

AFECTACIÓN DE LA DIGNIDAD **EN LA PRUEBA OBTENIDA** **ILEGALMENTE**

Florencia Belén Zanca

La prueba ilícita y el análisis del fallo “Vergara”

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordará el rol que cumple la prueba obtenida ilegalmente en el proceso penal, con el respectivo planteo de nulidad, y principalmente cuando la prueba se obtiene no solo de forma ilícita sino además vulnerando la dignidad de la persona acusada en el proceso.

En el fallo “Vergara”, sentencia emitida por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, se observa una clara vulneración a la dignidad y un evidente atropello de derechos y garantías, como el debido proceso, siendo que el mismo se encuentra contemplado en el art. 18 de nuestra Carta Magna. Sumado a ello, cabe destacar que en el procedimiento penal, la ley vigente no se debería limitar al Código Procesal Penal sino que, debería comprender la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Lo relevante del presente fallo es que, a mi entender se logró un perfecto avance en materia de responsabilidad estatal, toda vez que si el Estado se comprometió internacionalmente a los efectos de cumplir y garantizar los derechos humanos, aquí en “Vergara” los magistrados realizaron un análisis exhaustivo a fin de cumplir con los estándares de convencionalidad y no solo limitarse a lo dispuesto en el Código Procesal. Por consiguiente, resulta inaceptable convalidar un acto procesal de semejante magnitud, donde se obtuvo prueba material sometiendo a la persona sospechada de un delito de acción pública a un trato degradante, cruel e inhumano, que produce indefectiblemente una opresión o padecimiento indebido desde el punto de vista psicológico, moral o físico, afectando gravemente su dignidad, cuestión que se encuentra vedada en nuestra legislación actual.

PALABRAS CLAVE: prueba, nulidad, allanamiento, registro, dignidad, debido proceso, garantías, ilicitud, proporcionalidad, estupefacientes, intimidación, inviolabilidad, constitucional, autonomía, prohibiciones, tormento, coacción, fuerzas de seguridad.

DESARROLLO

Breve exposición del fallo:

Previo a analizar cada aspecto relevante del fallo en cuestión me remitiré a narrar brevemente dicha resolución, la cual se dictó en el año 2012 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal.

La resolución que originó el respectivo recurso a la Cámara fue la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Provincia de Neuquén, donde el a quo condenó a Néstor Fabián Vergara por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, con una pena de cuatro años de prisión. En relación a ello, la defensa del acusado interpuso

recurso de casación contra dicha sentencia, fundando la pertinente apelación con los motivos previstos en los incisos primero y segundo del art. 456 del CPPN, señalando a su vez que se había vulnerado el debido proceso, toda vez que Vergara no había sido invitado a presenciar el allanamiento de su domicilio en el que se secuestró la sustancia ilícita, y se había violado el derecho de defensa en juicio por no haberle dado al imputado la oportunidad de controlar el presente procedimiento.

La realización del allanamiento fue llevada a cabo por el personal policial de turno en completo estado de ebriedad, con una clara intimidación y abuso de poder contra la Sra. Claudia Valdebenito, cónyuge del imputado. Sumado a ello, durante el procedimiento el personal policial llegó incluso a hurtar mercadería del kiosco – propiedad del Sr. Vergara- como también el causante fue víctima de apremios ilegales, prueba que fue probada con la documentación acreditada al respecto, es decir, certificados médicos que acreditaban en qué condiciones habría ingresado Sr. Vergara a las Unidades Penitenciarias pertinentes.

Por ende, el recurso ataca la sentencia del Tribunal Oral en cuanto el *a quo* no declaró nulo el allanamiento –por resultar ilícito conforme las normas procesales-, condenando a Vergara por el hallazgo de la sustancia estupefaciente, y sin tener en cuenta las demás irregularidades contemporáneas y posteriores al desarrollo del procedimiento concretado en el domicilio donde habitaban tanto el encartado como su cónyuge.

Lo más impactante de este fallo es que al momento del allanamiento, el imputado se encontraba encapuchado sin poder presenciar el acto procesal, tal como fuera atestiguado por la declaración de un testigo quien afirmó que el Sr. Vergara se encontraba boca abajo con el rostro tapado por una remera. Asimismo, del tramo inicial del acta surge que, tanto el encartado como su cónyuge habían sido inmediatamente reducidos e inmovilizados por dos agentes, quienes justificaron su accionar desmedido alegando que los denunciados se habían resistido a la pesquisa

insultando y gritando al personal policial, cuestión que fue desmentida por los testigos, pero, sin perjuicio de ello, es menester considerar que, en el supuesto caso de que ambos hayan proferido gritos e insultos, dicho accionar no es óbice para configurar “resistencia”, ni mucho menos una de tal entidad para justificar que se los encapuchara durante el transcurso del procedimiento siendo víctimas de tratos humillantes y vejatorios.-

Otra cuestión no menos relevante es que, en el allanamiento mismo llegaron a haber CINCO vehículos policiales con su correspondiente personal, por ende, cualquier intento de resistencia por parte del encartado y su cónyuge hubiese resultado estéril. Sumado a ello, a mi entender, por la calidad del delito considero que era innecesario movilizar tantos agentes policiales, cuando en realidad con un móvil bastaba. Entiendo que, desde que inició el acta de procedimiento hasta el final resultó todo bastante desproporcional, sin que exista alguna circunstancia que amerite la intervención de cinco vehículos policiales, teniendo en consideración la *desproporción entre la magnitud de la vulneración de derechos del imputado y su pareja, frente a la ínfima cantidad de sustancia secuestrada.*¹

Por consiguiente, si traslado a la balanza los tratos crueles y la humillación que padecieron estos sujetos y el delito mismo, está perfectamente claro que resulta ser más grave el accionar de los agentes policiales que la acción típica per se.

Finalmente, la Sala interviniente de la Cámara falló a favor del Sr. Vergara haciendo lugar al recurso de casación interpuesto, y absolviendo al mismo en base a las cuestiones expuestas en los párrafos que anteceden.

¹Fallo Vergara, Néstor Fabian s/ Recurso de Casación.- Sala IV Cámara Nacional de Casación Penal, 11/09/2012.-

Allanamiento ilegal junto con la afectación de la libertad, la intimidad y la inviolabilidad de domicilio:

Tal como surge del presente fallo, el art. 151 del Código Penal prevé la pena de prisión –de seis meses a dos años- e inhabilitación especial –por igual término- para el funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.²

Este tipo penal fue ubicado dentro de los delitos contra la libertad (libro segundo, Título V), siendo que la libertad se define en principio como “la facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo o de otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones”.³ A su vez, podríamos señalar que existen dos tipos de libertades, por un lado, la libertad física o ambulatoria que encuadra el desplazamiento del individuo y por otro lado, la libertad psíquica o psicológica, es decir, las creencias, la libertad de expresarse libremente, derechos que son constitucionales y que se encuentran en el art. 14 de nuestra Carta Magna. Por ello, en el fallo en cuestión, además de haberse vulnerado la dignidad de la persona, tal como desarrollaré más adelante, se ha vulnerado la libertad del individuo, en primer lugar por haber sido inmovilizado al inicio del allanamiento por las fuerzas de seguridad, y en segundo lugar por haber sido coaccionado, intimidado, y humillado por las mismas autoridades.

En tal sentido, y conforme lo expuesto en el párrafo que antecede, es notoria la vulneración de ambas libertades del sujeto. Sumado a ello, otro derecho constitucional que se vulnera es la intimidad domiciliaria, porque “protege la incolumidad de un ámbito material de intimidad personal, el mantenimiento de una

²Capítulo XVII El Allanamiento Ilegal. El Registro y el Allanamiento en el Proceso Penal, Maximiliano Hairabedián, 2º edición actualizada y ampliada. Alberoni Ediciones.

³ Buompadre, Jorge e., Delitos contra la libertad, Mave, 1999, ps. 24 y 25. Señala también que “la libertad individual puede ser entendida en un doble aspecto, como libertad física (ambulatoria o de movimientos) y como libertad psíquica (actuación sobre la voluntad o psique del sujeto pasivo).

esfera de reserva vinculada a las afecciones, a la familia o a los asuntos, dentro de la cual el ciudadano puede desenvolverse sin intromisiones de terceros.⁴

Claro está que, lo que ocurrió principalmente con Vergara –en el marco de una investigación penal- fue un evidente abuso de la autoridad, y que la norma protege la inviolabilidad del domicilio, en su art. 17 de la CN. Aun así, ante tal abuso, hoy día en distintas sociedades todavía continúa observándose el uso de la intimidación y del allanamiento ilegal –en muchos casos sin orden judicial pero que tampoco encuadre en el marco legal del art. 227 del CPPN- como método de persecución y de amedrentamiento político.

Aquí el punto más relevante es la mayor dificultad en que se encuentra un particular de defenderse contra una violación de domicilio cometida bajo el pretexto de un acto de justicia⁵, siendo menester mencionar la intimidación que padecen estos sujetos ante las fuerzas de seguridad y los operadores del poder judicial cuando estos últimos ejercen abuso de poder. ¿Entonces, cuando existe el respectivo abuso de poder? ¿Cuál es ese límite? El límite es la afectación del bien jurídico, en este caso la inviolabilidad del domicilio, la libertad, entre otros derechos constitucionales. Se ha dicho que un allanamiento es legítimo cuando la autoridad lo practica en los casos determinados por la ley y con las formalidades requeridas por ella. Sin embargo, no cualquier inobservancia de formalidades será configurativa del ilícito bajo estudio. Deberán ser las que se relacionen con la protección del domicilio⁶, y no las que estén establecidas con fines meramente probatorios, (por ejemplo, no labrar el acta pertinente) porque en el último supuesto no se afecta el bien jurídico involucrado.

⁴Balcarce Fabian I. Derecho Penal, parte especial, t. I, Advocatus, Córdoba, 2007, ps. 345 y 350.

⁵Breglia Arias Omar, “El delito de violación de domicilio, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 7

⁶ En este punto me refiero por ejemplo a ingresar sin orden judicial cuando ésta es requerida, allanar sin motivo fundado, entre otras posibilidades.

En cuanto a los casos previstos por ley que pueden generar un allanamiento, está claro que si el fin es contrario a derecho podría configurarse el ilícito bajo análisis.

Ahora bien, atendiendo a lo que surge del art. 228. Del CPPN, intitulado como “Formalidades para el allanamiento”. El mismo reza lo siguiente: *“La orden de allanamiento será notificada al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse o, cuando esté ausente, a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, prefiriendo a los familiares del primero. Al notificado se le invitará a presenciar el registro. Cuando no se encontrare a nadie, ello se hará constar en el acta. (...)”*.

Es notable la irregularidad procesal que padeció el encartado en cuanto a que en ningún momento se lo invitó a presenciar el allanamiento en su morada. En este sentido, el domicilio por excelencia a los fines del allanamiento es la morada, por ser éste el reducto más íntimo de la intimidad personal⁷. Resulta ser el lugar donde se concentra en mayor medida la intimidad, derecho constitucional receptado no solo en nuestra Carta Magna, sino en los tratados internacionales de Derechos Humanos. No obstante, el concepto no se limita allí, toda vez que la casación provincial expuso en una oportunidad que se integra, además la casa de negocio, sus dependencias, y recinto habitado.⁸ Y siguiendo doctrina penal sustancial, caracteriza a la morada como el lugar de habitación, el hogar o casa de la persona; lugar donde no solo el individuo mantiene la intimidad de su persona física, sino también sus afecciones o cosas, con un propósito más o menos prolongado. Por ende, cuando nos referimos a la morada se debe entender como lugar habitado y sus dependencias cerradas, es decir, espacios que sin ser parte del sitio habitado per se, lo complementan en su conjunto como unidad, estos espacios pueden ser: terrazas, patios, garajes, jardines cercados, entre otros, de tal forma que la orden

⁷Capítulo VII Lugar pg. 112. El Registro y el Allanamiento en el Proceso Penal, Maximiliano Hairabedián, 2º edición actualizada y ampliada. Alberoni Ediciones.

⁸TSJCb., S. 89, 25/09/1998, “García, Semanario Jurídico” N° 1222, 24/12/1998.

dirigida a la casa abarca e incluye tales dependencias, salvo disposición o falta total de necesidad.

Con lo referido en el párrafo que antecede quiero decir que no es menos relevante que sea una “casa de familia” o un departamento donde viva una sola persona, si o si gozan de una protección constitucional. De hecho, el Tribunal Supremo Español se pronunció en contra respecto a un departamento que la imputada usaba para guardar ropa y muebles, valorando que los policías declararon en el debate que no se halló “en el recinto signo alguno de constituir hogar”⁹

Escenario constitucional:

A partir de las cláusulas constitucionales más relevantes, de las normas procesales reglamentarias de ellas y de algunos principios expuestos por la Corte Suprema de la Nación en el pasado, es posible pensar que tanto en materia de restricciones a la libertad como de invasiones a la intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia porque las decisiones trascendentes en estas áreas queden en manos de los jueces.

En atención a las normas constitucionales, el art. 18 de nuestra Constitución Nacional se limita a señalar que, “nadie será arrestado sino en virtud de una orden escrita de autoridad competente”, existiendo cierto acuerdo doctrinario en que esa autoridad competente es en verdad la judicial.¹⁰

Otras cláusulas razonablemente aplicables son las que consagran que es “inviolable de la defensa en juicio de la persona y los derechos”, haciendo mención al Sr. Vergara, en cuanto su abogado defensor en la apelación pertinente alegó que se había violado la garantía de contar con un abogado defensor, y que, en otro orden

⁹S. 3049, Res. 323, 18/02/2009.-

¹⁰ Julio Maier, Cuestiones Fundamentales sobre la libertad del imputado, Editorial Lerner, Buenos Aires, 1981, p. 27

de ideas “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley ...”

En materia de allanamientos y registros de domicilios, papeles privados, y correspondencia, a su vez, se sabe que la Constitución se limitó en el art. 18 a consagrar su inviolabilidad, señalando que sería “una ley” la que determinaría en qué casos y con que justificativos puede procederse a este tipo de medidas.

Ahora bien, si se repasan las principales normas reglamentarias de estas garantías contenidas en los ordenamientos procesales, es notoria la preferencia exhibida por los legisladores tanto nacionales como provinciales porque las medidas coercitivas que afecten a esas garantías sean, en la medida de lo posible, dictadas por los jueces.¹¹

El esquema que preside en general los ordenamientos procesales es que, salvo supuestos de urgencia en los que no sería practicable la obtención de la orden judicial, las decisiones que impliquen afectar la libertad personal de los individuos o avanzar sobre áreas de su intimidad, pertenecen al ámbito de los magistrados.¹²

Como corroboración de estos principios, la Corte Suprema de la Nación señaló que en el caso Fiorentino¹³, referido a la interpretación de la cláusula constitucional sobre inviolabilidad del domicilio, que “aunque en rigor no resulta exigencia del art. 18 de la CN que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que solo ellos pueden autorizar esa medida, sin perjuicio de algunos supuestos en que se reconoce a los funcionarios la posibilidad de obviar tal recaudo”.

¹¹ . Art. 284 CPPN, autoriza detenciones policiales sin orden judicial pero solo para supuestos taxativamente contemplados tales como flagrancia, fuga, peligro inminente de fuga, etc.

¹² Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los estándares light. Alejandro Carrió. Revista judicial de la Universidad de Palermo.

¹³ . Fallo 306:1752

Afectación de la dignidad:

Previo a analizar la dignidad de la persona, es menester destacar que la dignidad per se no es un derecho humano, sino un atributo de la personalidad. No obstante, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional prevé un reconocimiento y hace mención a la dignidad en su art. 11 del mencionado instrumento internacional, y la Carta de las Naciones Unidas, incorpora el concepto de dignidad humana en su preámbulo: “[...] *los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a afirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*”, decidieron aunar “*sus esfuerzos para realizar estos designios*”.

En otro orden de ideas, la dignidad también deviene de un concepto kantiano, siendo que la define como un fin en sí misma.

Respecto de los principios que rigen la prueba penal, y por razón del ideal que persigue —es decir, averiguar la verdad objetiva, real o material— en Derecho procesal penal toda la regulación jurídica de la prueba, como método para alcanzar ese objetivo, es que ella favorece la investigación del caso, diferencia con otras áreas del derecho, donde *la investigación oficial de la verdad* ha sido considerada como máxima y/o principio fundamental del derecho procesal penal durante siglos, porque, al contrario de lo que sucede en el derecho procesal civil, la actividad probatoria no depende, en el proceso penal, de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en el proceso¹⁴, y esto es así debido a que como sucede con la persecución penal, el interés público por la pena estatal ha destituido al interés particular, incluso en materia probatoria. De tal manera, es el propio Estado, por intermedio de sus órganos competentes, el interesado en averiguar la verdad acerca

¹⁴ En el derecho procesal civil rige el principio dispositivo, derivado de la autonomía de la voluntad de las partes.

de la existencia o inexistencia de un hecho, para aplicarle sus reglas penales, y eventualmente, actuar la consecuencia jurídica, prescindiendo del interés particular.

No obstante lo expuesto, según la nueva reforma del Código Procesal Penal Federal, particularmente la reforma del sistema acusatorio, hoy día el derecho penal debe estar destinado a buscar el consenso y la paz social, y ya no a buscar la verdad material. Es decir, que el juez al tomar conocimiento del caso concreto, debe sentenciar conforme al compromiso con la pacificación y que las garantías sean protegidas invistiendo al imputado de ellas como una especie de armadura. A eso se le llama DEBIDO PROCESO LEGAL, es decir, en relación a la condena justa y aquella que ingrese violando las garantías judiciales tendrán que existir las nulidades pertinentes.

A todo esto, respecto a la eficiencia versus las garantías procesales, Roxin ha mencionado que los Estados totalitarios exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización del proceso lo más eficaz posible del procedimiento penal. Y en relación a ello, Julio Maier ha expuesto que, en un Estado de Derecho, el propio Estado está obligado por dos fines, uno es el aseguramiento del orden a través de la persecución penal, y el segundo, es el procedimiento de la esfera de libertad del ciudadano.¹⁵ Por consiguiente, se deben respetar no solo el procedimiento penal en la persecución de los delitos sino los derechos y garantías en juego.

Otro principio es la *libertad probatoria*, toda vez que las reglas del Derecho penal no someten la convicción acerca de determinado hecho, circunstancia o elemento, que ellas contienen en sus descripciones, a su comprobación como medio de prueba determinado en la misma ley. Asimismo, no contienen tampoco reglas de valoración probatoria –prueba legal-, que indiquen cuando un elemento definitorio

¹⁵ Doctrina de la doble eficacia.

de sus normas debe ser tenido por cierto o por incierto¹⁶. Entonces, al decir “libertad probatoria” nos referimos a todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento e importante para la decisión final, lo cual debe ser probado y por cualquier medio de prueba.

Sin embargo, la regla no es absoluta y solo constituye un principio “orientador” en cuanto a la admisibilidad y la producción, por consiguiente, aun considerando la libertad de la prueba, ningún principio es absoluto toda vez que al mismo tiempo tienen limitaciones, a los efectos de no vulnerar derechos fundamentales, tal como ocurrió en el fallo puesto en análisis. Estas limitaciones también son llamadas “**prohibiciones probatorias**”¹⁷, existiendo clasificaciones según su alcance, es decir, pueden ser tanto absolutas como relativas.

En el fallo en cuestión, la limitación o prohibición probatoria que se refiere a los métodos utilizables para la búsqueda de la verdad, se dan aquellas prohibiciones referidas al uso de la coacción, de la fuerza o de la violencia. Tales limitaciones provienen, principalmente, del respeto por la **dignidad** del ser humano individual y que es propia de un Estado de Derecho. Ellas determinan que los órganos de prueba –personas con el conocimiento pertinente- sean, en última instancia, medios voluntarios de la inclusión de información al procedimiento penal, toda vez que no debe obtenerse su versión de los hechos por métodos coactivos, o que supriman la libre y consciente expresión de su voluntad e intimidad. Por ende, al imputado, como órgano de prueba, la ley le concede un *derecho al silencio*¹⁸, que no

¹⁶ La averiguación de la verdad como meta del procedimiento penal... Los medios y métodos para averiguar la verdad. Cap. Principios políticos del Derecho procesal penal argentino, pág. 819. Derecho Procesal Penal- Tomo I, Fundamentos. Julio B. J. Maier

¹⁷ En el derecho procesal penal alemán se pueden clasificar según su alcance en absolutas, referidas al objeto de prueba y relativas porque el hecho puede ser probado, pero por medios de prueba determinados por ley o en su caso con ciertos impedimentos relativos a la producción de prueba, a los órganos de prueba o a los métodos empleados para indagar la verdad.

¹⁸ Así como la garantía de no auto incriminarse, garantía protegida constitucionalmente –art. 18 CN-.

puede ser avasallado por el uso de la violencia o la coacción a los efectos de que el propio imputado confiese¹⁹, como así tampoco puede utilizarse la coacción ni otros métodos coercitivos que corrompan la libre expresión de su autonomía de la voluntad al momento mismo de la declaración²⁰, es decir, para lograr una declaración, y/o durante ella.

De todos modos, aun con limitaciones, el procedimiento penal es, desde cierto punto de vista, un método regulado jurídicamente para averiguar la verdad acerca de una imputación²¹. Para cumplir esa misión nos remitimos a la prueba, siendo la “prueba” todo lo que en un procedimiento representa el esfuerzo de incorporar los rastros, señales, evidencia que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto.²²

Ahora bien, ¿la averiguación de la verdad es un fin absoluto? Muy complejo sería delimitar cuestiones jurídicas en verdaderamente absolutas, y esto resulta así toda vez que, principalmente existen las limitaciones, en este caso, la protección de la dignidad individual, derechos constitucionales, y valores reconocidos en la persona. La averiguación de la verdad, entonces, recorre una especie de ideal genérico a alcanzar, como un cierto valor positivo de la resolución judicial final que coexiste

¹⁹ Conforme Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos), Declaración Universal de derechos y deberes del hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁰ Para peritos y testigos dicha protección es más débil toda vez que el deber de informar la verdad está impuesto por la ley, incluso bajo la amenaza de una sanción penal en el caso de inobservancia de la misma, pero de todos modos, eficaz porque tampoco puede emplearse método coercitivo alguno, ni dispositivo alguno que coarte la libre expresión de su voluntad. la única coacción posible –que podría darse como advertencia durante la declaración o aplicada después de la misma si se comprueba que el sujeto miente es la pena estatal.

²¹ Principios políticos del Derecho procesal penal argentino. Los medios y métodos para averiguar la verdad, pág. 814. Derecho Procesal Penal- Tomo I, Fundamentos. Julio B. J. Maier

²² Cuando alegamos el concepto de “prueba” solo nos referimos a un sentido del concepto porque también podría darse otro sentido de la prueba, es decir, que acudimos a ella para señalar el resultado de la actividad probatoria.

claramente con otras funciones el procedimiento, es decir, las limitaciones que acabo de mencionar. Julio Maier, en su tratado de Derecho Procesal Penal expresa lo siguiente: *“un procedimiento concreto alcanza su meta con la decisión sobre el conflicto y es perfectamente válido, aún cuando no haya alcanzado el ideal de proporcionar un conocimiento suficiente acerca de la verdad real, material o histórica objetiva. ... El orden jurídico proporciona, para ese caso, un criterio de solución”*.

Además de las limitaciones que ya he abordado, asimismo, se agregan una serie más con respecto a la protección de la intimidad, la vida privada, la salud, e incluso, la propiedad particular, bienes cuya afectación solo está permitida bajo condiciones formales rigurosas, o para el supuesto que colisione con otro derecho de igual raigambre constitucional. En el fallo mencionado, tenemos, en primer lugar, la protección del domicilio, mediante la regulación de las condiciones del “allanamiento de morada”; en la protección del secreto de las comunicaciones con otras personas, mediante la regulación de las condiciones para interceptar y abrir la correspondencia, o comunicaciones telefónicas o mediante el deber impuesto por la propia ley penal de “guardar el secreto”; en la protección de la integridad física e intelectual, mediante reglas que impiden la investigación o examen corporal o mental, cuando implique un riesgo para la salud; en la protección del pudor, por intermedio de la reglamentación del examen corporal²³; en la protección de la propiedad, mediante las reglas que reglamentan el secuestro²⁴.

Afectación de derechos amparados en la normativa internacional:

En el ámbito internacional, tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protege derechos ante la vulneración o limitación ilegítima, al

²³ Ver “Arena” informe nro. 38/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – OEA-, caso 10506, Argentina.

²⁴ La averiguación de la verdad como meta del procedimiento penal... Los medios y métodos para averiguar la verdad. Cap. Principios políticos del Derecho procesal penal argentino, pág. 824. Derecho Procesal Penal- Tomo I, Fundamentos. Julio B. J. Maier

constituir fuentes o medios de prueba que incidirían directamente en casos de eventual prueba ilícita. A tal efecto, el art. 8 de la CADH reza lo siguiente: “[...]la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza ...”, tal garantía judicial se vería afectada si las autoridades pertinentes no respetan el derecho a la integridad personal, y la prohibición de someter a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que implicaría la ilicitud de cualquier confesión obtenida sirviéndose de prácticas tan detestables.

Con todo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo al que hice mención en el párrafo que antecede se aplica al conjunto de los requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto del Estado que pueda afectar a sus derechos.²⁵ Sin embargo, la propia Corte no ha dictado doctrina específica sobre la prueba ilícita, sin perjuicio, existen diversos pronunciamientos, uno de ellos, “prueba de confesión obtenida bajo tortura” señala la violación de la garantía contra la autoincriminación, declarando la responsabilidad internacional del Estado –art. 8 de la CADH-²⁶.

En cuanto a las garantías que se contemplan en los arts. 8.2 y 8.3 de la mencionada Convención, la Corte observa que si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial –art. 8.2- o inculpadas en el marco del mismo –art. 8.3- también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación

²⁵ Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto de juez natural y el principio de debido proceso legal rigen a lo largo de las etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Cap. V, Elementos para el contraste. Punto 3. La prueba ilícita en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La prueba Ilícita. Teresa Armenta Deu. –Segunda Edición-.

²⁶ Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia del 18/08/2000 Corte Interamericana de DDHH.

jurídica de la persona de que se trata. Este es el caso “Tibi vs. Ecuador. Sentencia de fecha 7 de septiembre del año 2004, donde la tribunal afirma “*está demostrado que el señor Daniel Tibi fue víctima de torturas por parte de los agentes estatales, que afectaron su derecho a la integridad personal, así como sus garantías judiciales básicas. Se lo sometió a dichos actos con el propósito de doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse por determinadas conductas delictivas.*”²⁷

Principio de proporcionalidad

Este principio, tal como lo nombraron los camaristas en el fallo “Vergara”, también se denomina clearing de valores o balancing test en el derecho norteamericano.²⁸ Dicho principio supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia. A modo de ejemplo, en un allanamiento ilegal sin orden se secuestraron bombas y se desbarató una célula terrorista y de excluir la prueba, se derivaría la impunidad de los autores. Distinto es el caso que analizo en el presente, toda vez que el tormento y la afectación de la dignidad que ha padecido el inculcado son mucho mayores al delito por el cual se lo pretendía imputar. En el último caso está bastante clara la desproporción entre el accionar de la autoridad policial y el delito investigado.

La realidad es que, intentando hacer una analogía, bien sabemos que la pena debe ser proporcional al injusto cometido, por ende, en mi opinión, esto también

²⁷ Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fecha 7/09/2004. Serie C, num. 114.

²⁸ Nuestra Corte ha admitido que la gravedad del hecho es un factor a tener en cuenta a la hora de ponderar una declaración de nulidad. ... “Desde ya que dicha magnitud no debe ser entendida en modo alguno como salvoconducto para vulnerar los derechos de los imputados. Sin embargo, ello no autoriza a descartar con ligereza parte de las pruebas acumuladas, sin que a su respecto se hubiera comprobado violación de garantía constitucional alguna, puesto que en el caso, la extrema gravedad de los hechos así como su repercusión y desgraciadas consecuencias, imponen el mayor de los esfuerzos en la recolección de evidencias en pos de arribar a la verdad material” ... (CSJN, 27/05/2009, “Telleldin”).

debería aplicar con la investigación penal, ya que la investigación debería ser proporcional al injusto, sin embargo, esto no resulta óbice para justificar un accionar desmedido cuando el tipo penal sea un delito grave.

En la jurisprudencia alemana, este principio se limita a situaciones excepcionales e inusuales, siempre que la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes, y además que, importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que, la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones.²⁹

Sumado a lo expuesto, adhiere a este principio de proporcionalidad el Tribunal Federal de Casación Penal suizo en el caso “Schenk” en el sentido que “[...] se debe examinar caso a caso si la violación legal es tan grave que no permite utilizar la prueba obtenida ilegalmente, para cuya determinación hay que ponderar los intereses y los derechos en juego ...”. Entonces, esto es guía para determinar cuándo una infracción constitucional puede ser tolerada, tomando en cuenta si la medida probatoria viciada es de las que puede ser dispuesta con orden judicial, como ocurre con los registros domiciliarios, a diferencia de una confesión forzada. Por ende, el presente fallo se está refiriendo a aquellos derechos y garantías constitucionales que no son absolutos porque admiten su quebrantamiento mediando ciertos requisitos sobre los cuales el proceso penal ofrece una “protección de segundo nivel”.³⁰ Por ejemplo, siguiendo con la línea del fallo “Vergara” en materia de estupefacientes, la jurisprudencia española en una

²⁹ Capítulo IV Consecuencias de los allanamientos ordenados o ejecutados en infracción a la constitución. Pg 93. El Registro y el Allanamiento en el Proceso Penal, Maximiliano Hairabedián, 2º edición actualizada y ampliada. Alberoni Ediciones.

³⁰ Capítulo IV. Consecuencias de los allanamientos ordenados o ejecutados en infracción a la constitución pg. 94. El Registro y el Allanamiento en el Proceso Penal, Maximiliano Hairabedián, 2º edición actualizada y ampliada. Alberoni Ediciones.

sentencia dictada por el Tribunal Superior Español, ha considerado que sería desproporcionado declarar la nulidad de un registro en el que se secuestraron 43 kgs. de hachís, si se hubiese practicado de noche en el marco de una orden sin la correspondiente habilitación³¹.

Ahora bien, hay casos en los que existe una especie de publicidad, es decir, que cuentan con relevancia social y que podría darse que, quizá no se declare la nulidad del procedimiento cuando por ejemplo al personal de la fuerza de seguridad le resulte imposible obtener la revalidación de la orden judicial de allanamiento, puesto que puede suceder que los hechos se precipiten repentinamente, y en ese caso concreto no se declare la nulidad del procedimiento.

Distinto fue un fallo federal donde rechazaron planteos de nulidad sobre un procedimiento en un campo en el que se interceptó una avioneta cuando aterrizo con un cargamento de marihuana, deteniéndose a los traficantes que al momento de llevarlo a cabo no contaban con la correspondiente autorización de entrada, ya que las fuerzas de seguridad tenían solo una orden de allanamiento vencida. El Tribunal Oral que sentenció alegó que ponderando los intereses en juego, hay una mínima injerencia por parte del Estado en la privacidad de los imputados a causa del ingreso de los policías a un terreno rural de grandes dimensiones, cuya titularidad ni siquiera les pertenecía, y por el otro el ingreso al país de una considerable cantidad de droga, con el singular daño social que genera la comisión de estos delitos, el notable y evidente crecimiento de estas actividades criminales, y la implícita y extrema potencialidad lesiva para la salud pública que acarrearán, y para las cuales, el Estado Argentino ha asumido compromisos internacionales por medio de la ley 24.072, al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”³².-

³¹ TSE, Sala Penal, S. N° 2466, 17/04/1993.-

³² TOC F1 Cba., 13/03/2019, “Vargas Hurtado”.

Con esto se plasma la claridad de que en el fallo “Vergara”, a diferencia de todo lo expuesto, debe regir el principio de proporcionalidad al entender que, no existe afectación del bien jurídico.

Leading case:

Sin lugar a dudas el fallo “Fiorentino” fue el leading case para resolver los posteriores planteos de nulidad ante la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente. Luego de que la Corte Suprema de Justicia se expidiera al respecto, los tribunales inferiores comenzaron a ocuparse de las consecuencias de los allanamientos cumplidos sin orden judicial, y la defensa empezó a plantear la ilegalidad de los procedimientos. Es de relevancia destacar que previo a Fiorentino, la propia Corte negaba los allanamientos ilegítimos y por consiguiente se violaban derechos de jerarquía constitucional, como hemos visto al principio del presente trabajo.

Uno de los considerandos que fueron aplicados en distintos planteos fue que la CSJN en materia del consentimiento que podría llegar a prestar el encartado, fue que *“pretender del destinatario de la medida una actitud de resistencia importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas”*³³.

Reflexiones finales:

Si nos detenemos un momento y reflexionamos acerca de estas prácticas terminamos dándonos cuenta que, hoy día existen muchas cuestiones impensadas por la época actual en la que vivimos, por ejemplo, cuestiones de género, niñez, derechos humanos, y como las expuestas en el presente trabajo, que por más que las tengamos internalizadas y que no las naturalicemos en el contexto actual continúan ocurriendo.

³³ Ver considerando nro. 5 del fallo Fiorentino. CSJN.

Se continúan dando situaciones desagradables, como agentes de las fuerzas de seguridad, en los que es menester depositar confianza, sin embargo, hoy observamos el actuar desmedido, e injusto en el que dos sujetos fueron víctimas, uno de ellos humillado, coaccionado y agredido, y su cónyuge siendo víctima de la intimidación y sometida a un trato vejatorio y degradante.

Aquí podemos observar una metodología de coacción en la que las fuerzas de seguridad ejercen intimidación, incrementando el estado de indefensión a punto de generar una sensación de pánico que, en la sentencia referida, los sentenciantes la llaman "tormento".

Asimismo, es evidente que, en casos similares, no existe un consentimiento para la requisita o allanamiento, y eso se confunde muchas veces con el abuso de poder por parte de las autoridades, como también de la intimidación que se ejerce sobre los sujetos.

Es por ello que, a los efectos de evitar que se propaguen prácticas de ese estilo y se vulneren derechos constitucionales, existe un remedio procesal que es la "nulidad de la prueba obtenida ilegalmente". Por consiguiente, ese fue el remedio que acabó con una práctica tan injusta como es la violación de la dignidad y de la intimidad del ser humano.

Bien sabemos que, cuando existen derechos constitucionales en juego, como en este caso, la inviolabilidad de domicilio y el derecho a la intimidad, los mismos podrían suspenderse siempre y cuando existan motivos urgentes e inminentes que atenten contra el orden público, y que esos "motivos" quedarían sujetos al análisis de los magistrados, pero siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Procesal Penal. Tomo I. Tratado. Fundamentos. Julio B. Maier.
- Derecho Procesal Penal. Tomo I. Tratado. Fundamentos. Julio B. Maier.

- Garantías constitucionales en el proceso penal. 6° edición actualizada y ampliada. Alejandro D. Carrió. Editorial. Hammurabi.
- El Registro y el Allanamiento en el Proceso Penal, Maximiliano Hairabedián, 2° edición actualizada y ampliada. Alberoni Ediciones.
- Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los estándares light. Alejandro Carrió. Revista judicial de la Universidad de Palermo.
- Prueba Ilícita (un estudio comparado). Teresa Armenta Deu. –Segunda Edición- Editorial Marcial Pons.
- Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal 2° edición actualizada y ampliada –Maximiliano Hairabedián- Ed. Ad-Hoc.
- Fallo Fiorentino Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes, CSJN. 27/09/1987.
- Fallo Vergara Néstor Fabian s/ recurso de casación. Sala IV. Cámara Nacional de Casación Penal. Buenos Aires, 11/09/2012.