



ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

La ponderación de intereses en la investigación de casos penales. El estado de la cuestión en el derecho penal argentino.

Marcos Giampani
15R1819
35.324.919

TUTOR:
Prof. Dr. Eduardo Luis Aguirre.

7 de Mayo de 2019



LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN LA INVESTIGACIÓN DE CASOS PENALES.
EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

“Los problemas se tornan más difíciles cuando nos preguntamos, en un tono más crítico, sobre las condiciones que *deberían* cumplirse antes de considerar penalmente responsable a cualquier persona, dado que la pregunta ahora apunta a las condiciones de legitimidad de los sistemas jurídicos”

(DUFF, Antony, *Sobre el castigo: Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*”, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015. Pág. 129).

“La asunción de la propia subjetividad (por peligrosa que pueda resultar) siempre se ha revelado más rigurosa y garantista que la ficción de la neutralidad bajo el manto de la “técnica”, en tanto no esconde sus presupuestos sino que los revela y los somete a crítica y debate”

(FEIRSTEIN, Daniel, *Juicios: sobre la elaboración del genocidio II*, 1ª ed., CABA, Fondo de Cultura Económica, 2015. Pág. 79)

Marcos Giampani

Abstract

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar las respuestas de los tribunales nacionales frente a situaciones en las cuales el accionar investigativo ha entrado en tensión con una garantía constitucional, considerando cuales han sido los razonamientos subyacentes a los pronunciamientos judiciales en los casos de requisita personal y allanamiento. En primer lugar, se sugiere que resulta una falacia sostener que exista una operatividad de las garantías

procesales de manera uniforme independientemente del tipo de delito investigado. En segundo lugar, se sostiene, con apoyo en el estudio de la jurisprudencia, que en materia de garantías en la investigación, el análisis llevado a cabo sobre la misma no es ex ante sino, por el contrario, se realiza ex post poniendo en juego mecanismos de ponderación no enunciados por nuestros tribunales. En tercer término, se propone considerar la teoría de la ponderación, resultando esta el medio más idóneo para la protección de las garantías individuales a la luz de una interpretación armónica de los derechos y de una política criminal contra selectiva. En último lugar, se considera la factibilidad de aplicar esta teoría en el interior de nuestro sistema normativo dando cuenta, a su vez, de las implicancias y posibles críticas.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo surge a partir de dos interrogantes que han recuperado relevancia en la agenda pública en los últimos tiempos. El primero de ellos ¿cuál es el límite en la investigación penal? Y el segundo, ¿es aceptable cualquier acción en pos de la averiguación de la verdad¹? En este sentido, y a partir del relevamiento de precedentes judiciales, vamos a desarrollar los interrogantes planteados para poner de manifiesto qué operatividad tuvieron esos límites en el marco nacional.

Con este fin, abordaremos la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal desde su creación hasta la actualidad y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo foco en aquellos pronunciamientos en los cuales se ha debatido la legalidad de la investigación en causas vinculadas a allanamientos y requisas personales, centrándonos principalmente, en aquellos casos que han tenido mayor repercusión en la jurisprudencia nacional.

¹A lo largo del texto al remitirnos al concepto de *verdad*, se estará haciendo alusión al concepto de *verdad procesal*, como lo definiera MAIER, Julio B, *Derecho procesal penal: fundamentos*, 1.ª ed. 3.ª reimp., CABA, Del Puerto, 2013.

En línea con esto último y antes de adentrarnos en el trabajo, intentaremos establecer una breve definición de aquello que entendemos bajo el término “ponderación”, concepto fundamental en el título del presente análisis. En palabras de la Real Academia Española, puede “determinar el peso de algo”, “examinar con cuidado” o “equilibrar” entre otras acepciones. A partir de la unión de las tres mencionadas, vamos a discurrir en el desarrollo subsiguiente, entendiendo por “ponderar” el proceso mediante el cual se determina el peso de algo luego de haberlo examinado con cuidado, a fin de tender a un equilibrio entre dos objetos, situaciones o derechos.

A continuación, nos proponemos confirmar una intuición respecto a la existencia de mecanismos de ponderación que operan de manera solapada en el interior de las argumentaciones propuestas por las diversas sentencias. En otras palabras, el desarrollo subsiguiente estará orientado a dar cuenta de cómo en materia probatoria la aceptación o exclusión de determinadas pruebas refutadas como “nulas” o “ilegales” se encuentra relacionada directamente con razonamientos de ponderación entre las garantías individuales y la averiguación de la verdad. Al mismo tiempo, demostraremos cómo en materia de nulidades probatorias, los tribunales nacionales han llevado a cabo un análisis ex ante de las garantías en juego, así como también un análisis ex-post con sustento en los mecanismos de ponderación, a fin de resolver la tensión entre el accionar investigativo y las garantías en juego².

²Ejemplo paradigmático de esta situación es el fallo “Maldonado Balderrama” del TOF n°3, del 25/08/94, citado en Gustavo BRUZZONE, “*La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en medidas de coerción en el proceso penal*” en *Estudio sobre justicia penal*, J-610, pág. 248: “derivado de un asunto en donde se investigaba un delito vinculado a la ley de drogas y donde habían encontrado cerca de 30 KG de cocaína, se habían hecho intervenciones telefónicas clandestinas, allanamientos sin orden judicial, etc. Uno de los jueces del tribunal que resolvió el asunto razonaba con posterioridad- frente a lo que opinaron sus dos compañeros en el sentido de que por ser ilegal el origen de la prueba obtenida todo lo actuado era nulo (del voto de los jueves LARRAMBERE y PONS)- Diciendo: “**Cabe hacerse una pregunta capital; fuere cual fuere la hora real del procedimiento, haya error o no en las actas confeccionadas, coincidan o no los “tiempos”, ¿se secuestraron o no legítimamente 27 kg de cocaína?**” (voto del juez ANDINA ALLENDE) (...) En esas consideraciones, aunque planteando de una manera rudimentaria, es una cuestión que hace a la ponderación de los intereses en juego, criterio bastante extendido en la doctrina alemana...”. (lo destacado en negrita es propio).

Asimismo, señalaremos las problemáticas del método de “ponderación” y sus posibles alcances a la luz de lo establecido en el CPPN y la manda constitucional por medio del artículo 28, entendiendo la urgencia de explicitar la aplicación de esta teoría interpretativa, con el propósito de visibilizar el accionar de las últimas instancias judiciales en cuanto al abordaje de procedimientos investigativos que han sido refutados bajo la tacha de nulidad.

Seguidamente, y con sustento en los diversos pronunciamientos judiciales, nos proponemos dar cuenta de esta situación y considerar, simultáneamente, la problemática sistémica que podría acarrear la no utilización de estos mecanismos, sin dejar de pensar en todo momento, en la necesidad y urgencia de echar luz sobre el accionar y los razonamientos que sustentan los pronunciamientos judiciales, a fin de obtener la previsibilidad y la seguridad jurídica para los justiciables.

Ahora bien, tomando en consideración el campo a abordar, la problemática central se encuadra en la investigación y entendimiento de las diversas etapas de la actividad probatoria, circunscribiendo aún más el objeto de estudio y analizando las posibles prohibiciones de la actividad investigativa que pudieran surgir a lo largo de su desarrollo.

En relación con ello, es vasto el campo de autores nacionales³ que se han abocado a considerar dicha problemática. Sin embargo, es posible destacar dos obras que han condensado en materia de prohibiciones de la actividad probatoria el estado actual de la doctrina argentina. Estas son las formulaciones establecidas por el Dr. Fabricio Guariglia en su tesis doctoral⁴ y la obra del Dr. Julio Maier⁵.

³Entre ellos: HEIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2da ed., 1ra reimp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

⁴ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, 1ra. ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

⁵MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal: actos procesales*, 1ra. ed., CABA, Del Puerto, 2015.

Las formulaciones vertidas en ambos trabajos expresan el pensamiento imperante sobre la temática y establecen como regla ineludible, la imposibilidad de la aceptación de “datos” productos de actividades probatorias irregulares o no normadas. Sendos trabajos y principalmente el del Dr. Guariglia consideran la problemática de permitir el ingreso de esta actividad irregular en el procedimiento, tomando en consideración la relación existente entre el sistema de derechos y la averiguación de la verdad. En este mismo sentido, el autor establece, a nuestro entender, el estado del arte sobre la discusión existente en esta temática en la actualidad y las implicancias que acarrearán cada una de las posturas que proponen un contrapunto con el desarrollo argumental del autor.

Por otra parte, no es posible dejar de señalar el amplio desarrollo teórico que ha tenido la temática no solo en nuestro país sino también en la doctrina alemana⁶, pudiendo destacar a fin de delimitar el marco teórico de estudio del presente trabajo las formulaciones establecidas por Rogall⁷. Este autor a diferencia de los autores nacionales anteriormente mencionados ha establecido que las prohibiciones de adquisición probatoria no son de número cerrado, sino, por el contrario, que en la protección de los intereses individuales frente a una correcta administración de justicia se debe ponderar en el caso concreto, la posible vulneración mediante el principio de proporcionalidad, definiendo de acuerdo con este la admisibilidad o no de la prueba. En otras palabras, para este autor la prohibición de valoración probatoria dependerá de estos intereses en pugna. En línea con lo anteriormente dicho, sostiene la

⁶ Es necesario destacar el influjo y la importancia que ha tenido y tiene al día de la fecha la doctrina alemana en nuestro país. Pese a ello es de difícil entendimiento por qué esta última pese a poseer gran aceptación en materia Derecho Penal Material, no ha tenido la misma llegada en materia de derecho procesal ni en los delitos especiales contemplados en el Código Penal.

⁷ Ver. ROGALL, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 91, 1979 y “Grundsatzfragen der Beweisverbote” en Höpfel & Huber (eds.) *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen*, Max-Planck- Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.B, 1999.

inexistencia de prohibiciones de valoración probatoria para la criminalidad considerablemente grave⁸. Este punto es central en su obra y será retomado a lo largo del presente texto.

En consonancia con lo anterior y relacionado íntimamente con las formulaciones establecidas por Rogall y en estrecha vinculación con el argumento central de este trabajo, debemos tomar en consideración los desarrollos teóricos vinculados a la Teoría de la Ponderación de Derecho o Balancing Test⁹. En este sentido y como se ilustrará en extenso a posteriori, el desarrollo propuesto se ubicará dentro del marco teórico propuesto por Robert Alexy, así como también por la obra de Bernal Pulido¹⁰ discípulo del primero, quien, según entendemos, es el latinoamericano que más ha profundizado en este tema. Completarán los límites de esta temática los desarrollos de Guastini y Moressio, quienes se erigen, al día de la fecha, como los principales exponentes de las posturas positivas y escépticas respectivamente, tanto por su producción teórica como por su actualidad.

Volviendo por un instante al punto de partida, las líneas que continúan pretenden echar luz acerca de cuáles han sido los razonamientos bajo los que han operado las prohibiciones probatorias en la jurisprudencia nacional, tratando de demostrar según hemos explicitado, que estos últimos no han hecho más que responder a mecanismos de ponderación no enunciados en el interior de los pronunciamientos judiciales. De acuerdo con este fin, realizaremos, en

⁸ A razón de brevedad y coherencia, las posibles críticas al autor relativas a su posible relación con los conceptos de “*Derecho Penal del enemigo*” y “*Derecho Penal de dos velocidades*” serán abordadas al final del presente trabajo. Sobre el punto anterior ver: JAKOBS Günter y MELIÁ Cancio, *Derecho penal del enemigo*, 2da ed. Madrid, Civitas S.A, 2006 y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, 2ª ed. Madrid, Civitas Ediciones, 2001.

⁹ Ver ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁰ Ver BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 1ra. ed., Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.

primer lugar, un análisis pormenorizado de los diversos pronunciamientos con el objeto de establecer la base empírica sobre la cual se asentará la presente investigación.

En segundo lugar, abordaremos el marco conceptual de la *ponderación*, dando cuenta tanto del estado actual de la discusión sobre la temática como así también de los mecanismos propuestos por esta última para la resolución de conflictos de derechos. A posteriori, abordaremos el enfoque normativo de la cuestión, considerando la relación entre la teoría de la ponderación de derechos y el artículo 28 de la Constitución Nacional. Este apartado tendrá como objetivo particular dar cuenta de las implicancias normativas de la ponderación y su posibilidad en el interior del sistema jurídico nacional, buscando quebrar el plano meramente teórico de la discusión, y tomando como punto la factibilidad/constitucionalidad de la teoría.

Por último y previo a adentrarnos en las conclusiones, consideraremos las implicancias comunicativas y fácticas de la teoría de la ponderación, en relación con la situación del justiciable y la comunidad, así como también las posibles críticas u objeciones que pudieren existir frente a los mecanismos de ponderación.

Finalmente, y a modo de conclusión, elaboraremos un breve resumen de todo lo establecido en este trabajo dando respuesta a los interrogantes que lo han dinamizado y a aquellas afirmaciones sobre las cuales nos hemos propuesto echar luz.

2. BALANCE DE LA JURISPRUDENCIA O *JURISPRUDENCIA DEL BALANCE*

En el presente acápite, nos abocaremos al análisis de los diferentes pronunciamientos emitidos por nuestros tribunales. En este sentido y en razón de un mejor abordaje, este apartado presentará una estructura tripartita. En primer lugar, consideraremos la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), continuaremos con los pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal (en más

CNCP) para finalmente concluir considerando aquellos “permisos” que han sido incluidos en la materia de manera pretoriana.

La elección de esta división tripartita difiere de aquellas propuestas clásicas de abordaje como la que propone Heirabedián¹¹. Esto responde al imprescindible planteo transversal que requiere la hipótesis formulada inicialmente, proponiendo en las páginas subsiguientes el establecimiento de pares ordenados que nos permitan tomar en cuenta cómo ha sido el devenir de la interpretación en pos de evidenciar los mecanismos de ponderación. En otras palabras, el análisis continuo del muestreo de fallos propuestos es un intento de dar con aquellos criterios de ponderación en función del tipo delictual que han operado en las diversas instancias.

Antes de pasar a considerar los pronunciamientos, debemos aclarar que, por motivos metodológicos, las próximas páginas se limitarán a realizar un *racconto* de las tensiones y debates en la jurisprudencia, dejando para la clausura del apartado aquellas consideraciones resultantes del análisis propuesto.

2.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Fruto de la gran cantidad de producción jurisprudencial llevada a cabo por la CSJN en relación con la operatividad de las garantías en el interior del procedimiento penal, el siguiente apartado presenta una subdivisión por décadas a fin de facilitar el abordaje y comprensión de la jurisprudencia¹².

2.1.1 LOS OCHENTA

¹¹ En este sentido, ver estructura formulada en su obra, donde el autor divide cada uno de los fallos en función de los pronunciamientos.

¹² No desconocemos que en materia de jurisprudencia relativa a la CSJN se suele estructurar los estudios en función de su composición o en relación con la figura del Poder ejecutivo. Pese a ello y fruto del recorte del objeto de estudio propuesto para esta investigación es que nos permitimos omitir los parámetros tradicionales relativos a la temática.

Con el retiro de la última dictadura cívico-militar y el retorno del sistema democrático a la Argentina, se produjeron diversos pronunciamientos en materia de prohibiciones probatorias. Entre los más resonantes podemos destacar los fallos *Fiorentino*¹³, *Rayford*^{14/15} y *Francomano*¹⁶.

En el interior de estos últimos, se debatió, en primer lugar, la legalidad del allanamiento realizado sin orden judicial previa en primer lugar frente al presunto consentimiento del imputado y, en segundo lugar, como resultado de una declaración bajo coacción se produjo el allanamiento el producto indirecto de esta última. En estos supuestos, la CSJN entendió que debían primar las garantías en juego frente a la persecución penal.

*“... es así porque la incautación del cuerpo del delito no es entonces fruto de un procedimiento legítimo y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilización de medios ilícitos en la persecución penal (...) no solo es contradictorio sino que compromete la buena administración de justicia...”*¹⁷.

Ciertamente esta década trajo aparejada una exclusión de la actividad probatoria que se encontrare en tensión con alguna garantía. Un claro ejemplo de dicha situación es la afirmación citada en el párrafo previo. De esto último podemos afirmar que en los años considerados, en los supuestos de allanamientos sin orden para los pares vinculados a la garantía del Artículo 18 CN, tanto en función de la tenencia de estupefacientes como en la tenencia de armas, ha primado en la jurisprudencia de la Corte el respaldo a la garantía constitucional.

¹³ CSJN (306:1752).

¹⁴ CSJN (308:733).

¹⁵ En el mismo sentido que el fallo acorde al único cause investigativo ver *Ruiz* (310:1847) y *Francomano* (310:2384).

¹⁶ CSJN (310:19).

¹⁷ *Idem.*12, penúltimo párrafo.

A modo de resumen, y en base a la jurisprudencia previamente enunciada, podemos afirmar que al momento del retorno de la democracia y en el transcurso de los años ochenta fue mayor el peso de la garantía frente a la persecución del consumo personal de estupefacientes y a la tenencia de armas.

2.1.2 LOS NOVENTA

Los años noventa no solo produjeron cambios estructurales en la administración de justicia nacional, como la implementación del código “Levene”, sino que trajeron aparejado desde su inicio un cambio radical en el peso específico de la garantía del artículo 18 el cual lentamente comenzó a perder terreno frente a la bien alimentada pretensión punitiva.

Ejemplo de esta situación fue el paradigmático pronunciamiento que marcaría el nuevo compás¹⁸ de ritmo para la década *Fiscal C/ Fernández o Rivas Graña*¹⁹ del año 90. Este último se distancia en forma clara de los pronunciamientos y consideraciones de la pasada década, abriendo el camino a la investigación. Ejemplo de ello son las citas que versan a continuación relativas al recurso del procurador y la subsiguiente resolución de la CSJN.

“En cuanto al tema de la exclusión del secuestro de nueve kilos de cocaína porque se las habría incautado en el curso de un allanamiento ilegal, el apelante señala que al procedimiento realizado en la casa del cónsul boliviano se lo consideró como pesquisa domiciliaria o allanamiento cuando, en realidad, no tuvo ese alcance. De acuerdo con lo probado, el acceso a la vivienda y la entrega de la droga se obtuvo como consecuencia de la amistad preexistente entre el morador y su coprocesado Fernández, sin otra intervención del

¹⁸ “El procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado (...) el interés público que reclama la determinación de la verdad en juicio ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos, verdad y justicia” Fallo CSJN (313:1305).

¹⁹ CSJN. (313:1305).

policía que no fuese meramente pasiva y que, por lo tanto, "no conmocionó, alteró o siquiera rozó la intimidad de la vivienda del cónsul", que es lo que protege la garantía constitucional."

"9º) Que, además, si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas -una de las cuales desconocía- sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y, pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, descorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación."

No pasarían más de dos años para que la CSJN en el precedente *Torres*²⁰ sumara una nueva nota al compás propuesto, convalidando el allanamiento dictado sin fundamentación del cual resultara el secuestro de estupefacientes. Sin embargo, esta nueva melodía propuesta por la Corte presentó para el año 1994 un pequeño desajuste en el precedente *Daray*²¹. En este último, el máximo tribunal no convalidó la detención llevada a cabo por los agentes policiales y el sucesivo cause investigativo que de ella se desprendía, haciendo prevalecer para este caso, una vez más, el peso específico de la garantía del artículo 18.

Ahora bien, la corrección de la disrupción provocada por *Daray* fue finalmente corregida para el cierre de la década, cuando en el año 1998 la Corte emite el célebre precedente *Fernández Prieto*²². Allí, la convalidación de la detención y requisa personal de los ocupantes de un Renault 12 con sustento en la "actitud sospechosa" robusteció nuevamente el procedimiento

²⁰ CSJN (315:1043).

²¹ CSJN (317:1985).

²² CSJN (321:2947).

investigativo frente a las garantías consagradas en el artículo 18, para aquellos casos en los cuales resultare de los procedimientos el secuestro de estupefacientes.

Como aludimos previamente, esta inclinación de la balanza a favor de la actividad investigativa sobre los límites establecidos a la requisita y al allanamiento no solo abarcó dichas áreas, sino que, por el contrario, este desnivel alcanzó a diversas situaciones. Dentro de ellas podemos nombrar las condensadas por el fallo *Yemal*²³, donde se consideró cumplimentado el requisito de fundamentación del allanamiento por medio de la expresa remisión a la solicitud de la Dirección General Impositiva. De igual modo, destacamos las previstas en el fallo *Zambrana Daza*²⁴, donde se contempló el derecho a la no auto- incriminación a la luz de la persecución del narcotráfico, priorizando este último; *“Que la cuestión reviste significativa gravedad por la circunstancia de investigarse en el caso un delito vinculado con el tráfico de estupefacientes.”*²⁵

Recapitulando, los noventa han significado una música nueva en materia de prohibiciones probatorias. A lo largo de este decenio, el peso de la investigación ha primado por sobre las garantías en cuestión. Principalmente, ha ocurrido en aquellas causas relacionadas con el juzgamiento de delitos que involucraban estupefacientes, en las que han privilegiado, ciertamente, la averiguación y juzgamiento de estos últimos.

En otras palabras, pese a disrupciones como las que fueron generadas por *Daray*, los últimos años del siglo veinte estuvieron marcados por una preponderancia en la investigación sobre las garantías en cuestión, principalmente, en aquellas vinculadas a la “persecución del narcotráfico”.

²³ CSJN (321:510).

²⁴ LL. 1999-B.

²⁵ Ídem. 22.

2.1.3 EL NUEVO MILENIO

El advenimiento del nuevo milenio trajo fuertes cambios en la estructura social argentina. Pese a ello, aquel compás establecido a inicios de los noventa no estaba dispuesto a rendirse rápidamente. De esta forma, en los comienzos del nuevo siglo, la Corte Suprema emitió tres pronunciamientos que evidenciaban, a las claras, estas situaciones: *Tumbeiro*²⁶, *Monzon*²⁷ y *Sznilowsky*²⁸. Cada uno de ellos continuó con la convalidación del accionar policial basado únicamente en poco definidas “actitudes sospechosas” de los imputados, y cuyo resultado hubiere sido el hallazgo de estupefacientes. Esta continuación de aquel peso que supiera conseguir en los noventa, en la persecución de delitos en violación a la “ley de drogas”, se evidencia claramente en lo dictaminado por el procurador en la causa *Tumbeiro*.

“Aun cuando no se hubiera dado la situación fáctica que lleva a actuar a las fuerzas de seguridad, no puede desconocerse su potestad para proceder respecto de Tumbeiro”

Pese a ello, esta *realidad práctica* a la cual aludía el procurador en el fallo previamente citado, no se sostuvo más que unos pocos años. Ya para el transcurso del dos mil cuatro podemos encontrar el precedente *Walitta*²⁹. Este último implicó, sin más, el fin de aquello que había comenzado en los noventa. Ejemplo de esto son las palabras del juez Maqueda, quien en un claro contrapunto con lo sostenido por el procurador sobre la realidad práctica, expresa abiertamente que las preocupaciones por el delito no pueden justificar un aumento del accionar investigativo.

²⁶ CSJN. (325:2485)

²⁷ CSJN (325:3322)

²⁸ CSJN (326:41)

²⁹ CSJN (327:3829).

En consonancia con este último, la nueva tendencia jurisprudencial se consolidó por medio de pronunciamientos como los de *Peralta Cano*³⁰ del 2007, y *Munch*³¹ del 2010, en los cuales el máximo tribunal dotó de peso nuevamente a los límites de la investigación, retornando una vez más como lo hiciera en la década del ochenta por inclinar la balanza en pos de una interpretación amplia de las garantías en el procedimiento.

En suma, el nuevo siglo trajo aparejado una continuidad y un quiebre, ambos caracterizados por considerar, en todos los casos, las investigaciones en las cuales la norma infringida poseía como elemento esencial la tenencia de estupefacientes. En otras palabras, todos los pronunciamientos reseñados previamente se debatían entre la posibilidad de avanzar o no en condenas vinculadas a la ley 27.737.

Sobre este punto, los cambios bruscos producidos en el peso de cada uno de los platillos aún no han podido emparejarse, situación por la cual, a continuación, tomaremos en consideración los pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal, buscando en ellos no solo cotejar el seguimiento del compás de la Corte, sino también dar luz con las propias argumentaciones y balances formulados en el interior de dicho tribunal.

2.2 EL FOCO SOBRE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL

En el siguiente apartado, nos abocaremos a considerar la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal, principalmente haciendo hincapié en cuáles han sido sus preferencias o “pesos” en cuanto al binomio garantías-investigación. Previamente, ya hemos realizado el recorrido correspondiente a las consideraciones del máximo tribunal, restando

³⁰ “Peralta Cano Mauricio Esteban”, Corte Suprema de Justicia de la Nación. 03/05/2007.

³¹ Ver. HOPP, Cecilia, “Requisas y detenciones: el control judicial frente a los abusos de las fuerzas de seguridad”, en Luciano Hazan, y Florencia Plazas, (comps.), *Garantías constitucionales en el proceso pena*, CABA, Editores del Puerto, 2015.

ahora averiguar de forma cronológica cuál ha sido el “valor” otorgado a cada uno de los platicos.

Por último, antes de adentrarnos en los pronunciamientos de la Cámara y a modo de aclaración metodológica presentaremos los diversos fallos del tribunal en su conjunto, sin llevar a cabo un agrupamiento o distinción acorde con la sala correspondiente, sino simplemente bajo el criterio de su advenimiento temporal.

Desde el inicio de su trabajo, la CNCF estableció reglas ciertamente claras en cuanto a cuáles serían los balances propuestos en materia de investigación y sus limitantes. En este sentido, los fallos que reseñaremos a continuación tienen dos caracteres comunes que han atravesado los pronunciamientos del órgano; todos ellos se encuentran vinculados al consumo o tráfico de estupefacientes y, en todos los casos, se ha convalidado el accionar investigativo. Esta afirmación nos lleva a pensar que este tribunal no solo ha considerado de peso la averiguación de la verdad, sino también que ha mantenido esta línea sin mayores cambios desde su creación.

En primer lugar, podemos destacar lo resuelto en la causa *Longarini*³², donde la requisita personal fue convalidada por el tribunal bajo el salvoconducto que generó la portación por parte de los agentes preventores de una “valija para test de narcóticos”. En este mismo sentido, pero esta vez haciendo uso de la situación de urgencia, se volvió a convalidar el accionar policial en *Salias*³³. Acompañando esta valoración y el proceder de la Cámara podemos encontrar, a su vez, el precedente *Romero Saucedo*³⁴ el cual demuestra de forma ilustrativa, en palabras del

³² Longarini, Rubén E.; 27/4/1994; CNCP Sala III; 0120, 134.

³³ Salias, Juan Eliseo; 15/3/1995; CNCP Sala III; 0281, 030.95.3

³⁴ Romero Saucedo, Carlos; 3/3/1995; CNCP Sala II; 022; 027.95.3

juez Casanovas, cuáles han sido en esta etapa las consideraciones de la Cámara en función del binomio garantías/investigación.

“En mi parecer, los razonamientos que se leen en la resolución puesta en crisis aparecen como una interpretación artificiosa e inadecuadamente formalista, que carece además de entidad para invalidar una sucesión de actos que en nada han violado los principios del procedimiento ni afectado el derecho de las partes”³⁵.

Paralelamente a las consideraciones previas, diversos fallos no solo han realizado una interpretación amplia respecto a las situaciones en las cuales puede operar la excepción sobre la garantía, sino que han establecido lineamientos para considerar los motivos suficientes para su procedencia. En este sentido, el pronunciamiento *Vicente*³⁶ y posteriormente *Dorrego*³⁷—el cual acompaña las formulaciones de este último— han sostenido la necesidad de realizar un análisis ex post en función del resultado de la requisita/allanamiento para considerar la existencia o no de motivos suficientes.

“El resultado de la requisita no puede dejar de evaluarse como dato coadyuvante ex post, a favor de la verosimilitud de los motivos”³⁸.

Como referimos previamente, estos lineamientos esbozados al momento de conformarse el tribunal han sido mantenidos hasta nuestros días. Evidencia de esto son los fallos *Gallo Nuñez*³⁹ y *Sogetti*⁴⁰. En ambos casos, se ha convalidado la requisita llevada a cabo en situaciones donde el delito perseguido/prevenido ex post, resulta de considerable

³⁵ Del voto del Dr. Casanovas en “Romero Saucedo, Carlos; 3/3/1995; CNCP Sala II; 022; 027.95.3”

³⁶ Vicente, Ana María; 2/11/94; CNCP Sala I; 0219; 355.

³⁷ Dorrego, Miguel Alberto; 6/12/1994; CNCP Sala I; 0268; 0363.1.

³⁸ De los considerados del fallo “Vicente, Ana María; 2/11/94; CNCP Sala I; 0219; 355.”

³⁹ Gallo Nuñez, Martín Javier; 28/11/2012; CFCP Sala III; 15654; 1683.12.

⁴⁰ Soggetti, Carlos Antonio; 30/11/2012; CFCP Sala II; 9398; 20876.

trascendencia. Una demostración de ello es lo afirmado por los jueces en el primero de estos dos fallos.

“Se trata de encontrar la razonabilidad de la norma a fin de no tornarla inoperable”⁴¹ “Esas formalidades y expectativas deben ceder antes intereses superiores de seguridad...”⁴²

En suma, la jurisprudencia de la CNCF en cuanto a la materia bajo estudio posee un amplio desarrollo en aquellas causas vinculadas a la Ley 27.737. En este sentido en la totalidad de las causas reseñadas la Cámara ha acompañado el compás formulado por la Corte en los años noventa, manteniendo, a diferencia de esta última, dicho ritmo hasta la actualidad. De esta forma bajo la óptica propuesta para analizar la totalidad de la jurisprudencia, la Cámara ha otorgado mayor peso específico a la persecución de delitos vinculados al narcotráfico al momento de ser interpretados los posibles limitantes o impedimentos que pudieren surgir del marco normativo.

2.3. CAMINOS ALTERNATIVOS Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de introducirnos en el análisis de los pronunciamientos reseñados anteriormente, resulta pertinente relevar algunas de las consideraciones elaboradas de forma pretoriana que han buscado formular caminos alternativos a los requerimientos formulados por las normas en materia de allanamiento y requisita. A modo de ejemplo de estas vías consideraremos las excepciones contempladas bajo el nombre de *fuerza independiente*, *descubrimiento inevitable*, *buena fe* y *teoría del riesgo*.

⁴¹ Sobre este punto resulta pertinente las consideraciones vertidas por Cecilia HOPP en *“Requisas y detenciones: el control judicial frente a los abusos de las fuerzas de seguridad”*, en Luciano Hazan y Florencia Plazas, (comps.) *“Garantías constitucionales en el proceso penal”*, CABA, Editores del Puerto, 2015”.

⁴² Ídem. 39.

En cuanto a la primera de estas excepciones, la fuente independiente⁴³ ha tenido influjo en nuestro máximo tribunal. Un ejemplo de esto son los pronunciamientos *Rayford*⁴⁴ y *Fiorentino*⁴⁵, en los cuales se ha establecido que no existía un cauce de investigación independiente que permitiera valorar otros elementos debiendo por esto absolver a los imputados. En este mismo tenor, también podemos encontrar pronunciamientos como *Francomano*⁴⁶ donde a posteriori de desechar la prueba producto de tormentos, se estableció que no existían otros elementos independientes que permitieran arribar al mismo resultado.

En segundo lugar, el descubrimiento inevitable⁴⁷ supone un camino futuro cierto y diverso que permitiere arribar al mismo destino obviado la actuación anti-normativa, debiendo ser esta última hipotéticamente factible⁴⁸. En tercer lugar, la buena fe⁴⁹ implica poder considerar evidencia obtenida en infracción a principios constitucionales, en tanto y en cuanto hubiese sido realizada sin intención o por ignorancia o error. En nuestro país, algunos fallos permiten aducir implícitamente la aplicación de este principio, sin embargo, ninguno lo ha realizado de manera explícita.

Por último, la teoría del riesgo es aquella que posee mayor aceptación e incorporación en nuestro país ha sido recogida en fallos tales como *Fiscal c/ Fernández*⁵⁰. En palabras de la Corte: “*Quien realiza una transacción criminal en su morada, frente a una persona*

⁴³ Ver. MAIER, Julio B, *Derecho Procesal Penal: actos procesales. Op.cit.*, pág. 121.

⁴⁴ Ídem. 11.

⁴⁵ Ídem. 12.

⁴⁶ Ídem. 14.

⁴⁷ Sobre la aplicación fáctica de dicho supuesto véase “*Nix v. Williams*” 467 U.S. 431, 442-443 (1984.)

⁴⁸ Sobre la receptación jurisprudencial en nuestro país véase HEIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, op.cit.*, pág. 90-96.

⁴⁹ Ver. “*U.S v. Thomas*” 757 F. 2d 133 2nd Cir. 1985.

⁵⁰ Ídem. 17.

desconocida que pudo excluir, asume libremente el riesgo de la delación y no sufre desmedro en su derecho constitucional a la intimidad”.

Este largo rodeo sobre las diversas exclusiones a las reglas limitativas referidas a la actividad probatoria ha sido introducido para formular un interrogante. ¿Qué implican estas exclusiones a la regla? O mejor dicho, ¿qué es lo que proponen realizar estas exclusiones? Creemos, sin ninguna duda, que lo que pretenden estas exclusiones es priorizar el accionar investigativo por sobre la garantía la cual forma un dique de contención normativo a la investigación. Esta afirmación pese a ser una respuesta, no resulta concluyente, y es por ello que queremos proponer una idea. Por todo lo dicho, entendemos que estas excepciones no son más que “máscaras”. Y cuando nos referimos a “antifaces, nos remitimos a “disfraces” que no hacen más que ocultar razonamientos e intereses, que no por estar ocultos resultan espurios o poco claros, pero que sí deben ser imperiosamente visibilizados y racionalizados.

Estos antifaces conceptuales no hacen más que ocultar un balance y cuando nos referimos a balance, nos remitimos a la ponderación. Y ¿cuál es esta ponderación? Pues no es más que aquella que formulamos al inicio del trabajo, la existente entre la averiguación de la verdad y los fines del proceso en tensión con las garantías constitucionales. En otras palabras, estas exclusiones construidas a lo largo de los diversos pronunciamientos judiciales tanto nacionales como extranjeros buscan velar esta decisión, buscan enmascarar argumentos racionales y valoraciones jurídicas relativas al peso de hacer efectiva o no la garantía en la investigación de un delito en concreto.

Ahora bien, esta afirmación podría decirse que no posee sustento empírico o que efectivamente requiere ser contrastada con pronunciamientos que refuercen su postura. Y es justamente aquí donde estimamos conveniente considerar la jurisprudencia nacional que hemos

reseñado previamente. Varios autores⁵¹ consideran que tanto en la jurisprudencia de la CSJN como en la de la CFCP han existido avances y retrocesos en función de la aplicación de forma más o menos restrictiva de las garantías constitucionales, en la faz investigativa en materia penal. Estos autores establecen que la jurisprudencia ha transitado diversos momentos donde se ha “flexibilizado” la garantía en cuestión. Sin embargo nos permitimos-basado en la jurisprudencia reseñada-disentir con estos autores. No existe un “relajamiento” o “flexibilización” de la garantía, sino, más bien, una ponderación de esta última a la luz de determinados delitos.

Con ello queremos decir que no existe un relajamiento en la garantía, sino que opera de manera solapada en el interior de los pronunciamientos judiciales un razonamiento tendiente a ponderar entre la garantía individual y el interés general existente vinculado a los fines del proceso. Reflejo de esto último son los pares ordenados que formularemos al final de cada uno de los considerandos en los cuales se ha puesto en evidencia cómo se ha modificado el peso específico en la ecuación existente entre garantías y averiguación de la verdad. Sumado a la prueba existente en cuanto a estos pares ordenados, los cuales han sido cambiantes en la jurisprudencia de la CSJN y estáticos en la CFCP, se encuentran aquellas formulaciones que emitiera la Cámara relativas a considerar ex post los resultados del allanamiento o requisas como indicios de la motivación para operar por fuera de la regla general.

En otras palabras, las formulaciones establecidas en *Vicente*⁵², dan cuenta de una línea interpretativa basada en el resultado de la injerencia estatal en pos de la averiguación de la verdad. Es decir, considerar el resultado de la actividad estatal, a fin de ponderarlo a la luz de

⁵¹ Entre ellos véase MARTIN, Adrián Norberto, *Detenciones Policiales Ilegales y Arbitrarias en la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. Sobre las improntas del estado de policía en la agenda judicial*, 1ª ed., CABA, Del Puerto, 2010.

⁵² *Idem*.34.

la garantía para el caso concreto, valorando para ello cuál ha sido la resultante del accionar investigativo.

Por otra parte, mantenerse en la concepción del “relajamiento” o “flexibilización” no solo no permite elaborar formulaciones claras y predecibles, sino que implica aceptar la posibilidad por parte de los jueces de llevar adelante pronunciamientos que se encuentren vulnerando o “flexibilizando” una garantía sin más argumentos que mecanismos de excepción, tales como “los descubrimientos inevitables” o la “buena fe”, o simplemente acarreado la negación de esta última y la consecuente negación de la norma fundamental.

Es por todo ello que, en vistas de esta situación, entendemos que lo que se oculta tras la máscara de las exclusiones a la regla y de la flexibilización de las garantías no es más que llevar adelante mecanismos de ponderación de derechos hacia el interior de la tensión existente entre las garantías individuales y la sanción penal. No considerarlo así no solo implicaría aceptar que los garantes de la constitución han vulnerado sistemáticamente a esta última, sino que, a su vez, existe una falla sistémica e intrínseca a ella.

A consecuencia de ello, los próximos apartados serán remitidos a echar luz sobre los debates actuales existentes relativos a la ponderación de derechos y, principalmente, a la posibilidad normativa de llevar a cabo dicho mecanismo en el interior de nuestro sistema jurídico.

3. DE LA BÚSQUEDA DE UN EQUILIBRIO O LA TEORÍA DEL BALANCE

En el siguiente apartado, tomaremos en consideración el estado actual del debate teórico relativo a la ponderación. Para ello realizaremos un breve resumen del “estado del arte” respecto a la discusión existente sobre la temática, considerando con este fin, en primer lugar, las formulaciones de *Robert Alexy* como exponente principal. Posteriormente, abordaremos las

posturas positivas y escépticas expuestas por *Moreso* y *Guastini* respectivamente, exponentes principales de estas posturas.

3.1. LAS BASES DE ALEXY

En este punto intentaremos dar cuenta, en breves líneas, de aquellos lineamientos propuestos por *Robert Alexy*, en este sentido, la manifiesta intención de comenzar abordando las formulaciones de este autor no es otra que establecer las bases de la discusión teórica sobre la cual se estructuran las posturas positivas y escépticas respecto a la obra de Alexy.

En primer lugar, las formulaciones de *Alexy* parten de considerar a los principios como mandatos de optimización; es a partir de esta idea que la tensión existente entre ellos debe resolverse acorde con el principio de proporcionalidad garantizando la maximización de ellos, buscando en todo momento que la solución propuesta genere la mejor solución acorde con el máximo desarrollo de ambos principios/derechos.

En línea con esto, el autor propone la subdivisión del principio general en tres subprincipios que deben cumplirse de modo concatenado: idoneidad, necesario y proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros son aquellos relativos a la optimización, el último aborda lo posible en términos normativos.

En paralelo con lo anterior, la propia estructura de la ponderación se encuentra formada por tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. La aplicación de esta implica, en primer lugar, tomar en consideración el grado de afectación del principio para el caso bajo estudio, contrastando este a la luz de la importancia de la satisfacción

del segundo para, finalmente, determinar si la preponderancia de este segundo justifica el detrimento o no satisfacción del primero⁵³.

En síntesis, frente a un conflicto entre derechos o principios debe resolverse dicha controversia aplicando un test de proporcionalidad, que en la teoría del autor podría decirse que opera como un meta principio destinado a la optimización de los derechos. En este sentido, el autor formula la ley de la ponderación de la siguiente manera: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la no satisfacción del otro”*.

3.2. DE LO POSITIVO DE PONDERAR A EL EXCEPTISIMO DE LOS RESULTADOS

Como enunciamos previamente, el estado actual de la doctrina respecto a la ponderación se debate entre dos posturas. La primera reconoce el carácter positivo de esta último formulando algunas consideraciones a las cuales nos remitiremos en las próximas líneas y la segunda posee una visión escéptica sobre las implicancias de la ponderación.

Continuando y en búsqueda de favorecer un mejor análisis tomaremos en consideración las formulaciones de *Moreso*, quien se encuadra dentro de la visión positiva sobre la ponderación. Como primera consideración sobre este último podemos afirmar que el autor posee como uno de sus ejes rectores el huir del particularismo, en este sentido, sugiere examinar las propiedades relevantes a fin de establecer un tratamiento consistente y completo de los casos. Por eso la ponderación para el autor consiste en la formulación de un conjunto de reglas correlacionadas con las propiedades del “universo de propiedades” con la correspondiente

⁵³ En este sentido el autor propone estructuras tríadicas, la primera de ellas acorde a la cuantía de la posible afectación del principio y su peso abstracto (leve, medio e intenso) y la segunda respecto a la seguridad de la afirmación empírica (no evidentemente falsa, plausibles y seguras). Proponiendo considerar estas últimas como mecanismos instructivos.

solución normativa, la cual resulta como consecuencia jurídica del principio bajo las circunstancias en las cual se suscribe el análisis.

Con este fin, el autor propone a diferencia de Alexy cinco pasos para el análisis. El primero de ellos consistente en delimitar claramente el Universo del discurso, en otras palabras, definir el ámbito del problema jurídico. En segundo lugar, determinar los principios que concurren para el caso. Seguidamente deberá considerarse los casos paradigmáticos reales o hipotéticos que restringen el ámbito de las reconstrucciones admisibles –siendo solo admisibles– aquellas que den cuenta de los casos paradigmáticos⁵⁴. Esto último implica la necesidad de poseer “sólidas intuiciones”⁵⁵, delimitando el marco de lo admisible para la resolución de la controversia. Luego, en cuarto lugar, deberá seleccionar las propiedades relevantes de aquel universo previamente delimitado para finalizar, en quinto lugar, con la formulación de reglas que reforman de manera unívoca los casos del Universo de discurso.

El énfasis vertido por el autor para poner de manifiesto las características relevantes en la ponderación busca otorgar racionalidad a las sentencias, evitando para ello en todo momento llevar a la ponderación al particularismo. En este sentido, la propuesta de Moreso está destinada a constituir instrumentos útiles para la resolución de futuros casos, que puedan encuadrarse bajo las reglas de la quinta etapa.

Ahora bien, la propuesta del autor no queda clausurada, sino, por el contrario, está abierta al surgimiento de una nueva propiedad relevante que no haya sido tomada en consideración

⁵⁴ Este punto se vincula con la propuesta relativa a considerar el análisis completo de los casos posibles.

⁵⁵ Véase MORESO, Juan José, “Conflicto entre principios constitucionales”, en M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 99-121.

previamente, a la vez que permite la constitución de un criterio de resolución de futuros conflictos⁵⁶.

Por otra parte, y a modo de cierre del apartado consideraremos la posición escéptica defendida por *Guastini*. Como primer punto a considerar como uno de los ejes del pensamiento del autor, podemos remitir su rechazo a la posibilidad de llevar a cabo argumentaciones racionales en el ámbito valorativo, en tanto solo el discurso asertivo es apto para establecer enunciados de verdad o falsedad.

En este sentido, distingue para el ámbito jurídico dos problemas de interpretación, el de la antinomia y el de la laguna -con motivo del objetivo del trabajo solo daremos cuenta del primero de ellos-. El autor considera que existirá una antinomia cuando dos normas conectadas a un mismo supuesto de hecho posean consecuencias jurídicas incompatibles, situación que implica una resolución conflictiva.

Sin embargo para *Guastini* las antinomias se presentan por una interpretación, son el resultado de las acciones interpretativas llevadas a cabo por los operadores jurídicos. A consecuencia de esto último, la interpretación puede evitar dichas antinomias, pero bajo ningún caso resolverlas, toda vez que estas últimas son producto de la interpretación, una interpretación ya concluida.

Esto último lleva al autor a afirmar que frente a una antinomia no es posible llevar a cabo una ponderación, debido a que la propia resolución de esta última traerá necesariamente aparejado, en función de lo que hemos venido explicitando, la no aplicación de una de las normas en conflicto.

⁵⁶ En este sentido "*Moreso ve la constitución en el nivel crítico como un <<Sistema Maestro>> -un sistema jurídico ideal caracterizado por la completitud y consistencia (ALCHOURÓN, ibíd.)- para todos los casos genéricos. Si los universos de casos son comparables entre si entonces solo algunos casos quedarán indeterminados, mientras que otros estarán unívocamente determinados porque tendrán la misma solución en todas las <<Master Constitutionis>> admisibles...*" Miguel Fernández Núñez, "*La ponderación: análisis de la situación del debate en España*" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40, Madrid, 2007.

“Una antinomia no puede ser resulta sino negando la aplicación de una de las normas en conflicto: ya sea porque esta abrogada, o porque sea ilegítimamente (invalida)”⁵⁷

Concluyendo, la imposibilidad propuesta por el autor frente los casos de “antinomia” de principios como resultado de la interpretación lo llevan a colocarse en el interior de la postura escéptica, negando de esta forma la posibilidad de llevar a cabo una interpretación armónica de dos principios, aparejando la negación del primero poner en marcha la aplicación del segundo de ellos.

4. DE LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL BALANCE O DE ADECUARSE A LA CONSTITUCIÓN. NOTAS SOBRE EL ARTÍCULO 28

Habiendo considerado en el párrafo anterior los debates actuales relativos a la *Ponderación de Derechos*, resta ahora considerar si esta última es posible en el interior de nuestro sistema normativo. Con este fin, resulta indispensable retirarnos por un momento de las consideraciones relativas al objeto central del trabajo propuesto para pasar a considerar, ya no la jurisprudencia nacional, sino el marco constitucional y normativo dentro del cual esta última debe ceñirse.

Pensar las reglas y los límites en materia de exclusión probatoria establecidos por el Código Procesal Penal de la Nación y las problemáticas vinculadas al mismo, requiere necesariamente que nos introduzcamos en el análisis de nuestra norma fundamental. Pues como bien sabemos el Derecho Procesal Penal no es más que la puesta en práctica del programa criminal previsto por la Constitución⁵⁸, situación por la cual las consideraciones en materia de allanamiento y requisita personal deben ser analizadas bajo el lente constitucional. En palabras

⁵⁷ GUASTINI, Ricardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993. Pág.130.

⁵⁸ “...se observa al “Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado”, porque con razón se afirma que él es, al menos parcialmente, Derechos constitucional reformulado o aplicado” en MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, op.cit, pág. 91.

de Maier “...las normas legislativas (infraconstitucionales) referidas a estas medidas adquieren el carácter de reglamentarias de preceptos e principio contenidos en la Constitución, labor que, aun cuando autorizada para el legislador competente, solo puede ser ejercida en la medida que no altere, modifique o sustituya el principio constitucional (CN 14, 18 y 28)”.⁵⁹

Ahora bien, así como lo establece Maier tomar en consideración el carácter reglamentario de la norma procesal sobre preceptos y principios nos lleva, indefectiblemente, a adentrarnos en la reflexión sobre dichas normas y su operatividad. En este sentido y en relación al objeto de estudio pensar las limitaciones del artículo 18 –reglamentado en las normas de requisa y allanamiento– nos debe llevar a reflexionar sobre la relación de este último con la totalidad del programa constitucional argentino, siendo indispensable para ello no solo tener presentes el Artículo 14 y 28 CN, sino la totalidad de esta última.

De lo anterior se desprende la necesidad de no limitar el análisis de la normativa procesal simplemente a la letra del código, sino llevar a cabo un salto cualitativo considerando para ello la base constitucional que lo sostiene. Es en este momento que debemos pensar cuáles son los derechos constitucionales que intervienen en los casos de allanamiento y requisa, así como también a lo largo del proceso penal en su conjunto. Está a las claras que en materia de allanamiento y requisa personal, debemos tomar en consideración aquello comprendido por el Artículo 18 CN en relación con su reglamentación acorde a la luz del Artículo 14 y 28 de la CN.

Es oportuno ahora establecer un pequeño considerando previo a proseguir, ya que de no hacerlo estaríamos incurriendo en una interpretación sesgada de la norma. La reflexión en cuestión es pensar el derecho individual del Artículo 18 en relación a los derechos colectivos de la

MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal: actos procesales*, op. cit., pág. 178.

Constitución Nacional. Quizás esta aclaración resulta evidente, pero creemos que no en todos los casos –menos aún en la jurisprudencia– va de suyo que sea tan evidente.

En este sentido, la reglamentación del artículo y el re-pensar los derechos requiere necesariamente considerarlos como un sistema, uno no sin fallas y cerrado, debido a que es producto de la no perfección de nuestro saber, este último entra en colisión constante, tanto sea por inconsistencias propias, así como también por superposición de derechos. Ahora bien, la pregunta en cuestión es ¿qué solemos hacer cuando existe una colisión de derechos?, y la clásica respuesta de la doctrina nacional es “armonizar”.

Permítannos mantener un momento este concepto, “armonizar” y modificarlo para “obtener un resultado justo”. Ahora bien, obtener un resultado justo según Aristóteles es “*una proporción*”⁶⁰. Una proporción entre los diversos derechos que están contemplados para una misma situación. Esto nos lleva a preguntarnos cuáles son los derechos que están en pugna en el procedimiento penal y, principalmente, en el caso de los allanamientos. Pues bien creemos que aquí se encuentran en pugna el derecho individual del sujeto a la inviolabilidad del domicilio -acorde a una ley que lo reglamente- y el derecho a la justicia y averiguación de la verdad de la comunidad.

Volvamos un momento al derecho a la justicia y a la consecuente averiguación de la verdad sobre la cual esta se funda. Sobre esto último, entendemos bien que no se depende a las claras de la “inviolabilidad de domicilio”, sino que forma parte de la columna vertebral que sustenta a la constitución no solo contemplado como una clara manifestación de aquellos derechos implícitos que son intrínsecos a un estado republicano como lo prevé el Artículo 33 de la norma

⁶⁰ “Lo justo es, pues, una proporción” ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 7.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pág. 74.

fundamental, sino también previsto en el preámbulo de la Constitución Nacional “*afianzar la justicia*” –medida interpretativa de la norma en cuestión–.

Recapitulando, en cuanto a la materia bajo estudio existen por lo menos dos derechos que se encuentran en tensión: el derecho individual contemplado en el Art.18 y aquel colectivo correspondiente a la averiguación de la verdad. Resulta de esto último ahora el interrogante de cómo debe ser resuelta esta tensión a fin de encontrar una respuesta armónica o justa a la situación en concreto.

Como primera aproximación debemos remitirnos a las reglas interpretativas de los derechos previstas por la Constitución, principalmente al Artículo 33 cuando reza: “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados...*”. Esto último implica necesariamente pensar la interrelación entre las normas a fin de permitir la coexistencia y aplicación de ambas, siendo una limitante⁶¹ de la otra para el caso concreto. Dicho esto resta entonces considerar cuál es el mecanismo más acorde para poner en práctica la regla prevista por la Constitución, es decir, cómo arribar a una solución en la cual la vigencia de un derecho no implique la negación de otro.

Al llegar a este punto es que se plantea la disyuntiva de cuál es el modelo de resolución de controversias entre derechos previsto por la Constitución. Aquí y pese a considerar que la única interpretación viable para la armonización de derechos es aquella relativa a la ponderación – acorde con lo establecido por la Constitución Nacional-, propondremos dos argumentos por los

⁶¹“...el proceso legal que impone la Constitución como previo a la pena funciona ciertamente como un límite al Estado, pero también –de esto no se duda- como una restricción a derechos fundamentales del individuo. Pues bien, para que esa restricción no sea abusiva (...) se requiere una garantía de segundo orden que tenga por función, precisamente, imponer “restricciones a las restricciones”” Gabriel PÉREZ Barberá, “Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal” en *En Letra. Derecho Penal*; Año 1, Número 1, 2015.

cuales no solo resulta la ponderación el mecanismo previsto por la constitución, sino el más acorde para un Estado de derecho.

El primer de ellos es aquel relativo a la seguridad jurídica necesaria para la conformación de un Estado de derecho. Es indudable que la propia conformación de los derechos y la imperfección de los mismos traerán aparejados necesariamente una serie de contradicciones y tensiones. Es sobre estas últimas que existen dos modelos destinados a la resolución de controversias, uno vinculado a la resolución caso a caso de las situaciones y otro vinculado a la conformación de un sistema que permita obtener previsibilidad⁶², no necesariamente en los resultados, pero sí en los mecanismos operados para arribar a estos últimos.

Por lo tanto, la ponderación de derechos, basada en el establecimiento de un modelo racional que permita llevar a cabo razonamientos argumentales lógicos⁶³ y estructurados no solo otorgará soluciones esperables, sino que mediante este último se podrá otorgar las previsibilidades mínimas requeridas para el sostenimiento de la seguridad jurídica requerida por nuestro sistema jurídico.

El segundo de los argumentos es aquel que deriva en forma indirecta de la interpretación propia del texto constitucional, pudiendo establecer dicha relación en torno a tres principios⁶⁴: el carácter de los derechos fundamentales, el de Estado como “Estado de Derecho”⁶⁵ y el ideal de justicia.

⁶² En este sentido PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Dogmática de los derechos fundamentales” Fs-Imme Roxin, 2012. Ps.29 y ss.

⁶³ Ver. BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?” En *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30; 2007. Pág.283 y ss.

⁶⁴ A fin de un análisis más extenso de dichos principios ver BERNAL PULIDO, Carlos, *ibidem*, Pág.639-779.

⁶⁵ Fórmula aplicada por el Tribunal Constitucional Alemán. BVerfGE 19, 324 (348 y ss.) “En la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Él dimana del principio de Estado de Derecho, en lo fundamental de la propia esencia de los derechos fundamentales...”

Tomando en consideración el carácter de los derechos fundamentales, acorde con la tesis de Alexy⁶⁶, la proporcionalidad es el –subprincipio– mandato de optimización de las normas fundamentales. En este sentido, la regulación prevista por el articulado de la Constitución Nacional –artículos 18 y 28 respectivamente– acordes con la operatividad del principio solo podrá ser respetado siguiendo el principio de proporcionalidad que es aquel que permite llevar a cabo la optimización de la garantía.

En cuanto a su vinculación con el Estado de derecho, su relación se establece en función del principio de justicia material, no como un ideal sino como sobre el accionar y la posible injerencia estatal sobre determinados derechos, obrando este principio como limitador de las posibles injerencias estatales. En nuestro país dicha temática ha tenido una frondosa bibliografía en materia de derecho administrativo, como principio esencial de control frente al “poder de policía”⁶⁷ del estado.

Por su parte en función del ideal de justicia, como se esbozara previamente el principio de proporcionalidad se concreta en el límite a un sacrificio excesivo de la libertad de cualesquiera de las partes. Promoviendo de esta forma el equilibrio, la justa proporción, en la cual los derechos en tensión se encuentran balanceados en su desarrollo. *“los conflictos entre los derechos fundamentales y otro tipo de bienes y de intereses generales y particulares deben resolverse mediante una ponderación adecuada de todos. Esta vía de solución para tales conflictos, ordenada por el valor de justicia, se articula mediante los tres sub-principios de la proporcionalidad”*⁶⁸.

⁶⁶ Ver. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁶⁷ Ver. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Manual de la constitución argentina*, 6ªed., Buenos Aires, LexisNexis, 2008.

⁶⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op.cit., pág. 765.

Subsidiariamente a los tres principios anteriormente enunciados es pertinente considerar –en pos de evitar contradicciones– la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En este sentido, en materia penal el principio de proporcionalidad y la ponderación han sido mecanismos utilizados por la Corte al momento de llevar a cabo la resolución de casos en los cuales se han presentado diversas tensiones entre derechos fundamentales. Especialmente en aquellos casos en los cuales se ha puesto en crisis la averiguación de la verdad relativa a causas que acarreaban “graves violaciones a los derechos humanos”⁶⁹.

Por consiguiente y tomando en cuenta la importancia de los pronunciamientos de la CIDH para la jurisprudencia nacional, sumado al carácter vinculante que poseen estos últimos para nuestra CSJN, resulta no solo necesaria la ponderación como método adecuado de armonización de derechos, sino también a la luz de la imperiosa necesidad de mantener mecanismos similares al momento de valorar la problemática, a fin de evitar contradicciones internas.

Finalmente y a modo de ejemplo respecto a la inclusión y necesidad del método de la ponderación por parte de nuestra Constitución Nacional, queremos hacer alusión a la prisión preventiva. En este caso son extensos los pronunciamientos que han establecido los límites a su aplicación. Sin embargo, se encuentra presente en nuestro ordenamiento la existencia de una medida que restringe de manera total el bien más preciado de un ciudadano como puede ser su libertad ambulatoria, teniendo como única limitante y justificativo para la aplicación de la medida la proporcionalidad de la misma.

En otras palabras, si respecto de aquel derecho central como la libertad ambulatoria es aceptada su limitación acorde con los fines del proceso con el requisito de la proporcionalidad, resulta

⁶⁹CIDH. “*Bulacio v. Argentina*” del 18 de Septiembre de 2003.

evidente que en cuanto al derecho a la intimidad –ejemplificado en este caso en la inviolabilidad de domicilio–deberá ser este mismo requisito aquel que deba aplicarse para el caso concreto, estableciendo de esta forma la necesidad de ponderar los fines del proceso con la garantía en cuestión.

A modo de conclusión del presente apartado, podemos afirmar que la ponderación no solo es posible en el interior de nuestro sistema constitucional, sino que resulta indispensable como mecanismo racional necesario para la armonización de derechos, logrando por medio ella arribar a pronunciamientos e injerencias justas en el interior de nuestro plexo normativo.

5. DE LA CRÍTICA TEÓRICA AL RACIONALISMO PRAGMÁTICO. LA BÚSQUEDA DE UN BALANCE

El siguiente apartado estará destinado a considerar algunas críticas existentes a la teoría de la ponderación. En este sentido buscaremos no solo abordarlas, sino generar algunas respuestas y nuevos interrogantes sobre las mismas. Esta propuesta no busca clausurar el debate sobre la problemática, sino generar un contrapunto que permita reabrir el debate sobre esta temática.

En línea con lo expresado, las consideraciones aquí abordadas buscarán partir desde bases empíricas que permitan, en todo momento, pensar los debates teóricos desde una óptica no solo racional, sino también en estrecha vinculación con sus implicancias prácticas y reales.

Ahora bien, adentrándonos en las posibles críticas a la posibilidad de pensar la ponderación en el interior de la actividad probatoria en los casos de requisa y allanamiento, entendemos que son tres las principales críticas que pudieran formularse.

En primer lugar, podemos encontrar una tensión con aquellos postulados formulados por *Dworkin*⁷⁰, en este sentido la inviolabilidad de domicilio podría operar como una “carta de triunfo” la cual no podría ser limitada. En otras palabras podría sostenerse desde la visión de este autor que el derecho a la intimidad consagrado en la garantía en cuestión resulta una barrera infranqueable que no puede ser limitado.

Cabe oponer a las formulaciones del autor precedente dos cuestiones: la primera es la teoría formulada por *Alexy*⁷¹ a la cual nos hemos remitido en el párrafo anterior al momento de considerar la posibilidad constitucional de la ponderación, y en segundo lugar una visión desde el plano normativo acorde con aquello establecido por nuestra Constitución Nacional en su Artículo 33, en el cual se establece la imposibilidad de cancelar un derecho en función de la existencia de otro. Esto último colisiona a las claras con la propuesta de *Dworkin* basada en la manda constitucional que establece como regla una interpretación armónica de los derechos constitucionales⁷², evitando otorgarles preminencia a unos sobre otros de manera directa.

En segundo lugar existen fuertes y determinantes afirmaciones vinculadas a la ponderación –en materia de regla de exclusión– y a la actividad de las fuerzas de seguridad. Estas críticas formulan que permitir la ponderación en el interior de la actividad probatoria traería aparejado “necesariamente” un aumento de la irracionalidad del accionar del personal policial, generando un avance desmedido fuera del marco de la ley.

⁷⁰ Ver. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.

⁷¹ *Idem.* 58.

⁷² Un buen ejemplo de esta situación es el derecho a huelga contemplado en el artículo 14bis y el derecho a la salud receptado por medio de los tratados internacionales (art. 75 inc. 22 CN). En este supuesto si el derecho a la huelga operase como una carta de triunfo podría verse impedido el derecho a la salud debido a la inactividad en un hospital público de todos sus trabajadores. En este sentido pese a resultarnos contraintuitiva esta situación, en dichos casos es reconocido el derecho a huelga, pero no ya como un derecho absoluto –carta de triunfo– sino que es mediatizado por medio de regulaciones a fin de garantizar el segundo derecho –a la salud– entendiendo que el ejercicio del primero no puede poner en riesgo la operatividad del segundo. Con este breve ejemplo se ha intentado ilustrar el porqué en nuestro sistema constitucional la posible crítica de *Dworkin* sobre las implicancias de la ponderación no podría ser receptada.

Ahora bien, creemos que el punto anterior es quizás el más complicado debido a nuestra historia nacional reciente, y es por ello que a fin de responder a esta posible crítica nos remitiremos a aquello sostenido por Heirabedián en su obra⁷³, donde luego del resultado de la investigación empírica llevada a cabo en ella, es posible afirmar que de la Dirección de Inteligencia Criminal de la Provincia de Córdoba el 100% desconocía casos donde podría aceptarse la prueba ilícitamente obtenida. En este sentido, esta situación pese a no clausurar la posible crítica nos permite afirmar como formula el autor que “*no hay evidencias empíricas que apoyen la tesis que actualmente la regla disuade la conducta ilegal de los funcionarios policiales*”⁷⁴. Por otra parte y en la misma dirección, Guariglia al llevar a cabo su análisis respecto a la función de la regla de exclusión sostiene que “*...no puede aportar ninguna base sólida para sustentar las prohibiciones de valoración probatoria*”⁷⁵.

Lo anteriormente dicho pese a que no constituye una respuesta concluyente para desarticular de manera total la posible crítica, coloca el guante del lado opuesto, requiriendo esta última la conformación de datos empíricos que le permitan sustentar que la puesta en práctica de reglas de ponderación traerá aparejado necesariamente un aumento de la irracionalidad del accionar policial o peor aún la comisión de acciones ilegales.

Por último y más importante se erige la crítica vinculada a la existencia de un *Derecho penal del enemigo*⁷⁶ o de un *Derecho penal de dos velocidades*⁷⁷. Esta última lleva a pensar que permitir la ponderación en materia de regla de exclusión para los casos que analiza el presente trabajo –allanamiento y requisas– traería aparejado adentrarnos en el interior del campo

⁷³ Ídem. 2.

⁷⁴ Ídem.2. Pág.62.

⁷⁵ *Op.cit.* . Pág.53.

⁷⁶ Ver. JAKOBS Gunter y MELIA, Cancio, *Derecho penal del enemigo*, op. Cit.

⁷⁷ Ver. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, op.cit.

conceptual anteriormente nombrado. Dicha situación implicaría pensar que aceptar la ponderación derivaría en el establecimiento o por lo menos en el camino hacia la generación de un derecho penal diverso al del ciudadano, como el que conocemos hoy en día.

Ahora bien, sobre este punto es necesario llevar a cabo algunas consideraciones preliminares. En primer lugar, es necesario re-pensar cuál es el límite establecido tanto por los estados como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y regionales acorde con la ponderación. En este sentido, podemos afirmar que el límite conjunto e irrenunciable de aquello sobre lo cual no puede ponderarse ningún otro derecho, es la integridad física y psicológica de los sujetos, en otras palabras, este derecho es aquel que no permite ser ponderado ni tolera ninguna injerencia. Acorde con ello se han manifestado claramente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁸ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁹ en diversos fallos.

Adviértase, pues que esta regla respecto a la imposibilidad de ponderar no ha operado de igual forma para el resto de derechos en el interior de la jurisprudencia de los tribunales de Derechos Humanos. En otras palabras, estos últimos han aceptado la ponderación de diversas reglas procesales –con raigambre en derechos constitucionales– basados en la necesaria averiguación de la verdad⁸⁰.

En este sentido, un claro ejemplo de ello es el pronunciamiento de la CIDH en la causa “*Bulacio v. Argentina*” del 18 de Septiembre de 2003, donde sostuvo “...con relación a la prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (...) son inadmisibles las

⁷⁸ En este sentido. Ver TEDH “Chiti c. Zambia”, 28/08/2012; “Musaev c. Uzbekistán”, 21/3/2012; “Gafgen v. Alemania”, 1/6/2010; “Jalloh v. Alemania”, 11/7/2006.

⁷⁹ En este sentido ver. CIDH “Maritza Urrutia c. Guatemala” 27/11/2003.

⁸⁰ Ejemplo de esta situación es el pronunciamiento “*Camenzind v. Suiza*” del 16/12/2007, donde el TEDH al analizar el artículo 8 de la convención europea estableció “El tribunal determinara si las razones aducidas para justificar tales medidas eran relevantes y suficientes y si el mencionado principio de proporcionalidad [entre el objetivo estatal legítimo de la medida coercitiva y la gravedad de la interferencia del derecho a la intimidad] ha sido respetado...”

*disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos*⁸¹. Asimismo en relación a la obligación de investigación de determinados hechos en “*Bueno Alves v. Argentina*”⁸² del 11 de Mayo de 2007 dijo que “*el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole.*”

Ahora bien, a la luz de los fallos de la Corte Interamericana es que nos permitimos dudar de la tercera crítica aquí propuesta respecto al acaecimiento del derecho penal del enemigo como producto de la ponderación. Afirmar esto supondría entonces que aquellos pronunciamientos en los cuales la CIDH ha ponderado entre la garantía individual y el interés general de sancionar graves violaciones a los derechos humanos, son pequeños pasos en el camino hacia la imposición de un derecho penal de dos velocidades. Es aquí pues que nos permitimos depositar nuestra confianza en los pronunciamientos de la Corte Interamericana y sostener que frente a determinadas situaciones, como son las graves violaciones a los derechos humanos, no solo está permitida la ponderación en materia de reglas de exclusión, sino que esta última no acarrea un camino hacia la eliminación de un derecho penal del ciudadano.

Con todo esto, creemos que han sido respondidas las posibles críticas existentes respecto a la posibilidad de utilizar la regla de la ponderación en materia de regla de exclusión, dando cuenta en el camino no solo de la necesidad de repensar las críticas, sino también de que estas ahonden en datos empíricos a fin de sustentar estas afirmaciones. En ningún momento de

⁸¹ En forma similar, respecto a la imposibilidad de considerar obstáculos de derecho interno para juzgar violaciones de derechos humanos se pronunció en los fallos “*Trujillo Oroza*” del 27 de febrero de 2002 y “*Barrios Altos*” del 14 de Marzo del 2001.

⁸² En este mismo sentido respecto a la obligación de investigar se pronunció en el caso “*Gelman v. Uruguay*” del 24 de Febrero de 2011.

este trabajo hemos pretendido realizar una defensa de ninguna de las posturas, sino, por el contrario, sacar a la luz un debate que se encuentra silenciado.

Por último y en relación con aquello desarrollado a lo largo del trabajo querríamos hacer algunas aclaraciones que nos parecen pertinentes respecto a la adecuación de la teoría de la ponderación en cuanto a la regla de exclusión y su vinculación, en primer lugar, con un derecho penal reductor y, en segundo lugar, con las teorías de la pena.

En principio y como expresáramos previamente, entendemos que todo sistema normativo debe tener en primer lugar a la racionalidad, a la seguridad jurídica y principalmente a operar sobre la realidad. Resulta complejo hablar de aquello que es “real”, pero al utilizar este término intentamos remitirnos a la necesaria relación entre teoría y práctica, que para el caso concreto no es más que la relación entre formulaciones teóricas y la aplicación del poder punitivo. Sobre este último, compartimos con *Zaffaroni*⁸³ la necesidad de que el Derecho Penal cumpla un rol contenedor del poder punitivo, obrando como un dique que permita pasar únicamente aquello que posea mayor racionalidad.

Es a partir de esta idea de racionalización/contención del poder punitivo que entendemos que es fundamental considerar la teoría de la ponderación de derechos en la actividad probatoria. Resulta inconcebible al día de la fecha no contar aún con un sistema de interpretación que supere el análisis casuístico, imposibilitando de esta forma llevar a cabo explicaciones y razonamientos lógicos que otorguen previsibilidad a los justiciables y a la comunidad en general.

Entendemos pues que únicamente mediante la aceptación del debate existente sobre la ponderación es que podemos arribar a este fin; solo mediante poner de manifiesto los

⁸³ Ver. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal: Parte general*, 2ª ed. 1ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2011.

razonamientos lógicos que ella acarrea es que resulta posible defender y articular las garantías que entran en juego al interior del proceso penal, sin dejar de considerar que estas últimas no son singulares, sino que forman parte de un sistema plural de normas en tensión.

Ciertamente no basta con postular en el interior de nuestra jurisprudencia un relajamiento de la garantía o un cambio de concepción de la Corte sobre la aplicación de la misma, esta actitud de la doctrina no solo legaliza la problemática, sino que oculta el verdadero debate. Debido a ello, entendemos necesario poner en evidencia frente a pronunciamientos como fuera *Tumbeiro*⁸⁴ la gravosa violación de la garantía individual, resultando esta afirmación no de una interpretación dogmática, sino producto de considerar el peso que ella posee a la luz de un delito de la incidencia como la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

En otras palabras, la teoría de la ponderación no es únicamente necesaria en el interior de nuestro sistema normativo, llevar a cabo una correcta interpretación de las reglas procesales, sino que es el mecanismo idóneo para valorar correctamente y echar luz sobre las violaciones que se han suscitado en la jurisprudencia para con ellas. Entendemos que únicamente poniendo en debate estas situaciones es que se podrá consolidar un sistema de garantías individuales que opere efectivamente.

En segundo lugar y a modo de cierre del presente apartado, creemos necesario considerar la relación de todo lo dicho hasta aquí con las diversas teorías de la pena. Tenemos presente la existencia de extensos debates sobre la función de esta última, pasando por las consideraciones agnósticas y negativas y llegando a las de la prevención especial negativa y la neutralización. Sin embargo querríamos detenernos a considerar cuáles son las intuiciones que poseemos frente a delitos aberrantes a fin de dejar presentado un interrogante como cierre.

⁸⁴Idem.24.

Les proponemos pensar en aquellos fallos citados previamente de la CIDH donde esta última ha llevado a cabo una ponderación entre las normas procesales y la averiguación de la verdad, entendiendo que frente a graves violaciones a los derechos humanos debe primar la segunda. En razón de esto último, es necesario pensar cuál es la concepción de la pena que sustenta dichos fallos. Entendemos que en estos casos y debido al apoyo fundamental de la argumentación en la búsqueda de justicia y las graves implicancias de mantenerse impunes dichos hechos pueden ser encuadrada teoría en las teorías de la prevención general o comunicativas de la pena⁸⁵.

Es a partir de esto último que consideramos necesario pensar en materia de ponderación cuál es el costo existente de no aplicar dicha teoría, no solo pensándola en su rol limitador, sino pensándola en la posibilidad de llevar a cabo el castigo de delitos de la gravedad de aquellos que se constituyen como graves violaciones a los derechos humanos. Rechazar o no reconocer esta teoría, no solo no evitará la sanción de casos bagatelares⁸⁶ –donde no debe primar la averiguación de la verdad- sino también impedirá la función disuasiva y comunicativa de cara a la sociedad que acarrea la sanción de graves violaciones a los derechos humanos⁸⁷.

⁸⁵ En este sentido véase DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje a la comunidad*, -1ª ed. - Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015.

⁸⁶ Situación evidenciada en el apartado número 2.

⁸⁷ Es necesario detenerse un momento sobre el tipo de acciones comprendidas bajo el concepto de “graves violaciones a los derechos humanos” y reflexionar sobre los abordajes que se han elaborado desde otros saberes sobre el tema. En este sentido, son diversos los desarrollos que han reflexionado sobre el carácter particular de este tipo de delitos y su relación con la verdad. Principalmente sobre la relación existente entre la posibilidad de reproducir determinadas situaciones vinculadas con el “horror absoluto”. Esta característica que puede ser denominada como la “indecibilidad del horror” es descripta de manera cabal bajo la figura del *Der Muselmann* por AGAMBEN en *Lo que resta de Auschwitz*. Bajo esta figura el autor describe las tensiones existentes vinculadas a reconstruir la verdad sobre una persona o categoría que al momento del juzgamiento del horror no tendrá vos. La figura del *Muselmann -Musulmán-*, nos remite automáticamente a nuestra historia mas reciente con la figura del *Desaparecido*, estableciendo un punto claro de conexión entre los caracteres de ambas figuras. En línea con esto último, la “indecibilidad del horror” nos plantea el desafío respecto del juzgamiento de este tipo de hechos, a su vez que pone en evidencia la necesidad de dar cuenta de estas situaciones como parte de la construcción de la verdad. Ejemplo claro de este esfuerzo por la descripción de aquello que no se puede decir es la obra de LEVI quien ha dedicado sus textos a echar luz sobre la oscuridad plena vivida en el campo de concentración de Auschwitz.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En las páginas anteriores intentamos esgrimir una posible respuesta a los interrogantes formulados al comienzo del presente trabajo. El primero de ellos, confirmar o rechazar la intuición relativa respecto de la existencia de mecanismos de ponderación, que operan de manera solapada al interior de las argumentaciones esgrimidas por las diversas sentencias, vinculados con la tensión existente entre las garantías individuales y la averiguación de la

Ahora bien, lo anteriormente dicho nos remite a pensar el rol estatal y las obligaciones de este en los procesos de memoria, verdad y justicia. Estos últimos, representan la cara nacional respecto al cumplimiento de la obligación estatal vinculada al deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, estos deberes son interpretados en todo momento desde el ámbito de las responsabilidades estatales respecto del cumplimiento de sus obligaciones, invisibilizando en reiteradas ocasiones el rol de estos procesos de cara al conjunto de la sociedad y más aun respecto de las víctimas del horror. Detengámonos un momento sobre este un punto, el lugar de la víctima-testigo y la construcción de los procesos de verdad.

Existen al interior de los juzgamientos de este tipo de delitos dos procesos necesarios e indispensables tanto para las víctimas del horror como para la sociedad en su conjunto. El primero de ellos, es la posibilidad de las víctimas de dar cuenta de lo sucedido en primera persona dando voz en el plano público de la marca que se inscribe en sus cuerpos. El segundo, es la incidencia de la intervención de su singularidad en el espacio público en la construcción de una historia colectiva. Esta doble faz de los procesos de juzgamiento ha sido abordada por OTTAVIANO en *El borde de la verdad, las palabras. Verdad jurídica y verdad subjetiva: La intersección del discurso jurídico y del discurso psicoanalítico*. En este sentido, la declaración de las víctimas-testigos pone en juego la construcción del sujeto, la posibilidad de trabajar la verdad singular en el marco de la construcción de una verdad colectiva. El proceso de declaración permite el ejercicio de la escucha y la puesta en palabras del horror de lo vivido. Al mismo tiempo, en el plano colectivo permite dar cuenta de aquello que ya no es, de aquello que ha sido parte constitutiva del horror y ha “desaparecido” con él. La voz de las víctimas testigos, permiten dar cuenta de este “resto inenarrable”, del *desaparecido*, del *Muselmann*, permite la construcción colectiva de un pasado e historia común de una sociedad que ha sufrido el horror.

En otras palabras, el juzgamiento de este tipo de delitos no solo posee una repercusión en la construcción de las víctimas como sujetos, sino que permiten al conjunto de la sociedad construir su historia. Una historia que pese a no poder escuchar la voz del horror -del desaparecido-, corre en cada declaración el límite del horror, poniéndole cuerpo, voz e historia a cada una de esas personas que forman parte de ese no lugar, ese intersticio inenarrable. El no juzgamiento de este tipo de delitos, no solo implicaría la imposibilidad de las víctimas de dar cuenta de su verdad, constitutiva y fundamental para ellas, sino que implicaría la expansión de los límites del horror, de este espacio de lo “irreproducible” sumergiendo en este último a las víctimas sin voz de este tipo de delitos.

En síntesis, el abordaje de la problemática de este tipo de delitos desde una perspectiva diversa al saber jurídico nos permite dar cuenta de un nivel de análisis que pone énfasis en el rol del sujeto y la incidencia de estos procesos sobre es último. En este sentido poder pensar ya no únicamente el deber estatal como la obligación internacional de llevar a cabo el juzgamiento de este tipo de delitos so pena de sanción. Sino centrar la reflexión desde la relación existente entre el Estado y las personas que lo conforman. Este deber de investigación y averiguación de la verdad, puede ser pensado como constitutivo del propio Estado-Nación. Únicamente por medio del juzgamiento de este tipo de delitos es que podrá permitirse dar voz a las víctimas, garantizando el proceso de escucha necesario, toda vez que se construye al unísono la verdad colectiva de una nación que ha emprendido un camino destinado a dar voz a aquellos que el horror se las ha quitado.

verdad. Y el segundo vinculado con la necesidad de dar cuenta de la existencia de consideraciones ex post relativas a la aplicación, o no, de una garantía individual en pronunciamientos judiciales, respondiendo al tipo y gravedad del delito.

El primer interrogante relativo a la intuición correspondiente a la existencia de mecanismos de ponderación que operan sin ser explicitados al interior de los pronunciamientos judiciales, ha sido confirmado, ya que en virtud de la jurisprudencia relevada es posible afirmar que no solo operan estos mecanismos al interior de los pronunciamientos judiciales sino que han devenido explícitos en varios casos, siendo el más tangible aquel que citáramos en el inicio del trabajo:

“Cabe hacerse una pregunta capital; fuere cual fuere la hora real del procedimiento, haya error o no en las actas confeccionadas, coincidan o no los “tiempos”, ¿se secuestraron o no legítimamente 27 kg de cocaína?”⁸⁸

En línea con esto último, estos mecanismos de ponderación a su vez no solo se encuentran al interior de los pronunciamientos judiciales, sino que forman parte de un potente devenir teórico que ha propuesto mecanismos claros y concretos para la realización de este balance entre las garantías individuales y la averiguación de la verdad. Pese a ello, en la jurisprudencia relevada no se ha encontrado ninguna referencia explícita a alguno de los autores que sostienen y defienden esta postura.

En segundo lugar, y en relación con el análisis ex-post de las garantías en diversos casos en función de la gravedad del delito. El trabajo ha dado cuenta de la existencia de dichas situaciones a lo largo de la jurisprudencia nacional. Estas últimas han sido llevadas a cabo mediante argumentos jurisprudenciales diversos – de los cuales hemos dado cuenta en al

⁸⁸ Idem. 2.

apartado número 2.3– a fin de evitar poner de manifiesto la utilización del análisis ex post en función de la gravedad del delito en cuestión.

Cabe señalar que este punto está necesariamente emparentado con los mecanismos de ponderación a los cuales nos hemos referido en el primer interrogante, debido a que es a partir de este peso específico relativo al delito, para cada situación concreta, que se ha llevado a cabo en nuestra jurisprudencia un análisis a posteriori de la existencia de motivos suficientes para el accionar investigativo. Cuando este hubiese sido puesto en crisis mediante el rechazo a la existencia de motivos suficientes para su proceder.

En síntesis, es posible afirmar que tanto la intuición relativa a la existencia de mecanismos de ponderación al interior de los pronunciamientos judiciales, así como, también aquella respecto al análisis ex post llevado a cabo en algunos casos en función de la gravedad del delito, han sido confirmadas en función del análisis jurisprudencial propuesto.

Esta afirmación, nos posibilita sostener la necesidad de poner de manifiesto dicha situación a fin de poder arribar, no solo a pronunciamientos judiciales más racionales y seguros, sino también a sentencias que no presenten resoluciones veladas mediante argumentaciones ocultas que eviten contradecir o controlar la resolución bajo estudio.

En otras palabras, de lo que aquí se trata es de echar luz a los pronunciamientos judiciales y los razonamientos que sustentan estos últimos, no ya para afirmar su corrección o incorrección simplemente, sino para permitir la comprensión y entendimiento de los razonamientos lógicos sobre los cuales se sustenta la resolución judicial.

En síntesis y a modo de conclusión consideramos que la propuesta contenida en este trabajo propone “*dejar de dar misa de espaldas y en latín para pasar a darla en español y de cara a los fieles*”.



INDICE

INTRODUCCIÓN (P.3)

2 .BALANCE DE LA JURISPRUDENCIA O JURISPRUDENCIA DEL BALANCE (P.8)

2.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (P.9)

2.1.1 LOS OCHENTA (P.9)

2.1.2 LOS NOVENTA (P.11)

2.1.3 EL NUEVO MILENIO (P.13)

2.2 EL FOCO SOBRE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL (P.15)

2.3. CAMINOS ALTERNATIVOS Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES (P.18)

3. DE LA BÚSQUEDA DE UN EQUILIBRIO O LA TEORÍA DEL BALANCE (P.22)

3.1. LAS BASES DE ALEXY (P.23)

3.2. DE LO POSITIVO DE PONDERAR A EL EXCEPTISIMO DE LOS RESULTADOS (P.24)

4. DE LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL BALANCE O DE ADECUARSE A LA CONSTITUCIÓN. NOTAS SOBRE EL ARTÍCULO 28 (P.27)

5. DE LA CRÍTICA TEÓRICA AL RACIONALISMO PRAGMÁTICO. LA BÚSQUEDA DE UN BALANCE (P.34)

6. CONSIDERACIONES FINALES (P.42)

BIBLIOGRAFIA (P.46)

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *Lo que resta de Auschwitz: el archivo y el testimonio*, 1ª ed., CABA, Adriana Hidalgo Editora, 2017.
- ALEXY, Robert, Balancing, Constitutional Review, and Representation (October 2005). *International Journal of Constitutional Law*, Vol.3, Issue 4, pp. 575-581, 2005. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=914967>.
- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, 1ra ed., 1ra. reimp. Buenos Aires, Ad- Hoc, 2012.
- ALEXY, Robert, “Sobre reglas y principios”, en *La ley actualidad*, Buenos Aires, 30/10/2008, pág. 1.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 7.º ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- BEADE, Gustavo A,” El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las ponderaciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la ley de seguridad aérea alemana”, en Gustavo A. Beale/ Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, pp.253-297.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 1ra ed., Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos

fundamentales de la constitución española?”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30; 2007.

- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26.
- BERTELOTTI, Mariano, “La requisita personas”, en Luciano Hazan y Florencia Plazas, (comps.) *Garantías constitucionales en el proceso pena*”, CABA, Editores del Puerto, 2010.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed., 5.ª reimp., CABA, Ad-Hoc, 2009.
- BINDER, Alberto M., “Invalidez de los actos procesales y formas del proceso”, en *Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 208.
- BOVINO, Alberto, *Los principios políticos del procedimiento penal*, 1ªed., 1ª reimp., Buenos Aires, Del Puerto, 2009.
- BRUZZONE, Gustavo A., “La nullacoactio sine lege como pauta de trabajo en medidas de coerción en el proceso penal”, en *Estudio sobre Justicia Penal*, J-610.
- CARRIÓ, Alejandra, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ta, ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2014.
- DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje a la comunidad*, 1ªed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- DWORKIN, Ronald, “Rights as trumps”, en Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Manual de la constitución argentina*, 6.ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2008.

- FEIRSTEIN, Daniel, *Juicios: sobre la elaboración del genocidio II*, 1ª ed., CABA, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- FERNÁNDEZ NÚÑEZ, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40, Madrid, 2007.
- FERRAIOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- GONZÁLEZ Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.
- GUARIGLIA, Fabricio, “Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación”, 1ra. ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2005.
- GUASTINI, Ricardo, “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales” en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N.º 9, Lima, agosto 2007*.
- GUASTINI, Ricardo, *Nouvi Studi sull'Intepretazione*, Roma, Aracne, Roma. 2008.
- GUASTINI, Ricardo, *Lefonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffré, 1993. pág.130.
- JAKOBS, Günter y MELIÁ, Cancio, *Derecho penal del enemigo*, 2da ed., Madrid, Civitas S.A, 2006.
- HEIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2da ed., 1ra reimp. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
- HOPP, Cecilia, “Requisas y detenciones: el control judicial frente a los abusos de las fuerzas de seguridad”, en Luciano Hazan y Florencia Plazas, (comps.) *Garantías constitucionales en el proceso penal*, CABA, Editores del Puerto, 2015.

- LANGER, Máximo, “La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/A.
- LEVI, Primo, *Los hundidos y los salvados*, 1ª ed., CABA, Ariel, 2015.
- MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, 1.ª ed., 3.ª reimp., CABA, Del Puerto 2013.
- MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal: actos procesales*, 1.ª ed., CABA, Del Puerto, 2015.
- MARTIN, Adrián Norberto, *Detenciones Policiales Ilegales y Arbitrarias en la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. Sobre las improntas del estado de policía en la agenda judicial*, 1ª ed., CABA, Del Puerto, 2010.
- MORESO, Juan José, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Robert Alexy, *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- MORESO, Juan José, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Septiembre-Octubre, 2010, págs. 821-832.
- MORESO, Juan José, “Conflicto entre principios constitucionales”, en M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 99-121.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, 1ra. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- OTTAVIANO, Liliana, (2019) *En el borde de la verdad, las palabras. Verdad jurídica y verdad subjetiva: La intersección del discurso jurídico y del discurso psicoanalítico*. Buenos Aires, Argentina. TeCMe-Territorios Clínicos de la Memoria. Recuperado de <http://tecmered.com/en-el-borde-de-la-verdad-las-palabras-verdad-juridica-y-verdad-subjetiva/>



- PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio, *Proceso Penal Comparado (España, Francia, Inglaterra, Rusia) Descripción y Terminología*, 2.^a ed., Granada, Ed. Comares, 2015.
- PEREYRA, Pablo, “La detención de personas en el esquema constitucional”, en Luciano Hazan, y Florencia Plazas, (comps.), “*Garantías constitucionales en el proceso penal*”, CABA, Editores del Puerto, 2010.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal”, en *En Letra. Derecho Penal*, Año 1, Número 1, 2015.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Dogmática de los derechos fundamentales*, Fs-Imme Roxin, 2012, pp.29 y ss.
- ROGALL, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 91, 1979.
- ROGALL, Klaus, “Grundsatzfragen der Beweisverbote” en Höpfel & Huber (eds.) “*Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen*”, Max-Planck- Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.B, 1999.
- ROUSSEAU, Fabiana (coomp.), *Territorios, escrituras y destinos de la memoria: dialogo interdisciplinario abierto*, 1^a ed., Tempeley, Tren en Movimiento, 2018.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, 1ra. ed., 2da. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch alternativa, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, 2^a ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2001.
- THAMAN, Stephen, *Comparative criminal procedure: a casebook approach*, 2nd Ed. Carolina Academic Press, 700 Kent Street, 2002.



- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal: Parte general*, 2.º ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2011.