

## Principio de congruencia

*¿Qué debe hacer la jurisdicción ante un pedido de pena por debajo del mínimo que fija la ley?*

por: **Marcos Fernández Ocampo**<sup>1</sup>

### **El principio de congruencia.**

El principio estudiado en el presente trabajo implica que debe existir una congruencia entre el reproche que se le hace al imputado y los hechos que motivaron su acusación<sup>2</sup>. Es decir, que debe haber correlación entre la acusación intimada y lo descrito en la sentencia.

Desde sus orígenes nuestro sistema de enjuiciamiento penal reconoce como mandamiento inveterado que las formas sustanciales del juicio requieren de acusación, defensa, prueba y sentencia<sup>3</sup>. El principio de congruencia no es una pauta aislada dentro del proceso penal sino que forma parte integral del derecho de defensa en juicio consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y reafirmado por el Estado Argentino al suscribir diversos Tratados Internacionales, muchos de ellos con jerarquía constitucional. Una sentencia que se aleje de la requisitoria de la acusación vulnera este principio procesal e importa, en definitiva, una afectación a la citada defensa en juicio, que consagra como inviolable la Constitución Nacional desde 1853.<sup>4</sup>

Entonces, como es sabido, en un juicio penal primero viene la acusación y luego recién interviene la defensa. Es el acusador quien debe expresar los argumentos, motivos y conclusiones que fundamentan su pretensión, y luego la persona que fue acusada, si es que acaso fue acusada, debe resistir y refutar al respecto. Es que nadie puede defenderse si no

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en derecho penal (UBA). Prosecretario de Cámara de la CFCP. Docente universitario de derecho procesal (UCA).

<sup>2</sup> Carrió, Alejandro D. Garantías constitucionales en el proceso penal. Ed. Hamurabi 6º edición. P. 138. Buenos Aires, 2014.

<sup>3</sup> Fallos: 116:23, 119:287, 125:10, 127:374.

<sup>4</sup> Fallos: 312:597

sabe de qué se lo acusa. Incluso si salimos de la órbita del derecho procesal penal, y vamos a la cotidianeidad, esto se observa con total claridad. Para que cualquier persona pueda responder algo, primero debe conocer qué es lo que se le requiere. Una conclusión en sentido opuesto no superaría los estándares mínimos de la lógica.

El conocimiento de la acusación es lo que permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio; y a partir de esta premisa es que se consideran inválidas –por inconstitucionales- las sentencias que se alejen de la inculpación conocida por el defensor. Como señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al remitirse al dictamen del procurador fiscal en Sircovich <sup>5</sup>; cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva.

A partir de estas coincidencias en lo referido a la necesidad de que se respete en la sentencia el contenido de la acusación, es que debemos preguntarnos cuál es el alcance del principio de congruencia. Abarca la plataforma fáctica, pero ¿incluye la calificación y la pena?. Puntualmente en este trabajo proponemos discutir ¿Qué es lo que debe hacer la jurisdicción ante un pedido del acusador de que se imponga al imputado una pena por fuera de la escala penal que previó el legislador para el delito por el cual resultó condenado?

En caso de que el acusador requiera una respuesta punitiva mayor a la legalmente autorizada, la respuesta no genera mayores discusiones, por lo que no será abordada en esta tesis. Es que en ese caso el principio de legalidad es el límite y el juez debe rechazar una pretensión punitiva mayor que aquella prevista por la ley.

La problemática planteada aparece cuando el acusador requiere una respuesta punitiva inferior a la establecida por la legislación, o una respuesta punitiva más benigna que no se encuentra prevista por el ordenamiento legal (por ejemplo pedir únicamente una pena de multa a un delito que prevé pena de prisión). ¿Qué límite debe obedecer el juez, el de la acusación o el que establece la ley?

---

<sup>5</sup> Fallos: 329:4634

De un lado, como ya advertimos, tenemos por cierto que la acusación formulada impone un límite al juzgador en virtud del derecho de defensa en juicio [art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8.2 b), c), d) y f) de la C.A.D.H. y art. 14.3, a) y b) del P.I.D.C.yP., entre otros]. Este derecho constitucional de primer orden se encuentra materializado en este aspecto en el llamado principio contradictorio o de bilateralidad cuyos términos limitan ostensiblemente la función jurisdiccional. El acusador indica las circunstancias del suceso que tiene por probadas, la calificación que corresponde asignarle a los hechos juzgados y la pena que estima que corresponde y recién luego la defensa, en base a esa acusación, ejerce el derecho constitucional de defensa en juicio respondiendo a las imputaciones que le fueron formuladas a su asistido. Por ello, desde este punto de vista, no sería posible constitucionalmente que el juez, por más inválido que sea el pedido del acusador, lo supla y aplique lo que considera conforme a derecho. Porque esa hipótesis no fue conocida por la defensa y por lo tanto no ejerció sobre ella el derecho constitucional a resistir adecuadamente.

### **La división de poderes y las facultades propias del Poder Legislativo en materia de política criminal.**

*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.<sup>6</sup>*

El principio republicano de división de poderes establece la existencia de tres poderes del Estado con funciones definidas para el ejercicio de cada uno de ellos, de manera que ningún departamento de gobierno pueda ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas.<sup>7</sup>

Nuestro sistema constitucional contiene la trilogía clásica de poderes legislativo, ejecutivo y judicial que tienen, respectivamente, por función primaria: 1) la determinación del orden jurídico mediante la determinación de normas de derecho para regular las relaciones de los

---

<sup>6</sup> Artículo 1° de la Constitución Nacional.

<sup>7</sup> Fallos: 137:47; 342:1632 y 343:195

individuos; 2) la administración de la cosa pública y la satisfacción de las necesidades de bienestar general 3) el restablecimiento del orden jurídico y su restablecimiento o castigo cuando fuera alterado.

Bidart Campos enseña que *“...cuando la Constitución señala a qué órgano pertenece una competencia, quiere decir que, implícitamente, tal competencia no puede -como principio- ser ejercida por otro órgano...”*<sup>8</sup>

Este diseño de Estado republicano, con frenos y contrapesos ha sido explicado ya desde el Siglo XVIII, con una particular vigencia, por Montesquieu, padre de la división de poderes.

El Barón de Montesquieu reflexionaba que *“...en cada Estado hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes, y el ejecutivo de las que pertenecen al civil.*

*Por el primero, el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo o para siempre, y corrige o deroga las que están hechas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones; y por el tercero, castiga los crímenes o decide las contiendas de los particulares. Este último se llamará poder judicial; y el otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado (...).*

*Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo.*

*Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor.*<sup>9</sup>

En definitiva en un sistema republicano que se precie de tal, cada uno de sus departamentos entre los cuales se distribuye el poder debe llevar a cabo sus propias competencias. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está

---

<sup>8</sup> Bidart Campos, Germán. “Manual de la Constitución Reformada. Tomo III”. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2008. p 21.

<sup>9</sup> Montesquieu. El espíritu de las leyes. 1748.

fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley.

Sentado ello, debemos tener por cierto, desde la perspectiva constitucional que se propone, que es potestad exclusiva del Poder Legislativo de la Nación (Art. 75, inciso 12. de la C.N.) la asignación de la pena para los delitos que tipifica mediante el dictado de las leyes de fondo. En este sentido, ni a la parte acusadora al momento de requerir una pena, ni a la jurisdicción al momento de imponerla, le compete la determinación de la escala penal aplicable al caso. Esa facultad es exclusiva de los representantes del pueblo reunidos en el Congreso de la Nación (de hecho la materia penal es de aquellas en las cuales se encuentra vedada la posibilidad de legislar por medio de decretos de necesidad y urgencia -artículo 99, inciso 3, de la C.N.-). El Poder Legislativo de la Nación, en el ámbito de sus facultades constitucionales, es quien dispone que conductas son delictivas y que sanción determinada le corresponde a quien las lleve a cabo o participe en su comisión. En ciertos casos -ejemplo artículo 80 del C.P.- el legislador dispuso una única posibilidad de pena. En otros tantos determinó penas cuantificables a partir de un monto mínimo y hasta uno máximo y sólo delegó en la jurisdicción la decisión de disponer la pena adecuada dentro de esa escala prevista; de acuerdo a pautas de mensuración que la propia ley fija en los artículos 40 y 41 del C.P. .

Entonces mientras esa escala penal, fruto de la discreción legislativa, responda a una razón objetiva, que no se presente arbitraria ni contraria a la Constitución Nacional, se trata de una cuestión de política criminal que pertenecen al ámbito del debate legislativo y que se encuentra reservado a los otros poderes, por lo que, desde esta mirada, el Poder Judicial no se encuentra autorizado a modificarla en virtud de la división de poderes inherente a nuestro sistema republicano de gobierno (Art. 1º C.N.)

**Posiciones acerca de las potestades de la jurisdicción para imponer una pena por debajo del mínimo fijado por el Congreso en el marco de su función legislativa.**

En ejercicio de su función legislativa el Estado dicta reglas de conducta que deben sujetarse a los individuos en los diversos aspectos de su actuación.<sup>10</sup>

En este marco, como dijimos, es el legislador quien determina qué conductas constituyen delito y cuál es la escala penal que, en su caso, debe aplicar el juez a sus autores y partícipes. Es el Congreso de la Nación quien diseña la política criminal del Estado en todo el país y quien, en uso de sus propias facultades constitucionales, fija las penas que corresponden a cada delito que legisla como tal.

Sin embargo, la discrecionalidad del legislador no es absoluta. El Poder Judicial de la Nación se encuentra facultado para evaluar la compatibilidad de la política criminal con la Constitución Nacional. Así se encuentra diseñado el control de constitucionalidad que permite mantener un sistema de frenos y contrapesos que evita los abusos por parte de los poderes del Estado. De esto se trata la inveterada doctrina que surge del fallo “Marbury vs. Madison” en los Estados Unidos de América, con su aplicación local por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Elortondo”.<sup>11</sup>

En esta misma línea el Poder Judicial tampoco está facultado para revisar de manera discrecional el contenido de la legislación; en el caso que nos importa; la conveniencia de castigar una conducta con determinada pena. Los jueces no pueden, ni deben, evaluar la conveniencia ni el acierto de la política criminal escogida por el Congreso de la Nación, ni tampoco si la misma está de acuerdo a sus convicciones personales. Sólo podrán apartarse de ella si su aplicación en el caso concreto vulnera una ley de mayor jerarquía.

Bajo esta postura, podemos afirmar que es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal y dentro de ella la fijación de las penas. La decisión que se tome al respecto pertenece a la esfera de decisión política sobre la cual no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultades específicas que atañen al poder sancionador de leyes, que representa al pueblo de la Nación Argentina quien es soberano en nuestro régimen republicano de gobierno tal como indica el artículo 33 de la Constitución Nacional.

---

<sup>10</sup> ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Ediar. Buenos Aires 1963.

<sup>11</sup> Fallos: 33:162.

Las decisiones que tomen entonces los legisladores sólo podrían ser cuestionadas por el Poder Judicial en el caso de que se lesionen derechos, principios o garantías reconocidas por la Constitución Nacional o los Tratados Internacionales.

Bajo estos lineamientos pareciera desprenderse que si los jueces determinan que una persona cometió determinado delito no podrían apartarse del mínimo de pena previsto para esa conducta, ya que de hacerlo estaría invadiendo una competencia que no le fue conferida. En esta línea se expresó con especial contundencia Levene (h) quien señaló que *“La creación judicial de mínimos penales no previstos en la ley, constituye una decisión ilegal por parte de los jueces”*.<sup>12</sup>

Sin embargo, una buena parte de la doctrina es contraria a esta postura y considera que los mínimos legales de por sí son contrarios a la Constitución.

Binder opina que *“si bien es admisible el establecimiento legal del máximo de la pena porque ello es una de las consecuencias principales del principio de legalidad (nulla poena sine lege), no ocurre lo mismo con el establecimiento de límites mínimos a la reacción punitiva. Si la culpabilidad es esencialmente graduable, es decir, sólo existen grados de culpabilidad y ella debe ser la medida de la pena (además de las exigencias que surgen del principio de proporcionalidad, que conectan a la pena con el hecho), entonces el establecimiento de un mínimo de pena implica establecer una presunción de un determinado grado de culpabilidad y toda presunción de culpabilidad está prohibida”*.<sup>13</sup>

En virtud de ello, Binder afirma que los jueces deben apartarse de esta presunción de culpabilidad que significaría el tope mínimo de la escala penal, el cual considera un exceso del legislador en su competencia, por lo que ese mínimo puede cumplir una función indicativa pero nunca obligatoria.

Dentro de esta postura se destaca la posición de Eleonora Devoto y Mercedes García Fagés quienes sostienen que lo que vulnera la división no es otra cosa que la imposición del legislador de la escala penal. Así han explicado que *“los mínimos legales también ponen en jaque la división de poderes (...) porque los legisladores, al establecer de antemano una*

---

<sup>12</sup> LEVENE, Ricardo (h). Doctrina Judicial, Buenos Aires, núm. 51, 2013, pp. 11-36.

<sup>13</sup> BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, pp. 251-253.

*respuesta punitiva limitada por un mínimo penal (...) omiten necesariamente las situaciones concretas”.*<sup>14</sup>

Como colofón de esta discusión, podemos traer a consideración la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos Pupelis<sup>15</sup>. En este pronunciamiento, la Corte reafirmó su doctrina<sup>16</sup> relativa a que “...*resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de actos, desincriminar otros e imponer penas, y en consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente...*”, que “*Sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada*” y que “...*El único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones*”.

En el marco de esta discusión observamos que es jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal que los jueces no pueden suplantar al legislador y adecuar discrecionalmente la escala penal, y que en caso de hacerlo estarían entrometiéndose indebidamente en las competencias del Poder Legislativo y, consecuentemente, vulnerando la la división de poderes inherente a nuestro sistema republicano de gobierno.

La única excepción sería determinar que, en un caso concreto, la pena prevista por el legislador resulta contraria a la Constitución Nacional o Tratados Internacionales; por ejemplo por resultar en el caso cruel, inhumana o degradante.

### **Especialización del tema planteado. ¿Que debe hacer el juez si la acusación pide una pena por debajo del mínimo que fija la ley?**

---

<sup>14</sup> DEVOTO, Eleonora A. y GARCÍA FAGÉS, Mercedes, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, núm. 11, 2007, pp. 2172-2179.

<sup>15</sup> Fallos 314:424

<sup>16</sup> Fallos: 11:405; 191:245 y 275:89



Sin embargo, pese a lo profundo de la discusión, la cuestión planteada en este trabajo no es si los jueces pueden, por su voluntad, imponer una pena inferior a la prevista por la ley, sino que abarca un supuesto más particular que es la situación en la que el acusador le solicita al juez que lo haga.

En el caso que proponemos, el juez, que de acuerdo a la jurisprudencia recién citada entiende que no está investido de las potestades constitucionales para imponer una pena por fuera de la escala prevista por ley, se encuentra ante una disyuntiva. La parte acusadora le solicita la imposición de una pena por debajo del mínimo establecido por el legislador y en este contexto enfrenta a dos límites a sus potestades jurisdiccionales, el de la acusación y el de la ley, que operan al mismo tiempo pero con consecuencias opuestas frente a la adopción de uno u otro límite,

Qué debe hacer entonces el juez. ¿Sujetarse a los términos de la ley que estableció la escala penal o respetar los términos de la acusación?

Como se observa la discusión planteada en este trabajo presenta aristas y posiciones disímiles que nos permiten enriquecer la ciencia jurídica que estudia el proceso penal. En efecto, los puntos de vista propuestos pueden ser debidamente fundamentados desde una matriz constitucional, que es, en definitiva, la fuente central de nuestro ámbito de estudio. En efecto, el derecho procesal penal constituye una reglamentación de la forma en la que el poder constituyente de la Nación delineó al derecho penal como un límite a las potestades punitivas del Estado frente a los habitantes y, a la vez, como el orden jurídico que preserva la paz interior (Preámbulo y Artículo 18 C.N.).

En este juego armónico entre las garantías que nos protegen a los habitantes frente al poder del Estado y las facultades que tiene el Estado para diseñar una política criminal y utilizar al derecho penal como instituto a través del cual se preserva la paz pública y la vida en común, es que debemos encontrar una respuesta al interrogante planteado en esta tesis.

### **Solución propuesta:**

Luego de recorrer las distintas posiciones desde las cuales podría responderse el interrogante planteado, debemos exponer la solución que esta tesis propone; que como se

verá busca un equilibrio entre el ejercicio de la política criminal del Estado en cabeza de sus representantes electos y las garantías que la Constitución le reconoce a los habitantes de la Nación que afronten un proceso penal.

Entendemos que el principio *iura novit curia*, por medio del cual se afirma que el juez conoce el derecho y debe resolver bajo su propia sana crítica, sin condicionamientos externos y en subordinación únicamente a la ley, encuentra un límite en la acusación formulada. Si bien en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, consiste en determinar la ocurrencia de los hechos que se juzgan, evaluar y definir la configuración del tipo penal adecuado e imponer, en su caso, la pena que estiman que corresponde imponer en cada caso; ese deber encuentra su límite en la pretensión expresada por la acusación durante el juicio.

Esto es así porque el modelo de proceso penal que impone la Constitución Nacional es acusatorio, bilateral y contradictorio. Así lo sostuvo de manera expresa la Corte Suprema en los multicitados fallos “Llerena”<sup>17</sup> y “Quiroga”,<sup>18</sup> que redefinieron nuestro modelo de enjuiciamiento constitucional.

Advertimos que aún cuando el juez tenga que imponer una pena inferior a la que establece la ley, no resultaría constitucionalmente válido ir más allá de lo que requirió el acusador. Esto es así, justamente, porque la existencia de la acusación penal en cabeza de una parte -y no del propio juez- constituye una garantía constitucional. Es el necesario contrapeso que debe existir en el ejercicio de la jurisdicción.

Es que en el régimen repúblicano que nos gobierna la existencia de frenos y contrapesos es un mandamiento y ello también incumbe al magistrado penal a quien el Estado le da la potestad de disponer de la libertad de las personas. Tamaña responsabilidad requiere un contrapeso, un control previo. Eso es lo otorga la acusación; establece el punto hasta el cual el juez puede llegar. Y por ello es que podemos afirmar que la acusación penal constituye una verdadera garantía del justiciable que hace a la existencia del debido proceso legal.

---

<sup>17</sup> Fallos: 328:1491

<sup>18</sup> Fallos: 327:5863

En esa dirección se expresó Luigi Ferrajoli al señalar, con la claridad que lo caracteriza, que la separación del juez y el acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. La garantía de la separación así entendida representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto de las partes de la causa, que es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez y por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación.<sup>19</sup>

Por otra parte, si el acusador fuese el Ministerio Público Fiscal, el artículo 120 de la Constitución Nacional impide que el juez pretenda suplantarle en su rol de requirente de la aplicación de la ley. El Ministerio Público es un órgano independiente e imponer una pena por encima de aquella que fue pretendida por quien impulsó su aplicación, en el ejercicio de la acción pública que le compete, implicaría una injerencia de la jurisdicción en las facultades de ese organismo. Ello por supuesto al menos que la querrela, en ejercicio de su acción particular, hubiera efectuado una acusación mayor.

Por lo tanto concluimos que si los acusadores solicitan una pena inferior al mínimo que establece la ley, el juez no debe intervenir en su estrategia e imponer aquella que determina la ley como piso. Ello implicaría invadir la estrategia de las partes y su pretensión; lo que no resulta compatible con la imparcialidad con la que está obligado a actuar.

Entonces si bien el juez estaría vulnerando la letra de la ley al sobrepasar el límite establecido por los representantes del pueblo como política criminal del Estado; la alternativa de imponer una pena más alta que aquella que le solicitaron -aun cuando este haciendo respetar la ley-, implicaría una vulneración al derecho de defensa en juicio, a la garantía de la imparcialidad del juzgador y al debido proceso legal (Artículo 18 de la Constitución Nacional).

En definitiva, observamos que los alcances y los límites del principio de congruencia deben estudiarse bajo la premisa de que para que haya una sentencia válida es condición necesaria

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 564 y sgtes.

que sea correlativa a las etapas del proceso que deben precederla: acusación, defensa y prueba –en ese orden-. Esto es lo que emana la Constitución Nacional.