



# Ciências sociais aplicadas:

Avanços, recuos e contradições 2

Luciana Pavowski Franco Silvestre  
(Organizadora)

 **Atena**  
Editora  
Ano 2021



# Ciências sociais aplicadas:

Avanços, recuos e contradições 2

Luciana Pavowski Franco Silvestre  
(Organizadora)

 **Atena**  
Editora  
Ano 2021

**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Natália Sandrini de Azevedo

Daphynny Pamplona

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2021 Os autores

Copyright da edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Bruno Oliveira  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** Os autores  
**Organizadora:** Luciana Pavowski Franco Silvestre

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

C569 Ciências sociais aplicadas: avanços, recuos e contradições 2 / Organizadora Luciana Pavowski Franco Silvestre. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5983-642-0

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.420211811>

1. Ciências sociais. I. Silvestre, Luciana Pavowski Franco (Organizadora). II. Título.

CDD 301

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

## APRESENTAÇÃO

A Atena Editora apresenta o e-book “Ciências Sociais Aplicadas: avanços, recuos e contradições 2”.

São ao todo seis artigos, através dos quais possibilita-se aos leitores e leitoras o acesso a reflexões contemporâneas acerca das relações estabelecidas na vida em sociedade.

As pesquisas realizadas permitem a leitura de análises que pautam as relações de gênero, desastres naturais, impactos da pandemia e relações com as políticas públicas e garantia de direitos em uma perspectiva de cidadania.

As temáticas eleitas ao debate ao apontar avanços e recuos, permitem a identificação das contradições presentes, registrando-se os desafios ainda existentes e a relação destes com a formação social, em uma perspectiva histórica, portanto de processo e em constante alteração.

O que nos possibilita também considerar as possibilidades e necessidades de mantermos os movimentos e atitudes investigativas que façam leituras e registros dos momentos vivenciados, bem como possam contribuir para novos arranjos, diante do que a contradição mostra-se como um elemento central.

Boa leitura a todos e a todas.

Luciana Pavowski Franco Silvestre



## SUMÁRIO

### **CAPÍTULO 1..... 1**

IMAGENS E IMAGINÁRIOS DO CAMPO JURÍDICO NA WEB EM PERÍODO DE PANDEMIA

Alexsandrina Ramos de Carvalho Souza

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4202118111>


### **CAPÍTULO 2..... 14**

AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA REGIÃO TURÍSTICA LITORAL DO PARANÁ NA PREVENÇÃO E MITIGAÇÃO DE RISCOS À DESASTRES NATURAIS

Marcos Aurélio Tarlombani da Silveira

Marcelo Mariano da Rocha

Margarete Araújo Teles


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4202118112>

### **CAPÍTULO 3..... 30**

APROXIMAÇÃO A ANÁLISE DA SITUAÇÃO DA MULHER NA CIÊNCIA E TECNOLOGIA NA ARGENTINA E NO PARAGUAI A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA FEMINISTA

María Victoria Cano Colazo

Carmen Estela Colazo


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4202118113>

### **CAPÍTULO 4..... 42**

INTERVENÇÕES EM ESPAÇOS PÚBLICOS NO PÓS OCUPAÇÃO DO MINHA CASA MINHA VIDA: EXPERIÊNCIA EM CAMPINAS

Gabrielle Astier de Villatte Wheatley Okretic

Laura Machado de Mello Bueno

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4202118114>

### **CAPÍTULO 5..... 61**

PRINCIPIO GENERAL DE RESERVA LEGAL Y LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES APLICADOS A LA PRUEBA NO REGLADA EN EL PROCESO PENAL

Fernando Martín Bertone

Pedro Eugenio Despouy Santoro


María Florencia Gabrielli

Maximiliano Cornejo

Macarena Piermattei

Jessica Jorgelina Guzmán

Juan Manuel Federico

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4202118115>

### **CAPÍTULO 6..... 73**

EDUCANDÁRIO EUNICE WEAVER: PERCURSOS DA ASSISTÊNCIA NO MUNICÍPIO DE CRUZEIRO DO SUL

Antonio Cleonaldo Bento da Silva

Maria Irinilda da Silva Bezerra  
Giane Lucélia Grotti

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4202118116>

<b>SOBRE A ORGANIZADORA.....</b>	<b>86</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>	<b>87</b>

## PRINCIPIO GENERAL DE RESERVA LEGAL Y LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES APLICADOS A LA PRUEBA NO REGLADA EN EL PROCESO PENAL

Data de aceite: 01/11/2021

**Fernando Martín Bertone**

Universidad Nacional de Córdoba

**Pedro Eugenio Despouy Santoro**

Universidad Nacional de Córdoba

**María Florencia Gabrielli**

Universidad Nacional de Córdoba

**Maximiliano Cornejo**

Universidad Nacional de Córdoba

**Macarena Piermattei**

Universidad Nacional de Córdoba

**Jessica Jorgelina Guzmán**

Universidad Nacional de Córdoba

**Juan Manuel Federico**

Universidad Nacional de Córdoba

### DERECHOS FUNDAMENTALES Y NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

**RESUMEN:** El Principio General de Reserva de Ley (Ppio. de Legalidad), obliga al Estado a legislar toda *injerencia* en los derechos fundamentales de las personas. Esta norma Constitucional abarca todos los casos en los que el Estado, en especial el Ministerio Público Fiscal, al ejercer la persecución criminal pública se inmiscuye con intensidad en derechos individuales fundamentales de sujetos sospechosos de haber cometido delitos, e incluso de terceras personas que si bien pueden estar relacionadas con ellos, no tienen responsabilidad penal. Por ello, en este

trabajo, nos proponemos analizar la praxis judicial con herramientas cuantitativas y cualitativas; para describir diferentes criterios en las decisiones judiciales respecto a nulidades probatorias cuando se afecten derechos fundamentales por la injerencia estatal. Las resoluciones fueron recolectadas en Tribunales de la provincia de Córdoba tanto en la jurisdicción provincial como federal y abarcan desde marzo de 2015 a marzo de 2017 y luego analizadas estadísticamente. Para saber si dichas resoluciones afectaron derechos fundamentales, se tuvieron en cuenta criterios tales como el grado de injerencia estatal, regulación de la prueba, relación prueba-delito, importancia, alcance y género de la prueba, entre otros. Como resultado, se obtuvo una valoración objetiva, descriptiva y cifrada que nos permitió elaborar una conclusión final contrastando aquella valoración con las hipótesis originales de este trabajo. Nuestro marco teórico encuentra su fundamento en la tesis elaborada por Gabriel Pérez Barbera “*Dogmatica de los derechos fundamentales*”.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos Fundamentales –Injerencia estatal-Proceso Penal–Prueba no reglada-Nulidad-valoración-descripción.

### FUNDAMENTAL RIGHTS AND NULLITY IN CRIMINAL PROCEEDING

**ABSTRACT:** The General Principle of Legal Provision (Principle of Legality) obligues the State to legislate any interference on individual fundamental rights. This constitutional mandate covers all cases over which the State exercises criminal prosecution. Particularly, the Office of Public Prosecutor when exercising public criminal

prosecution intervenes strongly on individuals fundamental rights of those suspected of criminal acts including third parties who although linked to suspects may not have any criminal liability. In this sense to avoid arbitrary state interference a previous law is required within a context of purpose, immediacy, legality and mandatory application of the law justifying each individual case. The resolutions were collected from Córdoba Province Courts of Law both provincial and federal jurisdictions from March 2015 to March 2017. In order to know if these resolutions affected fundamental rights, criteria such as the degree of state interference, regulation of the evidence, relationship between evidence and crime, importance, scope and gender of the evidence, among others, were taken into account. As a result, an objective, descriptive and encrypted assessment was obtained that allowed us to draw up a final conclusion contrasting that assessment with the original hypotheses of this work. The theoretical framework is based on the thesis prepared by Gabriel Pérez Barbera “Dogmatics of fundamental rights”.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights – State Interference – Criminal Proceeding –Evidence Not Regulated by Law – Nullity – description – assesment.

## 1 | INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos proponemos analizar la praxis judicial con herramientas cuantitativas y cualitativas; para describir diferentes criterios en las decisiones judiciales respecto a nulidades probatorias cuando se afectan derechos fundamentales por la injerencia estatal. Las resoluciones corresponden a Tribunales de la provincia de Córdoba, tanto de la jurisdicción provincial como federal y abarcan desde marzo de 2015 a marzo de 2017, analizadas luego estadísticamente. Para saber si dichas resoluciones afectaron derechos fundamentales, se tuvieron en cuenta criterios tales como el grado de injerencia estatal, regulación de la prueba, relación prueba-delito, importancia, alcance y género de la prueba, entre otros. Como resultado, se obtuvo una valoración objetiva, descriptiva y cifrada que nos permitió elaborar una conclusión final contrastando aquella valoración con las hipótesis originales de este trabajo.

En este trabajo, se tomaron en cuenta aproximaciones teóricas que versan sobre la cuestión analizada. Como marco teórico estudiamos la tesis del profesor Pérez Barberá contenida en su artículo académico titulado “Dogmática de los *derechos fundamentales*” en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014.

## 2 | APROXIMACIONES TEÓRICAS

A partir del Derecho Penal liberal, el Estado procede a enmarcar los presupuestos de su intervención punitiva atendiendo a las garantías constitucionales.

La definición taxativa, establecida legalmente, de cuáles son los comportamientos que configuran un delito y las sanciones que se deben aplicar, responden al principio de legalidad penal y a la garantía de un debido proceso, hasta la ejecución de la pena.

Las garantías constitucionales son límites a la (legítima) violencia propia del

poder punitivo estatal. Lo que se busca en un Estado de derecho es un balance entre la intervención punitiva y dichas garantías, es decir, un equilibrio entre el interés en eliminar la violencia social y el interés en disminuir la propia “violencia” del sistema penal, lo cual no es fácil, ya que se presenta un inevitable factor de tensión entre ambas, que se reflejan en la teoría del delito y en la teoría de la pena.

En nuestro ordenamiento jurídico, conforme el sistema de división de poderes, “corresponde al Congreso de la Nación dictar el Código Penal y en ejercicio de esas atribuciones determinar discrecionalmente las penas. Dicha potestad se encuentra limitada por las normas constitucionales que conforman el bloque que garantiza la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad también para la discrecionalidad”<sup>1</sup>.

A luz de estas disposiciones, “no cabe duda que la protección brindada a la intimidad o privacidad de las personas contra injerencias arbitrarias es de carácter amplio, y cualquier norma procesal reglamentaria de las garantías debe ser interpretada en este sentido. La intrusión Estatal en esta esfera, llevada a cabo fuera de las excepciones legalmente previstas, será ilegítima, como lo será todo elemento probatorio obtenido en consecuencia”<sup>2</sup>.

En este contexto, tiene esencial preponderancia el “principio de legalidad” (*nullum crimen sine lege*) consagrado en el artículo 18 de la CN; considerándolo no sólo en este sentido en cuanto al sistema de derecho penal, sino también en una interpretación más amplia, tradicionalmente inferido de la primera oración del artículo 14, de la segunda parte del artículo 19 y del artículo 28 de la Constitución Nacional. Todas estas normas establecen que ciertas actividades estatales, especialmente aquellas que importan una “injerencia” en los derechos fundamentales de las personas, para ser válidas deben estar previamente regladas y autorizadas por ley, y por una determinada clase de ley (por lo pronto una ley que no resulte irrazonable)<sup>3</sup>.

Robert Alexy (2002) considera que los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones), y a la vez deparan al legislador el amplio terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido). Las prohibiciones derivan de la faceta de vinculación negativa de los derechos fundamentales; la ley penal no puede intervenir en exceso en la libertad personal ni en los demás derechos del individuo; los mandatos se caracterizan por ser aquellos que ordenan los derechos de protección, es decir, que los bienes más preciados del individuo sean protegidos por el legislador de manera más eficaz y suficiente contra las injerencias del Estado y de los particulares. Finalmente, lo permitido es aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador; aquello que no está decidido ni prefigurado por la Carta Magna, el espacio que se abre a la política criminal y punitiva.

1 TSJ Cba., S. N° 148, 20/06/2008, “Toledo, Juan Carlos p.s.a. portación de arma de uso civil –Recurso de Inconstitucionalidad”.

2 De Aragón, Ernesto R., ob. cit., pág. 5.

3 Pérez Barberá, Gabriel, “Dogmática de los Derechos Fundamentales” en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, pág. 330.

En Argentina, a partir de la reforma Constitucional de 1994, con la incorporación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se introduce el término “bloque de constitucionalidad”. Es decir, el rango constitucional de este principio general de legalidad o de reserva de ley es indiscutible en nuestro país y, como “reserva de Parlamento”, está expresamente consagrado en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que textualmente reza: *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*.

En nuestro ordenamiento, y tal como se infiere de los párrafos precedentes, el principio general de legalidad o de reserva de ley está claramente establecido en la segunda parte del artículo 19 CN, en tanto establece: *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

No obstante, “[l]os Pactos y tratados incorporados [en nuestro sistema interno] conservan el ideario de nuestra C.N. en el sentido de que no pierden de vista que el fin del proceso penal estriba en el logro del descubrimiento de la verdad objetiva, pues, sólo así es posible el afianzamiento del valor justicia”<sup>4</sup>.

La norma convencional deja en claro cuál es exactamente el tema que aquí se aborda como central: la necesidad de que al menos determinadas injerencias estatales sobre derechos fundamentales de los individuos -en la prueba de un delito- estén autorizadas por ley formal previa, la que a su vez debe satisfacer determinados requisitos en lo que se refiere a su contenido.

A partir de lo expuesto, en lugar de “principio de legalidad” preferimos utilizar la expresión “principio general de reserva de ley”, que a su vez es entendido como “reserva de parlamento” y se aplica, por tanto, a todos aquellos supuestos en los que el Estado (en especial en ejercicio del Poder Ejecutivo, pero también del Poder Judicial) pretende inmiscuirse en un derecho individual de carácter fundamental. Ningún derecho fundamental es absoluto; por el contrario, se admiten restricciones que serán admisibles sólo si están previamente autorizadas por ley formal.

Sin perjuicio de ello, y utilizando como comparación el sistema procesal penal alemán, el principio de reserva de ley, tiene cierta tradición en dicho ordenamiento jurídico ya que, si hay algo que paradigmáticamente sucede en un proceso penal, es la continua injerencia del Estado en derechos fundamentales, en especial en los del imputado.

Nuestro sistema constitucional le reconoce al imputado derechos que emanan de su condición de persona, la que se valoriza en su dignidad. Como contrapartida se destaca que existen limitaciones y restricciones de los derechos porque éstos no son absolutos, “pues están condicionados por los derechos de los demás y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. Y así, “[estas] restricciones deben

<sup>4</sup> TSJ Sala Penal, S. N° 64, 05/07/2001, “Toledo Hugo Celso - p.s.a. robo, homicidio, etc. - Recurso de casación”.

guardar estrecha relación con las razones que la autorizan y no podrán alterarlos en su esencia, debiendo ser proporcionales al valor que se pretende resguardar, con sujeción a la Constitución y demás normas supranacionales”<sup>5</sup>.

Cuando el Estado restringe un derecho fundamental a través de un acto jurídico formalizado de manera expresa, directa e inmediata existe una “injerencia estatal” y, por lo tanto, una restricción a los derechos considerados como fundamentales.

Resulta necesario entonces referirnos primeramente a dicho mandato de proporcionalidad (o de razonabilidad, conforme a la terminología más usual en la Argentina) que deben respetar las leyes restrictivas de derechos fundamentales. En el Derecho Penal material (ámbito donde tienen lugar las más graves injerencias estatales en derechos fundamentales) por lo general no se le presta demasiada atención al mandato de proporcionalidad, por lo menos no en el sentido en el que el principio es utilizado en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal Penal. En estas materias, a dicho mandato se lo emplea como un límite para lograr evitar restricciones excesivas a los derechos fundamentales.

Teresa Aguado Correa (2014) afirma que hay dos razones por las cuales el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho penal posee un significado menos restringido que en aquéllas otras áreas: por un lado, “porque de la relación de las normas penales se puede deducir que el fin que a través de ellas se persigue es único: protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligros, a través de la amenaza penal”<sup>6</sup>; por el otro, porque este fin será alcanzado a través del medio de la desaprobación ético-social del comportamiento delictivo.

En este último sentido, la autora recalca que el Tribunal Constitucional Alemán ha sostenido que el principio de proporcionalidad adquiere un papel relevante cuando se trata de examinar un precepto penal, puesto que la mayor sanción de la que dispone el Estado es el reproche ético-social sobre un determinado comportamiento del ciudadano.

En la Argentina, el mandato de proporcionalidad se infiere, conforme a jurisprudencia constante de la Corte Suprema de la Nación, del artículo 28 de la Carta Magna, en tanto establece que: “*los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

Al respecto, la propia Corte Suprema brinda una definición de razonabilidad de la ley al decir: “(...) Esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional ‘cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad’ (Fallos: 299:428,430, Considerando 5°).

El principio de proporcionalidad tiene entonces una gran importancia práctica

---

5 Lucero, Inés, “Las dilaciones indebidas y el abuso de derechos en el proceso penal a la luz de la normativa supranacional” en *“Procesal Penal y Constitución”*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, pág. 142.

6 Aguado Correa, Teresa, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en *El principio de proporcionalidad Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pág. 33.

para resolver casos de conflictos entre derechos fundamentales y leyes que pretenden restringirlos.

Puede decirse, en general, que el fin de una ley restrictiva de un derecho fundamental será legítimo cuando coincida con alguna de las finalidades que, sea en forma de facultades o de mandatos, expresos o tácitos, la Constitución establece que pueden o deben perseguir los poderes públicos en aras del interés general. Ejemplos de finalidades expresas de la CN en ese sentido son las denominadas “cláusulas del progreso” consagradas en los incs. 18 y 19 del artículo 75. Así, v.gr., una ley que otorgue subvenciones especiales a una empresa establecida en una determinada región del país y que con ello restrinja el derecho de propiedad de sus competidoras, o su derecho a la libre competencia (art. 42, CN), tendrá una finalidad legítima si lo que persigue es “promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (art. 75, inc. 19, 2 párr., CN).

Los manuales y Tratados de Derecho Constitucional en la legislación comparada (en específico, en el sistema jurídico alemán) dedican amplio espacio al tratamiento del principio de proporcionalidad. Este principio constituye el principal argumento para solucionar los casos en los que se ponen en cuestión la conformidad de una ley o de una medida estatal restrictiva de derechos fundamentales.

En Alemania se emplea una auténtica dogmática para interpretar y aplicar esas normas constitucionales: todo análisis que tenga por objeto resolver un caso en ese contexto se lleva a cabo a través de categorías dogmáticas fijas.

Cada categoría aborda ámbitos de problemas diferentes, analíticamente en forma sucesiva y en términos de condiciones necesarias: si alguna de esas categorías no se realiza, queda cancelada la posibilidad de aplicar la norma constitucional de que se trate, sin que sea necesario examinar la categoría posterior.

En Argentina nunca se elaboró ni se utilizó una dogmática de los derechos fundamentales: ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Por esta razón, la doctrina y jurisprudencia alemana es enriquecedora para establecer o adoptar criterios de interpretación y resolución de casos concretos de injerencia estatal en el proceso penal sobre prueba *no reglada* cuya producción -a veces- puede afectar derechos fundamentales de las personas implicadas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán utiliza en sus fallos este método dogmático. En cambio, en nuestra Corte Suprema de Justicia, cada caso es resuelto según argumentaciones que no están clasificadas de antemano como pertenecientes a una categoría determinada, y por lo tanto no están sujetas a un orden argumentativo fijo.

Las categorías fijas que existen en esta dogmática específica y cuyo fin es guiar el análisis para la solución de casos de injerencia del Estado sobre prueba *no reglada* en el proceso penal, son las siguientes: *idoneidad, necesidad y adecuación o no excesividad*.

En efecto, se exige el mandato de *proporcionalidad* en un doble sentido. Por un lado,



lograr un “derecho”; por el otro, conseguir la aplicación proporcional de ese derecho. La doctrina y jurisprudencia alemana sostiene que el “examen de proporcionalidad” consiste en especificar (es decir, integran dicho concepto) cuál es la finalidad de la restricción legal y examinar si esa finalidad es legítima. Posteriormente, se analiza la idoneidad, la indispensabilidad y la adecuación (o prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido estricto) de dicha restricción legal. Este “examen de proporcionalidad” se realiza en ese orden, ya que cada categoría presume lógicamente la afirmación de la anterior, como en toda dogmática jurídica.

El primer escalón de análisis consiste en “identificar” el fin de una ley restrictiva de un derecho fundamental. Los métodos de interpretación más comunes en la jurisprudencia (incluida la analizada en este trabajo) son el *exegético* y el *sistemático* (interpretación objetiva); en combinación con el significado actual de la formulación normativa (interpretación evolutiva).

Se agrega a ello la interpretación *psicológica* del legislador (finalista). De esta manera, se intenta determinar el fin de una ley restrictiva de un derecho fundamental que por regla ha de ser, en la generalidad de los casos, la protección de un determinado bien colectivo o de un interés general. Tal como establece el artículo 32 de la CADH “Los derechos de cada persona están *limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias* del bien común en una sociedad de democrática”. El interés general concretamente protegido deberá ser identificado de conformidad con el texto de la ley. Por ejemplo, en una ley penal el propósito en cuestión consiste en proteger aquello que la dogmática conceptualiza como “bien jurídico protegido”, es decir, como “valores espirituales del orden social” (Jescheck-Weigend) sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la comunidad.

En definitiva, vemos que la dogmática penal del bien jurídico se integra a la dogmática constitucional de la proporcionalidad en cuanto al modo en que se le brindará tutela penal a determinado bien jurídico de acuerdo al fin de protección de la norma.

A su vez, habría que complementar esto con la idea de Rosatti (2016) considerando que: “La finalidad de cada norma o cláusula específica susceptible de ser interpretada debe conectarse con la finalidad genérica del ordenamiento jurídico, dentro del cual aquella cobra un sentido más pleno”<sup>7</sup>.

Acreditado el extremo anterior, corresponde continuar con el examen de *legitimidad*. Éste consiste en verificar la conformidad de ese fin con el orden constitucional y en particular, con la directiva establecida en el artículo 32 de la CADH, debiendo atender a intereses generales. Por ejemplo, los derechos de los demás, la seguridad de todos, el bien común, etc. Sólo serán legítimas (las leyes restrictivas de derechos fundamentales) cuando se admitan en una sociedad democrática.

---

<sup>7</sup> Rosatti, Horacio, “*El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, Buenos Aires, pág. 201.

En definitiva, para que la finalidad sea legítima necesita la protección de un interés general o un bien colectivo, y además realizarse de un modo tal que sea compatible con los valores democráticos.

Con respecto a la *idoneidad* de la restricción de un derecho fundamental establecido por ley formal, se analiza su carácter abstracto, es decir, “la posibilidad abstracta de la consecución de un fin”. En esta categoría, se trata de valorar el fin perseguido por el legislador en abstracto y en forma general, respecto de una medida específica para un caso concreto. De esta manera, se vuelve dificultoso que el Poder Judicial pueda cuestionar lo que el legislador ha considerado idóneo como restricción.

Bernal Pulido (2014) afirma que deben cumplirse dos exigencias: “la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada”. Con respecto a la primera exigencia, “para que una medida penal no sea legítima, debe ser claro que no busque proteger ningún derecho fundamental ni otro bien jurídico relevante”. Por la segunda exigencia, “para que dicha medida no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”<sup>8</sup>.

Una vez examinada la idoneidad objetiva de la restricción, debe analizarse su *indispensabilidad*. Esto implica determinar si la misma finalidad restrictiva podría ser obtenida a través de un medio menos gravoso para el derecho fundamental que ampara al ciudadano, siempre que ese medio más benigno no importe una carga o sea excesivo para la administración o para la sociedad en general. Por otra parte, el empleo del medio más benigno no tiene que obligar a dejar de lado el fin original de la norma, es decir, el criterio de indispensabilidad.

También, es relevante considerar que el medio alternativo debe surgir de aquellos que aparecen como factibles en concreto para el poder estatal involucrado (v. gr., lo que es posible para la Administración Nacional puede no serlo para la Administración Provincial). Se hace una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles. En esta comparación se analiza la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y el menor grado en que este intervenga (injerencia) en el derecho fundamental.

Todo esto trae aparejado “la prohibición de restringir vanamente la libertad, es decir, la prohibición de utilizar una medida restrictiva intensa en caso de que exista un medio alternativo por lo menos igualmente idóneo para proteger el bien jurídico relevante y que a la vez sea más benigno con el derecho restringido”<sup>9</sup>.

Continuando con las categorías analizadas, debemos referirnos a la *adecuación o prohibición de exceso* en la restricción, comúnmente denominada “prohibición de tutela excesiva/proporcionalidad en sentido estricto”. El contenido de esta categoría se relaciona

---

8 Bernal Pulido, Carlos, “Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal” en *El principio de Proporcionalidad Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pág.110.

9 Bernal Pulido, ob. cit., pág. 111.

con determinar si la restricción impuesta por el poder público a un derecho fundamental de libertad, guarda relación de adecuación entre la intensidad de la restricción y la importancia o peso que, en el caso concreto, tiene el derecho restringido. De tal manera, se realiza una ponderación entre los extremos mencionados (v. gr., la procedencia de un derecho fundamental como el honor que colisiona con el derecho a la información pública).

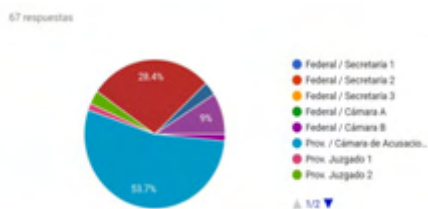
### 3 | CONCLUSIONES

La doctrina advierte que: “[e]n los últimos tiempos han ido apareciendo en la legislación argentina los llamados ‘medios de prueba extraordinarios’, los cuales, identificados por la necesidad de reforzar la investigación de hechos delictivos también extraordinarios (no solo por su inusitada gravedad sino también por los serios problemas que presenta para su investigación), encierran el grave riesgo de legitimar la ilegitimidad en la averiguación penal, como medio de darle más eficacia respecto de aquellos ilícitos”<sup>10</sup>.

Por lo tanto, para admitir la injerencia estatal sobre todo tipo de pruebas en el proceso penal y frente a cualquier delito, resulta necesario realizar un “examen de proporcionalidad” en base a la idoneidad, indispensabilidad y adecuación al *fin* de esa prueba producida que -a veces- puede estar en pugna con derechos fundamentales del justiciable y de terceras personas, particularmente cuando se trata de prueba “no reglada”.

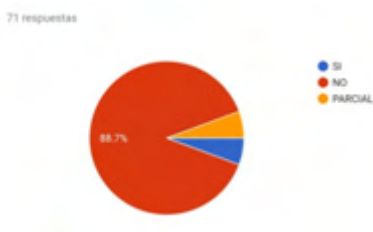
### 4 | ANÁLISIS DE DATOS EN GRÁFICOS ESTADÍSTICOS

#### a.-) Procedencia:

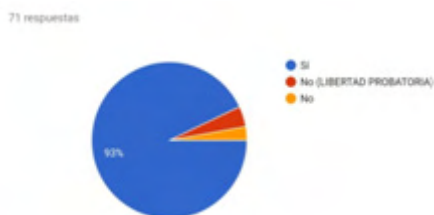


<sup>10</sup> Caferatta Nores, José I.- Hairabedián, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 227.

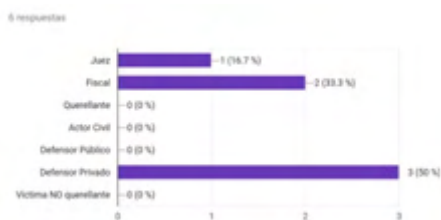
b.-) ¿Prosperan los planteos de nulidad contra resoluciones que vulneran derechos fundamentales?:



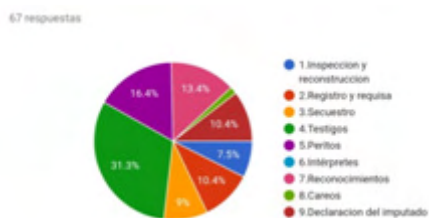
c.-) ¿Se encuentra reglada la prueba impugnada por vía de nulidad?:



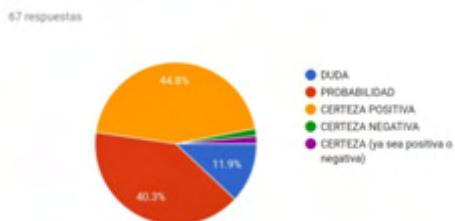
d.-) ¿Quiénes invocan el principio de libertad probatoria en las resoluciones analizadas?:



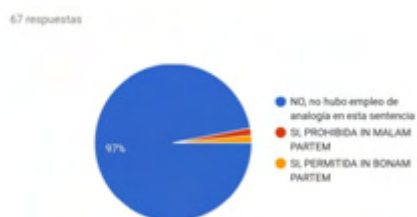
e.-) ¿A qué género corresponde la prueba materia de nulidad?:



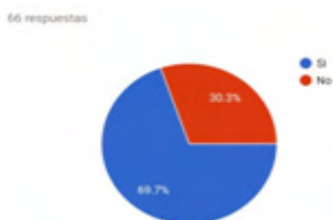
f.-) ¿Qué grado de convicción proporcionan las pruebas impugnadas por nulidad?:



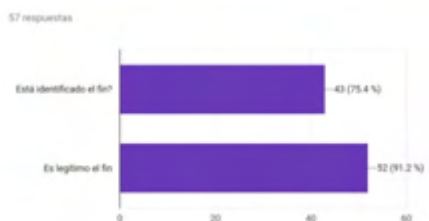
g.-) ¿Hubo analogía al resolverse los planteos de nulidad?:



h.-) ¿Está explícito el fin del medio probatorio impugnado por nulidad en el marco general de las sentencias analizadas?:



i.-) ¿Hubo proporcionalidad para validar la prueba impugnada por nulidad en las resoluciones analizadas?:



## REFERENCIAS

Aguado Correa, Teresa, “**El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto**”, en *El principio de proporcionalidad Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

Bernal Pulido, Carlos, “**Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal**” en *El principio de Proporcionalidad Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

Caferatta Nores, José I.- Hairabedián, Maximiliano, “**La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba**”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

De Aragón, Ernesto R., “**Garantías Constitucionales en el Proceso Penal. Adquisición de la prueba y delimitación del derecho a la intimidad**”, disponible en: [http://www.actualidadjuridica.com.ar/olrdoctrina\\_viewlist.php?cmd=resetall](http://www.actualidadjuridica.com.ar/olrdoctrina_viewlist.php?cmd=resetall).

Pérez Barberá, Gabriel, “**Dogmática de los Derechos Fundamentales**” en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014.

Rosatti, Horacio, “**El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional**”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires. 2016.

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

Assistência social 50, 59, 77, 85, 86

### C

Campo jurídico 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

Ciência 30

Cruzeiro do Sul 73, 74, 75, 79, 80, 82, 83, 84

### D

Derechos fundamentales 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72

Desastres naturais 14, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28

Descripción 61

### E

Educandário 73, 74, 75, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85

### G

Gênero 30

Gestão de riscos 14, 15, 16, 17, 18, 24, 25, 26, 27

### I

Imagens 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12

Imaginários 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10

Integração 24, 25, 42

Intervenções em espaços públicos 42

### L

Litoral do Paraná 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27

### M

Minha Casa Minha Vida 42, 43, 46, 47, 53, 60

### N

Nulidad 61, 70, 71

### P

Pandemia 1, 2, 3, 6, 8, 10, 11, 12, 35

Perspectiva feminista 30

Políticas públicas 14, 15, 16, 22, 23, 25, 26, 27, 47, 49, 53, 58, 59, 86

Pós-ocupação 42

Proceso penal 61, 64, 65, 66, 69, 72

Prueba no reglada 61, 66

## **T**

Tecnologia 30

Território 16, 17, 26, 42, 49, 53, 59, 76, 80

Turismo 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28

## **V**


Valoración 61, 62








# Ciências sociais aplicadas:

Avanços, recuos e contradições 2

 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)


 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)


**Atena**  
Editora  
Ano 2021



# Ciências sociais aplicadas:

Avanços, recuos e contradições 2

 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)

 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

  
Atena  
Editora  
Ano 2021