

Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal

Por: Federico Morgenstern

“Una de las desgracias del Derecho es que a veces las ideas se enquistan en frases y por un largo tiempo dejan de provocar ulteriores análisis”.

Juez Holmes, en su disidencia en *Hyde v. United States*, 225 US 347, 391 (1912)

¿Cuál es el camino apropiado cuando en un proceso penal se consigue prueba incriminatoria violando un derecho individual del acusado? Las posiciones unánimes de la jurisprudencia y doctrina argentina pueden reducirse a estas cuatro proposiciones centrales: el Estado no se puede beneficiar de una ilegalidad propia; no excluir esa prueba le quita integridad y credenciales éticas al sistema de justicia penal; el imputado tiene un derecho a la exclusión del proceso de los elementos de cargo obtenidos por vías irregulares; y la exclusión es el único (o mejor) remedio para afrontar la situación.

Permítanme levantar tímidamente la mano. No estoy de acuerdo con ninguno de esos enunciados. A diferencia del credo dominante en Argentina, que sólo ve bondad en la regla de exclusión, pienso que la exclusión probatoria indiscriminada y automática¹ es una solución equivocada y que el sistema vigente debe ser reconfigurado.

*fedemorg@gmail.com Este trabajo está dedicado a mis amores Bárbara y Simón. Y a Lucas Grosman, por abrirme las puertas de la percepción (del Derecho). Guillermo Orce, Alberto Garay, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Scott Sundby, Lalo Barenboim, Alfredo Urteaga, Huili Raffo y los integrantes del Seminario de Teoría Jurídica de la Universidad San Andrés hicieron valiosas observaciones. Sebastián Elías y Delfina Beguerie me ayudaron a obtener bibliografía. Gracias totales.

En este artículo planteo un desafío rotundo a las nociones mayoritarias. Propongo un esquema normativo alternativo, basado en una ponderación que incorpore y le dé peso a factores como el descubrimiento de la verdad, la necesidad de mantener una justicia funcional y eficaz, la existencia de cierta proporcionalidad entre la intensidad de la lesión producida y la gravedad del delito investigado y el conocimiento de la violación por parte del agente público. Mi meta es relativamente modesta. No busco imponer una visión, sino meramente instalar el tema demostrando que la mirada hegemónica está equivocada. Así, voy a intentar articular algunas intuiciones para promover una mayor claridad conceptual y debilitar la obsesión con la exclusión que se instaló con unanimidad en las últimas décadas.

Mi plan expositivo es este: en la sección **I** fijo mi posición y describo el poco alentador panorama actual de la doctrina en torno a esta problemática, tratando de esbozar algunas explicaciones sobre el taponamiento del debate académico en el ámbito penal. En la vida mental, el progreso se da a través del argumento y la disputa. Para que haya riqueza y valor, tiene que haber confrontación de ideas. Acá, el diseño de la regla de exclusión no fue problematizado, sino dogmatizado. Además, señalo las distintas concepciones del Derecho penal que enmarcan la discusión y hago un paralelo entre los efectos en el sistema de justicia penal de la exclusión probatoria indiscriminada y lo que provoca la neurosis en la psiquis individual.

En la sección **II** introduzco en el debate algunas ideas del epistemólogo jurídico Larry Laudan y elaboro la incidencia de la regla de exclusión en la estructura de incentivos, argumentando que le sirve solamente a los que cometieron un crimen o tenían algo que ocultar, y que hoy, en gran medida, a la policía le es indiferente lo que sucede con el producto de su labor investigativa. En la sección **III** discuto la postura sobre el tema de Alejandro Carrió, Fabricio Guariglia y Daniel Pastor, valiéndome al final de algunas ideas de Isaiah Berlin y Genaro Carrió. Después, en la sección **IV** desarrollo el caso “Aníbal Gordon y otro s/ privación ilegal de la libertad”² y vuelvo a

¹ En “Rayford” (Fallos 308:733) y “Ruiz” (Fallos 310:1847), dos fallos arquetípicos de la Corte liberal de Raúl Alfonsín presidida por Genaro Carrió, se reconoció la excepción a la regla de exclusión cuando existe una “fuente independiente”, es decir, un cauce de investigación distinto del ilegítimo, aunque sea en sentido potencial, pero que debe constar en forma expresa en el expediente. Dejaré de lado el estudio de las excepciones a la regla de exclusión, porque concentro mi argumentación en objeciones a la esencia de la regla.

² Fallos 311:2045, del 4 de octubre de 1988.

desafiar la visión de Carrió, porque encuentro inconsistencias en su diferenciación entre la captura ilegal de un sospechoso y la obtención de prueba ilegal. Considero que si se aboga por la imposibilidad de que el Estado saque rédito procesal de una prueba ilegal, entonces debería procederse de igual forma si el sometimiento a proceso de un imputado se consigue violando sus derechos.

Más adelante llega el momento de los remedios: en la sección **V** afirmo, prestando especial atención a los remedios constitucionales, que los defensores de la regla de exclusión dan un salto sin advertirlo, porque no hay una derivación lógica directa entre la violación a un derecho y la exclusión de la prueba. Sostengo que la regla de exclusión es un remedio inspirado en la Constitución Nacional, pero que no surge ni se infiere necesariamente de ella.

La sección **VI** apunta a mostrar la situación actual de la exclusión probatoria en países que tomaron caminos distintos al nuestro, como E.E.U.U., Canadá y Alemania. La experiencia internacional demuestra que una relajación de los parámetros en esta área no conduce a una violación masiva de los derechos individuales y que la vía argentina no es la única posible, ni la mejor.

La sección **VII** está centrada en la integridad y la ponderación. Busco demostrar que uno de los problemas de una regla de exclusión ilimitada es que no le permite al juez medir los distintos intereses y factores en juego, y postulo que la cuestión merece una mirada holística, no una reduccionista. Además, sostengo que la integridad es un concepto evanescente y que es equivocada la creencia que indica que la exclusión de prueba ilegal siempre protege la integridad del proceso y de la administración de justicia. La travesía culmina con algunos comentarios finales en la sección **VIII**.

*

Las características de este texto impiden una contemplación detallada de cuestiones como la diferencia entre la exclusión y la nulidad, o la diferencia entre los regímenes procesales provinciales y el nacional. Quiero ser contundente en esto: mi oposición a la regla de exclusión no abarca los casos de tortura y/o presión física o psicológica. En *Annie Hall*, Alvy Singer (Woody Allen) dice: “*La vida está dividida entre lo horrible y lo miserable, en esas dos categorías. Los horribles son los enfermos incurables, los ciegos, los lisiados. No sé cómo pueden soportar la vida. Me parece asombroso. Y los miserables somos todos los demás*”. Con ese criterio, dividiré entre los casos en que la policía utiliza prácticas ilegales en interrogatorios de

sospechosos/acusados (*lo horrible*) y aquellos en que los órganos de investigación criminal, por ejemplo, recogen pruebas violando el derecho a la privacidad del domicilio o en conversaciones privadas (*lo miserable*). En consecuencia, mi propuesta apoya la aplicación automática e irrestricta de la exclusión probatoria en los casos de tortura, coacción física y/o psicológica y engaño.

Las ideas que desarrollo sobre la regla de exclusión suelen ser ignoradas por la doctrina y la jurisprudencia locales. Y en los casos excepcionales en las que las analizan, producen un rechazo profundo. Sin embargo, sí son aceptadas –en distinta medida- en otras jurisdicciones como Alemania, los países del *common law*, Noruega y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No tengo un plan personal de venganza contra la regla de exclusión y sus defensores, esto no es *Kill Bill* ni un match de box que nos deba deparar un vencedor. La indagación filosófica intenta desentrañar la verdad de una proposición, no integrar una lucha entre bandos o campos opuestos, cada uno oferente de un paquete de ideas o puntos de vista que deben ganar o perder como un combo³.

Pienso que el *establishment* del Derecho penal está inmerecidamente resguardado de la crítica, tanto de las amables como de las corrosivas⁴, y quiero hacer un aporte para subsanar esa situación. No tengo inconvenientes en presentar argumentos *de lege ferenda*; podrá objetarse que no hay fundamentos legales que sostengan la facultad del juzgador para ingresar en una ponderación cuando se lesiona una norma procesal, pero esa objeción no me preocupa. Una de las funciones principales -si no la central- de la doctrina y de la teoría jurídica es la crítica del derecho vigente: cuestionar (no reforzar) las preferencias y valores predominantes.

Considero que la regla de exclusión es una herramienta normativa contingente, y como tal, sujeta a cambios. No voy a concluir exclusión sí o exclusión no: se trata de pensar argumentos a favor y en contra de la regla y de sus alcances y ambiciono sugerir razones y vías para abrir una conversación a partir de la consideración abierta de

³ GARDNER, John, “Why study jurisprudence?”, *The Inner Temple Yearbook* 2006-7 (London 2006), disponible en: <http://users.ox.ac.uk/~lawf0081/pdfs/whystudyjurisprudence.pdf>

⁴ Una saludable excepción son las intervenciones de Marcelo Sancinetti y Daniel Pastor en un breve libro en homenaje a Julio Maier, en las que discuten y refutan algunas posiciones de Maier. Véase CORDOBA, Gabriela (dir.), “*Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.

posturas alternativas, porque percibo que hay una necesidad de integrar más dimensiones a un (inexistente) debate⁵. Como dijo el juez Breyer en un diálogo público con su colega Scalia al referirse al modo en que emerge el Derecho en EE.U.U., el Derecho consiste en una conversación. Los jueces, abogados, profesores y estudiantes discuten, piensan, deciden y analizan casos, y de esa increíblemente desprolija y gigante conversación emerge el Derecho.⁶ Con esa idea en mente, me sorprende el abandono de la controversia acerca de la regla de exclusión por parte de nuestra comunidad jurídico-penal.

⁵ A partir de una idea de Orwell, el histórico especialista en Derecho procesal penal y en particular en la 4ta. Enmienda Yale Kamisar dice que una gran motivación para escribir artículos tiene que ver con el deseo de alterar las ideas de la gente (especialmente las de los jueces) sobre el sistema de justicia penal que nos debemos esmerar en alcanzar. Ver KAMISAR, Yale, “Why I write (and why I think law professors generally should write)”, 41 *San Diego L. Rev.* 1747 (2004).

⁶ Debate entre los jueces Breyer y Scalia en la American University el 13 de enero de 2005, disponible en <http://www.freerepublic.com/focus/f-news/1352357/posts>

I.

La solución al uso de prueba ilícita no es evidente, porque hay muchos intereses válidos involucrados y además en el plano nacional y regional no hay una previsión legal expresa que la prohíba. No pienso que la regla de exclusión deba ser abrogada, sí reevaluada y usada en un espectro de casos mucho más acotado que en la actualidad. Mi oposición a la regla es plural, pero parto de una premisa central: no hay un imperativo constitucional que imponga la exclusión de la prueba ilegal; la exclusión es una manera posible, pero no la única y claramente no la mejor, de proteger los distintos valores constitucionales en juego. Una vez que se deja de pensar en la exclusión como un derecho constitucional, se reflexiona con mayor desapego y apertura mental sobre la cuestión.

Mi propósito no es desplegar una teoría completa de cómo debería funcionar la regla de exclusión. Criticar no me obliga a ofrecer un paquete alternativo completo. La tesis de este artículo es que puede haber otra manera, no ideal pero sí más civilizada y pragmática, de manejar el tema. En el clima político, jurídico y cultural actual, es ilusorio suponer que se producirán cambios, pero voy a intentar eludir el *Zeitgeist* argentino y captar algunos matices y complejidades. En nuestro país se arrincona como poco serio y hasta propulsor del *Blumbergstrafrecht*⁷ a quien postula modificar en alguna medida los derechos individuales en el proceso penal. Y se proclama sin hesitación que la exclusión es un derecho individual y que es claro que la exclusión probatoria es la única respuesta judicial posible. Pero en otras jurisdicciones nacionales y continentales, donde las garantías individuales y la integridad judicial también son

⁷ En referencia a un artículo de MAIER, Julio, “Blumbergstrafrecht” en “*Nueva Doctrina Penal*” año 2004-B, ps. I/VI. En alemán, el título significa Derecho penal de Blumberg, en alusión a la “furia punitivista” y a las leyes penales sancionadas a partir de las protestas lideradas en el año 2004 por el empresario textil Juan Carlos Blumberg, tras el secuestro y asesinato de su hijo Axel.

tomadas muy en serio, se usan parámetros distintos de los nuestros para determinar si la prueba ilícita debe ser removida de un proceso penal.

En materia de regla de exclusión, es probable que la revisión de lo producido por los jueces y juristas argentinos pueda llevar a pensar que a partir de la primera mitad de la década de los '80 se renunció a reflexionar sobre el tema en profundidad y a abrir las mentes a experiencias distintas. No me refiero a tradiciones legales exóticas o retrógradas, sino a las de Europa y E.E.U.U. Como en muchos ámbitos de la vida intelectual argentina, y especialmente la jurídico-penal, con relación a la regla de exclusión se actúa *como si* hubiera habido una discusión⁸.

En su estudio sobre la anomia en la sociedad argentina, Carlos Nino sugirió que la ausencia de una verdadera comunidad académica hace que no haya discusiones objetivas y serias. Acerca del campo del Derecho, dijo que se prefiere ignorar lo que se escribe en el país propio sobre el tema abordado, para citar en cambio a autores extranjeros y así dar un aire de erudición y autoridad en quien escribe. No es mi caso. Busqué doctrina local y consulté a calificados especialistas en la materia, pero no logré hallar trabajos de juristas argentinos con posturas parecidas a la mía. Para construir mi

⁸ En NINO, Carlos “*Un país al margen de la ley*”, Ariel, Buenos Aires, 2005, p. 119, Nino se refiere a este mecanismo en el ámbito universitario argentino, diciendo que actuamos *como si* tuviéramos universidades y comunidad científica, cuando en realidad no se generaron pautas de excelencia académica y se perdieron las características que distinguen a este tipo de instituciones en el mundo civilizado, entre las cuales enumera las siguientes: enseñanza interrelacionada con tareas de investigación, dedicación exclusiva a la docencia y a la investigación por académicos profesionales, dedicación intensa a su entrenamiento por parte de los estudiantes, deliberación crítica y no memorización repetitiva como método de aprendizaje, las bibliotecas y laboratorios como centros de la vida universitaria, etc. Pensándolo un poco más, la actitud del *como si* no es siempre negativa. Oscar Wilde vivió y escribió *como si* la hipocresía moral no reinara en la Inglaterra victoriana, y Rosa Parks actuó *como si* después de un día de trabajo, una mujer negra se pudiese sentar en un colectivo en Alabama en 1955. Volviendo a las universidades iberoamericanas, comparto las críticas de Mario Bunge cuando las asimila a las *madrasas* (escuelas coránicas) porque no se cultiva la inteligencia entendida no “*ya como saber sino como capacidad de pensar por cuenta propia y de abordar problemas nuevos, en lugar de memorizar y recitar*”. Ver BUNGE, Mario, “*Provocaciones*”, 1a. ed, Edhasa, Buenos Aires, 2011, ps. 51/66.

argumento no me pude parar sobre los hombros de gigantes; o en realidad sí, pero para contradecirlos, no para refinar mis intuiciones.

Como contraparte positiva, al menos no podré recaer en la falacia informal de la *apelación a la autoridad*. Nigel Warburton sostiene que remitirse a la opinión de los expertos es inapropiado cuando se busca la verdad sobre temas controvertidos en los que no hay consenso, y comenta que algunos filósofos parecen pensar que para demostrar que un punto de vista es verdadero, alcanza con mostrar que lo defendía Wittgenstein.⁹ En Derecho, el *argumentum ad verecundiam* (argumento de autoridad) no es necesariamente una falacia porque en algunos contextos normativos una cita de un fallo de la Corte Suprema finaliza un procedimiento¹⁰, pero sí lo es en el marco de un debate de ideas. Sin embargo, los abogados estamos (mal) acostumbrados a argumentar desde la autoridad de órganos jurisdiccionales o juristas consagrados.

Al igual que la defensa de la despenalización del aborto y la oposición a la pena de muerte, la regla de exclusión es una de las fortalezas de rigor de la identidad progresista. Con relación al problema del aborto, Eduardo Rivera López dice que un primer paso saludable es precisamente reconocer la dificultad del problema, lo cual no es un paso trivial porque sirve para excluir actitudes extremistas, que proclaman la obviedad de sus soluciones y caricaturizan la postura contraria.¹¹ No pretendo ser exhaustivo; por falta de espacio y de preparación (intelectual, mía), ignoraré cuestiones de gran importancia, y tampoco analizaré en profundidad la casuística argentina. Como dije, mi meta es horadar la creencia general de que lo único correcto y civilizado en una democracia es una regla de exclusión automática e inflexible como la que tenemos.

*

Originada en el *common law*, la regla de exclusión fue incorporada por la mayoría de las jurisdicciones continentales, motivadas sobre todo por la inquietud de

⁹ WARBURTON, Nigel, “*Pensar de la A a la Z*”, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 35.

¹⁰ Ortiz de Urbina Gimeno me señaló que en esos casos finaliza el procedimiento, no la discusión; en Derecho lo que se hace cuando un tribunal decide definitivamente es aceptar su potestad (*potestas*), no necesariamente su autoridad en el sentido de *auctoritas*.

¹¹ RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “*Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*”, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 18. Acerca de las posiciones en torno al aborto, dice que es extremista sostener que “*el aborto es obviamente un asesinato, o bien es obviamente un simple ejercicio de la libertad reproductiva de la mujer*”.

que el descubrimiento de la verdad en los procedimientos penales se hiciera a través de vías socialmente aceptadas, luego de que varios países sufrieron experiencias políticas totalitarias. Sin embargo, como mostraré, algunos países que funcionan para nosotros como referencia en muchas áreas del Derecho penal no tienen el mismo régimen en la materia que Argentina, sino que enfocan el tema desde perspectivas distintas. Se podría objetar que la solución argentina no tiene por qué ser la de los demás países, pero si hay un ser humano llamado juez en un país distinto que trata con un problema similar pero lo aborda de manera diversa y realiza sacrificios dispares, ¿por qué no indagar qué se hace en esos países con este problema? Tal vez aprendamos algo. No se trata de una cuestión puntual y arcaica, donde la variación de un sistema legal y su historia puedan alterar completamente la solución, sino de un tema candente y actual: qué cuando la prueba conseguida de modo ilegal es fiable y sirve como elemento de cargo.

No tiene justificación la resistencia a importar esquemas alternativos de abordaje de la prueba ilícita. El tema viene siendo pensado por grandes jueces y juristas de distintos países, muchos de ellos con una tradición jurídica exponencialmente más rica y desarrollada que la nuestra, por lo que me parece estremecedor que acá se haya instalado la idea de que el problema ya fue resuelto para siempre y que no vale la pena seguir dándole vueltas al asunto. “Rayford”, “Fiorentino”¹² y “Montenegro”¹³, tres fallos de la época de oro de la regla de exclusión, no clausuran el debate.

Creo que la comunidad legal penal sufre de un autismo sesgado: se nutre en forma permanente y sistemática de los puntos de vista de la doctrina alemana y española¹⁴, pero no repara en que en Alemania y España la prueba ilegal recibe un tratamiento bastante distinto al nuestro. Los mismos doctrinarios que admiran la doctrina penal alemana y/o española excluyen su admiración en el área de las prohibiciones probatorias; en ese terreno, se comportan intelectualmente como si los argentinos fuéramos los únicos ilustrados y civilizados.

¹² Fallos 306: 1752.

¹³ Fallos 303: 1938.

¹⁴ La práctica de limitarse a la doctrina alemana y española conspira contra la renovación y la oxigenación de ideas y puntos de vista, ignorando los riquísimos debates penales que circulan en el mundo anglosajón, que son ridiculizados (en una muestra más del *revival* banal de antiimperialismo de estos años) y/o desconocidos por la inmensa mayoría de nuestros juristas.

No desconozco el antecedente de “Charles Hermanos”¹⁵ del año 1891, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró (de manera unánime) que cierta documentación incriminante para los acusados había sido incautada sin atribuciones legítimas y por ello debía ser desglosada del expediente, pero pasaron casi noventa años hasta que se aplicó nuevamente esa doctrina. La inspiración para la aplicación de la regla de exclusion viene de E.E.U.U. Alguna vez Borges dijo que una biblioteca es una especie de caverna mágica llena de difuntos, que pueden ser devueltos a la vida cuando abrimos sus páginas. A veces pasa lo mismo con los fallos de nuestro Máximo Tribunal, pero no es el caso de la regla de exclusion con “Charles Hermanos”, donde la innegable influencia provino de la jurisprudencia estadounidense, a la que nuestro Máximo Tribunal siempre aludió como fuente de inspiración y punto de referencia.¹⁶ Por eso, resulta extraño que la concepción dominante -o monolítica- en nuestro país no matice sus ideas sobre la cuestión a partir de los puntos de vista elaborados en la literatura internacional, que hicieron entrar en crisis la exclusión amplia y directa de la prueba ilícita.

La doctrina argentina nunca tomó y consideró con seriedad las ideas disidentes en esta área, aunque ello no debería sorprender, porque es raro que en nuestro medio los jueces y académicos reconozcan que hay argumentos sólidos en las visiones opuestas. Como argumentó Jaime Malamud Goti, los penalistas argentinos son reacios a la

¹⁵ Fallos 46:36.

¹⁶ Por otra parte, nuestra estructura constitucional de las tres ramas del gobierno viene de E.E.U.U., al igual que la organización de la justicia federal y la competencia apelada de la Corte. En el texto constitucional estadounidense, la 4ta. Enmienda consagra el derecho a la protección del domicilio, papeles y efectos contra búsquedas y secuestros irrazonables. De “Charles Hermanos”, “Fiorentino” y “Montenegro” emerge una fundamentación centrada en lo ético y en la legitimidad, mientras que en la jurisprudencia estadounidense, como se verá en la sección **VI**, la exclusión probatoria se basa hace tres décadas en el carácter pragmático y utilitario de la regla.

discusión¹⁷ y acostumbran defender sus percepciones negándose directamente a debatir, en contraste total con la estrategia de *colaboración adversarial* practicada y pregonada por el psicólogo Daniel Kahneman, quien plantea que siempre hay que dialogar con quienes más lo critican y hasta publicar trabajos con ellos, evitando los improductivos choques de egos que no hacen que el conocimiento avance¹⁸.

Al sugerir tomar el debate como un deporte o un juego, Malamud Goti sostiene que el debate entre académicos es más libre cuando los participantes comprenden que, en el mejor de los casos, solo contribuyen a modificar la realidad a (muy) largo plazo, y que como los juegos, los debates académicos permiten la superación constante, porque el atractivo es tomarse en serio la actividad competitiva, aunque no sus resultados. Por otro lado, muchos de los más entusiastas defensores de una regla de exclusión amplia como la actual son abogados defensores, lo cual hace que, quieran o no, se distorsione su punto de vista cuando abordan el problema.

Cass Sunstein explica que el extremismo se alimenta de varios fenómenos. Las *cascadas sociales* son uno de ellos: hacen que las ideas y posiciones fluyan y se desparramen de unos a otros, al punto que mucha gente toma postura en algún tema basándose en lo que piensan que otros piensan. Como todos los seres humanos, los juristas son sensibles a los efectos y señales informativas y reputacionales, y la doctrina legal es particularmente sensible al efecto cascada¹⁹. Los académicos, como los otros humanos, siguen a otros que son como ellos (*bandwagon effect*), son permeables a las presiones reputacionales impuestas por las creencias que perciben en los demás, y

¹⁷ MALAMUD GOTI, Jaime, “Por qué resulta tan difícil tolerar a un penalista?” en *Nueva Doctrina Penal*, 2002/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p. 1 y, del mismo autor, “Por qué resulta difícil –no imposible– tolerar a un penalista? Respuesta a Julio B. J. Maier”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003/B. Además, mi trabajo “Acerca de la importancia del debate público entre juristas”, *La Ley (Sup. Actualidad)*, 9/4/09.

¹⁸ Kahneman dice que en la *adversarial collaboration* lo esencial es que hay que estar dispuesto a no ganar: “*You have to be willing to accept a draw and to see that in the interest of science and civility and other things a draw is better than a win*”.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass, “Academics fads and fashions (with special reference to law)”, 99 *Mich. L. Rev.* 1251 (2000-2001). Sunstein describe las cascadas académicas en dos variantes: informativa y reputacional (abstenerse de producir algo que pueda ocasionar problemas a futuro debido a las sanciones reputacionales sencillamente por haber escrito sobre ciertos tópicos, o haberlo hecho desde un punto de vista problemático).

suelen responder a esas presiones, generalmente implícitas y a veces autoimpuestas, amplificando ciertas ideas y corrientes.

En Argentina, aunque no resulte liberador para pensar, la gran mayoría necesita una tradición donde incluirse y sentirse referenciado, y en términos de gimnasia cerebral colectiva -como se ve en el caso de la regla de exclusión- esa práctica resulta empobrecedora. Supongamos que Eugenio sugiere que el calentamiento global producirá daños catastróficos en el futuro cercano. Raúl acuerda con Eugenio, no porque genuinamente coincida con él, sino porque no desea que él piense que ignora o es indiferente hacia la protección medioambiental. Si Eugenio y Raúl afirman que el calentamiento global causará estragos en el futuro cercano, seguramente Marcelo no querrá contradecirlos públicamente y hasta aparecerá compartiendo su pronóstico, no porque crea que están en lo correcto, sino porque buscará evitar la hostilidad de Eugenio y Raúl o que ellos modifiquen la opinión que tienen sobre él. Sunstein explica que este proceso puede producir una cascada, porque inclusive si un cuarto sujeto posee datos contrarios a la postura del grupo, es posible que no quiera darlos a conocer, y así se va formando una pelota uniforme que no recibe visiones diferentes²⁰.

Mi crítica, basada en los conceptos elaborados por Sunstein, no es un ataque generalizado a la integridad, inteligencia o valentía de los penalistas, sino que se ciñe a la (inexistente) discusión acerca de la demasiado imperfecta implementación de la regla de exclusión. Se pretende clausurar el tema con la máxima sobresimplificadora “*el Estado no se puede beneficiar de una ilegalidad propia*”, lo cual supuestamente justificaría la exclusión indiscriminada de cualquier elemento de prueba obtenido sin respeto por las normas procesales. Idealmente, los científicos políticos primero piensan en el poder, y los historiadores presentan los temas en términos de complejidad. Un gran problema es que los abogados no solemos pensar así, sino que reducimos la complejidad²¹.

²⁰ SUNSTEIN, Cass, “*Going to extremes: how like minds unite and divide*”, Oxford University Press, 2009, p. 96.

²¹ Probablemente, ese es uno de los factores por los cuales los abogados resultan –en términos generales- malos presidentes. Aunque hayan sido exitosos en la actividad privada.

Como explica Dan Kahan²², ciertos debates reflejan una interacción entre la influencia social y la cognición protectora de la identidad, porque la gente percibe que la postura que se adopte respecto de un tema muy cargado pesará en cómo serán evaluados por la gente de los círculos a los que pertenecen. Entonces, no sólo acatarán la posición dominante, sino que también guardarán silencio si disienten o si albergan dudas. Esta tendencia a suprimir dudas y puntos de vista alternativos hace que los integrantes de los grupos se formen opiniones unidimensionales. Kahan dice que esta dinámica puede ser revertida, y propone para ello un proceso deliberativo, en el que se identifique la posición propia junto con el contra-argumento más fuerte, lo cual puede ayudar a revelar equivocaciones u omisiones latentes.

Así, Kahan aboga por el uso de lo que denomina compromiso aporético: *“La aporía refiere a un particular modo de compromiso filosófico o argumentativo. Su rasgo más característico es el reconocimiento de la complejidad...una inexorable (quizás trágica) dificultad es una propiedad esencial del problema o fenómeno investigado. El compromiso aporético no excluye un resultado definitivo. Pero necesariamente trata como falsa cualquier resolución del problema que pretenda ser a-problemática”*.

Imagino un interlocutor dispuesto a reconocer esa complejidad. Como dice Kahan, los académicos deben enseñarle a sus alumnos, mostrándoles a ellos y a los abogados jóvenes a través del propio ejemplo, que consideran admirable el reconocimiento de la complejidad y que ven como superficiales y aburridas a las presentaciones o defensas de posturas que desmerecen o borran las complejidades²³.

Las consideraciones de Sunstein y Kahan son aplicables al tema tratado. Pienso que otro factor por el que no hay una conversación genuina sobre el tema en Argentina es el *chilling effect* (efecto paralizante o amedrentador) que causa el temor al etiquetamiento y a la incorrección política. No *queda bien* proponer en voz alta la relativización de la regla de la exclusión, es casi una causal para convertirse en un paria.

En su último libro, Martín Farrell dice que *“pocos autores han tenido el valor de*

²² KAHAN, Dan, “The Supreme Court 2010 term. Foreword: Neutral principles, motivated cognition, and some problems for constitutional law”, 125 *Harv. L. Rev.* 1 (2011-2012).

²³ KAHAN, Dan, “The Supreme Court..”, cit., p. 76.

*decir, como lo hizo Thomas Nagel, que la corrección política representa una fuerte corriente antiliberal de la izquierda, pero envuelve algo todavía peor: es una corriente que pretende convertir la vida académica en una serie ininterrumpida de lugares comunes, reemplazando el pluralismo –vital para el intelecto- con una deprimente homogeneidad”.*²⁴ Entiendo que en nuestro país sucede eso y las consecuencias se advierten especialmente en el Derecho penal, donde no se dan las discusiones e intercambios de ideas propias de los verdaderos debates académicos donde todo es tentativo, hay un ida y vuelta permanente entre los participantes y se asume el salto al vacío que implica pensar.

A esta altura, el lector perspicaz habrá percibido que tengo serios desacuerdos con la postura absolutista representada por algunos de los más inquisitivos penalistas argentinos, como Sancinetti, Carrió, Pastor y Guariglia. Básicamente, esa posición afirma que el Estado debe tener las manos totalmente limpias para poder castigar a un imputado, razón por la cual no puede avanzar sobre la base de su propia ilicitud anterior, y enfatiza la importancia de las credenciales éticas para reforzar el mensaje de la pena.

La mejor síntesis de la posición absolutista (deontológica) es, en palabras de Sancinetti, que *“Como la mayor parte de las garantías penales, no está en juego una “norma prima facie”; la doctrina de la “regla de exclusión” tiene valor como principio deontológico, absoluto, porque debe ser así. Cuáles sean las consecuencias es indiferente”*²⁵. Esa posición llega al punto de decir que ante una infracción a un derecho, es exclusión o muerte, a todo o nada. Desde un absolutismo consecuencialista, Fernando Díaz Cantón sostiene que *“Las restricciones impuestas a la actividad probatoria perderían su sentido si la inobservancia de esos preceptos no provocara la inadmisibilidad de incorporar al procedimiento los elementos de prueba desfavorables al imputado, o la exclusión de los ya incorporados”*.²⁶

²⁴ FARRELL, Martín Diego, *“Una sociedad (relativamente) justa”*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2008, p.12.

²⁵ SANCINETTI, Marcelo, *“Análisis crítico del caso Cabezas. Tomo I. La instrucción”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 651.

²⁶ DÍAZ CANTÓN, Fernando, *“Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba”*, *Nueva Doctrina Penal*, 1999/A, Buenos Aires, 1999.

Parto de esta intuición: la idea de que el Estado nunca puede obtener provecho procesal de una ilegalidad en el área de la obtención de pruebas en una investigación penal es -como mucho- un primer paso para explicar y justificar la (equivocada) exclusión ilimitada de elementos de cargo. Creo que la argumentación de los defensores de la regla de exclusión en Argentina es desprolija y repleta de falacias argumentales, y que las ideas en que se apoyan requieren una deconstrucción, porque no todo es reducible a si el Estado se puede beneficiar de una ilegalidad en el curso de una investigación penal, sino que hay otras dimensiones relevantes que deben ser integradas en la consideración. Cuando juristas tan renombrados como los que mencioné se refieren al tema en términos tan maximalistas, en una comunidad legal y académica tan vertical como la nuestra se desalientan los cuestionamientos y las innovaciones, porque el mensaje al resto de los integrantes de la comunidad jurídico-penal es que la conversación está cerrada y que no hay mucho más para decir sobre el tópico.

*

Aunque no sea el tema central de mi exposición, es necesario explicitar que por encima de toda la discusión subyacen distintas concepciones acerca de los fines del Derecho penal. Disiento con el ideario que prevalece hoy en Argentina, según el cual, como expone Zaffaroni, la función principal del sistema de justicia penal es ponerle límites a las agencias ejecutivas y el Derecho penal es básicamente un saber jurídico reductor de la violencia estatal y del poder punitivo²⁷.

Sí, en el proceso penal deben respetarse los derechos individuales y debe procurarse que el Derecho penal (el cañón del que dispone la sociedad para enfrentar los conflictos sociales, según Enrique Gimbernat Ordeig) sea un remedio de *última ratio*, pero ése no es un punto de partida, ni de llegada. Creo que la postura de Zaffaroni expresa una miopía indiferente a valores distintos que deben ser perseguidos y resguardados en el procedimiento penal, y que su coronación como concepción hegemónica funciona a veces como el opio de nuestra comunidad jurídico-penal. Los límites son eso, límites, no fundamentos; hay que vincularlos y buscar una síntesis.

Prefiero otra visión del Derecho penal, como la que ofrecen los filósofos John Gardner y R.A. Duff. Según Gardner, la función primaria del Derecho penal es ser un

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, “*Derecho Penal Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2000.

medio para la identificación pública -a través de ciertos standards y procedimientos probatorios- de injustos (*wrongdoing*) y para que los responsables -cuyos actos han sido identificados- respondan por ellos, ofreciendo las justificaciones y excusas que a su juicio correspondieren. Como función secundaria del Derecho penal, Gardner sostiene que es un medio para reprochar, disuadir y castigar, y señala que la función primaria no es más importante que la secundaria, pero las funciones secundarias dependen de la realización de la primaria. Así, el Derecho penal puede ser un medio propicio para la condena, disuasión y el castigo solamente porque es un canal para que los responsables respondan por sus conductas.²⁸

Para Duff, la responsabilidad penal está basada en las nociones de ciudadanía y comunidad política y apunta a dar tratamiento a los comportamientos que violan valores sobre los que se basa la empresa cívica colectiva. El Derecho penal está para identificar y declarar la incorrección pública de ciertas conductas y para darle una respuesta pública a esos sucesos. Duff piensa en el proceso penal como un fin en sí mismo y dice que el sistema de justicia penal es el mecanismo a través del cual la comunidad política convoca a uno de sus miembros para que responda o dé cuenta del injusto cometido y responda las alegaciones en su contra (*calling people to account*)²⁹. En la teoría de Duff, es central el aspecto comunicativo del Derecho penal, y tanto para él como para Gardner, el núcleo del sistema de justicia penal es el juicio, porque es la instancia donde se demanda una explicación a los individuos y se concreta el *call to account*, como parte de lo que implica estar vinculados como agentes morales responsables. Responder y dar cuenta por la comisión de injustos (*wrongdoings*) es lo que hacen los agentes morales responsables.

Cuando el Ayatollah Khomeini dictó una *fatwa*³⁰ contra Salman Rushdie, el escritor Christopher Hitchens debatió públicamente con varios colegas nominalmente progresistas que se mostraban ambiguos y se demoraban en condenarla, porque decían estar muy preocupados por los sentimientos heridos de los musulmanes ante los

²⁸ GARDNER, John, “*Offences and defences. Selected essays in the philosophy of criminal law*”, Oxford University Press, 2007, p. 80.

²⁹ DUFF, R.A., “*Punishment, Communication and Community*”, Oxford University Press, 2003, y “*Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*”, Oxford University Press, 2007.

³⁰ Edicto religioso instando a la ejecución.

elementos profanos o blasfemos en *Versos Satánicos*, la novela de Rushdie. Hitchens comenzaba preguntándole esto a su ocasional interlocutor/contrincante: “*Necesito que despejemos la discusión. ¿Puedo asumir que te oponés sin reservas al encargo de asesinato de un escritor?*”. Según Hitchens, era bastante aleccionador ver cómo esta afirmación era retenida, o bien ofrecida en forma condicionada. En esos casos, se negaba a seguir debatiendo, orgulloso de su reduccionismo en esa instancia.

Haciendo un paralelo con la regla de exclusión y los fines del Derecho penal, no soy optimista en cuanto a la existencia de una base común con muchos de los penalistas argentinos porque como en tantas otras áreas de la discusión pública, no parece haber consensos mínimos sobre la necesidad y conveniencia de un sistema de justicia penal sobre el que nos podamos acomodar, para desde ahí buscar intercambiar visiones y refinar posicionamientos.

Algo de lo que estoy sugiriendo se percibe en una respuesta de Guariglia a Pastor, con relación a la propuesta del segundo de terminar directamente con el procedimiento penal cuando se comprueba la obtención de prueba ilícita, para evitar que el abuso no sea aprovechado de algún modo encubierto³¹. Guariglia dice: “*Esta posición sólo puede ser explicable desde el prisma de una completa desconfianza hacia el sistema de justicia penal (..) Una dogmática procesal fundada no ya en una sana desconfianza hacia los órganos de la persecución y justicia penales, sino en la lisa y llana presunción de su deshonestidad no puede conducir a ningún resultado fructífero*”.³²

El Derecho penal no es el resultado de un plan cuidadosamente diseñado y aplicado, sino el resultado desprolijo de desplazamientos cambiantes y variados que determinan su desarrollo histórico. En el Eclesiastés, el Rey Salomón dice que hay un tiempo para cada cosa; la idea, trasladada a mi punto sobre la regla de exclusión, es que si bien hace tres décadas fue comprensible y necesaria la implementación de una exclusión probatoria automática e ilimitada debido al contexto de ilegalidad estatal y descontrol violento del que se provenía, ahora es un momento propicio para buscar

³¹ En la sección **III** trato con detenimiento (y un poco de ferocidad) esta idea de Pastor.

³² GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*”, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 193.

mayores equilibrios normativo a partir de la consideración de la pluralidad de valores que se debe proteger y apuntalar en el proceso penal. Hay que pensar en las instituciones y mecanismos existentes en un momento específico al proyectar posibilidades de cambio, pero el tiempo actual no demanda posiciones extremas. La historia argentina en materia de abusos estatales y excesos policiales es tremenda, pero no acabamos de salir de una dictadura militar, sino que transcurrieron treinta años en los que se dieron evoluciones institucionales, subordinaciones de las fuerzas de seguridad al poder civil y concientización acerca de los peligros de un Leviatán investigador.

Como en tantas otras áreas de la vida nacional, el péndulo se desequilibró y nuestros paradigmas mentales no evolucionaron; no podemos pensar los problemas y desafíos que presenta la criminalidad de hoy como si recién acabáramos de salir de un horroroso régimen militar. Sin duda, el Estado policial acecha, pero los resguardos y las realidades institucionales y culturales de hoy no son los de hace treinta años, cuando se decidieron “Rayford” y “Fiorentino”. No estoy diciendo que el peligro de los desbordes y autoritarismos desapareció porque hay cursos de D.D.H.H. en los institutos policiales, sino simplemente que transcurrieron 30 años desde que terminó la dictadura militar y que deberíamos reformatear nuestras mentes para pensar algunos diseños institucionales a partir de las condiciones vigentes, sin olvidar lo sucedido pero teniendo en cuenta que tenemos un Estado democrático y que si solamente miramos por el espejo retrovisor, tenemos serias posibilidades de chocar de frente.

Es probable que el efecto ancla (*anchoring bias*) desarrollado por Kahneman sirva para explicar por qué la regla de exclusión funciona como el punto de referencia para valorar todo lo que puede decirse sobre la obtención irregular de prueba. No se trata de que haya sido una decisión racional y meditada, sino que fue la primera respuesta con la que se tomó contacto. El problema, en este caso, es que se trata de una posición extrema, entonces cualquier intento por ponerla en perspectiva es visto como una resignación de derechos. Si fuese así, tal vez quienes defienden a ultranza la regla de exclusión no estén realmente dando una respuesta a la pregunta sobre la razonabilidad de esa regla, sino a otra pregunta (por ejemplo, si desconfían de la policía) que podría estar vinculada a lo acontecido hace tres décadas pero que no responde a la pregunta sobre la razonabilidad de la exclusión probatoria, sino a la desconfianza casi innata hacia la institución policial³³.

³³ Agradezco esta idea a Alfredo Urteaga.

*

En un texto sobre la búsqueda de la verdad en el proceso penal, Mirjan Damaska sugirió que cuando el *ello* del proceso penal es reprimido en exceso por su *superyó*, aparecen síntomas neuróticos en la administración de la justicia penal³⁴. Quiero pensar sobre eso. Freud tenía una percepción fundamental: las personas son seres en conflicto, con una psiquis que contiene elementos discordantes, en pugna. El psiquismo está compuesto por distintas instancias: *yo*, *ello* y *superyó*, cada una con distintos objetivos que se negocian de manera constante, y cuyos cruces permiten formular hipótesis sobre el malestar y los síntomas que se generan como consecuencia. La noción de neurosis implica a la de choque, en el sentido de que hay aspiraciones y condiciones en nuestro interior que colisionan y originan síntomas neuróticos. Para Freud, nos amenazan tres peligros: el mundo externo, la libido del *ello* y la severidad del *superyó*.

El *ello*, una de las tres instancias de la psiquis, contiene las fuerzas instintivas, es puro deseo y busca satisfacer esas pulsiones, para lo cual no cuenta con una fuerza mediadora que le permita atenerse a las normas ni a la realidad. Para eso está el *superyó*, un agente interno de autoridad que erige barreras a la satisfacción sin normas a la que empuja el *ello*. Sin embargo, el *superyó* tiene otra faceta menos feliz. Su conformación rígida y severa, con ideales imposibles de alcanzar, deviene muy destructiva para un sujeto. El *superyó* puede ser sádico y exigir lo imposible, lo cual resulta complicado porque el *yo* (la instancia que busca mediar y sintetizar entre las exigencias de las otras instancias y de la realidad) se mide constantemente con este ideal. Un *superyó* excesivamente severo y cruel funciona como un caldo de cultivo para la aparición de síntomas neuróticos que generan padecimiento. Paraliza las posibilidad de actuar del *yo*, exigiéndole siempre más y más y paradójicamente, cuanto más renuncia la persona para satisfacer a esta instancia, más aumenta la exigencia.

Se espera que el Derecho penal sirva para mantener un orden y una coherencia que hagan posible vivir en sociedad sin atacarnos según nuestros impulsos, y por lo tanto que permita vivir en libertad, dentro de los caminos que exige la cultura. El castigo es la consecuencia y no la causa de este ejercicio, y en eso se diferencia de la venganza. Para que haya una sanción represiva, debe establecerse la existencia de un

³⁴ DAMASKA, Mirjan R., "Truth in adjudication", 49 *Hastings L.J.* 289, (1998).

ilícito, y la “adscripción” del mismo a una determinada persona, para poder decir “*este hecho es de X*”. Así como Freud creía que la psiquis sana no es siempre aquella que está tranquila y se siente bien, las tensiones en el proceso penal entre la eficiencia y las garantías también son necesarias, porque su ausencia es una alternativa peor.

Pero volviendo al esquema freudiano, en las condiciones descritas el *yo* se ve muy debilitado y menospreciado, porque se ve compelido a actuar en condiciones en las que de antemano está destinado al fracaso. El *superyó* sano normativiza al individuo y a la sociedad cuando establece límites coherentes, y si no lo hace debido a conflictos neuróticos, deja vacía la letra de la ley y el desamparo consecuente genera angustia y agresividad.

II.

Laudan distingue tres “familias” de objetivos o valores que motorizan el sistema penal. Primero, lo que llama *reducción del error*, que consiste en la meta de conocer la verdad sobre un hecho y evitar falsos veredictos³⁵. Después, la *distribución de los errores*, partiendo del reconocimiento de que el error es inevitable, de tanto en tanto, porque el sistema penal no es una maquina perfeccionada en el conocimiento de la verdad. En tercer lugar, Laudan incluye una serie de preocupaciones que no se vinculan explícitamente con el error judicial, sino con otras facetas nucleares del Derecho penal como el respeto por los derechos y garantías de los imputados, el uso eficiente de los recursos y otros valores como la preservación de los vínculos familiares (que veda testificar contra un familiar directo) o las buenas relaciones con otras naciones (inmunidades diplomáticas). A estos, los llama *valores no epistémicos* y dice que se enfrentan con la búsqueda de la verdad, que es su obsesión.

Para Laudan, el proceso penal es, primero y sobre todo, una ingeniería epistémica, una herramienta para conocer la verdad.³⁶ Busca equilibrar la balanza: su

³⁵ Para Laudan, los falsos veredictos son aquellos que absuelven a quien efectivamente cometió un delito o condenan a quien no lo hizo.

³⁶ LAUDAN, Larry, “*Truth, error, and criminal law. An essay in legal epistemology*”, Cambridge University Press, 2006. Agradezco a Marcelo Sancinetti haberme señalado la importancia de esa obra de Laudan para este tema. El interés de Laudan está puesto en el malfuncionamiento del Derecho como un sistema para hallar la verdad y evitar el error. Propiamente concebida, según Laudan, la epistemología jurídica involucra la misión descriptiva, que implica establecer las reglas que promueven la búsqueda de la verdad y cuáles la boicotean, y el propósito normativo, que consiste en proponer cambios en los esquemas vigentes para eliminar o modificar los obstáculos serios en la búsqueda de la verdad. Una visión opuesta se encuentra en SCHAUER, Frederick, “In defense of rule based evidence law- and epistemology too”, 5 *Episteme* 295 (2008).

meta es lograr que la ciencia del conocimiento y la búsqueda de la verdad tengan un papel más relevante que el actual en los sistemas penales. En su obra, analiza el sistema de justicia penal norteamericano y quiere demostrar que en su forma actual no es un sistema que alguien cuya preocupación central sea establecer la verdad hubiese deliberadamente diseñado, y enfatiza que se discute mucho menos de lo que sería saludable acerca de algunas prácticas (ya sea de origen legal o de creación jurisprudencial, como los remedios para los abusos policiales) que son intrínsecamente saboteadoras de la meta de establecer la verdad.

Su objetivo es producir una apertura conceptual para discutir con libertad ciertas cuestiones sin que inmediatamente le digan “*pero X es un derecho*” o “*X está prohibido (o viene requerido) por la Constitución*”³⁷. Se ataja y contraataca pidiendo que no le tiren objeciones relacionadas con derechos, porque en las obras de Hart, Kelsen o Rawls se analiza el Derecho pero se ignora totalmente el conocimiento de los hechos y la búsqueda de la verdad, así que plantea que no es ilegítimo mirar la ley exclusivamente con los lentes de la epistemología y la teoría del conocimiento.

Cuando expone la situación de quienes sufrieron una violación de sus derechos sin que hayan surgido evidencias incriminatorias, Laudan opina que la regla de exclusión no es solo un insulto hacia la búsqueda de la verdad, sino también a los standards básicos de *fair play* y protección de los inocentes porque no hace nada para castigar la conducta policial ilegal, salvo la cometida en contra de un acusado que tenía algo que ocultar³⁸. Ante esa objeción (que la regla de exclusión no protege a los inocentes), podría responderse que sí protege indirectamente a posibles futuras víctimas de la ilegalidad policial, al disuadir la inconducta de los agentes estatales, pero ahí nos movemos al terreno de la disuasión.

Laudan brinda algunas potenciales justificaciones de la regla de exclusión: a) si no se excluye la prueba obtenida de modo ilegal, no se protegen los derechos de los acusados; b) los tribunales no deben ser vistos como cómplices o beneficiarios de actos ilegales, sino que debe fortalecerse la integridad judicial; y c) la negativa a admitir prueba conseguida de manera ilícita le envía a la policía un fuerte mensaje, haciéndole

³⁷ LAUDAN, Larry, “*Truth, error...*”, cit., p. 6.

³⁸ LAUDAN, Larry, “*Truth, error...*”, cit., p. 187.

saber que deben ser muy escrupulosos en torno a la forma en que adquieren material incriminatorio³⁹.

Cuando se ocupa de refutar esas justificaciones, dice que la dicotomía *derechos vs. intereses epistémicos* es falsa, porque muchos derechos sirven –aunque sea indirectamente- al objetivo de conocer la verdad, como el derecho a un juicio público, a citar testigos, a confrontar a los testigos de cargo, a la defensa en un sentido amplio, etc. Después afirma que la Constitución norteamericana no dice nada sobre cuál es el remedio apropiado para lidiar con la prueba ilegal en un proceso penal, y que no tiene mucho sentido negar que hay otros remedios posibles. Hay un salto lógico, que no es explicitado por los defensores deontológicos de la regla de exclusión, entre –por ejemplo- tener un derecho a la intimidad y un supuesto derecho adicional a que la prueba inculpatoria sea apartada del proceso. Son cuestiones separadas⁴⁰.

Las alusiones de Laudan a los mensajes a la policía hacen pensar en la estructura de incentivos vinculada con la exclusión probatoria, tanto con relación a la policía pero también con los jueces y la sociedad en general, especialmente respecto de la gente que sufre una violación de sus derechos sin que se encuentren pruebas de cargo. La distribución de beneficios de la regla de exclusión está mal diseñada: los beneficios van a quien tenía algo para ocultar y aquel a quien se le infringe algún derecho individual pero no tenía en su poder algo a excluir no obtiene nada. En cierta forma, se da una dinámica similar a la generada como consecuencia de la disposición de nuestro esquema procesal penal que permite al imputado mentir en su declaración indagatoria porque quien puede mentir no será tomado en serio, en virtud de lo cual dicho diseño normativo hace que el sospechoso “inocente” que cuenta la verdad se vea desfavorecido, porque su voz no será atendida seriamente⁴¹.

³⁹ LAUDAN, Larry, “*Truth, error...*”, cit., ps. 190/233.

⁴⁰ Profundizo esta línea argumental en la sección V, dedicada a los remedios constitucionales.

⁴¹ Guillermo Orce construye esta idea en un artículo cuya tesis central es que la falta de una regla que imponga responsabilidad al imputado por la falsedad de sus dichos en la declaración indagatoria le impide –vía despersonalización- convertirse en objeto de prueba a su favor. Para Orce, quien no es suficientemente tenido en cuenta como para ser responsable por sus dichos simplemente no puede ser tenido en cuenta en absoluto; si el rol del imputado no tiene respaldo de deber dentro del mismo sistema, lo hecho sin la contrapartida de la responsabilidad no tiene apoyo real. Ver ORCE, Guillermo, “Despersonalización del imputado: la desconsideración de su defensa como consecuencia de su falta de responsabilidad al declarar” en BRUZZONE,

Un esquema compensatorio le daría fuertes incentivos a todas las víctimas de las ilegalidades policiales para que presenten reclamos, en oposición a la regla de exclusión que solamente le confiere legitimación a quienes se encuentran imputados en una causa penal y tenían elementos ilegales en su ámbito de competencia. El sistema actual no promueve la responsabilidad individual, ni para los criminales ni para los policías que violan la ley, y no reparte eficaz o justamente los costos. De acuerdo a la eficiencia económica, una regla básica es que quien crea costos debe asumirlos⁴² y cuando ello no sucede se forman externalidades negativas porque la sociedad debe asumir esos costos. Al no ser estos costos internalizados por su creador, este no tiene incentivos para cambiar su conducta.

Todos los derechos (a la libertad de expresión, a ser juzgado en un plazo razonable, a la salud, etc.) crean externalidades negativas y/o positivas en otros actores, como terceros, el medio ambiente, o el gobierno; la única manera de eliminar completamente las externalidades sería a través de la imposición de un sistema totalitario, donde no sea posible el ejercicio de derechos individuales. En las investigaciones penales, una externalidad negativa –entre varias posibles- es que los delincuentes no sean condenados debido a una ilegalidad policial o judicial, pero en esos casos es la sociedad la que asume los costos, no el funcionario que causó ese estado de cosas.

El impacto de la exclusión en la policía es indirecto, en el mejor de los casos. Si un policía irrumpe ilegalmente en un domicilio y secuestra un cargamento de armas ilegales o de cocaína, o encuentra niños enjaulados con fines de abuso sexual, tendremos culpables de distintos ilícitos, pero por medio de la regla de exclusión ninguno de los intervinientes sufrirá consecuencia normativa alguna. Uno de los presupuestos de la jurisprudencia consecuencialista estadounidense es que en materia de incentivos a la policía le es suficiente saber que hizo bien su trabajo cuando su actuación contribuye a la condena de un culpable de un delito. Si no nos convence ese argumento, debemos concluir que no se generan incentivos para que a la policía le importe los resultados judiciales que genera la forma en que cumple su labor, al no haber sanciones monetarias o administrativas previstas para la violación de derechos en

Gustavo (coord.), “*Cuestiones penales. Homenaje al Profesor Doctor Esteban J.A. Righi*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2012, ps. 549/64.

⁴² DEMSETZ, Harold, “Toward a theory of property rights”, 57 *Am. Econ. Rev.* 347 (1967).

el marco de una investigación; ni siquiera existe un mecanismo formal a través del cual la policía sea anoticiada de los casos en que se produce una exclusión probatoria por una conducta policial y sea apercibida cuando ello sucede.

Filósofos como Michael Sandel alegan que hoy se confunde razonamiento de mercado con razonamiento moral y que se cree que la eficiencia económica define el bien común. Para Sandel, la mirada económica es corrosiva hacia la vida democrática y empobrece el discurso público; propone deshacernos del verbo *incentivar* para poder recobrar mejores formas para conseguir el bien común, a través de la deliberación y la persuasión⁴³.

En algunos aspectos el argumento de Sandel triunfa, pero como dice Farrell cuando despedaza el velo de ignorancia rawlsiano, el tema de los incentivos es el problema central de cualquier teoría que involucre el comportamiento humano; es muy sencillo construir teorías para mundos ideales ignorando o despreciando los incentivos, pero las teorías del mundo real tienen que tener en cuenta este problema, proponiendo principios que contemplen el mundo y el ser humano como realmente es, no como debería ser⁴⁴.

Los policías tienen una medida del éxito laboral muy distinta de la de los funcionarios judiciales. El policía tiene un sueldo fijo, no cobra premios por tener éxito en el hallazgo de pruebas, y le importa mucho más el reconocimiento institucional interno que evitar la invalidez probatoria de los frutos de su trabajo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que si se aplican sanciones monetarias individuales, si el ímpetu investigativo o la negligencia profesional lleva al policía a violar un derecho, el remedio de la compensación individual (no institucional) hará recaer sobre él todo el costo del problema, lo cual para muchos policías significará un golpe mortífero a su patrimonio. Por eso, y partiendo de la base de que actúan en defensa de intereses colectivos, tal vez sea deseable que los costos sean asumidos por la institución policial o por la sociedad.

El problema de las multas pasa por los incentivos. El peligro de la sobredisuasión (*overdeterrence*) es alto y teniendo en cuenta que no hay mecanismos de responsabilización y rendición de cuentas (*accountability*) respecto de la efectividad de su trabajo, si los policías se ven ante la posibilidad de enfrentar sanciones pecuniarias,

⁴³ SANDEL, Michael, “*What money can’t buy: the moral limits of markets*”, Farrar, Straus & Giroux, 2012, Nueva York.

⁴⁴ FARRELL, Martín Diego, “*Una sociedad...*”, cit., p. 4/5.

van a comprometerse mucho menos con la búsqueda de pruebas y como resultado de ello se corre el peligro de que el servicio de seguridad decaiga notablemente.

William Stuntz desarrolla esa idea y pone como ejemplo el caso de las piletas municipales. Si un gobierno enfrenta responsabilidades civiles altas por mantenerlas y esas piletas se encuentran en barrios pobres, es probable que decida cerrar ese servicio. En paralelo, si un gobierno sufre duras sanciones económicas por la conducta de su policía en un territorio puntual, la reacción instintiva tal vez sea reducir la presencia o los operativos policiales en las áreas conflictivas⁴⁵.

A quienes tenemos entrenamiento legal nos resulta complicado interpretar y decidir, a la luz de la jurisprudencia, en qué situaciones se violan o respetan las garantías individuales. Muchas veces, la policía debe actuar con rapidez y sin guía judicial. En caso de trasladar a los policías el costo de las infracciones de derechos, probablemente cobren relevancia las causas de exculpación como el error de prohibición ante la imprecisión de las pautas relativas a los límites y permisos de la actuación policial, porque la presunción de que la ley es clara y que la policía puede tomar decisiones sencillas entre lo correcto y lo incorrecto es falsa.

Por otro lado, la regla de exclusión le da a la policía o a peritos contables y/o tecnológicos un inmenso poder para que por razones políticas, monetarias o afectivas inmunicen criminales. Supongamos que por algún motivo un policía o un perito desean que no prospere una investigación judicial contra un sospechoso puntual. Es realmente fácil, demasiado simple, hacer que un proceso penal fracase y brindarle así impunidad al mayor criminal. La potencial connivencia entre abogados defensores y policías o peritos corruptos sería (o mejor dicho es) difícil, casi imposible de probar⁴⁶. En casos de connivencia, cuando la ilegalidad se debe a un arreglo entre el funcionario policial o judicial y el imputado para luego poder excluir esa prueba, se daría una estructura en cierta forma parecida a la *actio libera in causa*, y si el Estado excluye ese material probatorio también se está contaminando moral y políticamente porque el juez pasaría a ser un encubridor obligado de la maniobra.

⁴⁵ STUNTZ, William, "The virtues and vices of the exclusionary rule", 20 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 443 (1996-1997).

⁴⁶ Estimo que el descubrimiento de esa connivencia después del dictado de un sobreseimiento resultaría un motivo válido para aplicar la cosa juzgada írrita.

III.

A) Seguramente Alejandro Carrió es quien más contribuyó al estudio y la sistematización de las garantías constitucionales en el proceso penal en Argentina. Carrió argumenta que no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino que lo hace la Constitución Nacional⁴⁷, y dice que si aceptar la prueba ilegal equivale a otorgar valor al resultado de un delito y a comprometer la buena administración de justicia, *“da la impresión de que la erradicación de estos males sólo quedará asegurada si queda claro que es la Constitución misma la que impone la exclusión de tales pruebas”*⁴⁸.

Para Carrió, el examen de la jurisprudencia nacional demuestra que la inexistencia de la regla de exclusión en el pasado trajo como consecuencia que los argentinos desconociéramos a ciencia cierta el alcance de nuestro derechos, y en forma paralela los policías ignoraron el alcance de sus obligaciones⁴⁹. Así, resalta como uno de los aspectos positivos que la regla permitió un rico desarrollo jurisprudencial y la delimitación del alcance de las garantías.

En su obra, Carrió se concentra en las críticas que cuestionan el efecto disuasorio, pero no profundiza el tratamiento de los cuestionamientos al fundamento ético, referido a la integridad del proceso y de la justicia penal. Reconoce que la regla de exclusión es un ataque directo al establecimiento de la verdad objetiva, pero enfatiza

⁴⁷ CARRIÓ, Alejandro, *“Garantías constitucionales en el proceso penal”*, Hammurabi, 5a. ed., Buenos Aires, 2007, p. 312.

⁴⁸ CARRIÓ, Alejandro, *“Garantías constitucionales...”*, cit., p. 343.

⁴⁹ CARRIÓ, Alejandro, *“Garantías constitucionales...”*, cit., p. 314.

que el fundamento de la regla reside en las motivaciones éticas y educativas y que “*la decisión de adoptarla tiene que ver con las opciones de vida que una sociedad desea*”⁵⁰.

Según la argumentación de Carrió, si la Constitución Nacional garantiza la inviolabilidad del domicilio, que sólo se producirán arrestos en ciertas condiciones, que no se nos coaccionará para que declaremos en nuestra contra, etc., “*parece razonable inferir de todo ello que la Constitución no puede permanecer indiferente ante la violación de tales garantías*”⁵¹ y entonces la reacción judicial no se puede reducir a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de aquellas transgresiones sino que debe excluirse la prueba obtenida por vías ilegítimas, porque lo contrario supone el desconocimiento del derecho al debido proceso.

Carrió también expresa que “*el valor justicia se ve seriamente resentido si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas –los policías- son los primeros en violarlas, y quienes tienen como función aplicar e interpretar la ley –los jueces- basan un juicio de reproche penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito*”⁵². En cuanto a las alternativas a la regla de exclusión, señala que tanto la denuncia civil o penal o la sanción disciplinaria a los policías tienen algunas falencias, pero admite que representan un remedio posible, aunque dirige su crítica a la sanción monetaria individual al policía, en lugar de la institucional.

Tengo divergencias con la argumentación de Carrió. Primero, creo que da un salto injustificado porque no hay una derivación lógica entre la violación de un derecho individual y la exclusión de la prueba, y no aporta fundamentos normativos constitucionales suficientes para apoyar su postura. Falta un nexo necesario entre las garantías constitucionales y la exclusión probatoria, que no es impuesta por la Constitución Nacional. En realidad, a diferencia de otras instancias en las que la Carta Magna se pronuncia con claridad (por ejemplo la indemnización por expropiación), en esta materia no dice nada sobre el tema, a diferencia de otros textos constitucionales latinoamericanos que explícitamente mandan remover del proceso las pruebas obtenidas por vías irregulares. La Convención Americana de Derechos Humanos tampoco brinda

⁵⁰ CARRIÓ, Alejandro, “*Garantías constitucionales...*”, cit., p. 339.

⁵¹ CARRIÓ, Alejandro, “*Garantías constitucionales...*”, cit., p. 343.

⁵² CARRIÓ, Alejandro, “*Garantías constitucionales...*”, cit., p. 311.

una solución específica y el art. 18 CN es explícito en torno a otras facetas del debido proceso como la prohibición de la autoincriminación o las condiciones para producir arrestos, pero es mudo respecto del camino a seguir con la prueba ilegal.

Aunque visto en su mejor luz, el argumento de Carrió tiene su cuota de razón. Lo que insinúa Carrió se vincula con la concepción de las reglas y standards como implementación de las normas legales, en este caso de la Constitución Nacional. En *“Implementing the Constitution”*⁵³ Richard Fallon argumenta poderosamente que el rol esencial de los jueces de la Corte Suprema no es interpretar la Constitución sino implementarla, haciendo de “abogados prácticos” que desarrollan standards, fórmulas y reglas que reflejen valores y sentidos presentes en el texto constitucional pero no previstos expresamente en él. Así, la función de la Corte Suprema es implementar las normas constitucionales, poniéndolas en práctica: como la Constitución brinda un ideal pero no los detalles de cómo se debe alcanzar o aproximar esa visión, los jueces elaboran e implementan estrategias para concretar los valores constitucionales, teniendo en cuenta para ello factores como la psicología humana, la sociología institucional, los distintos intereses en pugna, la historia, la economía, etc. En ese sentido, que la real malicia, el control judicial de constitucionalidad de las leyes o la regla de exclusión no aparezcan explícitamente en el texto constitucional no compromete su status constitucional, ya que a través del tiempo la CSJN implementó los valores y normas constitucionales mediante este tipo de doctrinas y reglas.

Probablemente el temor a otorgar un permiso para que el Estado se mueva fuera de ciertos límites se basa en la presunción de que el Estado irá mucho más allá. Pero mi punto es que se pueden imponer pautas y controles, tanto institucionales como normativos, para que al buscar pruebas la actuación estatal no se desborde. Creo que la argumentación de Carrió se vería fortalecida si en vez de adscribirle un valor de verdad a la exclusión probatoria, pensara en ella como un límite político o institucional para determinadas prácticas.

Carrió dice que si aceptar la prueba ilegal equivale a comprometer la buena administración de justicia, ese mal se erradica con vigor si queda claro que es la Constitución misma la que impone la exclusión. Es probable que en su razonamiento haya una falacia argumental. En sentido amplio, el *non sequitur* (no se sigue) abarca todas las falacias informales, porque en cada una de ellas la conclusión no se sigue

⁵³ FALLON, Richard H., *“Implementing the Constitution”*, Harvard University Press, 2001.

lógicamente de las premisas ofrecidas. En el *non sequitur* propiamente dicho, la premisa puede ser relevante para la conclusión, pero esta no se sigue lógicamente de aquella, es decir, no hay una relación lógica entre dos proposiciones y se relacionan con el uso espurio del *entonces* y el *por lo tanto*⁵⁴. Conjeturo que metiendo el tema en la Constitución Nacional, Carrió busca garantizar que la regla de exclusión no pueda ser reformada o suprimida por vía legislativa.

Una *petición de principio*, o argumento circular, se da cuando el proponente asume la conclusión del argumento y la usa como premisa del mismo. En lugar de probar o demostrar la conclusión, el argumento la asume; los argumentos circulares suelen estar disfrazados, porque la proposición que sirve como premisa y conclusión se enuncia de modo distinto⁵⁵. La *petición de principio* es una falacia informal interesante porque es un argumento formal válido, pero el problema es que en realidad no es una argumentación, en la que una conclusión se sigue de una o unas premisas, sino una degeneración de un argumento, porque se limita a replantear la conclusión como una premisa. Claro que si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión será verdadera. Sin embargo, al dar por sentada la veracidad de lo que se intenta probar, la *petición de principio* no sirve para persuadir al que piensa que el punto en discusión aún debe ser probado, como en mi caso.

Carrió da por sentado lo que intenta probar: en el argumento que sostiene que hay un derecho individual a la exclusión de prueba ilegal en función del derecho al debido proceso hay una circularidad. Que deba aplicarse dicho remedio depende de si el acusado sufrió una violación que amerite la eyección del proceso de la prueba reunida. Además, encarar una violación a un derecho individual a través de un instrumento legal distinto a la exclusión no significa que la Constitución permanezca indiferente ante la violación de las garantías, como lo postula Carrió, cuya argumentación es insuficiente cuando intenta conectar la no exclusión con el desconocimiento del debido proceso.

En Derecho, la primera consecuencia que el sistema toma respecto de algo que sucede en transgresión de una norma es que los efectos de esa transgresión se borren. De ahí, por ejemplo, que cuando algo fue robado ese algo no queda en poder del ladrón.

⁵⁴ SAUNDERS, Kevin W., “Informal fallacies in legal argumentation”, 44 *S.C.L. Rev.* 343 (1992-1993). Agradezco a Hernán Gullco haberme sugerido este texto.

⁵⁵ SAUNDERS, Kevin W., “Informal fallacies...”, cit.

Otra cuestión es si es necesario penar para estabilizar la norma, si alcanza con un reto o si no necesito nada porque el autor ya está socializado (saltando con ello a otra teoría de la pena) o si, de acuerdo con las teorías contrafácticas, no se necesita una sanción porque el sistema no fue afectado en su estabilidad. Pero la idea es que no se debe poder aprovechar el producto de un ilícito.

La postura de Carrió parece seguir este razonamiento: el Estado obtuvo un bien (información) violando una norma. La primera consecuencia es que esa información, como bien, como valor, le sea sustraída a quien la obtuvo sin derecho, siendo superfluos los argumentos deontológicos y consecuencialistas, porque uno no se pregunta con argumentos deontológicos o consecuencialistas sobre la conservación del objeto robado por el ladrón. Se lo priva de ello, solo porque él no tiene derecho a tener la cosa. Podría contraargumentarse que un deontologista que tiene algo que obtuvo ilícitamente debería usarlo de todas maneras si tiene por delante otra norma imperativa categórica que cumplir. Pero eso sería incorrecto, porque desconsidera que el deontológico no lo es solo antes de la acción (¿puedo obtener la evidencia?) sino después de la acción (¿qué hago con la evidencia que obtuve en violación de mis deberes?). Y en todo caso el conflicto de deberes no es sincrónico, sino progresivo: primero hay que resolver la violación del primer deber.

También me parece problemática la justificación de la regla de exclusión en función de que consiguió que los argentinos estemos al tanto del alcance de nuestros derechos y que los policías conozcan sus límites, y que permitió un rico desarrollo jurisprudencial en materia de garantías. Además de ser un dato absolutamente contingente para sustentar la exclusión probatoria, estas afirmaciones no son contrastables por vía empírica, y de todas formas esos resultados se pudieron haber alcanzado con otras herramientas.

Comparto el núcleo de las ideas de Carrió sobre la denuncia civil o penal a los policías. En estas situaciones se vislumbra el problema de las asimetrías informativas: si las instituciones en general, y las argentinas en particular, no se caracterizaran por su opacidad y la falta de *accountability*, la regla de exclusión como está diseñada no tendría mucho sentido, porque alcanzaría con sancionar a la persona física responsable de la violación en el caso puntual. El problema es que en general no se sabe quién cometió la lesión y por eso tiene sentido atacar o sancionar a la institución (con la misma lógica que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas), porque ésta tiene mucha más información que el observador externo.

En el caso de la exclusión, no es justificable que por la falta de una o varias personas tenga que responder toda la comunidad, que tiene claramente un interés en que el delito efectivamente cometido no quede sin castigo porque la impunidad se lleva mal con todas las finalidades de la pena, salvo tal vez con la prevención especial positiva, en el caso de que la persona no necesite ser resocializada. Por eso, el régimen actual podría sustituirse por uno en el que la persona individual infractora del derecho fundamental sea sancionada y también lo sea el ente colectivo al que pertenece, si es que tuvo algún tipo de *culpa in eligendo/vigilando*.

Si no se puede determinar la responsabilidad individual, siempre que se conceda que la exclusión es un remedio apropiado y necesario (cosa que no hago), entonces sí se justificaría excluir la información obtenida mediante infracción de derechos, porque en caso contrario se favorecería que los entes colectivos pueden tolerar excepcionalmente tales infracciones y “repartir/fraccionar el daño”, pero si hay un infractor individual y el ente colectivo no participó de la lesión, el argumento a favor de la exclusión se debilita muchísimo.⁵⁶

B) Guariglia (quien dedicó su tesis doctoral a las prohibiciones de valoración probatoria en el ámbito penal) descarta que puedan existir opciones intermedias a partir de la existencia de un ámbito de intersección de distintos valores y principios en juego⁵⁷.

Para Guariglia, el juez debe rechazar la prueba o anular la condena fundada en ella, o de lo contrario acepta la tesis que sostiene que la vulneración de las disposiciones reglamentando la recolección de prueba no es una cuestión fundamental para la determinación de la admisibilidad de esa prueba. Básicamente, opina que la invalidez de la prueba ilícitamente adquirida es una consecuencia natural e inevitable del deber estatal de observar las normas de adquisición de prueba, y si hay costos por su aplicación, ellos son imputables a la misma reglamentación legislativa acerca de la recolección de prueba.

Discrepo con las ideas de Guariglia. Plantear el tema en términos de *exclusión/invalorabilidad vs. olvido y desprecio de las normas* es reduccionista, porque

⁵⁶ Le debo esta idea a Ortiz de Urbina Gimeno.

⁵⁷ GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance...*”, cit., ps. 122/4.

hay varias posibilidades intermedias ante la producción de prueba en violación de un derecho individual. Es falaz sostener que rechazar la exclusión implica aceptar que la reglamentación procesal no es fundamental, porque se puede aceptar su carácter fundamental pero no excluyente de otras cuestiones centrales. Como se verá en la sección VI, en muchos países se usan estas opciones sin que el resultado sea la ley de la selva. El hecho de que el juez no decida rechazar la prueba ilícita o anular la condena basada en ella no implica que la vulneración de los procedimientos probatorios no sea una cuestión fundamental para decidir acerca de la admisibilidad de la evidencia. Simplemente, se ingresa en el área de los remedios y la ponderación, que a Guariglia no le resultan apropiados en este ámbito.

Guariglia advierte a quien propugne la valoración de prueba irregularmente adquirida –aunque sea solamente en determinadas circunstancias- que deberá hacer las paces nada menos que con el hecho de que está favoreciendo o al menos tolerando la inobservancia por parte del Estado de normas vinculantes⁵⁸, y señala que “*cuando la justicia penal no está a la altura de su propia retórica y las normas que reglamentan su actuación son circunvaladas o ignoradas sin mayores consecuencias, el derecho simplemente se vuelve deshonesto. Y un derecho deshonesto es un mal derecho.*”⁵⁹ Imaginemos: en el caso de un juicio a un genocida como los que persigue Guariglia en la Fiscalía Penal Internacional, ¿será posible hacer las paces con la exclusión probatoria cuando, por ejemplo, se escuchó ilegalmente una conversación telefónica entre el genocida y un lugarteniente que resulta decisiva para probar una acusación por la participación en la masacre de 40.000 civiles? Además, como argumentaré más adelante, es bastante contradictorio indignarse por la introducción y valoración de prueba ilegal pero no reclamar la nulidad de un proceso cuando se captura de manera ilícita a un sospechoso.

Contra la segunda afirmación de Guariglia, contesto lo siguiente: ¡el Derecho penal casi nunca está a la altura de su propia retórica! Sin dudas Guariglia lo sabe por su

⁵⁸ GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance...*”, cit., ps. 250/1.

⁵⁹ GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance...*”, cit., ps. 124. Ultimamente, esta oración se está convirtiendo en una especie de estandarte de la argumentación de los tribunales argentinos cuando fundamentan las exclusiones probatorias.

complejísima labor profesional. Tal vez debamos pensar en ajustar la retórica pretenciosa del Derecho penal argentino, o sino en hacerle lugar en esa retórica a los fines distintos y contradictorios que persigue el Derecho penal. La posibilidad de que la prueba ilegal sea admitida y se aplique una sanción penal o administrativa a los responsables de la violación, o se disponga una compensación económica para el acusado por la infracción a sus derechos desvirtúa la conclusión de que el Derecho se vuelve deshonesto y malo porque supuestamente las normas se ignoran sin mayores consecuencias.

Cuando piensa y discute sobre la exclusión de prueba ilegal, creo que alguna gente incurre en lo que Kahneman denomina *ilusión de focalización*, un sesgo cognitivo en el que cualquier aspecto de la vida al que se pone atención tiene un peso tremendo en una evaluación global. Para Kahneman, la esencia de *la ilusión de focalización* se describe con la sencilla frase “ninguna cosa de la vida es tan importante como pensamos cuando pensamos en ella”⁶⁰. Por ejemplo, si pensamos en la felicidad de quienes residen en California, es muy probable que *la ilusión de focalización* deforme nuestros juicios y creamos que el clima fabuloso hace que sean felices, cuando en realidad los californianos pasan realmente poco tiempo pensando en ese aspecto de sus vidas. Así, se conjura una imagen considerando (en realidad, sobredimensionando) un aspecto distintivo. Con esto no estoy insinuando que los aspectos que resalta Guariglia son menores o anecdóticos, simplemente quiero apuntar que a veces se le otorga a una situación una magnitud que en realidad no posee.

C) Quien más lejos llevó la postura deontológica es Daniel Pastor, quien propone el *principio de la descalificación procesal del Estado*, según el cual la violación de los derechos fundamentales debe conducir inevitablemente a la cancelación de la autorización jurídica que facultaba al Estado para perseguir penalmente⁶¹.

Pastor cree que la única forma enérgica de la que dispone el Derecho procesal penal para “lograr eficazmente la interdicción de la arbitrariedad consiste en la

⁶⁰ KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, Debate, Barcelona, 2012, ps. 523/9, y “This will make you smarter”, John Brockman (ed.), Harper Collins, 2012, ps. 49/50.

⁶¹ PASTOR, Daniel, “El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 561/85.

aplicación irrestricta del principio de descalificación procesal: cada vez que el Estado desarrolle su actividad procesal de un modo contrario a lo exigido por las normas siempre potestativas del sistema de garantías de los derechos fundamentales de los individuos deberá perder toda autorización jurídica para seguir persiguiendo a la persona afectada”⁶².

Como en otras cuestiones fundamentales, en la exclusión probatoria los penalistas argentinos son más kantianos que Kant, como si en la adolescencia sus habitaciones hubiesen sido intrusadas por sus padres y desde ese momento para ellos fuese anatema cualquier obtención irregular de elementos incriminantes.

Por algún motivo, las ideas del gran historiador de las ideas y filósofo liberal Isaiah Berlin no resuenan en los desarrollos teóricos del Derecho penal. Berlin escribió sobre muchas cosas, pero tal vez se puedan resumir torpemente sus esfuerzos diciendo que su obra es una rebelión contra el monismo. Berlin describió el pensamiento monista como un dogma central de la tradición intelectual de Occidente, enraizado en Platón, y resumió esa posición en base a tres características. Primero, encarna la creencia de que todos los interrogantes y encrucijadas tienen que tener una sola respuesta correcta; luego, que hay un solo camino para alcanzar esa respuesta, y tercero, que una vez que se alcanzan las verdaderas respuestas, éstas necesariamente tienen que ser compatibles entre sí y formar un todo coherente.⁶³

En contraposición, Berlin enarboló el pluralismo, bajo la creencia de que los fines humanos son diversos y muchos de ellos son incompatibles entre sí. Es imposible eliminar la posibilidad de conflicto y tragedia, porque la necesidad de elegir entre valores absolutos es una característica inevitable de la condición humana, en el plano individual y en el social. Estamos condenados a elegir, y cada elección puede conllevar una pérdida irreparable. Usando la obra de Maquiavelo como ejemplo⁶⁴, Berlin

⁶² PASTOR, Daniel, “*El plazo razonable...*”, cit., p. 572.

⁶³ BERLIN, Isaiah, “The decline of utopian ideas in the West” y “The pursuit of the ideal”, en “*The crooked timber of humanity*”, Princeton University Press, 1998, ps. 5/6 y 23/6.

⁶⁴ BERLIN, Isaiah, “The originality of Machiavelli” en “*Against the current*”, Princeton University Press, 2001, ps. 25/79. Para Berlin, la genialidad de Maquiavelo radica en que reconoció –involuntariamente– la existencia de verdades contradictorias, a partir de dos sistemas morales con dos clases de virtudes (las del mundo pagano y las del mundo cristiano), válidos pero enfrentados. Maquiavelo, según Berlin, expresó que hay obstáculos conceptuales y

demonstró que tenemos que convivir con el hecho de que en nuestras vidas públicas y privadas tenemos que hacer elecciones agonizantes entre alternativas válidas e incompatibles.

Creo que la mayoría de los penalistas argentinos son tremendamente monistas, en el sentido de que se reconfortan pensando que hay una sola respuesta válida para los dilemas del Derecho penal y procesal penal y que no hay casos trágicos por la contradicción entre valores válidos. Además, son erizos. En *El erizo y la zorra* Berlin dice que una de las diferencias más profundas entre los seres humanos consiste en el gran abismo “entre, por un lado, quienes lo relacionan todo con una única visión central, con un sistema más o menos congruente o integrado, en función del cual comprenden, piensan y sienten –un principio único universal y organizador que por sí solo da significado a todo cuanto son y dicen-, y, por otro, quienes persiguen muchos fines distintos, a menudo inconexos y hasta contradictorios” y perciben el mundo como una compleja diversidad.⁶⁵ A partir de un verso del poeta griego Arquíloco que dice “La zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una importante”, Berlin (un tremendo zorro) distingue entre erizos (Platón, Hegel, Marx, entre otros) y zorros (Shakespeare, Montaigne, Joyce, etc.), pero lo importante para mi argumento es que la visión del erizo es totalizadora y rígidamente unilateral.

Desde esta reseña reduccionista de la obra de Berlin, encuentro puntos de contacto entre las concepciones monistas y los desarrollos teóricos sobre la exclusión de prueba ilegal de algunos de los penalistas argentinos. No parecen considerar seriamente los intereses y valores distintos que chocan con los derechos individuales y con frecuencia adoptan posturas inflexibles, sin darle un lugar importante en su argumentación a los fines diversos del Derecho penal y sin contemplar las potenciales tragedias que podrían provocar las políticas y principios que pretenden imponer. Además, aunque sea difícil de aceptar, olvidan que no todo lo que no gusta o parece indeseable es inconstitucional.

En el esquema que imagina Pastor, toda infracción por parte del Estado de una regla vinculada a las garantías individuales hace nacer un impedimento jurídico para continuar con el proceso y descarta soluciones alternativas como la reparación de los

materiales para la noción que sostiene que hay una solución última que, de ser aplicada, producirá una sociedad perfecta.

⁶⁵ BERLIN, Isaiah, “*El erizo y la zorra*”, Muchnik Editores, Barcelona, 1998, ps. 39/40.

perjuicios o el castigo de los responsables, porque “*un sistema procesal que tome en serio el fin de cumplir sus metas acusatorias sólo con pleno respeto de los derechos individuales debe demostrar que las violaciones de los derechos fundamentales acarrearán consecuencias jurídicas también para el procedimiento mismo*”⁶⁶.

Pastor se equivoca. La mayoría de las reglas y principios no son absolutos y pueden ser superados en ciertas circunstancias, pero siguen siendo reglas. El uso de prueba obtenida de modo ilegal en ciertas situaciones limitadas normativamente (por supuesto *ex ante*) no significa desgarrar el Estado de Derecho ni un ultraje al debido proceso.

H.L.A. Hart dice que los absolutistas de las reglas, que descreen que las reglas tienen una textura abierta y excepciones a su aplicación que no están exhaustivamente especificadas, ignoran cómo funcionan las reglas en cualquier ámbito de la vida, porque sugieren que siempre estamos ante el dilema “*o las reglas son como se imagina en el paraíso del formalismo o no hay reglas, solamente decisiones predecibles*”. Hart dice que ese es un falso dilema y da el siguiente ejemplo: prometemos visitar a un amigo al día siguiente, pero cuando llega el momento, se dan las cosas de forma tal que cumplir con la promesa implicará descuidar a alguien que gravemente enfermo. El hecho de que se acepte este factor como una razón adecuada para no cumplir con lo prometido seguramente no quiere decir que no haya una regla que requiera el cumplimiento de las promesas, y de que haya excepciones a las reglas que no puedan ser exhaustivamente estipuladas con anterioridad no se sigue que en cada situación no tengamos que seguir nuestras promesas y todo quede librado a nuestra discreción. Dice Hart: la existencia de una cláusula “*a menos que*” no obsta a la existencia de una regla⁶⁷.

Para Joseph Raz, las reglas tienen peso y la interacción entre ellas hace que choquen y sean modificadas y cualificadas por otras, a partir de la ponderación del juzgador, comparando la afectación y el beneficio a los valores que protegen. En sintonía con la postura de Hart, Raz afirma que los principios a veces funcionan como fundamento de excepciones particulares a leyes generales y que a veces una ley no se

⁶⁶ PASTOR, Daniel, “*El plazo razonable...*”, cit., p. 570.

⁶⁷ HART, H.L.A., “*The Concept of Law*”, Oxford University Press, 1997, 2da. ed., p. 139.

aplica a un caso debido a que aplicarla a ese supuesto en esas circunstancias sacrificaría importantes principios, pero eso no hace que se modifique la ley⁶⁸.

Las reglas deben ser consideradas como razones perentorias dentro de su alcance justificado, en relación con todos los casos (la gran mayoría) que no están fuera de su alcance. Pero en otros supuestos, la regla fracasa como tal y la coherencia valorativa del sistema jurídico exige ponderar los principios aplicables al caso para elaborar un nuevo balance de razones que se exprese en una nueva regla. Entonces, cuando el resultado de aplicar una regla resulta inaceptable a la luz de los principios del sistema que determinan la justificación y el alcance de la propia regla, la pretensión concluyente y excluyente de la regla fracasa y lo ordenado o permitido por ellas alcanza sólo un valor (que puede ser llamado *prima facie*) que es desplazado, una vez consideradas todas las circunstancias del caso. Como en el Derecho tenemos compromisos morales y políticos diversos, la razón no concluyente no desaparece cuando se ve superada por razones de mayor peso, sino que una razón puede ser suficiente en ciertas circunstancias pero insuficiente en otras.

Hay factores y valores que desplazan la aplicación de una regla, y reconocer una excepción es muy distinto a modificar una regla. Una excepción aparece cuando hay un conflicto implícito de principios: el principio que encuentra expresión en la primer regla entra en conflicto con el segundo principio, que es distinto de la regla⁶⁹. Seguir una regla puede requerir ignorarla en el caso puntual y decidir de acuerdo con una excepción en vez de una regla aplicable, lo cual no es necesariamente un rechazo de la regla, sino que refleja el reconocimiento del peso o la importancia de una regla o principio opuesto.

A toda generalización contenida en una regla imperativa (*no se debe usar prueba conseguida ilegalmente*) subyace un propósito o justificación. El predicado fáctico de una regla es una generalización respecto de alguna justificación; el predicado es verdadero para la mayoría de los casos pero no para todos y las generalizaciones pueden ser sobreincluyentes o subincluyentes. La justificación de una regla es el mal

⁶⁸ RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5 (1972) ps. 823/854.

⁶⁹ FINKELSTEIN, Claire Oakes, "When the rule swallows the exception", 19 *Quinnipiac L. Rev.* 505 (2000).

que se pretende erradicar o la meta que se busca lograr; por ejemplo, evitar que el Estado haga cualquier cosa para acreditar la responsabilidad penal de un acusado.

Sin el límite de la regla de exclusión, se corre el riesgo de que se deterioren las garantías individuales. Pero en muchos casos la regla es supraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente o con las exigencias de otros principios del sistema. Del balance entre esos principios relevantes surge una nueva regla prohibitiva, y aun siendo *prima facie* subsumibles en la exclusión probatoria, respecto de ciertas situaciones no debería ser aplicable la justificación subyacente o esta se ve desplazada por algún otro principio que, en relación con el caso, tiene un peso superior, porque su operatividad exige efectuar una ponderación que tenga en cuenta todos los factores del caso.

Algunas de las objeciones que desarrollé a las ideas de Carrió y Guariglia son trasladables al análisis de la argumentación de Pastor, pero además creo que en alguna medida su razonamiento carece de proporcionalidad con las posibles consecuencias de su planteo. Imaginemos una investigación penal por una violación, o una cadena de asesinatos seriales o un megacaso de corrupción gubernamental. De acuerdo con Pastor, cualquier infracción a un derecho individual de cualquier imputado tumbaría la potestad punitiva estatal. Además, si recordamos los supuestos potenciales de connivencia entre agentes públicos (policiales y/o judiciales) e imputados, el principio de descalificación procesal del Estado funcionaría allí para los abogados defensores como una solución soñada.

En “*Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho*”⁷⁰, Genaro Carrió revela algunas de las estructuras mentales con las que opera el jurista continental. Dice que los dogmáticos creen en la existencia de un mundo jurídico autónomo que tiene sentido en sí mismo y que se levanta por encima de la sociedad. Los juristas continentales creen que “*uno es el reino de los hechos, otro el del Derecho*” y ellos están vueltos a este último y se sienten con título para dejar a un lado, como cuestiones de hecho, aquellos ingredientes que desde el otro reino presionan por ingresar en el dominio del Derecho, donde impera el rigor de los conceptos coherentemente organizados y se eliminan las contradicciones. Por ello, los juristas dogmáticos prestan escasa atención al funcionamiento real de las instituciones jurídicas y se desinteresan de

⁷⁰ CARRIÓ, Genaro, “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho”, en *Lecciones y Ensayos*, vol. VI, ps. 27/37, (1957).

las consecuencias de la aplicación de los preceptos que defienden. Carrió afirma que en nuestro medio no se considera de buen tono hacer jugar como elemento de juicio interpretativo las consecuencias de la solución que se postula, porque *“las consecuencias son hechos y un jurista no puede decidirse por razones de hecho sino por razones de Derecho”*.

Más allá de mi desacuerdo sustantivo, creo que el argumento de Pastor requiere mayor elaboración. ¿Por qué compensar económicamente en el plano civil y/o sancionar penalmente a la institución policial significaría no tomarse en serio el respeto de los derechos individuales? La única consecuencia posible no es la exclusión. Si la única herramienta de la que uno dispone es un martillo, tenderá a ver todos los problemas como clavos. La exclusión es una herramienta válida ante ciertas violaciones a derechos individuales, pero para otros casos el Derecho dispone de otros remedios.

Pastor señala que la finalidad del Derecho procesal penal de respetar las garantías judiciales de la persona sometida a persecución penal tiene un rango privilegiado frente a la tarea de realizar el Derecho penal sustantivo, y funda la solución descalificatoria en dos principios: el de prioridad de los derechos individuales y el de autorización limitada del poder penal del Estado. De esta manera, explica que la exclusión probatoria es insuficiente porque satisface solamente el primer principio, pero no el segundo: *“Si realmente se quiere dar efectivo valor a los derechos fundamentales es preciso concebir un sistema que contenga una reacción adecuada y enérgica contra su violación. Esto no se cubre con la sanción penal de los funcionarios involucrados en la infracción, cuando ella constituye, además, un delito o una falta. Es necesaria una medida más vigorosa como la que aquí se propone y que, en parte, está fundada en la idea de ver al proceso penal como una carrera de obstáculos. En pos de la sentencia el Estado debe dar determinados pasos y de determinada manera. Otros caminos u otras formas, distintos de los permitidos y que allanan ilícitamente los obstáculos, constituyen una prohibición para lograr el fin propuesto”*⁷¹.

Considero que el argumento de Pastor es excesivamente sesgado, porque tampoco explica qué se debe hacer *“si se quiere dar efectivo valor”* a la aplicación del derecho sustantivo, a las expectativas normativas del resto de la sociedad, a los intereses de las víctimas, etc. Conociendo el afecto que (como veremos en breve) tiene Pastor por

⁷¹ PASTOR, Daniel, *“El plazo razonable...”*, cit., ps. 565/6.

el Derecho penal estadounidense, tal vez otro enfoque para discutir sus puntos de vista sean algunas de las apreciaciones volcadas por la Corte Suprema de E.E.U.U. en *California v. Minjares*⁷². Allí, el juez Rehnquist (en ese momento todavía no era Chief Justice) dijo que los eventos transcurridos desde *Weeks v. United States*⁷³ y *Mapp v. Ohio*⁷⁴ lo persuadieron de que era hora de hacer una revaloración de las justificaciones de la regla de exclusión. Rehnquist afirmó que si bien es cierto que los tribunales no deben participar en asuntos sucios (*dirty business*), tampoco deben ser vírgenes etéreas de otro mundo, como Calpurnia⁷⁵, al punto de que dejen de ser foros efectivos en que los imputados de haber cometido actos criminales y la sociedad que los acusa puedan tener un juicio justo en donde la evidencia relevante y competente sea recepcionada para determinar si los cargos son ciertos. Añadió Rehnquist que si bien alguien tiene que ser disciplinado cuando ocurre una violación deliberada de la 4ta. Enmienda, esa proposición no requiere concluir que la totalidad de la persecución penal deba ser abortada para preservar la integridad judicial.

La idea de que el Estado debe presentar ante el acusado -en cada momento del proceso- buena conciencia con la pretensión de superioridad moral⁷⁶ no puede llevarnos a exigir una santidad total. Como dijo el juez Stone en *McGuire v. United States*⁷⁷, un proceso criminal es más que un juego en el que se puede hacer jaque mate y ganarle el juego al Estado por la sola circunstancia de que uno de sus oficiales no siguió alguna de las reglas. Por momentos, pensar en el principio de descalificación procesal del Estado ideado por Pastor recuerda a la idea de tolerancia cero pero a la inversa, porque condena y cercena la actuación estatal ante cualquier desviación de las reglas procesales.

Pastor practica un deontologismo *hardcore*, sin rodeos. Quiere que no haya “*un margen de juego para un decisionismo judicial que justifique, a pesar de todo, la*

⁷² 443 US 916 (1979).

⁷³ 232 U.S. 383 (1914).

⁷⁴ 367 U.S. 643 (1961).

⁷⁵ Calpurnia Pisonis, noble romana y tercera y última esposa de Julio César.

⁷⁶ Ver también GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance*”, cit., p. 63, citando una idea de Eberhard Schmidt.

⁷⁷ 273 US 95 (1927).

valoración de la prueba prohibida o ilícitamente obtenida, o que, aunque la excluya, encuentre remedio para mantener viva, por vía indirecta, su fuerza probatoria”⁷⁸ y evitar así pautas indeterminadas, vagas y ambiguas que permitan “a los jueces resolver con libertad cada caso sin estar vinculados a reglas fijas, abstractas, generales e infranqueables, esto es, sin sentirse en la obligación de respetar el principio del Estado de Derecho”⁷⁹.

Siguiendo la línea argumental de Pastor, ¿si el proceso no se clausura, eso quiere decir que no se respeta el Estado de Derecho? Su planteo carece de matices. Es a todo o nada, no distingue grados o tipos de afectaciones a derechos individuales; en el resto del mundo hay países que otorgan márgenes de decisión al juzgador ante estas situaciones, y no se cae el Estado de Derecho. ¿Acaso debido a la exclusión probatoria vigente los tribunales y jueces argentinos son más éticos e íntegros que los ingleses, españoles, alemanes, estadounidenses, australianos y noruegos? No parece.

¿Puede el juez neutralizar y ahuyentar el efecto psicológico de la información que brinda la prueba ilegal, cuando ya mordió “la manzana del conocimiento prohibido”? Pastor tiene un punto importante cuando advierte que la cuestión de la contaminación del juzgador y su consecuente pérdida de imparcialidad no puede solucionarse con reglas de no consideración normativa del material externo; aunque se excluya una prueba, dice Pastor, el Estado puede llegar a mantener –ilegítimamente– viva la fuerza probatoria de ese elemento⁸⁰. Cuesta admitir que un ser humano que tuvo contacto con la prueba en cuestión pueda sustraerse mentalmente cuando valora el resto del material probatorio. Cuando el juzgador es expuesto a información creíble pero cuya valoración queda vedada, debería suplantarse al adjudicador original por otro que no haya sido contaminado por esos elementos.

Damaska explica que si el juez alcanza su veredicto en forma *atomizada* atribuyendo fuerza probatoria a distintas piezas y agregando los componentes separados, el objetivo de la ley puede ser logrado; pero si el juez razona y valora el

⁷⁸ PASTOR, Daniel, “*El plazo razonable...*”, cit., p. 567.

⁷⁹ PASTOR, Daniel, “*El plazo razonable...*”, cit., p. 568.

⁸⁰ Este problema está desarrollado en GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance...*”, cit., ps. 193/8.

cuadro probatorio de manera *holística*, la aspiración de la ley respecto de la formación del juicio individual del juzgador es quijotesca⁸¹. Para Damaska, es poco plausible desde lo intuitivo que los jueces puedan identificar y descartar el impacto mental que les producen elementos persuasivos pero normativamente inadmisibles y cuando es el mismo funcionario el que debe decidir acerca del valor y la admisibilidad de una prueba, la implementación de la regla de exclusión a la luz de las exigencias de imparcialidad del juez adquiere un aura de irrealidad.

Pastor también dice que para el Estado de Derecho la proliferación de axiomas diseñados para resolver un punto de afectación de garantías constitucionales es un síntoma claro del fracaso de sus principios, porque en una materia que debería estar regulada del modo más claro y predecible posible sólo ocupa el lugar de esta reglamentación “*la discrecionalidad más absoluta*”. Despotrica contra los países que tienen un sistema distinto al nuestro, afirmando que el sistema del precedente no está en condiciones de brindar la seguridad y predicción requeridas y agrega que “*no se debe olvidar que es precisamente en los países de derecho casuístico y de derecho de precedentes donde mayores violaciones judiciales a los derechos de los acusados (arbitrariedad estatal), muchas de ellas inconcebibles para la mentalidad jurídica de los Estados de Derecho avanzados, han sido denunciadas desde la Academia y los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, empezando por los modelos inconstitucionales de pena de muerte y condena sin juicio para la enorme mayoría de los casos*”⁸².

En este punto tengo otro serio desacuerdo con Pastor. Comparto con él que la pena de muerte y la condena sin juicio son horribles despropósitos, pero me aparto de su argumentación cuando descalifica un sistema jurídico y se niega a emular sus aciertos porque dos o tres políticas criminales le provocan rechazo. Lo que acabo de decir es relativo. De acuerdo a la *sharia*, a los ladrones se les debe cortar la mano y a los adúlteros hay que lapidarlos, y yo creo que no hay enseñanzas provechosas en la *sharia*. Pero del sistema jurídico de E.E.U.U. hemos copiado muchos lineamientos centrales y algunos de ellos son de lo más rescatable de nuestra tradición legal e institucional. En

⁸¹ DAMASKA, Mirjan R., “Free proof and its detractors”, (1995), 43 *Am. J. Comp. L.* 343 (1995).

⁸² PASTOR, Daniel, “*El plazo razonable...*”, cit., p. 569.

Alemania, por ejemplo, para resolver las exclusiones probatorias se usa una ponderación que incluye como factor clave la necesidad de mantener una “*administración de justicia penal funcional y eficaz*”. A Pastor eso le debe resultar inadmisibile, pero no por eso descalifica al Derecho procesal penal alemán, sino que lo usa como fuente vital para sus ricos desarrollos teóricos.

IV.

¿Es igual, menos o más grave capturar a un sospechoso de manera ilegal que obtener prueba incriminatoria por los mismos medios, ya sea una agenda personal o una interceptación de una comunicación telefónica? En ambas situaciones hay una conducta ilegal de un funcionario estatal, pero en el primer caso no hay consecuencias procesales dañosas para la parte que sacó rédito procesal de una conducta ilegal. La idea, más o menos, se resume en lo que dijo el juez Brennan en *United States v. Crews*⁸³: no se puede pretender tener inmunidad simplemente porque se logró la comparecencia de modo ilegal, porque la persona no es un *fruto* que pueda ser excluido.

De acuerdo con la doctrina *Ker-Frisbie*⁸⁴, la jurisdicción penal no queda invalidada si la captura y comparecencia del acusado se obtiene de manera ilegal. Según esta doctrina, un juicio justo satisface la garantía del debido proceso, con independencia de los caminos seguidos por el Estado para asegurar la presencia del imputado.⁸⁵

⁸³ 445 U.S. 463 (1980).

⁸⁴ Generada a partir de los casos *Ker v. Illinois*, 119 U.S. 436 (1886) y *Frisbie v. Collins*, 342 U.S. 519 (1952). En *Frisbie*, el juez Black sostuvo que el debido proceso se satisface cuando el acusado es condenado después de haber sido informado (*apprized*) de los cargos en su contra y de que se haya desarrollado un juicio justo (*fair trial*), pero no hay nada en el texto constitucional que requiera que un tribunal permita que un convicto escape de la justicia porque fue llevado a juicio contra su voluntad.

⁸⁵ LANDIS, Kristin T., “The seizure of Noriega: a challenge to the Ker-Frisbie doctrine”, 6 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 571 (1990-1991).

Solamente la Corte Federal de Apelaciones del 2do. Circuito en *United States v. Toscanino*⁸⁶ introdujo una excepción, con el argumento de que el gobierno no debe explotar los frutos de su conducta ilegal, estableciendo que la jurisdicción obtenida sobre un fugitivo es inválida cuando se logra con métodos que en forma deliberada, innecesaria e irrazonable invaden los derechos constitucionales del individuo capturado, como así también que el requisito del debido proceso se extiende a la conducta estatal anterior al juicio propiamente dicho. Más allá de los hechos de “Toscanino”, lo importante es que allí se hizo uso del principio que indica que el gobierno no debe poder aprovechar su propia conducta ilegal.

Veamos qué pasó en Argentina en el caso “Gordon”, donde la CSJN señaló que lo que se discutía era la legitimidad del sometimiento a juicio del imputado, no la posibilidad de hacer valer en el proceso pruebas adquiridas con violación de garantías constitucionales.⁸⁷

La policía detuvo a los Gordon (padre e hijo) en una vivienda que ocupaban temporariamente en una zona rural de Córdoba. Existía una orden de captura anterior al ingreso, dando cuenta de que los Gordon disponían de sofisticados medios técnicos defensivos. Pero cuando fueron detenidos, los policías intervinientes omitieron cumplir con la normativa procesal aplicable al caso, que determinaba que cuando para la aprehensión de un delincuente fuera necesario penetrar en el domicilio de algún particular, el funcionario policial debía recabar del juez competente la respectiva orden de allanamiento. La policía detuvo a los Gordon a partir de una orden de captura preexistente, pero sin requerir la orden judicial de allanamiento prescripta, vicio que,

⁸⁶ 500 F. 2d 267 (1974). Sin embargo, el *holding* del caso es sumamente estrecho. Toscanino fue secuestrado, golpeado y luego torturado, drogado y privado de comida por varios días. Posteriormente, la Corte Suprema estadounidense anuló Toscanino, afirmando que las reglas articuladas en Ker y Frisbie no pueden ser reconciliadas con la expansión del debido proceso a las ilegalidades previas al juicio. En *United States v. Alvarez Machain*, 504 U.S. 655 (1992), la Corte siguió esa línea jurisprudencial, expresando que la regla de Ker-Frisbie es aplicable a un caso en el que un ciudadano mexicano fue apresado ilegalmente, aunque la captura haya shockeado la conciencia y haya sido violatoria de principios internacionales de derecho.

⁸⁷ La CSJN puede enmarcar la resolución de un caso como prefiera, pero si la categorización que hace el Alto Tribunal es errónea, no hay seguirle la conversación como a los locos. Si quiere, la Corte puede escribir que $2+2=5$. Al resto de la comunidad le compete corregir y criticar esos muy excepcionales desatinos cuando se presentan.

para la defensa de Gordon, había provocado una transgresión a la garantía que consagra la inviolabilidad del domicilio. Además, la defensa alegó que no se estaba ante una situación de persecución ininterrumpida (*hot pursuit*) del delincuente, lo cual fue compartido por la Corte.

La Corte señaló que la orden de captura de Gordon existía con anterioridad al ingreso a la morada y que no se verificó violación alguna a la garantía constitucional de la defensa en juicio, que exige que el arresto se funde en una atribución o disposición de autoridad competente. Además, la Corte dijo que la supuesta transgresión a la inviolabilidad del domicilio y la eventual exclusión de prueba no tenían nada que ver con el caso, porque la condena dictada se apoyó en pruebas totalmente autónomas e independientes de la irregularidad denunciada por Gordon. Para el Alto Tribunal, las reglas de la lógica se verían alteradas si se anulase un procedimiento como consecuencia de supuestas irregularidades cometidas en la detención de una persona en casos como el de Gordon.

Así, la Corte sostuvo que *“si la orden de captura existía con anterioridad al ingreso a la morada, el que se produjo después de haberse frustrado su aprehensión durante registros domiciliarios, como consecuencia de la disposición de medios técnicos poco comunes por parte del procesado, el que fue puesto a disposición del juez inmediatamente después del procedimiento impugnado, no se verifica violación alguna a la garantía de la inviolabilidad del domicilio”*. Más importante aún, se refirió puntualmente a la regla de exclusión, afirmando que ella procura evitar *“desde un punto de vista eminentemente axiológico, que el Estado otorgue valor al resultado de un delito y apoye sobre él una sentencia judicial, construyendo a la justicia en beneficiaria del hecho ilícito, lo que no ocurre en el caso si la condena del acusado reposa en evidencias cuya legitimidad no ha sido cuestionada”*.

En el considerando 9, citando al juez Powell en *Stone v. Powell*⁸⁸ la Corte dijo que una aplicación errónea de la regla de exclusión *“puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad, y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial. De este modo se resuelve el conflicto, al que ha aludido esta Corte tantas veces, entre dos intereses fundamentales de la sociedad: su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los*

⁸⁸ 428 U.S. 465, 492 (1976).

derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de la ley (Fallos 303:1938)”.

En un comentario al fallo⁸⁹, Carrió formuló una serie de interrogantes que la Corte no respondió: Si la presencia misma del imputado ante el juez de la causa fue producto de una detención irregular, ¿puede sostenerse que esa ilegalidad afecta la validez del proceso subsiguiente? ¿Hay alguna diferencia entre declarar la nulidad de un allanamiento, por ejemplo, por falta de orden judicial e invalidar la prueba así obtenida, o declarar igualmente tal nulidad y sostener entonces que ni la detención del imputado ni el proceso que se le sigue son conforme a derecho? ¿Debe juzgarse a un detenido olvidándose de cómo se logró su presencia ante la Justicia? ¿Importa cómo ha sido de grosero e ilegítimo el acto presuntamente irregular? ¿Podría un juez iniciar una causa contra una persona –existiendo prueba incriminatoria a su respecto- si es llevada encapuchada por un grupo comando que actúa totalmente al margen de la ley?

Comparto el razonamiento de Carrió: *“¿No podría sostenerse que también compromete la buena administración de justicia, y también importa aprovecharse del resultado de un delito, el hecho de que un proceso penal se lleve a cabo luego de haber logrado la presencia del acusado por un procedimiento ilegal? Con otras palabras, ¿es axiológicamente distinto condenar a una persona sobre la base de prueba obtenida ilegalmente, que condenarla luego de haberla hecho comparecer de manera ilegal?”* Carrió dice que no parece que las garantías de la defensa en juicio y debido proceso deban ser ajenas a la forma en que los tribunales de justicia acceden al imputado, con miras a su posterior juzgamiento.

¿Por qué en materia de prueba obtenida en violación de garantías constitucionales la regla será su exclusión por estar en juego el debido proceso, mientras que algunas transgresiones en la forma en que se logra la presencia del imputado ante los jueces determinarán la nulidad del proceso y otras no? Carrió considera que no es cierto que la exclusión sea procedente en todos los casos de evidencia obtenida de modo ilegal, ya que en “Rayford” y “Ruiz” la Corte avaló la doctrina de la fuente independiente. En segundo lugar, para Carrió, quizás a los ojos del debido proceso *“sí sea axiológicamente distinto condenar a un individuo por una prueba obtenida de manera ilegal, que condenarlo por pruebas técnicamente inobjectables, pero luego de*

⁸⁹ CARRIÓ, Alejandro, “Gordon: un caso problemático sobre allanamiento y detención”, *La Ley* 1989-B, 446. Agradezco al autor haberme sugerido su lectura.

*que su arresto se cumplió de manera irregular. En el primer caso, parece que no hay duda de que la sentencia misma se apoya en la ilegalidad estatal, al fundarse en prueba ilegítima. En el segundo –el del arresto ilegal-, tal vez quepa hablar de grados de irregularidad, con más o menos posibilidad de afectar las mencionadas garantías de la defensa en juicio y del debido proceso”*⁹⁰.

El razonamiento de Carrió, para quien “Gordon” no estuvo mal resuelto, me parece poco convincente, porque en ambos casos el Estado toma provecho procesal de una ilegalidad, y si sigo la lógica de quienes rechazan ponderaciones de costos y de proporcionalidad para las exclusiones probatorias, no logro encontrar una explicación inteligente para justificar la exclusión de prueba ilegal, pero no de una detención ilegal. Carrió sostiene que anular todo el proceso era una solución demasiado extrema para lo que habría sido la transgresión constitucional invocada, y apela a una ponderación en este caso, cuando en el resto de su obra fundamenta con razones deontológicas que el Estado no se puede beneficiar de una ilegalidad propia.

Sobre el final de su análisis, la visión de Carrió se acerca en cierta forma al standard presentado en el voto de la mayoría de la Corte Suprema de E.E.U.U. en *Herring v. United States*⁹¹ (decidido en 2009), al afirmar que así como en materia de validez de prueba ilegal la Corte admitió excepciones, quizás también quepa hablar de supuestos en los cuales una detención ilegítima habrá de traer consecuencias invalidantes, y otros no: *“Pautas tales como si existió una deliberada, innecesaria o irrazonable invasión de los derechos de los ciudadanos (para usar la terminología del derecho judicial norteamericano) pueden constituir guías útiles al respecto”*⁹².

Creo que “Gordon” fue bien decidido, pero por los motivos incorrectos. Pero mi argumento no se fortalece meramente por demostrar que los “deontológicos” son incoherentes en esta materia. ¿O sí? ¿Sumo puntos para mi propuesta por señalar una inconsistencia de Carrió, quien en un análisis posterior del caso dejó entrever que la solución pasa entonces por una cuestión de grados⁹³? En realidad, más allá del posible acierto de mi análisis, estoy incurriendo en una deliberada falacia del *tu quoque* (y tu

⁹⁰ CARRIÓ, Alejandro, “Gordon...”, cit., p. 454.

⁹¹ 555 U.S. 135 (2009). Será analizado en la sección VI.

⁹² CARRIÓ, Alejandro, “Gordon...”, cit., p. 456.

⁹³ Ver CARRIÓ, Alejandro, “Garantías constitucionales...”, cit., p. 405.

también), una variedad de la falacia *ad hominem*, pero además de eso, estoy demostrando que la integridad del proceso, el compromiso hacia la buena administración de justicia, y la prohibición de que el Estado saque réditos procesales de sus ilicitudes no son parámetros válidos para cerrar la discusión sobre la exclusión, o, al menos, que no son los únicos standards correctos.

Podría esgrimirse que “Gordon” es un caso tan atípico que no alcanza para derribar la ratio de la exclusión probatoria⁹⁴ y que como se dice en E.E.U.U., *hard cases make bad law*. No es así; como explica Leo Katz al referirse al estudio del estado de necesidad a partir del caso de los exploradores de cavernas y otros absurdos hipotéticos, los casos difíciles e inusuales sirven para desenmascarar las malas leyes y reglas. Las leyes y reglas “buenas” tienen sentido no solamente en los casos fáciles, sino también ante los difíciles, que sirven para revelar las deficiencias de las reglas que son atractivas desde una mirada superficial. Así, Katz señala que los casos y supuestos construidos con astucia e ingenio son útiles para exponer la ineptitud oculta de una regla o un principio aparentemente sensatos.⁹⁵

Si la ratio de la regla de exclusión es que el Estado no debe beneficiarse de una conducta ilegal, es por lo menos inconsistente que la captura ilegal de un sospechoso no sea visto por los defensores de la aplicación irrestricta de la regla de exclusión como un obstáculo para el avance del proceso, y también, por qué no, como una contradicción fulminante a su argumentación sobre la integridad del proceso judicial y a la negativa respecto de la introducción de una ponderación.

Finalmente, creo que “Gordon” demuestra que no hay que caer en exageraciones, al punto de que el Derecho no funcione. No creo que las formas sean secundarias en ningún aspecto de la vida, desde una propuesta matrimonial hasta un

⁹⁴ Aunque como me sugirió Guillermo Orce, podría concebirse que una solución coherente con la posición clásica sobre la regla de exclusión consistiría en que si alguien fue detenido ilegalmente y de su detención no se derivó ninguna prueba ni ningún acto posterior, la detención debería ser deshecha, por ejemplo, soltando al detenido y dándole unas horas de ventaja. Orce lo llamó –creo que con cierto aire risueño– el “*argumento del escape hacia la victoria*”.

⁹⁵ KATZ, Leo, “*Bad acts and guilty minds: conundrums of the criminal law*”, University of Chicago Press, 1987, p. 15.

festejo deportivo y menos todavía en el proceso penal. Comparto con Lucas Grosman que un aspecto central de la tragedia argentina es el desprecio por las formas y los procedimientos, por todo aquello que obstaculice la consecución de los objetivos siempre impostergables que queremos alcanzar.⁹⁶

Pero a veces el respeto por las formas se convierte en perversión de las mismas; es paradójico que en muchas instancias los mismos sectores (nominalmente entregados a la lucha a favor de los derechos individuales y a reducir el poder punitivo estatal, pero en los hechos dedicados en los últimos años a fortalecer estrategias de imputación contrarias a las garantías individuales y a festejar prisiones preventivas y condenas a cadena perpetua⁹⁷) que en ciertas situaciones de la vida institucional menosprecian las formas como pura cosmética de un esquema burgués o liberal, alegan que la valoración de pruebas ilícitas es un ultraje a la integridad judicial y el Estado de Derecho.

⁹⁶ GROSMAN, Lucas, “Elogio de las formas”, diario *La Nación*, lunes 2/3/09.

⁹⁷ Ver el discurso pronunciado por el Dr. Marcelo Sancinetti en el acto de colación de grados del 7/12/2005 en la Facultad de Derecho de la UBA, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/colacionesdegrado/marcelo-sancinetti-20051207.php> y PASTOR, Daniel, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, 2005 / A, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

V.

¿La Constitución requiere remedios particulares para violaciones a derechos contenidas en ella? ¿Debe haber un remedio efectivo para cada violación? De ser así, ¿qué significa “efectivo” en el contexto de una violación a una garantía por parte del Estado en la búsqueda de pruebas en un proceso penal?

Cuando se verifica una violación de derechos, se ingresa en un terreno de la actividad judicial que corporiza la tensión entre lo ideal y lo real: la creación y aplicación de remedios⁹⁸. La función de los remedios es *realizar* una norma legal; se trata de las medidas que deben cumplirse a favor de un titular de un derecho vulnerado. Pese a que nuestra Corte Suprema no distingue explícitamente entre derechos y remedios, ciertos casos pueden ser comprendidos desde esa perspectiva⁹⁹.

En el caso de la regla de exclusión hay una especie de indefinición, porque no se sabe si es un remedio individual o colectivo o si se trata de una forma de procurar la preservación de la virtud judicial. No es claro si se la aplica como remedio a un daño pasado sufrido por el imputado en sus derechos, si se apunta meramente a que la prueba obtenida no pueda funcionar como elemento de cargo, o si es un medio para evitar la vulneración futura de derechos por parte de las fuerzas de seguridad. O tal vez no sea nada eso y ni siquiera se la aplique como remedio, sino como una reacción histórica de los tribunales para hacer alarde de virtud intacta.

Mi punto es que no necesitamos la exclusión para mantener la vigencia de las reglas procesales que se violaron para obtener la prueba ilícita, porque en ciertos casos produce un mal mayor al que implicó la transgresión a las normas. Sin embargo, eso no explica cómo protegemos las reglas constitucionales, no de exclusión (que no tiene ese status), sino de privacidad. La Constitución Nacional protege ciertos derechos e

⁹⁸ GEWIRTZ, Paul, “Remedies and resistance”, *Yale Law Journal* V. 92, N. 4, 1983.

⁹⁹ URTEAGA, Alfredo, “Remedios constitucionales”, *SJA* 30/09/2009.

intereses como la privacidad, pero pensando desde la perspectiva norma jurídica-consecuencia “sancionatoria”, la exclusión no está en ese programa normativo.

Desde el punto de vista de la validez, una prueba sí podría ser nula si no se cumplió con los requisitos legales de su obtención, pero se trata de un imperativo legal, no constitucional. Es cierto que tiene que haber una correspondencia lógica entre transgresión y respuesta, pero no es solamente a través de una reacción drástica como la exclusión que se consigue la estabilidad de la norma protectora de la privacidad. Se podría objetar que sólo la exclusión brinda un mensaje lo suficientemente fuerte ante la violación de un derecho, lo cual resuena a la teoría de la pena funcionalista de Jakobs, para la cual solamente la pena contradice la negación de la norma y ella se determina en función de la necesidad de estabilización del orden social; pero creo que se trata de una intuición equivocada, porque en las situaciones que trato hay muchos otros intereses en juego, que desautorizan el uso único de la exclusión como remedio para neutralizar la infracción normativa del agente público que obtuvo una prueba sin seguir las reglas.

Hay muchos abordajes posibles para decidir acerca de los remedios y evaluar sus imperfecciones, pero puede distinguirse entre el enfoque que prioriza la *maximización de derechos*, que adopta el punto de vista de la víctima; y el que considera otros intereses sociales, conocido como ponderación o *balancing* de intereses. En el primero, ante una violación a un derecho, el juez se pregunta exclusivamente cuál será el remedio más efectivo¹⁰⁰ para la víctima, y los costos ajenos a ella son irrelevantes. En el segundo enfoque, la efectividad del remedio para la víctima es solo un factor más a mensurar, porque intervienen otros intereses sociales en la decisión y se hace un balance entre los beneficios hacia la víctima y los costos que se imponen a los restantes intereses.

Bajo la *maximización de derechos*, un remedio incompletamente efectivo es aceptable solamente si no se puede aplicar un remedio más efectivo para las víctimas, mientras que según la ponderación de intereses un remedio imperfecto es admisible cuando se presume que una más efectiva remediación es demasiado costosa para intereses ajenos a los de la víctima. De esta manera, el primer enfoque reconoce como fuente a los límites inevitables, mientras que el segundo permite soluciones de compromiso (*trade-off*) con otros valores¹⁰¹ que no fueron considerados en la etapa de

¹⁰⁰ En este marco, *efectivo* alude al éxito en eliminar las consecuencias adversas de la violación en cuestión.

¹⁰¹ GEWIRTZ, Paul, “Remedies...”, cit.

asignación o reconocimiento de derechos (es decir, que no son relevantes para considerar si se violó o no un derecho) y admite ciertas brechas entre derechos y remedios cuando surgen costos excesivamente molestos a intereses distintos a los de la víctima. Pensemos, por ejemplo en casos como “Verbitsky”¹⁰² donde se concluyó que había una violación colectiva a los derechos de los reclusos pero sin embargo no se dispuso la liberación en masa, porque los efectos sistémicos de ese remedio serían intolerables.

En materia de remedios constitucionales, la cuestión central que enfrentan los tribunales consiste en seleccionar el remedio que mejor concilie los diferentes intereses y valores en juego, para lo cual debe tomarse en cuenta no sólo las cláusulas constitucionales invocadas por el demandante a su favor, sino todos los aspectos del caso que tengan relevancia constitucional. Urteaga alude al conocido principio plasmado por Marshall en *Marbury v. Madison*¹⁰³ (*para cada violación de un derecho hay un remedio*), pero aclara que allí Marshall acudió a la Constitución no para asegurar un remedio a favor de los derechos de Marbury, sino para explicar por qué no podía otorgarle el sillón de juez. Según Urteaga, si allí no se otorgó ningún remedio pese a reconocer el derecho del demandante, fue porque se ubicó el principio *donde hay un derecho, hay un remedio*, al menos en ese caso, fuera de la Constitución.¹⁰⁴

Es probable que Fallon y Daniel Meltzer sean los más interesantes especialistas actuales en la teoría de los remedios constitucionales¹⁰⁵. A veces escriben juntos sobre el tema y otras por separado, pero su idea básica es que tiene que haber una fuerte pero no irreductible presunción a favor de la aplicación de un remedio para cada violación de un derecho individual y que debe existir un esquema de remedios disponibles para asegurar que los derechos constitucionales no se vacíen y que haga que los funcionarios estatales tengan que responder ante la ley. Los remedios constitucionales apuntan al objetivo doble de rectificar violaciones a derechos individuales y reforzar valores

¹⁰² Disponible en

<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=70648>

¹⁰³ 5 U.S. 137 (1803).

¹⁰⁴ URTEAGA, Alfredo, “Remedios...”, cit.

¹⁰⁵ FALLON, Richard H. y MELTZER, Daniel J., “New law, non retroactivity and constitutional remedies”, 104 *Harvard Law Review*, (1991). Agradezco a Alberto Garay haberme señalado el camino hacia Fallon.

estructurales para asegurar que el Estado respete la ley, porque sería intolerable un régimen normativo en el que la administración pública pueda eludir sistemáticamente las restricciones legales sin sufrir consecuencias normativas¹⁰⁶.

Sin embargo, el sistema tolera la negación de remedios particulares y hasta de reparaciones individuales. Fallon y Meltzer aclaran que aun cuando no haya un remedio efectivo en el caso individual para cada violación de derechos, tiene que haber un esquema de remedios disponibles para asegurar la vigencia de los derechos constitucionales y así evitar que sean nulidades. Remediar las violaciones a derechos constitucionales es una meta apoyada por una serie de intereses, pero ese objetivo con frecuencia cede ante razones como el mantenimiento de la estabilidad fiscal, evitar litigios costosos y masivos o posibilitar que agentes públicos actúen sin temor a tener que responder personalmente¹⁰⁷.

Como explica Fallon, los intereses de un individuo en la remediación pueden ser sacrificados, pero el interés sistémico en procurar que el poder estatal no se desvíe demasiado hacia la ilegalidad, no¹⁰⁸. Fallon dice que es equivocado asumir que los derechos operan como límites independientes de los poderes del gobierno. Lo correcto es sostener que los derechos están conceptualmente interconectados con los poderes gubernamentales, e inclusive a veces se subordinan a ellos. Los derechos reflejan intereses que a veces compiten entre sí, y entre las distintas categorizaciones de intereses que fundamentan los derechos constitucionales están los intereses *sistémicos*, dirigidos a evitar y contener abusos del poder estatal¹⁰⁹.

En cuanto al famoso *dictum* de “Marbury”, Fallon sostiene que refleja un principio y una aspiración, no una regla inmutable y ejecutable de derecho constitucional, y aclara que la aserción de Marshall debe ser entendida en el contexto

¹⁰⁶ FALLON, Richard H. y MELTZER, Daniel J., “New law...”, cit.

¹⁰⁷ FALLON, Richard H. & MELTZER, Daniel, “New law...”, cit.

¹⁰⁸ FALLON, Richard H., “Some confusions about due process, judicial review, and constitutional remedies”, 93 *Colum. L. Rev.* 309, 337/9, 369/72,(1993).

¹⁰⁹ FALLON, Richard H., “Further reflections on rights and interests: A reply”, 27 *Ga. L. Rev.* 489 (1992-1993).

constitucional norteamericano como una declaración no sobre la Constitución, sino sobre el sistema legal más amplio en el que está situado el texto constitucional¹¹⁰.

En la Constitución Nacional se prevén remedios específicos, como por ejemplo la indemnización por expropiación o en el párrafo 3ero. del art. 43, cuando se establece que el juez puede disponer la “*supresión, rectificación, confidencialidad o actualización*” de los datos concernientes a las personas que así lo demanden y que obren en registros públicos o privados. La exclusión probatoria vendría a ser un remedio vinculado con el espíritu del enriquecimiento sin causa; busca proteger valores establecidos constitucionalmente, pero es un instrumento que no forma parte del texto constitucional. Hay una gran diferencia en ese punto. La regla de exclusión no repara ni remedia, sino que excluye la verdad del proceso penal en los supuestos en que el material reunido tiene un valor probatorio seguro, salvo, claro, en los casos en que la prueba reunida no sea fiable¹¹¹. Estamos ante un conflicto con valores antagónicos, donde es admisible la atenuación o incluso el bloqueo de la asignación de un remedio por la lesión de un derecho constitucional de un individuo.

Una vez que reconocemos que la regla de exclusión no aparece mencionada en nuestra Carta Magna, a diferencia de la portuguesa, la mexicana, la brasileña, o la costarricense¹¹², o el código procesal penal colombiano de 2004, que incorporó la cláusula de exclusión en su art. 23 en términos expresos¹¹³; que no hay equivalencias perfectas entre violaciones a derechos y los remedios; y que puede haber grietas o

¹¹⁰ FALLON, Richard H., “Jurisdiction stripping reconsidered”, 96 *Va. L. Rev.* 1043 (2010).

¹¹¹ Como puede ser el caso de los e-mails descubiertos en la casilla de Ricardo Jaime, que a pesar de contener información relevante fueron excluidos del proceso penal debido a que no se podía aseverar con certeza su fiabilidad, tras haberse *roto* por un lapso determinado la custodia del equipamiento informático perteneciente a un asesor del ex Secretario de Transporte.

¹¹² ARMENTA DEU, Teresa, “*La prueba ilícita (un estudio comparado)*”, Marcial Pons, 2da. ed., Madrid, 2011, ps. 35/42.

¹¹³ Artículo 23. “*Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia*”.

brechas entre unas y otros, se debe analizar si la regla de exclusión es la única manera posible de reforzar la noción de debido proceso y de reparar/restituir al individuo que sufrió la violación de su derecho, aunque una respuesta afirmativa a esa indagación no implicará que la regla de exclusión posea fuerza constitucional.

El concepto de debido proceso introduce tensiones y ambivalencias, pero es importante reiterar, en consonancia con Fallon, que no hay un derecho a un remedio individual efectivo para cada violación constitucional, sino que el compromiso del debido proceso sustantivo en torno a los remedios apunta a la creación de esquemas e incentivos adecuados para que, en términos globales, la actuación del poder estatal se mantenga dentro de la legalidad. Es decir, la idea de que por cada derecho violado tiene que existir un remedio se concibe como un principio normativo flexible; no hay un derecho individual absoluto a la justicia correctiva, pero sí hay un interés social en la existencia de mecanismos de supervisión judicial para mantener –en niveles tolerables, no perfectos- al Estado dentro de las fronteras de la ley.

Pero no excluir de cuajo ante la ausencia de una reglamentación constitucional específica no significa permanecer indiferente a la lesión de normas que reglamentan la recolección de prueba. Es una falacia pensar que es exclusión total o nada, o que la remoción de la exclusión probatoria indiscriminada como instrumento comunicará que al Estado no le interesa la legalidad de los procedimientos de investigación penal. Denegar todo tipo de remedio es una cosa y sustituir uno por otros, algo diferente; inclusive en casos en que la Constitución requiera un remedio, hay un elemento de discreción y flexibilidad de parte del Congreso en torno a la elección puntual del remedio y es discutible que la protesta sobre la sustitución de un remedio por otro posea dimensión constitucional.

En el marco estadounidense, pero con ideas trasladables al argentino, John Greabe sostiene que remedios como la regla de exclusión son contingentes y susceptibles de cambio legislativo o de expansión, contracción o suplantación judicial, de acuerdo al interés público¹¹⁴, ya que además de carecer de pedigrí histórico y textual, trasladan costos muy altos al resto de la sociedad.

La decisión relativa a si los costos aludidos pesan más que la efectividad del remedio requiere realizar una serie de juicios normativos, en los que desempeñan un rol

¹¹⁴ GREABE, John, “Constitutional remedies & public interest balancing”, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* (2012).

importante el beneficio colectivo del derecho y la motivación de deshacer (en la medida de lo posible) los efectos de la infracción. Meltzer se refiere a los “*remedios disuasorios*”, en los que el litigante obtiene más de lo que le corresponde, otorgados ante la necesidad de proporcionar un remedio que se extiende más allá de la rectificación concreta o de la protección de un derecho individual del litigante, porque apunta a prevenir la mala conducta estatal. El propósito exclusivo de los “*remedios disuasorios*” es beneficiar a la población general al disuadir al gobierno para que no viole los derechos constitucionales de otros.¹¹⁵ En su análisis sobre los “*remedios disuasorios*” Meltzer niega que la exclusión probatoria tenga una fundamentación deontológica, pero la justifica cuando sirve para disuadir.

Por el carácter relativo de los principios delineados por Fallon y Meltzer, no hay resultados obligados en estos casos, sino que la exclusión es una manera (defectuosa) más de remediar una violación de derechos. Puede suceder que los remedios disponibles no satisfagan a quienes sufrieron una violación de sus derechos, pero esa situación no es asimilable a la que se presenta cuando directamente no se prevén remedios. Cuando los jueces aplican remedios, tienen que hacerse cargo de los intereses individuales y sociales en juego, y adoptar soluciones equilibradas.

¹¹⁵ MELTZER, Daniel, “Deterring constitutional violations by law enforcement officials: plaintiffs and defendants as private attorneys general”, 88 *Colum. L. Rev.*, 247 (1988).

VI.

La Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contienen reglamentaciones expresas acerca de la ilicitud probatoria. En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus lineamientos jurisprudenciales también son muy acotados, hasta para aquellos que en un estilo similar al de los libros juveniles de hiperficción explorativa *Elige tu propia aventura* encuentran todo tipo de soluciones imaginables a través de lecturas hiperbólicas de sus fallos. Lo concreto es que la doctrina específica de la CIDH sobre la prueba ilícita y la regla de exclusión es mínima, limitada a los casos de tortura y violación de la garantía contra la autoincriminación¹¹⁶.

El fallo más resonante y explícito de los últimos años es Cabrera García y Montiel Flores c. México¹¹⁷, donde la CIDH excluyó testimonios autoinculpatorios obtenidos a través de torturas y amenazas. Cabrera y Montiel, que no sabían leer, estamparon sus huellas dactilares al pie de declaraciones en las que se confesaban actividades delictivas en tres oportunidades procesales, y con posterioridad a esas declaraciones, nunca volvieron a reconocer el haber cometido un hecho punible. La defensa de Cabrera y Montiel alegó esto: “*Se desprende que mis representados fueron obligados a firmar papeles, sin saber el contenido de los mismos, los cuales resultaron ser sus declaraciones ministeriales autoinculpatorias, después de que fueron incomunicados, torturados física y psicológicamente con la amenaza de causar daño a sus familias si no lo hacían*”.

¹¹⁶ Fallos CIDH: Cantoral Benavides c. Perú, del 18/08/2000; Lori Berenson Mejía c. Perú, del 25/11/2004; Castillo Petruzzi y otros c. Perú, del 30/05/1999; Manuel Manríquez c. México, del 22/02/1999; Tibi c. Ecuador, del 07/09/2004.

¹¹⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26/11/10, especialmente los párrs. 163-177.

La decisión es interesante, por lo que dice pero también por lo que no dice. En sus sentencias, es usual que la CIDH se extralimite sin timidez, pero en esta oportunidad, con argumentos utilitarios (no deontológicos, sin mencionar la integridad judicial y la afectación a la buena administración de justicia) y haciendo uso además de parámetros propios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁸, emitió un *holding* bastante estrecho: el uso de tratos crueles con el fin de doblegar la resistencia psíquica y obligar a Cabrera y Montiel a que firmaran un autoinculpación o a confesar determinadas conductas delictivas inhabilita el uso probatorio de esas evidencias, en virtud de lo normado por los arts. 8.3 y 1.1 de la Convención Americana.

La CIDH observó que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos fue reconocida en diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que establecieron que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos, a lo cual agregó que ostenta un carácter absoluto e inderogable. En ese sentido, dijo que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva, pero no extendió a otras violaciones a garantías individuales la aplicación de la regla de exclusión y además usó fundamentos consecuencialistas, como se lee en el párrafo 166: *“La regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción”*.

Después, en el párrafo 167 dijo que *“las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces...Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo”*, y admitió en forma explícita la doctrina del árbol envenenado, pero limitada a los casos de prueba encontrada o derivada de la información lograda mediante coacción. Aquí, lo relevante es que la Corte no considera que la exclusión de prueba sea una conclusión inevitable de la afectación de un derecho fundamental establecido en la Convención, al basar la

¹¹⁸ Invocando el caso Harutyunyan v. Armenia, resuelto el 28 de junio de 2007 por el TEDH.

exclusión en los arts. 5 y 8.3 (prohibición de tortura y coacción en general), sin extender la exclusión a los restantes derechos protegidos en la CADH.

*

Cuando en la literatura y en la jurisprudencia local se alude a la jurisprudencia extranjera referida a la exclusión de prueba ilegal, generalmente las referencias se circunscriben al surgimiento de la regla en los fallos de la Corte Suprema estadounidense y a dar cuenta del supuesto oscurantismo de la evolución jurisprudencial norteamericana, que año tras año limita la aplicación de la *exclusionary rule* invocando como motivos de peso el impacto disuasivo, la búsqueda la verdad, los costos, etc. Es cierto que en E.E.U.U. hay una erosión sostenida de la regla de exclusión y que la versión actual de la regla es totalmente instrumental, basada -en términos generales- en un crudo análisis costo-beneficio y en un flexible standard subjetivo. Pero es falso que por fuera de la solución estadounidense no haya otras alternativas a la regla de exclusión, como se verá en los casos de Canadá, Inglaterra, Alemania, etc.

Una de las grandes virtudes de la jurisprudencia estadounidense en esta materia es que los distintos votos discuten y se aluden, y el lector contempla una contienda viva de ideas y tradiciones donde los jueces argumentan y contraargumentan a través del tiempo. Un lado piensa en el rol grandioso de los tribunales y otro en cuestiones más pedestres, pero casi todos revisan exhaustivamente los precedentes y encuentran similitudes fácticas antes de considerarlos aplicables al caso a decidir. Después de ser sometida a un estrangulamiento gradual pero persistente, la visión acerca de la exclusión como una regla de origen constitucional perdió en forma contundente el debate en la Corte Suprema estadounidense y desde *United States v. Calandra*¹¹⁹ muy pocos magistrados le adjudicaron raigambre constitucional a la regla. En ese fallo, la Corte Suprema dijo con claridad que la exclusión probatoria no es un derecho constitucional individual del afectado y describió los costos que causa la exclusión al sistema de justicia penal y a la búsqueda de la verdad.

Si bien la ratio disuasiva (*deterrence*) había aparecido en un fallo como *Wolf v. Colorado*¹²⁰, “Calandra” marcó el ascenso de la justificación utilitaria como factor

¹¹⁹ 414 U.S. 338 (1974).

¹²⁰ 338 U.S. 25 (1949).

primordial para decidir si la exclusión probatoria debía ser aplicable a situaciones específicas. No hay coincidencia intertemporal acerca de los fundamentos de la exclusión probatoria, y desde *Stone v. Powell* se anunció que la noción de integridad judicial tiene un rol limitado en la determinación acerca de si debía aplicarse la regla en un contexto específico¹²¹. Desde ahí, hace cuatro décadas que se viene profundizando e imponiendo el análisis de costo-beneficio.

En general, la doctrina norteamericana sostiene que si bien en *Weeks v. US*¹²² y *Mapp v. Ohio*¹²³ se sugirió que la regla de exclusión deriva del derecho individual previsto en la 4ta. Enmienda, el desarrollo de la exclusión probatoria por parte de la Corte Suprema se basó más en la concepción de la misma como una herramienta para limitar los poderes del gobierno que en la idea de que se trata de un derecho del individuo cuyas garantías fueron agredidas. También se la pensó y defendió como la manera de preservar la integridad judicial, con la idea de que el gobierno no debía tener provecho de su propio ilícito. Como señaló el juez Brandeis en su famosa disidencia en *Olmstead v. United States*¹²⁴, “*el crimen es contagioso. Si el gobierno viola la ley, genera desprecio hacia ella*”. La retórica de Brandeis tiene fuerza, pero al igual que mi opinión sobre los incentivos que da la exclusión probatoria a la policía, descansa sobre una razón empírica sin apoyo respecto de los efectos de la mala conducta gubernamental. Además, un régimen legal que obliga a absolver criminales también puede generar desprecio hacia la ley.

Pero en “Mapp”, como dije, se adicionó otro argumento, el preventivo o disuasorio respecto de la ilegalidad policial. Luego, la ratio de la integridad judicial fue enteramente desalojada por la ratio disuasiva, y hasta “Herring”¹²⁵ fue reducida a

¹²¹ 428 U.S. 465, 485 (1976). En el voto mayoritario de “Stone”, escrito por el juez Powell, se destaca el rol limitado de la justificación referida al imperativo de la “integridad judicial” cuando se debe determinar la aplicación de la regla de exclusión en contextos puntuales.

¹²² 232 U.S. 383 (1914).

¹²³ 367 U.S. 643 (1961).

¹²⁴ 277 U.S. 438 (1928).

¹²⁵ 131 S. Ct. 2419 (2011).

menciones a pie de página¹²⁶. Así, se introdujo cada vez más la idea de especular con los incentivos que supone excluir una cierta prueba ilegal y de sopesar en cada caso el resultado del balanceo entre la exclusión y sus costos.

Hoy, una mayoría de la Corte Suprema norteamericana se opone enérgicamente a la regla de exclusión, que sobrevive apenas porque el juez Kennedy no se sumó a los otros cuatro integrantes del bloque conservador (Roberts, Thomas, Alito y Scalia) que buscan abrogarla del todo. En *Hudson v. Michigan*¹²⁷ Kennedy afirmó que “*no está en duda la supervivencia de la regla de exclusión, tal como fue definida en nuestros precedentes. La decisión de hoy determina solamente que en el contexto del requisito de knock and announce, la violación no está lo suficientemente relacionado con el descubrimiento posterior como para justificar la supresión probatoria*”. A Kagan y Sotomayor, las dos juezas nombradas por Obama, tampoco se las ve muy enfervorizadas con la regla de exclusión. En *Davis v. United States*¹²⁸, el más reciente fallo sobre el tema, la jueza Sotomayor dijo en un voto concurrente que el propósito central de la regla es la disuasión pero no identificó otros objetivos.

En “Hudson” los votos mayoritarios ni siquiera discutieron el argumento ético y el juez Scalia rechazó la idea de que la exclusión sea el remedio adecuado “*solamente porque concluimos que era necesariamente disuasorio en diferentes contextos y hace bastante tiempo*”. Además, señaló que la supresión de evidencia genera costos sociales sustanciales y que fue “*siempre nuestro último recurso, no el primer impulso*”. Scalia agregó que “*no siempre hablamos con tanta cautela. En Mapp, a través de dicta expansivos se sugirió una amplia aplicación de la regla...Pero hace tiempo que hemos*

¹²⁶ Para Scott Sundby (profesor de la Universidad de Miami) desde los '70 la Corte “*redirigió el diálogo legal hacia la disuasión*”, una manera elegante de dar cuenta del triunfo abrumador de la posición opuesta a la de Sundby. Ver SUNDBY, Scott, “Everyman’s exclusionary rule: the exclusionary rule and the rule of law (or why conservatives should embrace the exclusionary rule)”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, V. 10. N. 2, (2013), donde Sundby argumenta a favor de la regla, entendiéndola como la vindicación del *rule of law*.

¹²⁷ 47 U.S. 586 (2006). “Hudson” tuvo como objeto el principio del *knock and announce*, según el cual al realizarse un allanamiento, los policías deben otorgar un tiempo razonable para que los ocupantes de un inmueble respondan, antes de ingresar a la fuerza. La mayoría consideró que la supresión probatoria no rige para violaciones a este principio.

rechazado ese enfoque". En "Hudson" la mayoría empleó una ponderación explícita y Breyer (a cuya disidencia se unieron Stevens, Souter y Ginsburg) ni siquiera esbozó el fundamento de la integridad judicial, sino que razonó con base en incentivos, motivos empíricos y falta de precedentes para apoyar la decisión contraria.¹²⁹

En "Herring" el Chief Justice Roberts (autor del voto de la mayoría) afirmó que para que entre en juego la regla de exclusión, la conducta policial debe ser lo suficientemente deliberada para que la exclusión efectivamente funcione de forma disuasiva y lo suficientemente culpable (es decir, no es aplicable para los errores aislados y negligentes) para que el precio de esa función preventiva/disciplinaria tenga que ser soportado por el sistema de justicia.

De esta manera, dada la dificultad de probar que una violación constitucional se debió a algo más que a una negligencia aislada, "Herring" transformó la regla de exclusión desde un remedio standard a un remedio excepcional. Roberts señaló que los abusos policiales que hicieron que surgiera la regla de exclusión eran conductas intencionales y patentemente inconstitucionales e introdujo un novedoso requisito para aplicar la regla: que las infracciones o equivocaciones policiales sean el resultado de un error sistémico o de una imprudencia temeraria de los requerimientos constitucionales, en vez de un mero descuido negligente.

Además de lo referido, "Herring" fue crucial porque generó un contragolpe (*backlash*) e hizo resurgir el debate sobre el fundamento y el futuro de la regla de exclusión. Se enfrentaron dos narrativas enfrentadas, con visiones diametralmente opuestas sobre la *exclusionary rule*. Roberts la desarrolló como una regla procesal de creación judicial, diseñada exclusivamente para disuadir a la policía y para ser aplicada solamente cuando hubo una actuación grosera, y enfatizó que la Corte reiteradamente rechazó el argumento que sostiene que la exclusión es una consecuencia necesaria de una violación a un derecho.

Pero en "Herring" los cuatro jueces que formaron la minoría parecieron revivir el otro fundamento de la regla, mencionado en "Mapp" pero descuidado hace décadas:

¹²⁹ "For another thing, the driving legal purpose underlying the exclusionary rule, namely, the deterrence of unlawful government behavior, argues strongly for suppression". Además, Breyer dijo que "The upshot is that the need for deterrence –the critical factor driving this Court's Fourth Amendment cases for close to a century- argues with at least comparable strength for evidentiary exclusion here".

aquel que sostiene que la exclusión preserva la integridad judicial al evitar su complicidad con la violación de un derecho. Por primera vez en décadas, un miembro de la Corte –Ginsburg, a quien se le unieron otros tres jueces- sugirió que detrás de la 4ta. Enmienda y la regla de exclusión subyace algo más amplio e importante (“*una concepción más majestuosa*”) que la *ratio* disuasiva¹³⁰. Ginsburg no se refirió a fallos seminales como “Weeks”, “Mapp” o “Silverthorne”¹³¹, sino que respaldó su postura en unas pocas disidencias. En una nota al pie en el voto mayoritario, Roberts le contestó que “*Majestuosos o no majestuosos, nuestros casos rechazan esa visión y tal vez por ese motivo la disidencia de la jueza Ginsburg se apoya exclusivamente en disidencias previas para desarrollar su análisis*”¹³².

¹³⁰ La disidencia de Ginsburg dice esto acerca de los fundamentos de la exclusión probatoria: “*Others have described “a more majestic conception” of the Fourth Amendment and its adjunct, the exclusionary rule. Protective of the fundamental “right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects”, the Amendment “is a constraint on the power of the sovereign, not merely on some of its agents” I share that vision of the Amendment. The exclusionary rule is “a remedy necessary to ensure that” the Fourth Amendment’s prohibitions “are observed in fact”. The rule’s service as an essential auxiliary to the Amendment earlier inclined the Court to hold the two inseparable. Beyond doubt, a main objective of the rule “is to deter –to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way- by removing the incentive to disregard it”. But the rule also serves other important purposes: It “enables the judiciary to avoid the taint of partnership in official lawlessness” and it “assures the people –all potential victims of unlawful government conduct- that the government would not profit from its lawless behavior, thus minimizing the risk of seriously undermining popular trust in government”.*

¹³¹ 251 U.S. 385 (1920).

¹³² Ver SUNDBY, Scott & RICCA, Lucy, “The majestic and the mundane: the two creation stories of the exclusionary rule”, *Texas Tech Law Review*, Vol. 43, p. 391 (2010). Sundby me señaló lo extraña y desacertada que fue la decisión de Ginsburg de apoyar su postura *majestuosa* en disidencias de precedentes, porque como demostró el propio Sundby en su artículo con Ricca, antes de los 70 la Corte Suprema utilizó la concepción *majestuosa* de la regla de exclusión en lugar de basarse en la *ratio* disuasiva.

En el plano académico, notables profesores y jueces como Richard Posner¹³³, Guido Calabresi¹³⁴ y Akhil Amar¹³⁵ plantean objeciones a la aplicación de la *exclusionary rule*.

Amar dice que la exclusión probatoria en el proceso penal debe estar regida por dos factores: a) si la introducción de X –sea X un testimonio o una evidencia material, o sea palabras o cosas- provoca el riesgo de que el veredicto se aleje sustancialmente de la verdad; y b) la prioridad de los privilegios referidos a la privacidad para proteger otros valores y relaciones sociales, distintos a la verdad. Amar piensa que el argumento de la integridad judicial es poco serio, porque la exclusión no rige en sede civil o administrativa y además otros países con sistemas íntegros no excluyen evidencias.

En realidad, la integridad queda amenazada cuando se excluye prueba verdadera, porque se niega al juicio y a la sociedad hechos y datos relevantes. Para Amar el *non-profit principle* (que el Estado no se beneficie de su propia ilicitud) es incorrecto y su argumento es que el Estado siempre ha sido capaz de aprovecharse de sus actos ilegales. Da un ejemplo pobre: dice que no se le devuelven elementos robados a un ladrón, o drogas a un traficante, o mercadería a un contrabandista. Pero no es lo mismo incautar el cuerpo del delito y evitar que se tenga un provecho económico, que usarlo como prueba y obtener una condena a partir de un secuestro ilegal.

A grandes rasgos, Posner cree que las sanciones procesales que provoca la regla de exclusión son excesivas y que la regla causa una sobredisuasión (*overdeterrence*) al imponer costos sociales desproporcionados en relación con el daño concreto a intereses legítimos. Desde el análisis económico del derecho¹³⁶, Posner sugiere que el único propósito de la regla es disuadir y dice que el valor de librarse del castigo penal es desproporcionadamente favorable hacia el delincuente, comparado con la violación a su

¹³³ POSNER, Richard, “Excessive sanctions for governmental misconduct in criminal cases”, 57 *Wash. L. Rev.* 635 (1981-1982).

¹³⁴ CALABRESI, Guido, “The exclusionary rule”, 26 *Harvard J. L. & Pub. Pol’y* 113 (2003).

¹³⁵ AMAR, Akhil Reed, “Against exclusion (except to protect truth or prevent privacy violations)”, (1997), 20 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 457 (1996-1997).

¹³⁶ Simplificando, a Posner le interesan los resultados, los incentivos, y la maximización de la eficiencia, aunque concede que las normas y valores que subyacen a la ilegalidad gubernamental en esta área no son meramente económicas.

privacidad y propiedad. Además, cree que la regla de exclusión ilimitada no es parataniamente eficiente, y como alternativa propone compensaciones económicas, para que el costo de la infracción recaiga sobre la institución policial. Sin embargo, reconoce que hay tipos de violaciones de derechos (confesiones forzadas) en las que la disuasión a través de la demanda civil no será exitosa, y por lo tanto en esos casos debe usarse la regla de exclusión.

Paradójicamente, Calabresi plantea que los progresistas deberían odiar la regla de exclusión, dado que su existencia es la responsable de la declinación de la protección de la privacidad. ¿Por qué? Los jueces no son proclives a exculpar en función de minucias técnicas o procesales, y en casos cuestionables los jueces prefieren decidir que una invasión de la privacidad o un allanamiento son razonables. Así, los precedentes se van acumulando y se forma una pendiente resbaladiza a través de la cual, dado que la 4ta. Enmienda requiere que las pesquisas y aprehensiones estén justificadas por una causa razonable, la jurisprudencia termina expandiendo el concepto de *reasonable search or seizure*.

Calabresi enfatiza que la exclusión de la prueba no afecta al *cowboy cop* (policía sin frenos) que reunió la prueba, detuvo a los criminales, recibió la publicidad, y piensa así: “*Atrapé a los ladrones, hice mi trabajo y los jueces los liberaron*”. En cuanto a lo propositivo, sugiere que se le otorgue peso en el momento de mensurar la pena al modo ilegal en que se obtuvo la prueba, además de aplicar sanciones institucionales para los policías. Es decir, propone una reducción del castigo y la justifica señalando que implica darle un incentivo significativo a los acusados para que informen y denuncien las conductas policiales que violan sus garantías.

*

Pasemos a Europa. Nuestra Corte Suprema dijo muchas veces que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una “*guía muy valiosa*” a los fines de interpretar las normas de la Convención Americana que eran equivalentes a su igual europea, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicó en varias ocasiones las doctrinas elaboradas por su equivalente europea.¹³⁷

¹³⁷ GULLCO, Hernán y HENDLER, Edmundo, “*Casos de Derecho penal comparado*”, Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 33.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene reglas que regulen la administración, admisibilidad y eficacia de las pruebas, ya que se le confía al legislador nacional la tarea de diseñar la organización del proceso penal, pero la jurisprudencia del TEDH es constante en que los ordenamientos nacionales deben permitirle a los imputados cuestionar la validez de la introducción de prueba ilegal. Es decir, la discusión no se centra en si tiene que haber una regla de exclusión, sino acerca de su naturaleza y alcance, y el análisis a nivel continental se subsume dentro de la consideración íntegra acerca de la existencia de un proceso justo (*fair trial*). El artículo 6.1 CEDH no define ese concepto, pero reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial, en un plazo razonable, etc.

La aplicación del CEDH por el TEDH tiende a conservar la tradición liberal del proceso penal y elaboró una especie de modelo procesal europeo, estableciendo con la aplicación del art. 6 CEDH un conjunto de principios del proceso penal que configuran el standard mínimo de derechos fundamentales en el debido proceso penal europeo.¹³⁸

En cuanto a las condiciones de legitimidad del proceso, se impusieron criterios que tienen en cuenta la totalidad del mismo: del sólo hecho de la obtención ilícita de las pruebas no debe inferirse una violación del art. 6 o del 8 CEDH, sino que debe recurrirse a la abstracción y hacer una evaluación global del proceso, sin perjuicio de que un elemento puntual pueda resultar decisivo para estipular si se observaron las reglas del debido proceso¹³⁹. Es interesante vincular ese abordaje con lo dicho por la

¹³⁸ BACIGALUPO, Enrique, “*El debido proceso penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, ps. 31/33.

¹³⁹ Veo un fuerte vínculo entre el abordaje europeo y los enfoques matizados que el penalista y escritor alemán Ferdinand von Schirach plantea ante sus casos (y en general ante la condición humana): “*Entre los abogados penales hay algunos que se han vuelto cínicos, pero no es la solución. Hay que querer al ser humano si ejerces una profesión así. Al final, todo el mundo tiene un lado oscuro y otro luminoso. Y tú tienes que ver el conjunto. Cuando somos jóvenes tendemos a hacer juicios muy rotundos, pero la vida no es así. Al hacerte mayor ves más facetas*”. En el prólogo a “*Crímenes*” (Salamandra, Barcelona, 2011) su primera obra, von Schirach cita a su tío juez, que se suicidó en un bosque con una escopeta y siempre repetía la siguiente máxima: “*La mayoría de las cosas son complicadas, y la culpabilidad es siempre un asunto peliagudo*”.

Corte Suprema norteamericana en *Delaware v. Van Arsdall*¹⁴⁰: “*La Constitución le garantiza al imputado un juicio justo, no uno perfecto*”, y contrastarlo con las pautas inmaculadas que exige Pastor para que sea legítimo el avance del poder punitivo.

Como dijo el TEDH en *Schenk c. Suiza*¹⁴¹, “*aunque la Convención garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, no regula la admisibilidad de las pruebas, en cuanto tal, materia que corresponde ante todo al derecho interno*”. Es decir, al Convenio le interesa un auténtico *fair trial* y pese a que son las jurisdicciones nacionales quienes deben apreciar los elementos probatorios, el TEDH comprueba que, considerando en su conjunto, el procedimiento -incluyendo el modo y la presentación de la prueba- sea equitativo¹⁴². En “*Schenk*” el demandante alegó que el uso de la grabación mediante la cual se escuchaba cómo le había encargado a un sicario que matara a su esposa era contraria al art. 6.1 CEDH porque había sido obtenida sin autorización judicial. El TEDH concluyó que se imponía una consideración global del proceso, lo cual en el caso de *Schenk* excluía la vulneración de un proceso equitativo, porque para declarar su culpabilidad se habían tenido en cuenta otros medios de prueba obtenidos válidamente.

Desde esa mirada, el TEDH fijó que debe excluirse la evidencia alcanzada a partir de una violación del derecho del acusado a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo, y también cuando se obtiene una prueba por una provocación policial¹⁴³. El art. 6.2 CEDH exige que la culpabilidad sea establecida legalmente, lo cual ha sido interpretado como determinante para la exclusión de la prueba ilegal, pero se rechazó la inclusión de la regla de exclusión en el contenido de la presunción de inocencia. La garantía del proceso equitativo es incompatible con la violencia o el engaño en el modo de adquisición probatoria, pero la relación entre prueba ilegal y *fair trial* es considerada globalmente. Puede ser que en un sistema nacional la consecuencia de una ilicitud en la obtención de una prueba sea su exclusión, pero en el sistema

¹⁴⁰ 475 U.S. 673, 681 (1986).

¹⁴¹ Sentencia del TEDH del 12 de julio de 1988.

¹⁴² Sentencias del TEDH: *Unterperntiger c. Austria* del 24/11/1986, *Kostovski c. Holanda* del 23/05/1989 y *Windisch c. Austria* del 27/09/1990.

¹⁴³ Sentencias del TEDH *Texeira de Castro c. Portugal* del 09/06/1998 y *Vayans c. Rusia* del 15/12/2005.

europeo la regla es otra, y del mero hecho de que la prueba se haya conseguido ilegalmente no se infiere una violación al art. 6 CEDH.

¿A qué se alude con el término *fair*? George Fletcher cuenta que en la redacción de los tratados internacionales siempre hubo problemas para traducir ese término a otros idiomas, debido a la confusión entre justicia y *fairness*. Fletcher explica que un proceso *fair* no significa necesariamente un proceso justo, en el que el inocente sea absuelto y el culpable condenado. Los procesos *fair* a menudo son injustos, sobre todo, cuando existe el riesgo de que el culpable no sea condenado. Para Fletcher, las diferencias entre justicia y *fairness* son evidentes “*si se analizan estos términos desde los puntos de vista opuestos de las partes del proceso penal. Las víctimas piden justicia. Los acusados ser tratados con fairness*”, y señala que un proceso *fair* es aquel en el que las partes contendientes tienen las mismas oportunidades de ganar, en un terreno equilibrado¹⁴⁴.

¿En qué situaciones se excluye directamente la prueba en el sistema europeo? Cuando las pruebas son obtenidas a partir de una provocación policial o violando el derecho del acusado a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo, o si las declaraciones de coimputados o las confesiones fuera del juicio -que después no son ratificadas en él- no cumplen con los requisitos de un proceso equitativo, al ser el juicio el único lugar donde cabe realizar prueba válida¹⁴⁵. Por ejemplo, en Barberá, Messegué y Jabardo c. España¹⁴⁶ el TEDH decidió que la acumulación -pero no la consideración aislada- del conjunto de incidencias que rodearon el desarrollo del juicio (traslado tardío de los acusados al lugar del juicio, inesperada modificación de la composición del tribunal, extraordinaria brevedad en la duración de la etapa oral y sustracción de gran parte de la prueba al debate público y contradictorio) hacían que exista una violación a la garantía del proceso equitativo.

En el *common law* predomina un criterio casuístico para apreciar la validez de la prueba ilícita, que pondera todas las circunstancias concurrentes y los intereses en juego, sin un criterio genérico. Algunos países (Canadá, Nueva Zelanda, Inglaterra, Australia) ofrecen perspectivas distintas para encontrar un equilibrio más refinado entre

¹⁴⁴ FLETCHER, George, “*Gramática del Derecho penal*”, 1a. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, ps. 194/197.

¹⁴⁵ ARMENTA DEU, Teresa, “*La prueba ilícita (un estudio comparado)*”, 2da. ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, ps. 158/9.

¹⁴⁶ Sentencia TEDH del 6 de diciembre de 1988.

los derechos individuales y los intereses públicos. Inglaterra, por ejemplo, privilegió el descubrimiento de la verdad por encima de las infracciones constitucionales, sin que ello obste al castigo –administrativo o penal- de quienes consiguieron en forma ilegal el material incriminatorio.

En Inglaterra y Gales, el artículo 78 (1) de la *Police and Criminal Evidence Act (PACE)* de 1984 establece que se pueden rechazar pruebas de cargo si se considera que tomando en cuenta todas las circunstancias –gravedad del delito investigado, buena fe del policía interviniente, existencia de pruebas corroboradoras, tipo de derecho infringido, circunstancias en que la prueba fue recogida- la admisión de la prueba tendría un efecto tan adverso sobre la *fairness* del proceso que no debería ser tenida en cuenta.

El Alto Tribunal de Australia también adoptó una regla de exclusión discrecional; una ponderación general obliga al juez a comparar y decidir entre dos intereses que compiten entre sí: el objetivo de condenar a quien delinque y el efecto indeseable de alentar la ilegalidad estatal. Allí, la exclusión probatoria es obligatoria cuando lo requiere el interés público en mantener la integridad de los tribunales y en asegurar la observancia de la ley y los standards mínimos de comportamiento por parte de quienes deben aplicar la ley.¹⁴⁷

En Canadá la exclusión se prevé en la Constitución¹⁴⁸ pero no en términos absolutos, sino que hay una especie de tercera posición entre la admisibilidad y la

¹⁴⁷ *Bunning v. Cross*, (1978) 141 C.L.R. y *Ridgeway v. the Queen*, (1995) 184 C.L.R. 19,38, citados en BRADLEY, Craig, “Mapp goes abroad”, 52 *Case Western Res. L. R.* 375, 380 (2001).

¹⁴⁸ Según el artículo 24 (2) de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, “*Cuando una corte averigue que la prueba fue conseguida de un modo que violó o negó alguno de los derechos o libertades garantizados por esta Carta, la prueba deberá ser excluida si se establece que, tomando en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento resultará en el descrédito de la administración de la justicia*”. La Corte Suprema canadiense dijo en *Queen v. Collins* (33, CCC, (3d) 1, 12, 1987) sobre esa norma: “*La decisión depende de todas las circunstancias, incluso la naturaleza de la prueba, qué derecho de la Carta fue violado, si la violación era grave o técnica, intencional o imprudente, si ocurrió en una situación de urgencia, si la prueba hubiera sido descubierta a pesar de la violación, si se trata de un delito grave, si la prueba era necesaria para demostrar la verdad de la acusación, y si hay otros remedios disponibles*”. Dos décadas más tarde, en *R. v. Grant* (2009) el mismo Tribunal

exclusión automática, que habilita el uso de una metodología discrecional para que los jueces decidan si la admisión de pruebas ilícitas desprestigiará la administración de justicia.

James Stribopoulos resalta cuatro aspectos benéficos de este sistema, que al ser comparado con la exclusión automática¹⁴⁹ demuestra que lidia mejor con los intereses opuestos en juego: evita injusticias que despiertan críticas airadas y pérdida de confianza en el sistema; no sufre de una reducción progresiva en su aplicación, que hace que muchas actividades no estén controladas; no provoca una resistencia de los jueces a reconocer violaciones constitucionales por temor a provocar una exclusión probatoria, y asegura que los policías internalicen valores constitucionales y actúen en consecuencia; y conduce a una definición más expansiva y honesta de los derechos constitucionales.

En Alemania se usa una amplia ponderación casuística, a partir de factores como la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego, destacándose el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal no queden impunes y se sacrifique la verdad real, que no puede ser investigada a cualquier precio.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal indica que el Estado debe garantizar una administración funcional, sin la cual la justicia no puede ser realizada¹⁵⁰. Para los tribunales germanos no es indiferente la gravedad del delito para decidir sobre la exclusión de prueba. En un caso donde hubo una violación del derecho a desarrollar la personalidad por vía del secuestro y uso de entradas en un diario íntimo, el BGH¹⁵¹

simplificó el análisis y explicó que al decidir sobre la exclusión de prueba, el juez tiene que balancear los efectos en la confianza pública en el sistema judicial a partir de la admisibilidad de esa prueba, en función de tres factores: la seriedad de la infracción pública, el impacto de la violación en los derechos del acusado, y los intereses de la sociedad en la resolución del caso.

¹⁴⁹ STRIBOPOULOS, James, “Lessons From the Pupil: a Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate”, *22 B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 77 (1999).

¹⁵⁰ BGHSt 38, 214 del 27 de febrero de 1992 y BGHSt 19,325 del 21 de febrero de 1964, en THAMAN, Stephen, “*Comparative criminal procedure. A casebook approach*”, Carolina Academic Press, 2002, ps. 104/7.

¹⁵¹ Bundesgerichtshof, con sede en Karlsruhe. Es el más alto órgano jurisdiccional en materia penal y civil.

expresó que *“Si la acusación es de leve gravedad, entonces los intereses de privacidad de autor en los escritos prevalecerán frecuentemente. Pero en casos en que hay causa probable de que una agresión grave contra la vida, contra otros intereses legales importantes, contra el Estado u otros ataques serios contra el orden legal ha sido cometida, entonces la protección de la privacidad debe ceder”*.¹⁵²

Como explica Kai Ambos, al final todas las decisiones se basan en una ponderación entre los intereses de la persecución penal y los del imputado, *“con lo cual la doctrina de la ponderación debería ser concretada a fines de evitar una impresión de arbitrariedad...La decisión “correcta” tiene que darse caso por caso, por lo que una cierta casuística no parece evitable”*¹⁵³. Como directriz general, Ambos señala que se puede suponer una prohibición de utilización cuando se trate de una infracción legal de especial gravedad en el sentido de los standards de los derechos humanos y/o si la infracción se manifiesta como un consciente desprecio por las disposiciones procesales.

Guariglia destaca que la doctrina alemana distingue entre prohibiciones de valoración dependientes e independientes: las primeras son las que se apoyan en una lesión a una prohibición de adquisición o incorporación de prueba para obtener determinado conocimiento, que proviene de una disposición legal, mientras que las segundas (por ejemplo, la invalorableidad de los diarios personales) se desprenden de los derechos constitucionales de las personas; son aquellas *“injerencias estatales regulares en la esfera de derechos de un individuo y que resultan excluidas del procedimiento únicamente debido a que su valoración lesionaría otros derechos constitucionalmente garantizados, como el derecho a la intimidad o a la personalidad”*¹⁵⁴.

Básicamente, en esta materia rigen dos doctrinas constitucionales relevantes: el principio de sometimiento del Estado al Derecho, encaminado a preservar la pureza del proceso judicial; y el principio de proporcionalidad, a partir del cual los jueces germanos balancean caso por caso los intereses del imputado referidos a su privacidad contra la importancia de la prueba obtenida y la gravedad del delito endilgado. Los

¹⁵² BGHSt 19, 325,331.

¹⁵³ AMBOS, Kai, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”, disponible en *Política Criminal* nro. 7, 1-56, 2009.

¹⁵⁴ GUARIGLIA, Fabricio, “Concepto, fin y alcance...”, cit., p. 21.

tribunales alemanes efectúan un análisis de dos pasos al decidir sobre un planteo constitucional relativo a la admisibilidad de una prueba. Primero, el juez determina si la evidencia fue alcanzada mediante una violación del principio de sometimiento del Estado al Derecho, y si se supera ese filtro, se considera la proporcionalidad. Para las prohibiciones de valoración independientes, hay que llevar a cabo una ponderación entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, usando como parámetro el principio de proporcionalidad, pero en las prohibiciones de valoración dependientes no es admisible la ponderación. Así, se procura alcanzar un equilibrio óptimo entre los derechos constitucionales y los deberes estatales en torno a la búsqueda de la verdad y el combate contra la criminalidad.¹⁵⁵

También Noruega aplica un sistema similar al del TEDH, en el que la ilegalidad del modo en que se alcanzó una prueba no es una condición necesaria ni suficiente para la exclusión.¹⁵⁶ La Constitución noruega no incluye cláusulas sobre la exclusión de prueba ilegal aunque sí prohíbe la interrogación mediante torturas y prescribe que hay un deber general de buscar y alcanzar la verdad. La jurisprudencia y la doctrina desarrollaron una regla de exclusión que en realidad es un pragmático *balancing test* caracterizado por parámetros inciertos. Tiene que haber un nexo causal entre la infracción a la ley y acceso a la pieza probatoria, y luego entran a jugar ciertos factores como la confiabilidad de la evidencia, la necesidad de “disciplinar” a las partes que violan la ley, la protección de los derechos violados, la naturaleza de la ilegalidad, la importancia de la prueba, la seriedad del crimen investigado, y la existencia de remedios alternativos.

¹⁵⁵ BRADLEY, Craig, “The exclusionary rule in Germany”, 96 *Harvard Law Review* 1032 1982-1983; GLESS, Sabine, “Truth or due process? The use of illegally gathered evidence in the criminal trial –Germany–” disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1743530; JAGER, Christian, “El significado de los llamados “cursos de investigación hipotéticos” en el marco de la teoría de prohibición de empleo de la prueba”, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin”, Marcos Lerner Editora Córdoba, p. 757/775; y AMBOS, Kai, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán –fundamentación teórica y sistematización”, disponible en *Política Criminal* nro. 7, 1-56, 2009.

¹⁵⁶ TORGERSEN, Runar, “Truth or due process? The use of illegally gathered evidence in the criminal trial in Norway?”, disponible en http://folk.uio.no/giudittm/IACL_Truth%20or%20due%20process.pdf

Podría seguir durante muchas páginas con los variados sistemas que se usan en distintos países ante la obtención de prueba ilegal, pero supongo que se entiende la idea. No quiero terminar esta sección sin resaltar que en los tribunales penales internacionales se fijaron regímenes muy permisivos de presentación y admisión de prueba, con amplios poderes discrecionales de los tribunales de juicio. Ello se debe, entre otros motivos, a que las reglas negativas que impiden el acceso al proceso de cierta prueba “*serían disfuncionales a la efectiva persecución y juzgamiento de casos de competencia de estos tribunales, al establecer obstáculos adicionales e innecesarios*”.¹⁵⁷

Así, en consonancia con las pautas establecidas por el TEDH, los tribunales penales internacionales deben considerar si la admisión del medio de prueba cuestionado resultará perjudicial para el aseguramiento de un juicio justo, y como explica Guariglia, el sistema está regido por un principio de inclusión, que tiende a asegurar un abundante flujo de pruebas al juez.

El actual inciso 7 del art. 69 del Estatuto de Roma estipula que “*No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación al presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él*”. Cuando analiza esta norma, Guariglia señala que le da el golpe de gracia a “*ciertas teorías fundamentadoras de las prohibiciones probatorias*”¹⁵⁸ porque se desvanece la fundamentación preventiva¹⁵⁹ y “*tampoco la teoría de la ponderación alemana la saca*

¹⁵⁷ GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance...*”, cit., ps. 211/20.

¹⁵⁸ GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance...*”, cit., ps. 236/47.

¹⁵⁹ Guariglia razona así: como la CPI funciona sobre la base de la cooperación de las autoridades nacionales, que son las encargadas de ejecutar los actos de investigación requeridos, no hay nadie a quien disciplinar mediante la exclusión de la prueba, ya que no serían los órganos de persecución penal de la Corte los destinatarios de la eventual sanción (porque no hicieron más que tramitar el pedido de asistencia judicial) sino los mucho más remotos funcionarios nacionales que ejecutaron ese pedido. Para Guariglia, “*que a pesar de esta ausencia de efectos preventivos esperables en el contexto de la CPI la comunidad internacional decidiera incorporar una regla de invalidez de prueba ilícita, demuestra que el fundamento de las prohibiciones de valoración radica en otro lugar, o, como mínimo, que*

barata, ya que al hacer depender la existencia de la prohibición de valoración de la consideración de la gravedad del hecho ilícito perseguida, ella debería conducir, consecuentemente desarrollada, a negar prácticamente en todos los casos la existencia de una prohibición de valoración para crímenes de la gravedad de aquellos abarcados por el Estatuto de la Corte”.

Sin embargo, Guariglia critica el requerimiento adicional de que la violación del Estatuto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos afecte la fiabilidad de la prueba o la integridad del procedimiento, porque –afirma- da lugar a la interpretación de que violaciones “*menores*” a las fuentes normativas no quedan comprendidas dentro del ámbito de la prohibición de valoración. Si ese es el caso, dice Guariglia, “*la Corte estaría en condiciones de embarcarse en cada caso concreto en un ejercicio de “pesaje” de la gravedad de la infracción cometida, con el fin de determinar si ella es capaz de producir alguno de los efectos descritos en la norma*”.¹⁶⁰

Guariglia admite que el régimen probatorio de los tribunales penales internacionales es sumamente flexible y está estructurado a partir de amplias facultades discrecionales, para que los jueces admitan –si así lo desean- cualquier medio de prueba que parezca tener algún valor probatorio (principio de inclusión), sin perjuicio de la existencia de reglas que limitan fuertemente esa discrecionalidad.

distintos tipos de fundamentación son posibles”. Ver GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance...*”, cit., ps. 240/1.

¹⁶⁰ GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance...*”, cit., p. 245.

VII.

a) El concepto *integridad* es usado y abusado en muchas instancias jurídicas, pero en lo que atañe a la regla de exclusión no se encuentran explicaciones –siquiera superficiales- en la jurisprudencia y doctrina locales acerca del significado de la expresión “*integridad del proceso*” e “*integridad de la administración de justicia*”. La CSJN dijo que valorar la prueba ilegal y apoyar sobre ella una sentencia judicial “*compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tal evidencias*”¹⁶¹ pero no elaboró el concepto de integridad judicial ni cómo y cuánto lo afecta el uso o la exclusión de la prueba ilegal.

Lo curioso es que se suele perder de vista que se trata de un concepto normativo, al igual que el de *fruto venenoso*; Sancinetti explica que en lugar de *fruto del árbol venenoso* sería más apropiado decir *fruto del árbol prohibido*, porque se trata de una infracción de reglas, de un “*pecado original en el trámite del procedimiento*”, no de un peligro físico para la sociedad, sino normativo.¹⁶²

No pretendo elaborar con detenimiento el concepto de integridad, pero entiendo que el uso común del término alude a pureza, completitud, armonía, coherencia y falta de inconsistencias y estimo que podría implicar aferrarse con firmeza a los compromisos y objetivos individuales o colectivos, que (como vimos con Berlin) se pueden superponer y contradecir. Integridad también implica integrar valores e intereses, ser fiel a los compromisos y proyectos constitutivos que le dan sentido y estructura a la vida propia. Así entendida, la integridad protege los compromisos normativos y demarca la línea entre lo permitido y aquello que desvirtúa quien se es, o quien se pretende llegar a ser.

Para Meltzer, las apelaciones a la integridad judicial tienen una cualidad *evanescente* porque son ilimitadas; no indican qué es necesario hacer para restablecer la integridad una vez que fue mancillada¹⁶³, y además la integridad puede tener un doble

¹⁶¹ Ver “Montenegro”, consid. 5to. y “Fiorentino”, consid. 7mo.

¹⁶² SANCINETTI, Marcelo, “*Análisis crítico...*”, cit., p. 632.

¹⁶³ MELTZER, Daniel, “Deterring constitutional violations by law enforcement officials: plaintiffs and defendants as private attorneys general”, 88 *Colum. L. Rev.*, 247 (1988).

filo, no funciona de manera unidireccional. En ocasiones, la consecuencia de la aplicación de la regla de exclusión por una negligencia policial será que crímenes horribles y masivos queden impunes, lo cual afectará negativamente la integridad del sistema judicial, si no para los jueces, al menos ante los ojos de la sociedad. Los costos de la impunidad y de la frustración de las aspiraciones punitivas (cuando son legítimas) también deben ser incorporadas a la ecuación, porque afectan a la integridad judicial. Lo importante, creo, es recordar que salvo en situaciones excepcionales (por ejemplo, la tortura) la integridad de un proceso o de la administración de justicia en general son conceptos muy maleables y amplios, que necesariamente deben incorporar los distintos compromisos y valores contemplados en un ordenamiento normativo.

Sancinetti insiste en que la admisión de pruebas ilícitas implica buscar la pena a cualquier precio y por cualquier medio, y crea la secuencia irracional de dos males. Sin embargo, refiriéndose a la pérdida de vigencia del valor de la norma quebrantada admite que hay costos en la impunidad de un hecho culpable, pero sostiene que no es correcto creer que es la regla de exclusión la que lo produce, sino el hecho de que el delito no se comprobó por medios legítimos¹⁶⁴.

En ese punto, creo que resultan aplicables algunos conceptos del esquema freudiano: si se paraliza la posibilidad de actuar del Estado cuando debe descubrir la verdad e investigar el vínculo de un sujeto con un suceso, exigiéndole siempre más y más, ese impulso se ve muy debilitado y menospreciado, porque se ve compelido a actuar en condiciones en las que muchas veces está de antemano destinado a fracasar, y en esos casos no se produce la estabilización de la norma quebrada.

Algunas decisiones y arreglos –sustantivos y procesales- tienen la fuerza suficiente para dañar la legitimidad del sistema de justicia penal, pero visto su estado actual, no parece que una matización de la regla de exclusión sea un motivo de peso para temer. La noción general de legitimidad del sistema judicial implica que éste es justo y merece respeto y acatamiento. El sistema de justicia penal deriva valor práctico a partir de la generación de percepciones positivas de la sociedad respecto de la adjudicación de casos. La visión general de que el sistema de justicia penal decide injustamente (procesal y sustantivamente) erosiona su capacidad de generar influencia normativa y social.

¹⁶⁴ SANCINETTI, Marcelo, “*Análisis crítico...*”, cit., ps. 647/9.

En *Why People Obey the Law*¹⁶⁵, el psicólogo e investigador empírico Tom Tyler argumenta que hay una asociación robusta entre la percepción de legitimidad y el cumplimiento de la ley por parte de la gente. Tyler argumentó persuasivamente que la legitimidad de la ley (o al menos la percepción social acerca de ella) es crítica para promover los objetivos centrales de la relación de la sociedad con la justicia penal: cumplimiento con la ley y cooperación con las instituciones.

Según Tyler, el respeto a la ley no se genera tanto por el temor al castigo, sino cuando se piensa que el sistema judicial es justo y que la ley es aplicada equitativamente. Para Tyler, los ciudadanos obedecen principalmente al Derecho por su percepción sobre la legitimidad del sistema jurídico, que parece depender sobre todo del grado de justicia procedimental. Su argumento se enfoca en dos valores que sirven como base para una sociedad que respeta y cumple la ley (*law abiding society*): la creencia de que las leyes describen comportamientos moralmente inapropiados y que la autoridad legal es legítima porque aplica la ley con justicia y equidad y emite directivas con peso, que deben ser obedecidas.

Es difícil de congeniar un standard alto de pureza judicial (como el que articuló el juez Brandeis en “Olmstead”) con algunas prácticas que los jueces penales argentinos admiten diariamente. No se trata solamente de señalar la inconsistencia de quienes endiosan el concepto de integridad judicial, sino de argumentar que el dilema de permitir o no que el Estado sea “cómplice” o “beneficiario” de un ilícito en aras de la salvaguarda del proceso y de intereses distintos a los derechos individuales se presenta reiteradas veces y muchas veces se elige la primera opción. Además de capturas ilegales como las de los Gordon, pienso en la proliferación de la prisión preventiva y en las violaciones al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, entre otros casos de la jurisprudencia argentina. Si prácticas como estas no son un límite infranqueable, es tenue la lógica argumental según la cual la no remoción de una prueba de cargo obtenida en violación de -por ejemplo- el derecho a la intimidad fracturará la integridad del procedimiento penal y destruirá el Estado de Derecho.

Soy consciente de que a esto se le podría oponer la objeción Cambalache: “¿Entonces todo da lo mismo y como se viola la ley en A lo permitimos en B, C y D?” Es una objeción sensata y atendible, pero no letal. En todo caso, al menos reconozcamos que los términos de la discusión acerca de lo permisible se dan, en ciertos casos y desde

¹⁶⁵ TYLER, Tom, “*Why people obey the law*”, Princeton University Press, 2da. ed., 2006.

los mismos sectores que defienden a ultranza la exclusión probatoria, en términos utilitarios, no absolutos y deontológicos.

En el experimento del gorila invisible realizado por Christopher Chabris y Daniel Simons se convocó a un grupo de estudiantes, los dividieron en dos equipos (unos de remera blanca, otros negra) y los filmaron mientras les pidieron que se pasaran una pelota unos a otros, mezclándose. Chabris y Simons hicieron muchas copias del video y lo difundieron por el campus de Harvard. Después, consiguieron voluntarios y les encargaron que vieran el video (que duraba alrededor de un minuto) y contaran cuántos pases hicieron los del blanco, sin prestar atención a los de negro. La mayoría contestó bien, pero cuando les preguntaron si notaron un gorila, todos respondieron: “¿!Un qué!?” Sucede que, en cierto momento del video, una estudiante disfrazada de gorila irrumpía en escena, se paraba entre los jugadores, miraba a cámara y levantaba el pulgar durante nueve segundos¹⁶⁶.

El punto demostrado por el experimento es que cuando le prestamos mucha atención a un área o aspecto de nuestro campo visual, en general no advertimos objetos inesperados; nuestra visión encubre una notable ceguera mental, al suponer que los objetos especiales o inusuales llaman nuestra atención, cuando en realidad a menudo nos pasan inadvertidos por completo. Si extrapolamos el concepto del campo visual, la idea es que cuando las personas dedican su atención a un área o aspecto particular, tienden a no advertir objetos no esperados, aún cuando estos sean prominentes, potencialmente importantes y aparezcan justo allí adonde están mirando. Experimentamos nuestro mundo mucho menos de lo que creemos, somos muy selectivos y no vemos defectos o irregularidades que en otros contextos nos resultan evidentes.

Chabris y Simons plantean que es común que olvidemos las limitaciones de nuestros cerebros y que cuando la mente está muy concentrada en algo, se puede perder otra cosa muy importante que sucede frente a nuestros ojos. Para nuestra temática, una explicación posible es que hay tanta focalización en la meta única de contener (o abolir) el poder punitivo, que se pierden de vista muchos otros gorilas invisibles que están muy presentes en el proceso penal.

¹⁶⁶ CHABRIS, Christopher y SIMONS, Daniel, “*El gorila invisible*”, Siglo XXI, 2011. Debo a Leonardo Pitlevnik la referencia a este libro.

b) Los límites que pueden imponer los intereses públicos a los derechos individuales es un tema antipático y subteorizado -al menos explícitamente- en nuestra cultura jurídica penal. La ponderación se usa para denominar un método de interpretación que, ante la presencia de intereses contrapuestos, apela a resolver la controversia mediante reglas o principios que explícita o implícitamente reflejen el valor de los intereses y derechos en juego.

Acerca de la posibilidad de instaurar una ponderación en este ámbito, Díaz Cantón piensa que el modelo garantista consagrado en nuestra Constitución Nacional ya optó por “*el interés que debe prevalecer en todos los casos: el Estado de Derecho y el principio de inocencia por sobre la razón de Estado. No cabe lugar a la ponderación en este juego, donde la búsqueda de la verdad debe hacerse respetando determinados parámetros y la duda siempre debe favorecer al imputado*”¹⁶⁷. Como en algunos de los ordenamientos que reseñé, entiendo que la mejor solución al acertijo que supone enfrentarse con una prueba confiable que fue obtenida ilegalmente podría ser el reemplazo de la regla de exclusión indiscriminada por un standard indeterminado de admisibilidad, basado en el grado y seriedad de la violación constitucional, la gravedad del crimen investigado, si la violación hace sospechar sobre la confiabilidad de la prueba y si el ingreso al proceso de la evidencia dañará seriamente la integridad global del procedimiento.

La ponderación expresa la complejidad humana y legal; parte de la idea de la pluralidad de valores y el conflicto entre ellos como un rasgo inevitable de la vida. Es berliniana, no kantiana, sin cálculos ni determinaciones precisas; no hay un ponderómetro. El modelo de la ponderación no implica el sacrificio rutinario de los derechos individuales a favor de consideraciones utilitarias, porque solamente objetivos públicos puntuales relevantes justifican que aquellas prevalezcan sobre los derechos. Cuando se toma una decisión, aceptar tener menos de una cosa para obtener más de otra implica un *trade-off*. La construcción de standards es un trabajo jurídico temporal para perfeccionar posiciones normativas, y estimo que en el rechazo terminante a la ponderación hay algo de Ulises y el canto de las sirenas.

Como apunta Carlos Rosenkrantz, no puede decirse que Ulises no sucumbió al canto de las sirenas por su propia decisión, pues antes de estar en las circunstancias de

¹⁶⁷ DÍAZ CANTÓN, Fernando, “Exclusión de la...”, cit.

tomar la decisión de sucumbir o no sucumbir, se había inhibido de decidir¹⁶⁸, aunque en realidad creo que no se inhibió, sino que adoptó un precompromiso porque decidió previamente obligarse a no actuar en un sentido concreto. El mismo mecanismo mental es aplicable a ciertas oposiciones rotundas a la ponderación: se prefiere no tener que decidir, por miedo a lo que puede venir.

¿Cuáles serían algunos puntos débiles de un enfoque casuístico basado en la consideración global de las circunstancias del proceso? Se argumenta que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación puede poner en riesgo la real y efectiva vigencia de la Constitución y los tratados internacionales, dado nuestro pasado reciente¹⁶⁹. No pienso que todas las reservas hacia la ponderación son infundadas. Algunas son atendibles: apuntan a que el análisis de costos y beneficios en realidad debe ser asumido por los legisladores; que puede disminuir el status de los valores y derechos; y que sus resultados son producto de la subjetividad judicial.

La ponderación implica comparar la importancia social de diferentes valores en un caso concreto, y en ese punto la discreción judicial es inevitable, pero no por eso ilimitada; hay distintos modelos con diversos grados de libertad para el juez y además una vez que se explicitan criterios, se limita la discreción hacia delante. Se trata de desafíos válidos, pero que no llegan a descalificar la ponderación sino a obligarla a ser lo más profesional posible. La ponderación está presente en forma implícita en los razonamientos actuales de los jueces y explicitarlos puede servir para limitar la discrecionalidad, en vez de agigantarla. El valor justicia se representa con dos platillos en una balanza, pero si se ignora que hay información moralmente relevante en ambos lados, el problema es presentado y elaborado de manera parcial e incompleta.

El modelo de la ponderación es decididamente consecuencialista. Pone el foco en los resultados y sostiene que deben sopesarse las consecuencias de proteger un derecho frente a las de restringirlo, siempre con la mira en promover el mayor balance de buenos resultados: cree que el juez debe promover las mejores consecuencias

¹⁶⁸ ROSENKRANTZ, Carlos, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, nro. 1, septiembre de 2007, Buenos Aires.

¹⁶⁹ HAIRABEDIAN, Maximiliano, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”, 2da. ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 262.

posibles en un determinado caso, y para ello, trata a los derechos y al interés público como conmensurables.

En general, los derechos no deben ser entendidos como derechos absolutos, sino que son definidos con mayor justeza como derechos *prima facie*, que se permite ejercer pero que pueden ser superados por otros derechos. Es decir, los derechos son derrotables. Cuando hay conflictos de derechos, se hace una ponderación y uno de ellos resulta, en esa situación, el derecho prevalente y efectivo¹⁷⁰. Como dice Schauer, los derechos importan, pero los derechos no son lo único que importa¹⁷¹ y aún para quienes los derechos tienen un rol casi excluyente, consideraciones consecuencialistas y de prudencia deben ocupar un lugar no desdeñable en el análisis.

En el ámbito continental, Robert Alexy apoya el modelo de la ponderación. En su concepción, *“los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso nos lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación”*.¹⁷²

Alexy se aproxima el enfoque dworkiniano en que ambos mantienen que los principios tienen un mayor peso que las reglas, pero no resuelven de igual forma cómo se debe determinar qué principio debe prevalecer cuando hay un conflicto, porque considera que los principios fijan deberes condicionales, dependientes de las circunstancias fácticas o normativas específicas. Para Alexy, los derechos pueden aparecer en forma de principios, y en ese sentido pueden ser restringidos si chocan con otros derechos o intereses (como la seguridad pública). Alexy pone al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que hace que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales sea la ponderación entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación de acceder a la misma a través de caminos legales.

¹⁷⁰ MENDONCA, Daniel, *“Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos”*, Tecnos, Madrid, 2003, ps. 39/56.

¹⁷¹ SCHAUER, Frederick, “A comment on the structure of rights”, *27 Ga. L. Rev.* 415 (1992-1993).

¹⁷² ALEXY, Robert, “Constitutional rights, balancing, and rationality”, (2003) *Ratio Juris* 131.

En nuestro sistema actual, el requisito de la proporcionalidad no se cumple, al no ser graduable la relación entre el delito investigado, la infracción legal cometida en la investigación, y las consecuencias posibles de la exclusión. Si la severidad del daño causado por el delito investigado es desproporcionadamente superior a la irregularidad cometida por el agente estatal, se impone una matización. Distinguir entre regímenes procesales para distintos delitos tiene complicaciones, pero también las tiene tratar a todos los crímenes por igual.

Las distinciones acerca de la severidad de los delitos son problemáticas pero no insolubles, y la consideración de la severidad de un delito no puede conmovir todos los presupuestos procesales y sustantivos del Derecho penal, pero sí posibilitar que el Estado pueda investigar y actuar con menores limitaciones en ciertos casos, basándose en la violencia generada por el delito, o si –por ejemplo- afecta a la administración pública. La ponderación aludida existe hoy en nuestro Derecho penal; por ejemplo, es la ponderación de distintos fines (realización del Derecho penal) sobre otros (libertad individual, presunción de inocencia) la que autoriza la detención preventiva de algunos imputados.

Al evaluar la restricción de ciertos derechos de los funcionarios públicos en el contexto de la investigación del delito de enriquecimiento ilícito como contrapartida de la posición de poder gozada por un segmento de ellos, Hernán Gullco y Gustavo Bruzzone consideraron que la inversión de la carga de la prueba, como afectación de las formas del debido proceso, es “aceptada” por el funcionario público al ingresar a la función pública, “*disponiendo*” de su derecho anticipadamente como una carga o condición implícita”¹⁷³. Y en *Gertz v. Robert Welch, Inc.*¹⁷⁴ (un fallo de la Corte Suprema estadounidense citado por nuestro Alto Tribunal en “Costa”¹⁷⁵) se dijo que un individuo que decide buscar un cargo en el gobierno debe aceptar ciertas consecuencias necesarias que surgen de involucrarse en los asuntos públicos, y corre el riesgo de un escrutinio público más estricto de lo que ocurriría en otro caso.

¹⁷³ BRUZZONE, Gustavo y GULLCO, Hernán, “Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público”, en *Teoría y práctica del delito delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, ps. 13-31.

¹⁷⁴ 418 U.S. 323 (1974).

¹⁷⁵ Fallos 310:508.

No sugiero la aplicación analógica directa de esa doctrina en el ámbito de las prohibiciones probatorias para los delitos contra la administración pública, pero estimo que tal vez debamos reparar en las dificultades investigativas que suponen estos ilícitos, el peso del interés público en la investigación y el descrédito que supone para la administración de justicia la casi sistemática impunidad de estos sucesos.

En nuestra jurisprudencia y literatura directamente se niega la presencia de un interés en una administración de justicia funcional y eficaz. Mi punto no es que este interés debe prevalecer sobre los derechos individuales, sino que no debemos descartarlo como una cuestión insignificante. ¿Hay un derecho al descubrimiento de la verdad? En el ámbito de los crímenes contra la humanidad¹⁷⁶ emergieron dos doctrinas con bastante resonancia teórica y práctica: la de la lucha contra la impunidad y la del derecho de la víctima al castigo del culpable.¹⁷⁷ Fletcher apuntó que en los nuevos tratados internacionales la noción de justicia, entendida como el derecho de la víctima a que el criminal reciba el castigo merecido, ha tomado preeminencia respecto de la noción del juicio justo (*fair trial*).¹⁷⁸

Independientemente de la valoración que se tenga de algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y/o de su aplicación posterior por parte de tribunales nacionales, en ellas hay algunas consideraciones relevantes para esta discusión. Por ejemplo, en *Barrios Altos c. Perú* la CIDH dijo que “*el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención*”¹⁷⁹, y en *Bulacio c. Argentina*¹⁸⁰ dijo que los órganos jurisdiccionales deben recordar que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además

¹⁷⁶ Por ejemplo, del Preámbulo del Estatuto de la C.P.I., la jurisprudencia de la CIDH y de una nutrida doctrina.

¹⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Doctrines regarding the fight against impunity and the victim’s right for the perpetrator to be punished”, *Pace Law Review*, vol. 28, nro. 4, ps. 865/84 (2008).

¹⁷⁸ FLETCHER, George, “Justice and fairness in the protection of crime victims”, 9 *Lewis & Clark L. Rev.* 547 (2005).

¹⁷⁹ Sentencia de la CIDH del 14/3/01, especialmente el párrafo 48.

¹⁸⁰ Sentencia de la CIDH del 18/9/03.

asegurar en tiempo razonable el derecho de la víctima o de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables.

En los intersticios de nuestra jurisprudencia también asoma la importancia de los distintos intereses y metas involucrados en el proceso penal. Por ejemplo, en *Fiscal c. Fernández*¹⁸¹ el Alto Tribunal dijo que en el proceso penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, pues aquél no es sino el medio para alcanzar los más altos valores de la verdad y la justicia, y en el considerando 14 de “*Daray*”¹⁸² la Corte afirmó que debía concertar la garantía individual en juego (inviolabilidad del domicilio) con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades estatales respectivas, “*que al final y al cabo, es el logro del delicado equilibrio entre tan preciados valores que esta Corte siempre ha procurado resguardar*”.

Como vimos, la Corte Interamericana aludió al derecho de las víctimas a obtener justicia, vinculado a su derecho a la investigación, identificación y juzgamiento de los responsables individuales, y al derecho a la verdad como parte integral de los derechos de las víctimas y de sus parientes. ¿Es factible pensar que estas doctrinas se limitan a combatir la impunidad en torno a las violaciones masivas a derechos humanos? Creo que aún si así fuera no estarían justificadas, pero además el efecto metástasis que conllevan es inevitable.

Comparto el espíritu de las ideas de Sancinetti acerca de lo equivocado que resulta dejar librada la configuración del Derecho penal a la reacción de la víctima y a la entronización de ésta en el proceso penal¹⁸³, pero entre eso y considerar irrelevantes sus intereses hay un espacio grande.

Volvamos al psicoanálisis. Ser víctima de un crimen ubica al sujeto en una posición de vulnerabilidad extrema, que se potencia si esta vulnerabilidad se repite en una instancia posterior, a partir de la falta de respuestas del sistema de justicia penal. La sensación de abandono, desaliento e injusticia se incrementa, dejando al sujeto a merced de la falta de normas que regulen y sancionen las conductas. Cuando el sistema de justicia penal no tiene en cuenta su importante misión de estabilización normativa

¹⁸¹ Fallos 313:1305, considerando 14.

¹⁸² Fallos 317:1985.

¹⁸³ SANCINETTI, Marcelo, “*Casos de Derecho penal*”, 3a. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 45/7.

mediante la pena y la necesidad que tiene de la sociedad de conocer la verdad de lo sucedido (obviamente no a cualquier precio), deja a la víctima y a la sociedad con una vivencia de desamparo. Por algo para el psicoanálisis la función de la ley está tan vinculada a la del padre. Cuando una persona queda en estado de desprotección, abandonado por el padre simbólico que son la ley y las instituciones, la sensación de no tener a quién acudir puede provocar sentimientos hostiles como bronca, resentimiento, odio y deseo de venganza, o también sentimientos depresivos, en una dinámica en la que los mencionados sentimientos hostiles retornan sobre el mismo sujeto. Si bien es esperable que la justicia penal, como cualquier institución que se propone actuar con racionalidad y sensatez, busque dejar de lado las pasiones violentas que despierta la comisión de un delito, también puede suscitar las más negativas si claudica en su función de reguladora de las conductas.

VIII. Conclusión

Según Posner, el juez Cardozo comprimió todo el caso contra la regla de exclusión en una línea de su voto en *People v. Defore*¹⁸⁴, de 1926: *the criminal is to go free because the constable has blundered* (el criminal sale absuelto porque el gendarme/comisario se equivocó)¹⁸⁵. En esa opinión, Cardozo también dijo que poco podría agregarse a lo ya escrito sobre la regla de exclusión.

Estoy seguro de que, al menos en el segundo comentario, Cardozo se equivocó. Lo maravilloso del Derecho es que la gran mayoría de los temas y argumentos no se esfuman; siguen ahí, esperando ser repensados y discutidos otra vez. En Derecho, a diferencia de la ciencia, no hay sistemas explícitos de validación, lo cual hace que –para el pesar de muchos- a veces se tenga que admitir que uno se equivocó o que omitió considerar variables importantes para dilucidar la mejor solución a un problema.

No estoy del todo seguro de la corrección o viabilidad de mi posición. Tampoco pretendo que mi argumentación sea, en su conjunto, persuasiva. La mayoría no cambiará su opinión sobre la regla de exclusión a partir de algún punto leído en este artículo. No tengo problemas con eso, pero creo que no sirve sostener algunas ficciones que se repiten hace años sin controversia en Argentina. También siento que argumentar y debatir tiene un valor en sí mismo y que quienes trabajamos con el Derecho tenemos la tarea de enfrentar la complejidad, no de barrerla bajo la alfombra. Como decía

¹⁸⁴ 150 N.E. 585, 587 (N.Y. 1926).

¹⁸⁵ Para Posner, el poder de sintetizar una tradición de pensamiento jurídico en una sola oración es dado a pocos jueces; en gran medida, “*es el poder de un retórico -un poeta- más que el de un analista o un jurista práctico*”. Otro ejemplo famoso que cita Posner es la afirmación de Holmes en *Lochner v. Nueva York*: “*La decimocuarta enmienda constitucional (equal protection clause) no promulgó la estática social de Herbert Spencer*”. Ver POSNER, Richard A. “*Cardozo: a study in reputation*”, University of Chicago Press, Chicago, 1990, ps. 55-57. Sin embargo, posteriormente Posner dijo que el peligro cuando los jueces tratan de ser literarios es que embarrarán la ley (*they will muddy the law*) usando metáforas ingeniosas que eluden el proceso de razonamiento legal. Pero dijo algunas cosas más sobre la frase de Cardozo en *People v. Defore*: para Posner, el uso del término *constable* (gendarme) en vez de policía es inspirado y no solo mejora el ritmo de la frase y la hace más memorable, también hace que el abuso de poder policial parezca trivial. Ver “*Law and literature*”, Harvard University Press, 1998 (edición revisada y aumentada), ps. 279/280.

Popper, son escasas las discusiones en las que uno de los antagonistas convence o “convierte” al otro, pero es raro que en un debate inteligente y propiamente conducido los intervinientes mantengan una posición idéntica a la cual con la que comenzaron; habrá concesiones, refinamientos y ajustes y las posturas iniciales atravesarán modificaciones, aún si en lo sustantivo siguen siendo las mismas.

En el epílogo a *Risks and Wrongs*, Jules Coleman señala que la importancia de Hart en la teoría jurídica desde los '70 hasta hoy se debe, en parte, a la extraordinaria atención crítica que recibió de parte de Dworkin. De ahí, Coleman extrae una lección que debería ser atendida por nuestra academia: el trabajo filosófico y legal se mantiene vivo alentando la crítica, respondiendo a ella con simpatía y apreciando el rol que desempeña en la creación del legado propio. En sentido contrario –dice Coleman– quienes sofocan y suprimen las objeciones y los cuestionamientos se mantienen vigentes solamente debido a sus seguidores, y en consecuencia su influencia declina¹⁸⁶.

Aunque sea impopular, es necesario reiniciar una conversación que genere una comprensión y aplicación más sofisticada de la regla de exclusión, sacándola del pedestal en el que se la colocó y reconociendo la colisión de principios y valores. Espero haber sido claro: no me opongo irrestrictamente a la regla de exclusión, sí a su aplicación indiscriminada, porque creo que es necesario introducir la noción de proporcionalidad y una matización con factores como el impacto de la violación legal, la culpabilidad del funcionario policial o judicial y la gravedad del delito investigado al decidir si la prueba debe ser excluida.

Es muy difícil identificar una alternativa superior a la exclusión probatoria, pero debería apuntarse a un mayor equilibrio normativo que haga lugar a la pluralidad de valores en juego en el proceso penal, entre el modelo de Laudan, centrado exclusivamente en preocupaciones epistemológicas, y aquel que desdeña la centralidad del objetivo de descubrir la verdad y asignar responsabilidad penal a quienes cometieron delitos.

Recordemos que en lugares respetables del mundo occidental con ricas tradiciones legales se responde de manera distinta a la nuestra ante la obtención de prueba ilícita. Hay construcciones legales y jurisprudenciales variadas, como la teoría de la valoración integral del proceso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la teoría alemana de las tres esferas, la doctrina de la conexión de antijuridicidad elaborada

¹⁸⁶ COLEMAN, Jules, “*Risks and wrongs*”, Oxford University Press, 2002.

en España, el *balancing test* anglosajón, etc. Es poco serio afirmar que los países que tienen una regla de exclusión más flexible y matizada tienen, por ello, sistemas de justicia no íntegros o inmorales.

Aunque me parece que es más sólida que la que defienden los penalistas argentinos que mencioné, mi propuesta fue meramente esbozada, por razones de espacio y porque tal vez pasé más tiempo del necesario leyendo sobre el tema que pensando en él, lo cual hace que haya pensado sobre todo en pequeñas variaciones sobre lo existente, en vez de intentar soluciones distintas.

El juez Scalia suele contar un chiste para defender el originalismo como método de interpretación constitucional, no ideal, pero sí superior a los restantes. Dos acampantes se despiertan en sus bolsas de dormir y ven que se acerca, amenazante, un oso pardo gigante. Corren a toda velocidad. Uno de los dos, que venía más rezagado, le pregunta a su compañero qué sentido tiene seguir corriendo; el oso es demasiado rápido, los alcanzará igual. *“No necesito ganarle en velocidad al oso. Sólo necesito correr más rápido que vos”*.