigación y el juicio. Su contenido y el sentido de la decisión pueden ser examinadas por un tribunal superior, por lo que el derecho a recurrir a otra instancia integra el derecho de defensa del imputado, que se asegura no solamente estableciendo los supuestos bajo los cuales puede accederse a esa instancia sino además admitiendo cierta libertad en las formas de acceso. El derecho al recurso está en el art. 25 de la CADH.

**n. Las nulidades como garantía** es una cuestión que se relaciona con la formalización y con la observancia de los distintos principios, garantías y derechos constitucionales durante el proceso. Se trata de una sanción para los

órganos que tienen a su cargo la administración de justicia, consistente en la nulificación de actos cumplidos en infracción a las leyes o a las normas constitucionales. Se considera a las nulidades como una garantía en el sentido que integran el derecho de defensa y el debido proceso legal, siendo su función básica la de restaurar las formalidades prescriptas para el normal y adecuado desarrollo del proceso y neutralizar los efectos que la afectación de normas de garantía puedan tener en ese marco.

### **3. La validez de las leyes penales de fondo y de forma**

Establecidas las pautas valorativas y principios que surgen de los textos constitucionales, así como la admisión de la existencia de otros principios y derechos que deben ser reconocidos aún cuando no estén específicamente enunciados, es preciso ahora reflexionar sobre la validez de las leyes.

Está claro, además, la relevancia de esta cuestión en tanto la seguridad en los presupuestos y formas de control social, —siendo el derecho penal una forma de control social—, se logra a partir de la exigencia de observar determinados principios, garantías y derechos de orden constitucional. La condición necesaria, aunque no suficiente, para afianzar la confianza en el sistema jurídico penal es la de asegurar el máximo de eficiencia, sin renunciar a la racionalidad. La eficiencia en la persecución penal, como prevención general positiva que opera no solamente en el ámbito del derecho penal de fondo, sino también en el del derecho penal de forma, por un lado y la racionalidad que viene de la mano del respeto del sistema constitucional en su conjunto.<sup>16</sup>

La confianza en el sistema es la base de la motivación de la persona de obrar de conformidad al derecho, de reconocer el sistema normativo en su conjunto y que está estructurada sobre la comunicación por parte del Estado del reconocimiento de las normas.

Entonces, los jueces que son los últimos intérpretes de las normas tienen en sus manos la tarea no solo de aplicarlas a los casos concretos, sino también de realizar el examen de validez de las mismas, lo que va a generar seguridad jurídica y afianzar la confianza.

<sup>16</sup> Ver el tema en extenso en Ferrajoli, Luigi, obra citada.

La validez formal no requiere mayores procesos cognitivos, puesto que basta con confirmar la validez de origen de las leyes, es decir, si han sido dictadas por quienes tenían la facultad para hacerlo, lo cual está establecido en la Constitución Nacional y en las Provinciales.<sup>17</sup> Sin embargo, la validez de contenido de unas y otras leyes requiere un análisis relacionado con las normas constitucionales.

En el caso de las leyes penales de fondo, se debe establecer si han sido dictadas de acuerdo a los límites establecidos por los principios de legalidad (certeza), reserva (cuestión del bien jurídico, lesividad, necesidad, exterioridad) y culpabilidad (proporcionalidad de la pena, prohibición de responsabilidad objetiva), pues si se ha vulnerado alguna de esas pautas, la ley sería inconstitucional y no debería ser aplicada. En nuestro Código Penal existen varios ejemplos de leyes defectuosas en ese sentido, como el art. 210 que establece una pena gravosa para el que “tomare parte de una asociación o banda de tres o más personas (...) por el solo hecho de ser miembro de la asociación”. Se afecta aquí el principio de exterioridad en el sentido que se anticipa la respuesta punitiva a un momento anterior al comienzo de ejecución de un delito, es decir, a un acto preparatorio que aún está en el pensamiento del sujeto, afectándose también el principio de lesividad. En el mismo sentido, los arts. 213 bis y el 216, por nombrar solo algunos.

En el caso del art. 95, de lesiones u homicidio en riña o agresión, se habilita la imputación de esos resultados a quienes participaron de la riña o agresión, en una suerte de responsabilidad objetiva por el *in re illicita versare* con prescindencia del verdadero aporte de cada uno en el hecho.

También es discutible la constitucionalidad de las disposiciones contenidas en el art. 1° de la Ley 19.359 (Régimen penal cambiario) en tanto el bien jurídico protegido podría asegurarse mediante otra clase de medidas, por ejemplo, administrativas, lo que afecta los principios de necesidad, de mínima injerencia, el *in dubio pro libertatis* y de subsidiariedad. Lo mismo ocurre con la criminalización de las conductas descriptas en los arts. 132 y 142 de la Ley 19.945 (Código electoral nacional), y en el art. 864 de la Ley 22.415 (Delitos

<sup>17</sup> La única fuente de producción de las leyes penales de fondo es el Congreso Nacional, aunque los códigos procesales penales para la justicia ordinaria son dictados en las provincias.

aduaneros), máxime porque en este caso no se establecen montos mínimos a partir de los cuales podría ser admisible la persecución penal en vez de la administrativa. Si se tiene en cuenta que el bien jurídico protegido sería el patrimonio del Estado que se vería perjudicado por la evasión de los aforos e impuestos que deben abonarse y que la Ley penal tributaria (Ley 24.769) en su art. 1º, establece como condición objetiva para que opere la conminación penal que el monto evadido excediere la suma de cien mil pesos por cada tributo, es evidente que carece de proporcionalidad la pena establecida en el art. 864, de dos a ocho años de prisión sin hacer salvedad alguna.

Mención aparte merece el art. 14 de la Ley 23.737 (Estupefacientes) en tanto no solo se criminaliza una autolesión, afectando el principio de reserva, y consecuentemente los de lesividad, de necesidad, de mínima injerencia y de subsidiariedad, sino que además se ingresa en el ámbito de la intimidación, puesto que se pena la sola tenencia aún cuando sea una cantidad para consumo personal.

También existen leyes penales de fondo que afectan principios y garantías que hemos ubicado en el ámbito del derecho penal de forma, por ejemplo, el art. 268 (2) de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, que establece “el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo...”, que invierte la carga de la prueba afectando el estado jurídico de inocencia, el derecho de defensa y la prohibición de obligar a alguien a autoincriminarse.<sup>18</sup>

En definitiva, estos ejemplos deben ser tomados solo como casos paradigmáticos de afectación de principios constitucionales de diferente orden por parte de los legisladores, al criminalizar conductas. En los códigos procesales penales pueden encontrarse, en especial en los anteriores a las reformas de la última década, violaciones a principios constitucionales básicos como la libertad individual, el estado jurídico de inocencia, el debido proceso legal y la defensa en juicio, entre otros.

<sup>18</sup> Sancinetti, Marcelo, en “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público—art. 268 (2), C.P.—. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho, 1994, Ad-Hoc, Buenos Aires, ha desarrollado esta cuestión en profundidad.

Lo que queda así demostrado es la necesidad de examen de las leyes penales de fondo y de forma, al momento de su aplicación a casos concretos, de manera de determinar su validez no solo formal, sino fundamentalmente material, como tarea previa y esencial en manos del juzgador.

### **Conclusiones**

La comprensión hermenéutica del sistema constitucional, integrado con el sistema de leyes penales de fondo y de forma es uno de los pilares de la seguridad jurídica que debe caracterizar un Estado de Derecho. Esta posibilidad de analizar el contenido de las leyes vigentes, bajo la perspectiva constitucional hace a una aplicación racional del derecho y se convierte en un elemento indispensable en la construcción de la confianza en el sistema.

El afianzamiento de la confianza en el sistema jurídico es una de las condiciones de su efectividad dentro del concepto de prevención general positiva. Por otra parte, no existe mejor límite para el ejercicio del poder punitivo, que aquellos impuestos por las normas constitucionales, de manera tal que asumido el rol que cumple el sistema constitucional en relación con el sistema de derecho penal, no se requiere de otra clase de mecanismos para alcanzar los niveles adecuados y necesarios de racionalidad y eficiencia en el marco de la persecución penal.

Debe aquí considerarse además que, afianzar la confianza en el sistema jurídico trae aparejada una mayor cohesión en el cumplimiento de las normas, por un lado, y por otro, reafirma la validez de éstas. Justamente, el descartar por inconstitucionales normas que no cumplen con requisitos mínimos de validez de contenido, permite dar mayor fuerza a aquellas normas que han pasado con éxito dicho examen y éstas deben ser aplicadas y cumplidas sin excepción.