

Una lectura extensiva del *in dubio pro reo*

Por Anna Richter[1]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Gran parte de la dogmática jurídica, sea esa penal, civil o pública, gira alrededor de la pregunta de cómo interpretar ciertas leyes, cuál alcance darle a determinados principios y cómo entender las figuras del ordenamiento jurídico. Más allá de los diferentes argumentos que se pueden presentar a favor o en contra de una u otra postura –por ejemplo sobre la definición de los términos dolo eventual y arma o el alcance del principio *nemo tenetur*–, y en términos más generales, se plantea aquí la pregunta de cómo interpretar nuestros sistemas jurídicos.

La pregunta por posibles herramientas de interpretación cobra importancia si se asume la seguridad jurídica como objetivo a perseguir por nuestros ordenamientos jurídicos. Si los textos legales permiten varias interpretaciones, hay que preguntar entonces cómo se determinan los comportamientos específicos exigidos o prohibidos por la ley, es decir cómo el ciudadano puede saber qué conductas le son permitidas y, visto desde el lado de la aplicación de la ley, cómo se asegura una interpretación homogénea por parte de los jueces en todo el país y en todos los niveles judiciales. Generalmente, la seguridad jurídica se pretende garantizar mediante el principio de legalidad. Sin embargo, y como se intentará demostrar en lo siguiente, el principio de legalidad no siempre es apto para garantizar la seguridad jurídica. Por ello, aquí se propone un principio nuevo que se podría llamar *in dubio pro cive* para establecer seguridad jurídica en aquellos casos en los que el principio de legalidad no puede cumplir con ese fin.

Para ello, se va a seguir el siguiente orden: Primero se tratará de mostrar por qué la seguridad jurídica es un principio importante en nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos. En un segundo momento se analizará por qué el principio de legalidad no es suficiente para establecer seguridad jurídica. Tercero, se presentará un principio nuevo, aquí llamado *in dubio pro cive* para establecer seguridad jurídica en aquellos casos en los que el principio de legalidad no la puede asegurar. Por último se mostrarán dos ejemplos, en los que el *in dubio pro cive* puede servir como herramienta de interpretación y de esta manera procurar una mayor seguridad jurídica que la actual.

II. La seguridad jurídica en la interpretación de la ley [\[arriba\]](#)

II.1. El principio de legalidad

Uno de los principios más importantes en el Derecho Penal es el principio de legalidad. Este se encuentra de alguna manera u otra en todos los ordenamientos jurídicos de índole europea-occidental. Para el ordenamiento argentino lo establece el art. 18 CN, y viene complementado por el art. 19 CN.[2] En el ordenamiento alemán, el principio de legalidad se encuentra expresamente tanto en el art. 103 inc. 2 de la constitución (*Grundgesetz*, GG) como en el Código Penal mismo, en el § 1.[3] Desde un inicio puede observarse cómo un principio con consecuencias procesales se encuentra ya previsto en la normativa sustancial o de

fondo, es decir, en las Constituciones y Códigos Penales de los dos países mencionados.

La importancia del principio de legalidad surge de su función y en última instancia de su fundamento. La función consiste en establecer seguridad jurídica: con la exigencia de que las obligaciones del ciudadano para con los demás y con el Estado y especialmente las prohibiciones penales se basen en un texto jurídico, escrito y aprobado por el legislador se intenta garantizar que el ciudadano sepa de antemano cuáles son sus obligaciones, cuáles comportamientos están prohibidos y qué respuesta jurídica le espera si transgrede estos deberes. Así, cada persona puede tomar en consideración esas exigencias y posibles costos y elaborar su propio plan de vida conforme a ello.

El fundamento de esa exigencia de seguridad jurídica es el Estado de Derecho, dado que para éste, la seguridad jurídica es un requisito indispensable. Tal como ya indica el nombre, el que un Estado sea un Estado de Derecho significa que las acciones estatales sean determinadas por el derecho.[4] Tal determinación de las acciones estatales por el derecho requiere la existencia de leyes claras que orientan y limitan todas las intervenciones de la autoridad en la vida de los ciudadanos. En ese establecimiento de márgenes claros mediante leyes claras ya se refleja la conexión entre seguridad jurídica y Estado de Derecho. Si dentro de un Estado de Derecho las acciones estatales tienen que ser determinadas por el derecho, entonces ese derecho también tiene que ser lo suficientemente delimitado y claro para que por un lado cada ciudadano pueda prevenir los actos estatales y por otro lado se trate a todos los ciudadanos por igual, aplicando la misma medida estatal a diferentes ciudadanos si las circunstancias son comparables. De esta manera, la seguridad jurídica que se expresa en los dos postulados de poder prevenir los actos estatales y una igual aplicación de la ley se convierte en un requisito necesario de cualquier Estado de Derecho.

Pero la función esencial de la seguridad jurídica no se agota en su necesidad para el Estado de Derecho. Detrás de las ideas del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica se encuentra una teoría política, el liberalismo, según el cual es indispensable asegurar la mayor libertad posible para cada persona y por ende establecer límites claros al poder estatal.[5] Así, el principio de legalidad con el que se pretende obtener seguridad jurídica cumple un rol importante en la elaboración de un Estado de Derecho, y en última instancia sirve a la teoría política subyacente, el liberalismo.

Recurrir al liberalismo —y no a cualquier otra teoría política pensable— parece justificado porque éste es considerado el fundamento de nuestros sistemas jurídicos. Por un lado, se encuentran afirmaciones generales, según las cuales “una perspectiva general «liberal» es por supuesto la filosofía oficial de todos los Estados occidentales”[6]. Por otro lado y específicamente en los dos ordenamientos jurídicos que aquí nos interesan, el alemán y el argentino, se hallan indicios para una estructura liberal. Así, la Constitución alemana establece en varios artículos[7] un “ordenamiento liberal y democrático” (*freiheitlich demokratische Grundordnung*) como estructura básica del sistema jurídico. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*) define la base de ese ordenamiento jurídico, el ordenamiento fundamental liberal y democrático, mediante valores claramente liberales.[8] Con ello, este término contenido en la Constitución alemana puede entenderse como manifestación de un modo de pensar liberal como fundamento del sistema jurídico

y social alemán y como exigencia de que ese ordenamiento jurídico finalmente ha de medirse en relación con valores liberales.

En el ordenamiento argentino, la referencia al liberalismo como teoría subyacente no es tan explícita como en el sistema alemán. Sin embargo, también en la constitución argentina se encuentran ideas que pueden entenderse como expresiones del pensamiento liberal, tal como el art. 19 CN[9] o la referencia a “constituciones políticamente liberales y democráticas”[10] en la presentación de la publicación bicentenaria de la constitución argentina.

Si se sigue esta lectura del liberalismo como la teoría política subyacente a nuestros ordenamientos jurídicos, entonces la garantía de la mayor seguridad jurídica posible es, como se ha visto, una tarea importante para estos sistemas jurídicos. Sin embargo, en esta tarea de garantizar la seguridad jurídica se plantea el siguiente problema: el principio de legalidad no puede asegurar la seguridad jurídica para todo el ordenamiento jurídico, porque solamente es aplicable a leyes escritas y sancionadas por el legislador. Sin embargo, está generalmente reconocido que nuestros sistemas jurídicos actuales no consisten solamente de textos legales emitidos por el legislador. Más bien, tales textos legales han de ser interpretados por el aplicador de la ley, dado que el texto legal recibe su significado recién con la interpretación. Sólo mediante esta interacción entre texto legal e interpretación surge la norma en sentido propio.[11] Esta necesidad de interpretación plantea el problema de que pueden darse varios significados para un solo texto, porque el lenguaje que usa (y tiene que usar) el legislador, i.e. el lenguaje ordinario, es intrínsecamente vago. El riesgo de poder adscribir diferentes significados a un texto no puede evitarse ni siquiera si el legislador aplica de la manera más meticulosa el principio de legalidad y busca textos legales muy claros con un campo de aplicación estrictamente limitado, porque no se trata de un lenguaje como el matemático, cuyos símbolos y cifras sólo permiten la adjudicación de un significado determinado para cada símbolo. Las palabras del lenguaje ordinario tienen más bien una penumbra, donde la adscripción de significado no siempre está clara. Entonces, incluso la aplicación más severa del principio de legalidad a los textos legales no puede evitar la necesidad de interpretación de tales textos.

Por otro lado, también se encuentran en nuestros sistemas jurídicos normas y figuras que no se basan —o por lo menos no directamente— en un texto legal, sino que están contenidos de manera implícita en los textos y son deducidas argumentativamente por la jurisprudencia y dogmática. Dado que el principio de legalidad sólo se refiere al legislador, no puede aplicarse allí, porque en estos casos, el actor precisamente no es el legislador, sino los dogmáticos o jueces.

Así, existen por lo menos dos ámbitos, en los que el principio de legalidad no puede garantizar la seguridad jurídica, la interpretación de textos legales y la deducción indirecta de normas y figuras jurídicas por la jurisprudencia y dogmática. Respecto de estos dos grupos se plantea entonces la pregunta de hasta qué punto tal interpretación y deducción debe y puede ser limitada y a cuáles criterios se debería recurrir para tal limitación.

La necesidad de presentar una herramienta para limitar y guiar la tarea de interpretación y deducción es la misma que subyace al principio de legalidad: la búsqueda de seguridad jurídica para cumplir con el requisito liberal de establecer un Estado de Derecho con un ámbito claro y grande de igual libertad para todos los ciudadanos. Si la interpretación no sigue reglas claras, la seguridad jurídica está

puesta en peligro, porque entonces el alcance de una ley y en última instancia el alcance de los derechos y deberes de las personas afectadas depende del juez particular quien la aplica. De esta manera, el ciudadano no puede saber de antemano cuál es el ámbito concreto de aplicación. Esa inseguridad dificulta a la vez la aseguración de un igual ámbito de libertad para cada ciudadano. Dado que es posible que diferentes jueces le adjudiquen varios significados a un mismo texto legal, la libertad de los ciudadanos que se desarrolla dentro de estos límites legales se ve afectada de manera diferente, según el significado que le adjudica el juez individual en cuestión al texto jurídico.

Buscar una herramienta de interpretación que permita establecer o por lo menos aumentar la seguridad jurídica es entonces una tarea importante en un Estado de Derecho liberal. Sin embargo, estas herramientas de interpretación no se encuentran fácilmente. Ya se ha mostrado que en estos casos el principio de legalidad no puede ser de ayuda; ahora se analizará hasta qué medida los métodos de interpretación jurídica pueden servir para aumentar la seguridad jurídica.

II.2. Los métodos de interpretación jurídica como herramientas de interpretación

Los métodos de interpretación jurídica, cuyas formas más recurrentes son el método gramatical (o literal), el sistemático, el histórico y el teleológico, tampoco pueden resolver el problema. Por un lado, son métodos para decidir cómo adjudicarle significado a un texto, pero no presentan reglas sobre cómo elegir entre los diferentes posibles sentidos adjudicables al texto. Se podría pensar en una jerarquización de los métodos, según la cual el significado adjudicado mediante el método favorecido (sea cual fuera) prevalezca sobre los demás significados. Sin embargo, eso solamente funciona si por un lado se considera que los métodos son jerarquizables, es decir que a cada uno de ellos se le puede adscribir un valor diferente y, por el otro lado, si mediante cada método sólo se llega a un significado determinado. Pero no siempre un método nos lleva solamente a un significado. Así, se pueden perseguir diferentes fines con una ley lo que llevaría a diferentes interpretaciones teleológicas, o el sentido literal de una palabra puede abarcar diversos significados, como se ve en cualquier diccionario. Por ende, aunque la jerarquización pueda aclarar un poco la jungla de las diferentes interpretaciones, no es una solución para todos los problemas de interpretación.

II.3. El in dubio pro cive como herramienta de interpretación

Para llegar a una mayor seguridad jurídica en la interpretación de la ley, aquí se propone otro camino: usar un principio general como herramienta de interpretación, según el cual ante la duda hay que elegir la solución más favorable para el ciudadano afectado. Aunque ese principio, que se podría llamar in dubio pro cive (idpc), no está contenido expresamente en nuestros ordenamientos jurídicos, sí se encuentran expresiones explícitas de esa idea para ámbitos específicos. Así, respecto de dudas acerca de los hechos, esta idea se asocia generalmente con el principio in dubio pro reo (en lo siguiente también idpr). También es subyacente al principio pro homine, según el cual la interpretación de los derechos humanos debe efectuarse buscando el mayor beneficio para el ciudadano, y al favor rei que exige la aplicación de la ley más favorable. Esta acumulación de principios según los cuales habría que decidir a favor del ciudadano ante dudas en diferentes ámbitos parece ser un indicio fuerte a favor de nuestra propuesta de suponer un principio general subyacente según el cual las decisiones deberían tomarse a favor del ciudadano cuando surgen dudas en las

decisiones jurídicas. Dicho de otra manera, parece haber una tendencia a distribuir las cargas en casos dudosos de tal manera que beneficie al ciudadano. De esta manera, el ciudadano no tiene que cargar el riesgo de no saber qué es lo que ordena el sistema jurídico.

Si ese principio general se aplica al terreno de la interpretación, habría que elegir y aplicar siempre aquella interpretación que traiga las consecuencias más favorables para el imputado.

El *in dubio pro cive* no sólo nos da la herramienta para elegir entre diferentes significados, que es necesaria según lo expuesto arriba para establecer la seguridad jurídica y cumplir con los requisitos del Estado de Derecho y en última instancia del liberalismo. Más bien, la idea subyacente al *idpc* de decidir ante la duda a favor del ciudadano es en sí misma una idea liberal. El objetivo del liberalismo es asegurar la mayor libertad posible para cada ciudadano y por ende limitar la autoridad política, si ésta no aumenta o protege tal libertad privada.[12] Decidir a favor del ciudadano, aumentando su libertad, y no a favor de otros posibles valores, tal como lo proclama el *idpc*, va entonces conforme con el principio fundamental del liberalismo.

De esta manera, usar el *idpc* como herramienta de interpretación en el sentido antes mencionado no sólo asegura una mayor seguridad jurídica, sino que la elección de justamente ese principio —y no cualquier otro pensable— es además compatible con la exigencia fundamental del liberalismo, i.e. asegurar la mayor libertad posible para todos los ciudadanos.

III. Objeciones a una lectura extensiva del *in dubio pro cive* [\[arriba\]](#)

La propuesta de aplicar el *idpc* a cuestiones de interpretación generalmente es rechazada por la jurisprudencia y literatura, porque se defiende la opinión de que una decisión a favor del ciudadano en casos de dudas sólo sería posible en cuestiones de hecho pero no en cuestiones de derecho, menos aún en cuestiones de interpretación. No obstante, y en contra de esa corriente mayoritaria, aquí se pretende analizar si una aplicación del *idpc* a cuestiones de interpretación sería sensato.[13] Como se ha visto, aplicado a la interpretación, este principio significa que habría que elegir y aplicar aquel significado entre todos los significados diferentes posibles que es el más favorable para el imputado.

En contra de semejante aplicación del *idpc* a la interpretación se presentan principalmente dos objeciones: la continuidad histórica y una división estricta entre cuestiones de derecho y de hecho.

III.1. Continuidad histórica

La primera crítica es de naturaleza histórica. Se podría considerar problemático que una decisión a favor del ciudadano en casos de dudas hasta ahora solamente se ha defendido en cuestiones de hecho. Sin embargo, eso no es un argumento contundente contra la propuesta de ampliar la idea del *in dubio pro cive* a cuestiones de derecho y especialmente a la interpretación jurídica. Señalar a la continuidad histórica sólo es un buen argumento para seguir con alguna práctica si detrás de ella hay buenos argumentos a favor de la continuidad y en contra de un

cambio. La continuidad en sí misma no es un argumento, y tampoco significa automáticamente que no habría buenas razones para romper con ella.

La razón para ampliar el ámbito de aplicación del idpc y abandonar la continuidad histórica es la antes mencionada garantía de la seguridad jurídica como requisito indispensable para un Estado de Derecho basado en el liberalismo.

Como se ha desarrollado arriba, la seguridad jurídica no siempre puede alcanzarse plenamente mediante el principio de legalidad, dado que incluso bajo una aplicación estricta de ese principio existe el riesgo de que no siempre se logrará una legislación que abarque y regule claramente todos los casos posibles, porque no se pueden excluir vaguedades y ambigüedades del lenguaje que se usa (y tiene que usarse) en los textos legales. Por ello, no se puede excluir la posibilidad de que existan varias interpretaciones para un texto legal. Entonces, se plantea la pregunta acerca de la manera con la que el aplicador de la ley, especialmente el juez, puede decidirse por una posible interpretación y se pueden evitar inseguridades jurídicas.

Los métodos de interpretación clásicos tampoco pueden resolver ese problema, porque su finalidad consiste en establecer reglas sobre cómo adscribir sentido a un texto, y no sobre cómo elegir entre los diferentes sentidos obtenidos mediante los métodos mencionados.

Por otro lado, y tal como ya se ha mencionado, también existen figuras y principios no emitidos por el legislador sino desarrollados por la jurisprudencia y dogmática, a los que el principio de legalidad no es aplicable, porque este sólo se refiere al legislador. Aquí, y por las razones mencionadas, ni el principio de legalidad ni los métodos de interpretación pueden establecer reglas sobre cómo elegir entre diferentes significados posibles para esos principios y figuras jurisprudenciales o dogmáticas.

Debido al importante rol que juega la seguridad jurídica en un Estado de Derecho liberal, tales inseguridades deberían evitarse mediante alguna regla que permita elegir entre los diferentes significados posibles. Como ya se ha visto, el idpc no sólo puede servir como esa regla de interpretación, sino que además su idea subyacente de decidir ante la duda a favor del ciudadano es una expresión del principio fundamental liberal de asegurar la libertad individual.

Más seguridad jurídica y por ello una reforzada consecución del principio de Estado de Derecho así como el fomento del principio liberal de la libertad pueden valer como razones lícitas para sobrevenir la continuidad histórica y consecuentemente ampliar el ámbito de aplicación del in dubio pro cive.

III.2. División clara entre cuestiones de hecho y de derecho

Otra objeción en contra del uso del idpc en el caso presente consiste en la afirmación de que existiría una división clara entre cuestiones de hecho y de derecho que permitiría aplicar el idpc en su manifestación del principio in dubio pro reo sólo a las primeras. Esto contiene dos afirmaciones, primero que existe una división clara entre cuestiones de hecho y de derecho y, segundo, que en el sistema jurídico actual el idpc sólo se aplica a cuestiones de hecho.

Sin embargo, la jurisprudencia respecto de la aplicación del idpr muestra que en la actualidad ya existen dificultades para separar claramente un ámbito del otro. Así, los impedimentos procesales son considerados como hechos a los que el idpr sería aplicable,[14] pero respecto de los hechos jurídico-procesalmente relevantes no existe un procedimiento uniforme.[15]

Y aunque se defiende inequívoca y generalmente que el idpr no sería aplicable a cuestiones de derecho y de interpretación, sin embargo la jurisprudencia afirma que se debería decidir a favor del ciudadano en casos de dudas respecto de la interpretación de derechos fundamentales.[16] Por un lado, aquí parece haber ya una aplicación del in dubio pro cive en su manifestación del principio pro homine a cuestiones de derecho. Por otro lado, la división entre cuestiones de derecho y de hecho parece no ser tan clara como para excluir categóricamente y solamente en base a ella una aplicación del in dubio pro cive a cuestiones de derecho.

Por ende, parece haber buenas razones para la aplicación del in dubio pro cive a cuestiones de interpretación y ninguno de los contraargumentos es tan contundente como para rechazar rotundamente esta propuesta.

IV. Inconvenientes del in dubio pro cive [\[arriba\]](#)

Si bien la aplicación del idpc a problemas interpretativos tiene las ventajas mencionadas, no se debe ocultar que no se trata de una herramienta impecable. Su uso puede conllevar por lo menos dos problemas. Por un lado, no siempre será fácil decidir cuál sería el significado más favorable para el imputado. Puede haber divergencias sobre cuáles consecuencias son más favorables y sobre cuáles son los intereses más importantes del imputado que se deban tener en cuenta para ordenar los diferentes significados y sus consecuencias según las ventajas que le traen al imputado. Por otro lado, puede darse el caso de que existan varios significados de un texto jurídico igualmente favorables para el imputado. Allí, la aplicación del idpc sólo puede limitar la elección a todos los significados más favorables, pero no es de ayuda para elegir entre los diferentes significados igualmente favorables.

Pese a esas dificultades, la aplicación del in dubio pro cive puede ser de gran ayuda en todas aquellas situaciones en las que existen varios significados adjudicables a un texto jurídico que conllevan beneficios y desventajas graduables para el imputado. En resumen, aunque la aplicación del idpc no siempre puede llevar a un solo significado beneficioso para el imputado, en todo caso sí puede limitar la cantidad de significados considerablemente.

V. Ejemplos de aplicación del in dubio pro cive como regla de interpretación [\[arriba\]](#)

Como ejemplo de aplicación del idpc como herramienta de interpretación se presentan aquí dos casos relacionados con el principio nemo tenetur se ipsum accusare, uno del derecho alemán, el llamado “silencio parcial”, y otro del derecho de habla hispana, el indicio de mala justificación.

V.1. Los dos aspectos del principio nemo tenetur se ipsum accusare

Generalmente, el derecho del imputado de guardar silencio frente a las imputaciones impuestas a él se considera un principio decisivo del procedimiento

penal.[17] Este derecho está internacionalmente reconocido –aunque con manifestaciones muy diversas– y se expresa generalmente con la frase *nemo tenetur se ipsum accusare*. [18] Este principio contiene dos aspectos diferentes, por un lado el derecho a “no ser [...] sometido a medidas que anulen o disminuyan de manera significativa la autonomía de la voluntad [...], con el fin de obtener una confesión” y por el otro “el derecho a que los órganos de acusación [...] o de juzgamiento no puedan alegar o extraer consecuencias desfavorables o ponderar negativamente el silencio del imputado en sus requerimientos o decisiones”. [19] El primero también se denomina privilegio de autoinculpación, el segundo derecho de guardar silencio [20] o “derecho a la no valoración del silencio” [21].

Generalmente, el privilegio de autoinculpación es considerado el derecho más fundamental e importante [22], y antes la doctrina y jurisprudencia alemana sólo consideraba este derecho como protegido, mientras que negaba la existencia del derecho de guardar silencio. [23]

Sin embargo, la importancia del derecho de guardar silencio no debe ser subestimado. Sirve para proteger el privilegio de autoinculpación y para hacerlo respetar. No sólo es un medio útil para proteger el privilegio de autoinculpación, es más bien necesario para llegar al fin perseguido con el privilegio de autoinculpación: proteger al imputado de la obligación de participar en su propia inculpación penal. [24] Este fin de proteger el imputado para que no se acuse a sí mismo no puede ser obtenido, si el silencio del imputado puede usarse en su contra. [25] Entonces se vería atrapado en el trilema descrito tan acertadamente por Peralta [26] de 1. no declarar y sufrir consecuencias desfavorables por el silencio, 2. declarar y experimentar perjuicios por la declaración falsa, o 3. declarar y sufrir malas consecuencias por la autoinculpación. [27] Si realmente se pretende dar al imputado la libertad de no autoinculparse, lo que está ampliamente reconocido, entonces ese privilegio de autoinculpación también tiene que ser sostenido por el derecho de guardar silencio.

V.2. Los fundamentos legales del nemo tenetur en Alemania

En el ordenamiento jurídico alemán, se encuentran referencias directas al principio *nemo tenetur* en el art. 14 inc. 3 g del ICCPR [28] y en el § 136 inc. 1 del CPP alemán [29]. Ambos textos se centran en la exigencia de voluntariedad de las declaraciones del imputado; el ICCPR pone más énfasis en el requisito de que las declaraciones del imputado no deben efectuarse bajo coerción, mientras que el CPP alemán resalta la posibilidad del imputado de guardar silencio. Dado que los dos textos legales se encuentran en el mismo nivel de la jerarquía legal [30] y se complementan, han de entenderse conjuntamente. Mediante su unión se llega a la indicación de que el imputado debe emitir su declaración voluntariamente y sin coerción y que junto con la posibilidad de declarar también tiene la opción de guardar silencio.

Además, tanto la dogmática como la jurisprudencia alemana le otorgan rango constitucional al principio *nemo tenetur*. Sin embargo, no está del todo claro a cuál principio constitucional habría que adjudicárselo. Así, se menciona la dignidad humana, el derecho general de la personalidad, la libertad general de acción y el principio del Estado de Derecho (arts. 1 inc. 1; 2 inc. 2 y 20 inc. 3 de la Constitución Alemana), así como el principio de *fair-trial* (art. 6 inc. 1 CEDH). [31] Tampoco se ha aclarado cuál relación existe entre estos principios, es decir, si

respecto del nemo tenetur se puede establecer una ponderación específica de estos principios.[32]

Ahora queda por preguntar cómo se entienden estos textos legales normalmente y de qué manera entra aquí el silencio parcial.

Como se ha mencionado antes, en la legislación alemana se establece expresamente que la declaración del imputado ha de efectuarse voluntariamente y sin coacción, y que el imputado tiene la posibilidad de no declarar. Esto refleja el privilegio de autoinculpación, según el cual el imputado no puede estar sometido a medidas que limitan o anulan su libertad de voluntad para obtener una confesión. Sin embargo, en el texto legal no se encuentra explícitamente el derecho de guardar silencio en el sentido de una seguridad según la cual el silencio del imputado no puede usarse en su contra. Aun así, se asume comúnmente en el sistema penal alemán que el silencio del imputado no debe conllevar consecuencias negativas para él.[33] Aunque los textos legales sólo contienen expresamente la manifestación del privilegio de autoinculpación, la jurisprudencia y dogmática consideran también al segundo aspecto del principio nemo tenetur, el derecho de guardar silencio, como protegido.

V.3. El silencio parcial

La afirmación de que tanto el privilegio de autoinculpación como el derecho de guardar silencio serían reconocidos en Alemania por la jurisprudencia y literatura, ha de limitarse un poco. De manera tan general sólo se reconoce un derecho de guardar silencio que se refiere al silencio absoluto del imputado. Sólo si el imputado no declara nada sustancial respecto de un hecho determinado, se le concede el derecho de guardar silencio. En cambio, se supone que no existe un derecho a guardar silencio en el caso del llamado “silencio parcial”, de modo que se podría usar tal silencio parcial en contra del imputado.[34] Trazar una línea clara entre el silencio absoluto y el parcial no es fácil. Así, no cualquier enunciado hecho por el imputado rompe el silencio absoluto. Por ejemplo, una refutación general del reproche penal todavía no se considera una ruptura del silencio.[35] Un silencio inicial, al que sigue una declaración en una situación posterior del proceso penal, tampoco debería ser valorado en perjuicio del imputado.[36] Asimismo se supone que el silencio respecto de un hecho independiente entre varios todavía entra en el derecho de guardar silencio, incluso si el imputado declara respecto de esos otros hechos.[37] En cambio, existe un silencio parcial según la jurisprudencia si el imputado guarda silencio respecto de preguntas o puntos particulares de la imputación y a la vez declara respecto de otras preguntas. Entonces se trata de un silencio parcial que puede usarse en contra del imputado cuando el imputado hace “declaraciones respecto de determinadas circunstancias dentro de acontecimientos homogéneos y [...] en este sentido sólo se abstiene de responder ciertas preguntas determinadas”[38].

Analizar si esta distinción y especialmente el trato diferente que reciben el silencio absoluto y el parcial son —o no son— compatibles con el principio nemo tenetur no es fácil. Como ya se ha mencionado arriba, en la legislación alemana sólo se encuentra explícitamente el privilegio de autoinculpación, pero no hay ninguna mención al derecho de silencio. Aun así, dogmática y jurisprudencia consideran al último también un principio vigente en el ordenamiento jurídico alemán. Dado que tampoco existen leyes respecto del trato del silencio parcial, el derecho de guardar silencio se puede entender de varias maneras diferentes. Si se puede asumir que el derecho de guardar silencio comprende cualquier conjunto de

expresiones y silencios del imputado, entonces ningún silencio —sea éste parcial o absoluto— podría usarse en contra del imputado. También se podría entender el derecho de guardar silencio de una manera más restringida y asumir que solamente el silencio absoluto estaría protegido. Ante este panorama de incerteza, el idpc puede ayudar a elegir entre las diferentes interpretaciones posibles, lo que significa que habría que escoger el significado más favorable para el imputado. Para el imputado siempre es mejor que su silencio no pueda usarse en su contra. Entonces tiene libertad de elección entre una declaración y el silencio, pudiendo alegar los hechos favorables sin tener que autoinculparse directamente mediante una declaración desfavorable o indirectamente mediante el silencio. Si en cambio se aplica la lectura preponderante en Alemania y se usa el silencio parcial en contra del imputado, éste se encuentra en un trilema[39]: 1. no declarar y por ello no poder defenderse; 2. declarar plenamente y sufrir consecuencias negativas por la autoinculpación o la declaración falsa; 3. declarar parcialmente y sufrir consecuencias negativas por el silencio parcial. Con ello, el imputado puede decidirse por una declaración (parcial), con la que se puede defender, pero a la vez tiene que aceptar la valoración en su contra de su autoinculpación o del silencio parcial, o elige el silencio absoluto, que no puede ser usado en su contra, pero tampoco le deja ninguna posibilidad para defenderse. Por ende, no existe ninguna posibilidad que no conlleve perjuicios para el imputado.

Aquí, la aplicación del idpr da claros argumentos a favor de una lectura extensiva del derecho de guardar silencio y en contra de un trato diferente del silencio parcial.

V.4. La legislación argentina y el indicio de mala justificación

A diferencia de Alemania, en Argentina el principio *nemo tenetur* se encuentra explícitamente contenido en la Constitución. Así, el art. 18 CN establece: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Además, existen normas supranacionales —con rango constitucional según el art. 75 inc. 22 CN— como el art. 8 inc. 2 g CADH y el art 14 inc. 3 g PIDCP cuyo texto casi idéntico también establece el “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. Con eso y al igual que Alemania, la legislación argentina contiene a nivel constitucional expresamente sólo el privilegio de autoinculpación, i.e. el derecho de no tener que declarar contra sí mismo, pero no el derecho de guardar silencio, es decir, la garantía de que el silencio no se use en contra del imputado. Sin embargo, y a diferencia del ordenamiento alemán, esta segunda manifestación del *nemo tenetur* se encuentra claramente expresada a nivel infraconstitucional, a saber en los Códigos Procesales Penales.[40]

Pese a esta clara manifestación del principio *nemo tenetur* en el ordenamiento argentino, se encuentran dudas en la dogmática acerca del alcance de ese principio y de las reglas que lo expresan. Así, se discute si la mentira del imputado está protegida por el *nemo tenetur* o si es más bien un “indicio de mala justificación”, i.e. un indicio de culpabilidad que se puede usar en su contra. A favor del indicio de mala justificación se podría decir que tanto en la formulación abstracta del principio —*nemo tenetur se ipsum accusare*— como en la legislación vigente sólo se menciona el derecho a no declarar y el derecho a guardar silencio, pero no se hace referencia a la mentira, lo que podría verse como un indicio a favor del hecho de que la mentira no estaría protegida por el *nemo tenetur*. Dado que las declaraciones autoinculpatórias se pueden usar sin problemas en contra del imputado, ¿por qué no usar también las mentiras de esa manera? Al fin y al cabo, son declaraciones voluntarias, no se trata de un silencio protegido por el *nemo*

tenetur ni fueron obtenidas mediante una coerción prohibida. Por otro lado, y basándose en los mismos textos legales, también se podría defender el punto de vista opuesto. Así, el nemo tenetur podría verse como una protección para el imputado para no tener que participar activamente en su inculpación.[41] En este sentido, las afirmaciones inciertas del imputado deberían verse como un intento fallido de defensa, no como un aporte a la imputación.[42] En apoyo de este punto de vista también se podría recurrir a los textos legales, según los cuales no se le puede exigir al imputado la promesa de decir la verdad en sus declaraciones.[43] En base a eso se podría argumentar que el uso de la mentira en contra del imputado en realidad expresaría que el Estado —en contra de lo establecido en los Códigos Procesales Penales— sí le exige decir la verdad y lo fuerza a ello mediante la valoración de la mentira en su contra.[44]

Frente a estas interpretaciones opuestas de la normativa argentina respecto del nemo tenetur, la solución de la pregunta por la posibilidad de valorar la mentira del imputado en su contra parece no emanar claramente de la legislación. Aquí, la aplicación del idpr como herramienta de interpretación puede traer más claridad. El uso de la mentira como indicio de su culpabilidad es sin duda una consecuencia menos favorable para el imputado que la opción opuesta de no considerar la mentira como un indicio de culpabilidad, sino adscribirle un “valor cero como prueba de cargo”. [45] Si se sigue el camino aquí propuesto, se debería optar por la lectura más extensiva del nemo tenetur y de la normativa citada y por ende rechazar la mentira como indicio de mala justificación y en cambio defender la interpretación según la cual ella no tendría valor probatorio alguno.

VI. Conclusiones [\[arriba\]](#)

En este artículo se ha intentado presentar la importancia de la seguridad jurídica para nuestros Estados de Derecho liberales. Creo que la investigación ha mostrado que la seguridad jurídica no puede asegurarse solamente mediante el principio de legalidad, sino que adicionalmente harían falta ciertas reglas de interpretación que ayuden al aplicador de la ley a elegir entre los diferentes significados adscribibles a un texto legal. Aquí se propone el in dubio pro cive como tal regla de interpretación.

Un ejemplo para la aplicación del in dubio pro cive a situaciones difíciles de interpretación jurídica son las situaciones aquí presentadas en el ámbito del principio nemo tenetur se ipsum accusare. Aquí se han mencionado los problemas que plantean el silencio parcial en el Derecho alemán y el uso de la mentira del imputado en el Derecho argentino. En ambos casos, la elección de aquella interpretación que conlleva los mayores beneficios para el imputado puede llevar a una interpretación más clara de la normativa y a una mayor seguridad jurídica para la sociedad.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogada por la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich, Alemania (LMU), Magistra por la Università degli Studi de Génova, Italia, doctoranda en las universidades LMU/Alemania y UNC/Argentina, becaria doctoral SeCyT-UNC. Email:

anna.e.m.richter@gmail.com.

[2] Art. 18 CN: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”; art. 19 CN: “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

[3] Ambas leyes contienen el siguiente texto idéntico: “un hecho sólo puede castigarse cuando la punibilidad ha sido determinada legalmente antes de que el hecho se hubiere cometido”.

[4] Nelle-Rublack Der modernisierte Strafprozess. Zur Soziologie konsensorientierter Wirtschaftsstrafverfahren, 1999, pág. 126

[5] Binder Introducción al derecho procesal penal, 1999, págs. 70-71; Kunig Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, pág. 22, con más menciones; Sowada Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, pág. 31 considera el liberalismo como “impulso inicial para la consecución de la idea del estado de derecho”.

[6] Así, por ejemplo, Roberts en: The Trial on Trial, tomo 2, 2006, págs. 37, 40.

[7] Arts. 10 inc. 2; 11 inc. 2; 18; 21 inc. 2; 87a inc. 4; 73; 91 inc. 1 GG.

[8] BVerfG NJW 1952, 774; BVerfGE 2, 1, 12: “Ordenamiento básico democrático liberal en el sentido del art. 21 II GG es un ordenamiento que, excluyendo cualquier violencia y despotismo, representa un ordenamiento de gobierno jurídico-estatal en base a la autodeterminación del pueblo según la voluntad de la respectiva mayoría y la libertad e igualdad. Entre los principios básicos de este ordenamiento se han de contar por lo menos: el respeto a los derechos humanos concretados en el Grundgesetz, especialmente al derecho de la personalidad a la vida y libre desarrollo, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legitimidad de la administración, la independencia de los tribunales, el principio de pluripartidismo y la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos con el derecho a la creación y ejecución constitucionales de una oposición”.

[9] El art. 19 CN puede entenderse como expresión de la idea central del liberalismo según la cual el Estado debe respetar un ámbito de no intervención en las acciones de las personas, si esos actos no afectan a terceros, así por ejemplo, Nino, Ética y Derechos Humanos, 2007, págs. 426 s. Sin embargo, también se encuentran voces que cuestionan esa lectura liberal del art. 19 CN y proponen una variante perfeccionista que permite la intervención estatal en actos que no dañan a terceros pero si ofenden la moral pública, así Valiente Noailles, La Moral Pública y las Garantías Constitucionales, 1966, págs. 38 s.

[10] Zaffaroni en: Constitución de la Nación Argentina. Publicación Bicentenario, 2010, pág. 24.

[11] Sarrabayrouse en: La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal, 2012, pág. 52.

[12] Gaus, Liberalism, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2010, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/liberalism/>

[13] Sarrabayrouse (nota 1), págs. 52 ss. hace la misma propuesta, aunque con una fundamentación un poco diferente.

[14] BGH NJW 95, 1297; Meyer-Goßner StPO, 57ª ed. 2014, § 206a nm. 7.

[15] BGH JR 63, 605; Meyer-Goßner (nota 29), § 261 nm. 33, nm. 34.

[16] BVerfGE 15, 275; 30, 162.

[17] Verrel Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, en NStZ 1997, 361.

[18] Por ejemplo, se encuentran menciones explícitas en las constituciones de Colombia: “...nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes...” (art. 33); Chile: “...en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio...” (art. 7 inc. f); Ecuador: “...nadie podrá ser forzado a

declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que pueden ocasionar su responsabilidad penal...” (art. 77, n° 7, c); Perú: “Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia...” (art. 2, n° 24, h); v) Venezuela: “...ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o a declarar contra sí misma (...) La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza...” (art. 49, n° 5); España: “todos tienen derecho...a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables...” (art. 24. 2).

[19] Sucar Revista de derecho penal y procesal penal, 2012, 1726.

[20] Paeffgen SK-StPO, 4ª ed. 2012, art. 6 CEDH nm. 80a.

[21] Sucar (nota 15), 2012, 1726.

[22] Sucar (nota 15), 2012, 1729.

[23] BGH NJW 1952, 151; Roxin/Schünemann StPO-Lehrbuch, 2010, § 25 nm. 31.

[24] Roxin/Schünemann (nota 19), § 25 nm. 31.

[25] Según el BVerfG NStZ 1995, 555, “el ... derecho de guardar silencio [aquí entendido como el privilegio de autoinculpación] sería ilusorio si [el imputado] tuviera que temer que su silencio se usa luego en la valoración de la prueba en su perjuicio”.

[26] Peralta en: Tratado de los Derechos Constitucionales, 2014, págs. 399, 400.

[27] El BVerfG NStZ 1995, 555 dice al respecto: “Una valoración del silencio a favor de la prueba de culpabilidad expone al imputado de manera mediata a una obligación psíquica de declarar que es ilícita”.

[28] Art. 14 inc. 3 lit. g ICCPR: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... g) A nos er obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”

[29] § 136 inc. 1 StPO: “se ha de notificar [al imputado] de que está libre según la ley de declarar acerca de las imputaciones o de no declarar ...”

[30] Como tratado internacional y según el art. 59 inc. 2 GG, el ICCPR tiene en Alemania el rango de una ley federal simple.

[31] BVerfG NStZ 1995, 555 y BVerfGE 56, 37: Libertad de acción, derecho de la personalidad y dignidad humana; BGH NJW 1992, 1463; BGHSt 38, 263 y BGH NJW 1992, 2304: dignidad humana, derecho de la personalidad, debido proceso; Paeffgen (nota 16), art. 6 CEDH nm. 81: idea de la dignidad humana y principio del estado de derecho; Roxin/Schünemann (nota 19) § 25 nm. 1: principio del estado de derecho, dignidad humana, derecho de la personalidad y debido proceso; Pawlik La libertad institucional, 2010, pág. 231 menciona como fundamento el art. 2 inc. 1 GG; Verrel (nota 13), pág. 364 atribuye un rol preeminente a la dignidad humana.

[32] Verrel (nota 13), pág. 364.

[33] BVerfG NStZ 1995 555; BGH NJW 1966, 210; BGH MDR 1971, 18; BGH NJW 1984, 1829; BGH NJW 1992, 2304; BGH NJW 2000, 1962; Roxin/Schünemann (nota 19), § 25 nm. 32.

[34] BVerfG HRRS 2010, 462; BGH NJW 1966, 209; BGH NJW 1992, 2304; Roxin/Schünemann (nota 19), § 25 nm. 33.

[35] BGH NJW 1992, 2304.

[36] BGH GA 1969, 307; BGH NStZ 1986, 208; BGH NStZ 1986, 325; BGH StV 1983, 321; 1984, 143; 1988, 328; 1989, 383; BGH NJW 1992, 2304.

[37] BVerfG HRRS 2010, 462; BGH NJW 1966, 2023.

[38] BGH HRRS 2010, 1010; términos casi idénticos en BGH NJW 1984, 1829; así como en BGH NJW 2000, 1962.

[39] Este trilema es parecido, pero no idéntico al trilema propuesto por Peralta respecto del nemo tenetur en general: Peralta (nota 22), págs. 399, 400.

[40] En el art. 261 CPP de Córdoba, el art. 312 CPP de Buenos Aires y el art. 298 CPP de la Nación se encuentra por ejemplo la siguiente frase idéntica: “... que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de

culpabilidad...”.

[41] Muy parecido por ejemplo González Ferreyra Solá Nemo tenetur se ipsum accusare, revista pensamiento penal, 2015/10, pág. 7.

[42] De manera parecida, Cafferata Nores ¿Es constitucionalmente aceptable el indicio de mala justificación?, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2012, n° 6, pág. 98.

[43] Por ejemplo, art. 296 CPP de la Nación, art. 310 CPP de Buenos Aires, art. 259 CPP de Córdoba.

[44] Así también, Cafferata Nores (nota 38), pág. 99.

[45] Ibid. pág. 98.