

## ***Principio de reserva y principio de legalidad***

### ***Su importancia para el Estado de Derecho***

Gonzalo Penna

El presente texto conforma el material para el estudio de los principios de reserva y de legalidad. La intención es permitir a los estudiantes del Ciclo Básico Común tener un acercamiento a los conceptos necesarios que posibiliten la posterior lectura de textos y jurisprudencia específica sobre el tema.

A modo de introducción es necesario decir que ambos principios son fundamentales para el ejercicio y resguardo de las libertades individuales. Conforman un bloque cuya finalidad es limitar el poder del Estado, principalmente en su faz punitiva.

Vale aclarar que la importancia de estas garantías para poner un límite a la arbitrariedad estatal es medular dentro de una sociedad democrática que respete las libertades de sus integrantes. Pero también es necesario decir que no debemos esconder bajo ideas igualitarias que son sólo formales (declaraciones de principios) una inmensa desigualdad material que puede visibilizarse sin hacer mucho esfuerzo a partir de las grandes desigualdades económicas, sociales y territoriales, que muchas veces se transforma en atropello y vulneración de distintas garantías (entre ellas penales).

### **I.- El *principio de reserva* y la posibilidad de elegir**

Como primera aproximación podríamos decir que el principio de reserva indica que todas las acciones que cada individuo realice según su plan de vida y no afecten a otras personas deben considerarse realizadas dentro del ámbito de libertad personal.

Por lo tanto, tales actos quedan a resguardo de la intervención de terceros o del mismo Estado.

El compromiso normativo con el principio de reserva, en el sistema jurídico argentino, se encuentra contemplado en el artículo 19 de la Constitución Nacional:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la

autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Puede analizarse este artículo con cierta facilidad cuando se presta atención a la afectación de terceros y el orden público. En el primer caso, la referencia a dañar (o potencialmente dañar) a otra persona hace aparecer al Estado como ente que debe intervenir para evitarlo.

En el caso del orden público, puede pensarse desde el vínculo existente en la vida en comunidad y las instituciones de un sistema democrático de gobierno, que no deben ser menoscabados. En caso de acciones que pueden afectar la convivencia democrática está justificada la intervención para evitarlo.

Sin embargo, se complejiza la interpretación de tal artículo para entender y encuadrar en una sociedad libre y democrática la idea de “moral pública”.

Se han dado explicaciones coherentes con la existencia de un Estado de Derecho que garantice la libertad de los individuos, y apueste a la progresividad en el reconocimiento de derechos. A continuación se presentan tales posiciones.

#### *1.a.- Moral intersubjetiva y acciones autorreferentes*

Esta interpretación entiende que es posible establecer dos conjuntos de acciones que refieren por un lado a una idea de moral *intersubjetiva*, y por otro a una *autorreferente*. La primera estará, como su nombre lo indica, vinculada con la relación entre sujetos, mientras que la segunda hace referencia a aquellas conductas relacionadas con la persona que las realiza (Nino, 1989).

Por lo tanto, la posibilidad de intervención por parte del Estado sólo podrá ser admitida ante casos vinculados con la *moral intersubjetiva*, es decir cuando la acción de un sujeto pueda afectar a otro sujeto.

Por el contrario, estaremos ante una *conducta autorreferente* en los casos que la acción realizada sea sobre la propia existencia. Si una conducta determinada tiene que ver con el plan de vida de la persona que la realiza y no hay afectación a terceros, no puede admitirse intervención alguna sobre la misma.

Como contracara a este principio hay que tener presente que si un Estado impone determinados planes de vida a los individuos será un *Estado Perfeccionista*, autoritario, que atentaría contra la libertad de elección y desarrollo personal.

### *I.b.- Moralidad como imperativo dirigido al Estado*

Desde otra interpretación, pero que puede considerarse complementaria, se ha dicho que el imperativo moral está dirigido hacia el Estado, que debe permitir las libertades y la posibilidad de elección por parte de las personas (Zaffaroni, 2000).

Es decir, si desde el Estado se impone una forma de ser, un plan de vida, a los/as ciudadanos/as, la degradación caería sobre el mismo Estado que no permitiría la realización de conductas que puedan ser consideradas incluso inmorales pero que no afecten a terceros.

La posibilidad de juzgar moralmente una conducta como buena o mala puede existir sólo en un mundo de libertad. Si ésta no es garantizada y por el contrario fueran impuestos ideales para las personas, nuevamente estaríamos ante un perfeccionismo que exigirían a los individuos una forma de ser.

Este hecho degradaría al propio Estado, convirtiéndolo en inmoral por no permitir que las personas puedan elegir cómo ser, qué hacer, qué pensar y en última instancia decidir sobre el tipo de vida que deseen llevar.

O dicho de otra manera, el Estado debe garantizar la libertad a tal punto que incluso aquellas acciones que puedan ser consideradas moralmente objetables (malas) por determinados grupos sociales, pero que no afecten los planes de vida de otras personas, deben quedar resguardadas.

Viceversa, será el Estado quien actúe de una manera moralmente objetable si en vez de permitir la libertad impusiera ideales de vida a ciudadanos y ciudadanas.

### *I.c.- Intimidad y privacidad*

Una última cuestión respecto del principio de reserva y su articulación con el artículo 19 de la Constitución Nacional es el vinculado con las categorías de *intimidad* y *privacidad*. Suelen utilizarse tales conceptos de manera indistinta, sin embargo poseen una dimensión diferente cada uno de ellos.

La idea de intimidad denota aquellas acciones, pensamientos, ideas, que deben quedar lejanas de las demás personas. Nadie tiene porqué saber, o exigir conocer, nuestras preferencias ideológicas, prácticas sexuales o elecciones televisivas.

Mientras que la privacidad –si bien también tiene que ver con elecciones del propio plan de vida– poseen una cercanía mayor con otras personas. Son aquellas acciones que se realizan en público, pero que siguen haciendo referencia a la persona que las realiza sin afectar a otros (como por ejemplo la forma de vestir).

Por ejemplo, puede pensarse lo *íntimo* como el derecho a guardar como un secreto inaccesible las razones y simpatías por las cuales votamos a determinado/a candidato/a. Y como *privado* la exposición pública de esos motivos y prestarlos para el debate.

En ninguna de las dos situaciones mencionadas puede haber intervención del Estado, o terceros, que las impidan. Puede verse el doble juego de ser acciones que por un lado están vinculadas con elecciones personales, y por otro que a su vez no afectan a terceros.

En consecuencia, una interpretación realizada desde el paradigma del Estado de Derecho liberal (vinculado con las libertades individuales, y no necesariamente con las económicas) debe buscar la realización de los planes de vida de los individuos, evitando el perfeccionismo.

Además, un Estado perfeccionista –en el esquema planteado– no hará otra cosa que llevar el paradigma de las libertades a la degradación. Por lo tanto, el imperativo de moralidad está dirigido hacia él mismo.

Así, el principio de reserva permite dejar al resguardo de cualquier tipo de intervención las acciones, elecciones, preferencias, etcétera, sobre la propia existencia que no afecten a terceros.

## **II.- El *principio de legalidad* como límite a la actuación del Estado**

Un primer acercamiento al *principio de legalidad* indica que para el desarrollo de las actividades del Estado es necesario que una norma lo habilite a tales fines. Sin embargo aquí será analizado en su relación con la normativa penal de fondo<sup>1</sup>, que busca evitar la arbitrariedad y dotar de un piso mínimo de racionalidad al ejercicio del poder punitivo.

En general se entiende que tal principio surge del artículo 18 de la Constitución Nacional cuando indica:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (...)

---

<sup>1</sup> Debe quedar claro que se hace referencia al derecho penal, y no al derecho procesal penal. En el caso de este último hay una dimensión distinta cuyo objetivo se relaciona con la persecución obligatoria para todos los delitos, en contraposición con una idea de “oportunidad” donde sólo serán perseguibles los delitos que el Ministerio Público considere de mayor relevancia. Es decir, hay una tensión en materia procesal respecto al *principio de legalidad “procesal”* versus un *principio de oportunidad*.

Su formulación básica indica que no hay delitos sin ley previa: *nullum crimen sine lege previa*. Para que una conducta sea susceptible de imputación penal, debe existir previamente la tipificación de la misma en el ordenamiento de fondo.

Esto es, para que exista la posibilidad de imputar a alguien por ejemplo el delito de homicidio, debe existir una descripción de la acción prohibida. Puede traerse, en el caso del sistema argentino, el artículo 79 del Código Penal que lo tipifica -en su forma básica- describiéndolo como “el que matare a otro”.

Pero esta caracterización mínima del principio de legalidad ha tenido una mayor precisión. De manera ordinaria se dice que *no hay crimen sin ley previa, escrita, estricta y cierta* (suele utilizarse la fórmula latina: *nullum crimen sine lege praevia, scripta, stricta e certa*).

Sobre la exigencia de *ley previa* ya fue indicado en párrafos anteriores su sentido. Ahora es necesario ahondar sobre los otros aspectos. Así la ley penal también debe ser *escrita*, esto es, debe emanar de órgano competente. En el caso del sistema argentino la legislación de fondo está delegada al Estado Nacional, y el Congreso de la Nación es el órgano deliberativo encargado de la sanción de las leyes en materia penal.

Por consiguiente no puede haber creación por parte de otros poderes del Estado. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo no puede por decreto crear normativa de naturaleza penal.

En cuanto al carácter *estricto* del principio, significa que está prohibida la analogía en materia penal. No es posible interpretar un tipo penal de tal manera que se incluyan acciones que estrictamente no forman parte del hecho descripto (véase el caso “Los caballeros de la noche”).

Por último, el mandato de *certeza* exigido a la ley tiene dos dimensiones: por un lado la acción típica debe estar descripta de tal forma que de ella surjan todos los elementos del hecho imputable. Por otro lado, también debe indicarse la pena con cierta precisión, evitando la existencia de escalas penales que hagan recaer en la actividad judicial una discrecionalidad casi absoluta al establecer el monto (tanto especie como cantidades –de dinero en el caso de penas pecuniarias, o de tiempo en el caso de la privación de la libertad–).

## *II.a.- Excepción: ley penal más benigna*

De lo descripto surge que la ley aplicable debe ser previa al hecho, es decir, hay un carácter de *irretroactividad de la ley penal*. Además tiene que cumplir con los

mandatos de certeza, prohibición de analogía y ser creada por órgano competente, como ya se ha dicho.

Ahora bien, hay una *excepción* a esta política propia de un Estado de Derecho, y se presenta cuando la ley posterior al hecho es más favorable que la existente (creada con anterioridad).

Esta excepción indica que sólo debe *aplicarse retroactivamente la ley penal más benigna*. El fundamento se encuentra en el hecho de que si en determinado momento deja de tener importancia para cierta sociedad la aplicación de una pena, o se disminuye el monto de la misma, no es posible continuar aplicando una ley anterior más gravosa.

Es decir, la *regla general* del principio de legalidad indica que para que exista un delito, previamente debe haberse establecido por parte del órgano competente que determinada acción lo será. Por lo tanto, si una persona cometiera un delito le será aplicado lo dispuesto en esa ley (el Código Penal es el instrumento jurídico por excelencia en el cual se encuentran las acciones consideradas delitos).

Pero si con posterioridad a este hecho una nueva ley dispusiera algo más beneficioso (como por ejemplo una escala penal menor o la supresión del delito como tal) será de aplicación la nueva ley. Esta es la *excepción al principio general*.

### **III.- Corolario**

No es necesario ahondar aquí sobre lo descrito en puntos anteriores. Sólo vale recordar la importancia del *principio de reserva* y del *principio de legalidad* para el desarrollo de los individuos, de las libertades, y así evitar la arbitrariedad estatal.

Son límites al poder del Estado, al menos para aquellos herederos de una tradición liberal desde el punto de vista político. Sin embargo, muchas veces han sido violados por gobiernos autoritarios y totalitarios que se adueñaron de las instituciones y de la vida de las personas, en distintas partes del mundo.

La manera más burda que podría pensarse es a través de la representación de los totalitarismos europeos del siglo pasado o las dictaduras latinoamericanas. La libertad de elección, en general, estaba restringida y en todo caso los individuos debían responder a un ideal impuesto por Estados Perfeccionistas.

Sin embargo, debemos estar atentos frente a la posible vulneración de estos principios incluso en Estados de Derecho democráticos y que se han comprometido a ser respetuosos de derechos, garantías y principios. Porque de manera sutil (no burda como en una dictadura) pueden también ser violados.

Para cerrar estas líneas deseo indicar que la explicación del origen normativo de los principios de reserva y de legalidad se ha realizado desde una idea “clásica” basada en la Constitución Nacional como fuente de principios, derechos y garantías mínimos que debe respetar el resto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en el sistema internacional de Derechos Humanos es posible encontrar también un sólido bloque normativo donde se encuentran contemplados estos y otros principios (basta pensar en la *Convención Americana de Derechos Humanos*, o el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ambos con jerarquía constitucional, tal como surge del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional argentina).

### **Bibliografía recomendada y referencias bibliográficas**

- Basterra, M., “El derecho a la intimidad”, en Sabsay, D., Manili, P., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- Nino, C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

## **Unidad 7. Garantías Constitucionales y Principios de Reserva.**

Programa: Garantías Constitucionales. Principios de Legalidad.

Guía de Preguntas:

1. ¿Cuál es la relación de estas garantías con el Estado de derecho democrático?
2. ¿De dónde surge el principio de reserva?
3. ¿Cómo vincula el principio de reserva con la elección de los planes de vida individuales?
4. ¿Cuál es la diferencia entre privacidad e intimidad?