

Exclusiones probatorias

La calidad de funcionario público como nuevo cauce independiente

Mariano Parodi ¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- El planteo del problema de la inoperatividad de la Regla de Exclusión; III.- La aplicación de la doctrina de “Balancing Test” frente a la presunta alegación de “afectación al a intimidad”; IV.- Incidencia de la Convención contra la Corrupción en la inaplicabilidad de la regla de exclusión; V.- Conclusiones finales.

RESUMEN: El presente artículo, trata las llamadas filtraciones o "hackeros" donde se ponen a conocimiento público, indicios - presunciones de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, donde la premisa preponderante es "no puede alegarse la regla de exclusión, cuando quien la alega es funcionario del estado y los delitos son producto de dicha función". En esta senda, donde se busca justificar que el material obtenido y puesto en conocimiento a la sociedad, no puede ser pasible de una alegación de regla de exclusión solicitada por el funcionario afectado, cuando lo revelado por su contenido guarda relación con actividades a su cargo, que la ciudadanía ha confiado. Por lo que se ha pretendido, mediante ciertos argumentos del presente artículo, darle una utilidad probatoria al contenido hackeado o filtrado del funcionario, operando este mismo por su calidad funcional como cauce independiente e imposibilitado de alegar la inutilidad de dicho acervo probatorio.

PALABRAS CLAVE: Corrupción - Regla de exclusión - defensa en juicio – debido proceso - integridad – administración pública.

¹ Dr. Mariano Parodi (UBA). Especializándose en Derecho Penal en la misma casa de estudios.
Parodimariano1@gmail.com

I.- Introducción

El siguiente artículo, más que una necesidad estrictamente académica, se sirve de una verdadera realidad no solo desde una arista jurídica, sino también desde una necesidad política para hacer frente determinadas acciones que se cometen subrepticamente y bajo la mirada pública, que conspiran negativamente en el beneficio de la comunidad, su integridad ética, como la credibilidad pública en sus gobernantes llamados “representantes del pueblo”.

Así, el abordaje del presente artículo, que no pretende grandes proezas doctrinarias, sino repensar la forma en que se aborda una doctrina de la exclusión probatoria (a entender de este autor de carácter constitucional, como se verá), busca generar una limitación al poder del estado frente a las “revelaciones – filtraciones”, que esta era de la tecnología nos brinda y que nos permite conocer cómo operan y se desenvuelven los funcionarios que cometen delitos de corrupción, evitando así de esta forma, que los propios agentes del estado involucrados, se amparen en la doctrina de exclusión para invalidar los elementos de convicción que los comprometen judicialmente. -

Es por ello, que se adelanta por la presente, que se trata de obturar desde la vía del análisis doctrinario y jurisprudencial, cualquier tentativa por parte de agentes del estado, que producto de presuntas filtraciones mediante “captaciones e interceptaciones” de sus comunicaciones, en lo relacionado con el ejercicio estricto de su función, se vean impedidos de alegar la regla de exclusión, para neutralizar los efectos de la prueba obtenida, bajo pretexto de afectaciones a su intimidad y privacidad, en aras de privilegiar la investigación, sanción y erradicación de los comportamientos que desestabilizan la integridad y la fiabilidad de los agentes estatales.

II.- El planteo del problema de la inoperatividad de la Regla de Exclusión

Conforme se ha podido vislumbrar primariamente en la introducción el planteo del problema que aquí brevemente se suscita, parto de la siguiente premisa. **No es admisible la posibilidad de que un agente del estado, se arroge un causal de exclusión probatorio cuando quien comete el delito es parte del propio estado.**

En esta senda, si analizamos las concepciones originarias desde donde ha surgido jurisprudencialmente, y más precisamente en nuestro país, desde el

precedente Charles Hermanos, se han establecido límites precisos a la actividad estatal, evitando que el resultado obtenido no justifique la acción empleada en perjuicio del justiciable.

Así el punto de partida, surge como una limitación estatal, donde más allá del fundamento teológico, ético o legal que se le quiera atribuir a dicha doctrina, es evidente que el objetivo final de la misma, es la inadmisibilidad de valorar aquello obtenido a contrario de lo que se intenta reprochar, es decir evitar una contradicción del reproche formulado, en el sentido de que debe existir una integridad y legalidad sobre quien, como y con que se impulsa la acción. –

En efecto, pensemos que un agente del estado quien ha utilizado los resortes, la infraestructura y la conexión del aparato estadual, como medio para el delito - *sea para influenciar, encubrir, facilitar, preparar, ejecutar*- de poder utilizarla para evitar el avance de un reproche penal en su contra, sería buscar un salvoconducto jurisprudencial para garantizar su impunidad, y sin dudas que un magistrado que convalidase la admisibilidad de dicho planteo defensivo, lejos de advertir la condición de quien lo alega, contribuiría a facilitar dicha impunidad, lo que luciría claramente asistemático, agravando aún más el objetivo final de la lucha contra la corrupción, socavando y desprestigiando al institucionalidad, en este caso judicial.

Sostengo esto, en razón de que la normativa internacional, constriñe al juez competente a cargo de tratar dicho planteo, imposibilitado de inobservar, con el efecto de desconocer e inaplicar el art. 75 inc.22, respecto a la Convención Interamericana contra la Corrupción, según Ley 24.759, de nuestro derecho interno. Esto ya de por sí implica un coto, a la viabilidad mecánica de la regla de exclusión, por la vía normativa (a diferencia de un justiciable particular), que obliga al juez al momento de evaluar un planteo de estas características, que es lo que deberá sopesarse al momento de acoger la regla de exclusión alegada por el funcionario, si privilegia su “intimidad” en desmedro de una potencial acción penal o el interés público preponderante en su actividad criminal (que será analizado posteriormente).

En consecuencia, así como al momento de que un particular “alega” la viabilidad de la regla de exclusión, es pacífica la jurisprudencia que dispone que su aplicación no sea automática, dado que al ser articulada por la vía nulificante, con efectos propios de invalorable absoluta del material acopiado, como medio restrictivo obliga a delimitar las circunstancias fácticas para su concesión, **por lo que la calidad de funcionario que alega su procedencia, debe ser inclusive más restrictiva, a fines de sopesar su incidencia en el estándar de exigencia**

por ser funcionario público, en analogía con el particular, y no incurrir en una afectación art. 16 la C.N, por el estándar de exigencia propio de todo servidor público.

Es decir que, a diferencia de lo que sucedería con un particular que ve afectado su derecho por un agente del estado, y que ya de por sí se efectúa una interpretación restrictiva (por que la absolutez y efectos que derivan del planteo, la exigencia de apreciación conlleva un estándar superior al afectar todo un proceso), **en este caso, el funcionario que la alega, no puede estar en mejor posición que el particular, ni el juez competente contribuir a ello, dado que comenzaría no solo a afectar disposiciones internacionales, sino constitucionales locales.**

Con mayor razón aún, no solamente la regla de exclusión sería inaplicable por la calidad de quien alega, por cuestiones del respeto al principio de igualdad ante la ley, sino que además, al tratarse de “revelaciones”, relacionadas con la comisión de delitos de corrupción en el ejercicio de su actividad, en perjuicio de la administración, no solo como he referido el juez debe **apreciar la calidad de quien alega, el delito que se ha revelado, sino que no rinda beneficios, más no favorecer su distorsión**, conforme lo ha sostenido reiteradamente nuestro máximo tribunal federal “*No corresponde decretar la nulidad de lo actuado si el a quo, al no aplicar la regla de exclusión, fue consecuente con el deber que tenían los jueces de resguardar "la razón de la justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios" (Fallos: 320:1472).*

Entonces, considerando la gravedad y complejidad que suscitan este tipo de delitos, para con la sociedad, la rigidez en la interpretación de la regla de exclusión, como su correspondiente inoperatividad para el delito de corrupción, debe analizarse también a la luz del bien jurídico protegido (que es nada menos que la integridad social, conforme su considerando primero), por lo que en estas situaciones deberíamos considerar justificable, mantener el acervo probatorio intacto, atento a la hermenéutica internacional aplicable, bajo la consecuencia de dejar en saco roto la principal finalidad a la que ha sido instaurada que es la integridad y desarrollo de los pueblos.

Así las cosas, de una lectura atenta de las disposiciones internacionales, la apoyatura legal desde esta visión, que permite en principio impedir el éxito de la regla de exclusión articulada, surge del mismo instrumento internacional, por cuanto prescribe en su preámbulo “*exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio*” siendo necesario en consecuencia, no descartar ningún forma de “acto

revelador” que permita evidenciar la complejidad de estos delitos, para con la sociedad, en razón de que efectivamente muchos de ellos no salen a la luz por la infraestructura que poseen, la influencia y conexiones que inclusive obturan toda posibilidad de que ello ocurra.

Si partimos del Capítulo III, art.8, el mismo instrumento, dispone sistemas para proteger a los funcionarios públicos y **ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción (siendo viable la filtración o hackeo una actividad de revelación válida)**, ya que se incluyen la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, lo que **permite justificar que el particular que da a conocer mediante una filtración, está dando a conocer dichos comportamientos.**

Por lo que resulta de sentido común que ante las represalias y a sabiendas de la repercusión que genera una denuncia de estas características (por tratarse de un funcionario público), se valga de una tecnología digital para ello (links abiertos, viralización), por lo que la puesta en conocimiento a la sociedad, del indicio de una actividad de corrupción de un funcionario, no solo se debe salvaguardar su integridad, sino que hace inoponible una defensa mediante la regla de exclusión y la privacidad del funcionario, por que resultaría un sin sentido, privar de efectos a aquello que el propio instrumento inspira en su preámbulo “*el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social*”.

Por lo tanto, de una correcta *ratio legis* se puede deducir fácilmente que, el instrumento normativo, no solamente pone en eje central el bien jurídico tutelado (desarrollo integral de los pueblos), que en estos casos, la tecnología y la disposición de medios ciudadanos para dar a conocer a los hechos, habilitan la correcta intervención de la sociedad, conforme lo pregona el art.III (Medidas Preventivas), al habilitar a la sociedad en dicho ejercicio de contralor (por ser la soberanía popular del cargo electivo materia de embate), conforme se deduce del punto 11. *Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil.*

Cabe subrayar que no se trata de instigar la injerencia en la vida privada del funcionario, dado que lo que este efectúa en sus quehaceres cotidianos, está fuera de tratamiento, pero si evitar que resulte inoperativa toda posibilidad de éxito en la exclusión de dicho acervo “filtrado”, cuando **lo revelado tiene interés público preponderante, conforme la correcta tesis normativa, que impide toda posibilidad de éxito, dado que lo se encuentra comprometido en la sociedad**

toda, más no un único particular ciudadano, por lo tanto, es esa fuerza soberana la que se impone.

Ello, no es cuestión de pura interpretación sino que ha tenido asidero por nuestro tribunal federal, al rechazar viabilidades de reglas de exclusión (habiendo solicitado por un particular), por lo que por *antonomasia* obliga a un tratamiento mucho más extensivo y rígido, para el caso de un funcionario público, ello no solo por la vía de normativa internacional, constitucional art.1, sino también por principio básico, *la idea de justicia que impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro* (Fallos: 305:1753; 311:105, disidencia del juez Fayt); *por cuanto tal delicado equilibrio se malogra cuando se abusa de la facultad para nulificar actos procesales sobre la base de un mal entendido respeto a la garantía de defensa en juicio o debido proceso, habida cuenta de que puede tornar prácticamente imposible la persecución penal del delito, en especial de la naturaleza de los que aquí se tratan* (doctrina de Fallos: 315:677).

Esta jurisprudencia, relevante para lo aquí sostenido, permite dejar en evidencia no solo la exclusión de una posibilidad mecánica de la privación de efectos de un material obtenido en perjuicio del derecho a la intimidad o privacidad del funcionario, sino que nos permite asentar dos circunstancias, la primera la relevancia y preponderancia que adquiere el peso del delito y por otro (que será analizado con posterioridad) es él de la proporcionalidad, como norte al que debe conducirse, como en el presente análisis de la inviabilidad de cualquier oposición defensiva que intente hacer uso de la regla de exclusión.

Así, la corte ha dado pistas, para poder conjugar que la seriedad del delito, obsta su operatividad mecánica, por lo que si observamos los fines que han sido pensados en la Convención contra la Corrupción, está claro que es su propia complejidad, lo que justifica centrarse más en el resultado (contenido obtenido), que en los medios que fueron desplegados para dicha obtención. Sumado, a como se viene sosteniendo, tornaría impracticable en la praxis alentar a la sociedad a comprometerse con la corrupción, si observa que las mismas instituciones judiciales llamadas a investigar, inhabilitan su propio avance, sin sopesar dicha complejidad.

Si observamos el carácter permanente que adquiere este tipo de delitos, es evidente que no se agota en hechos aislados, sino que confluyen en una temporalidad indeterminada, entonces el **acto revelador impide que el delito en curso o efectuado, no rinda beneficios, como ha sido establecido en caso "José Tibold"**, Fallos 254:320. Aspecto que guarda relación, al momento de

efectuar una acción penal, cuando el interés general (pueblo), debe ser oficiosamente impulsado, como lo pregona el art. 120 de la CN, sumando en consecuencia un mayor refuerzo constitucional para que ello pueda prosperar frente a cualquier alegación de la regla de exclusión en beneficio del funcionario imputado, que conduciría al fiscal a cargo a incumplir normativa internacional, **de acoger el planteo requerido, no investigar o bien no oponerse a su viabilidad o apelar su concesión.**

Entonces, se puede asentir que el **funcionario que alega la regla de exclusión, se ve obstaculizado de poder hacer uso de ella, en razón de que es parte del propio estado, lo que sumado a los compromisos internacionales restringen que la ausencia de cauce de independiente, se conjugue favorablemente en su beneficio, porque estaría consolidando en beneficio de un agente del estado, lo que ha sido pensado para un ciudadano.**

Al sopesar el contenido revelado y la acción atentatoria contra la intimidad o privacidad del funcionario, el plexo normativo internacional, como constitucional **impiden conjugar la ausencia de cauce independiente, para restar merito probatorio al material obtenido. En razón de que, como resultado de dichos instrumentos normativos internacionales, misión y fin buscado en su entrada en vigencia, entre ellos “prevenir, investigar, sancionar y erradicar la corrupción”, llevan a efectuar una ampliación de la doctrina de la fuente independiente aplicada a delitos cometidos por funcionarios públicos, siendo su calidad funcional y el interés social, como bien jurídico protegido, el que hace de su posicionamiento político la causal de justificación de validación de dicha prueba, impidiendo que una regla “disuasoria” para agentes del estado, sean utilizados por miembros del estado, en su propio beneficio, incurriendo en una clara contradicción sistemática.**

III.- La aplicación de la doctrina de “Balancing Test” frente a la presunta alegación de “afectación al a intimidad”.

Adentrándonos en la segunda cuestión de análisis, implica ahora ponderar desde la alegada afectación de la intimidad, la inviabilidad de su procedencia argumental. Para ello, y siguiendo la línea de la regla de exclusión, es relevante que dentro de unos de los criterios que ha empleado la jurisprudencia norteamericana es el test de proporcionalidad, para advertir “el costo” que le genera al estado o a la sociedad, la aplicación de dicha doctrina.

Para advertir la relevancia de la inviabilidad de dicho argumento, es de resaltar **la relevancia de lo revelado**, por encima del estándar de protección que esta intenta hacer valer, y el costo de suprimir el conocimiento revelado en detrimento de la sociedad. Así nuevamente, el máximo tribunal se ha expedido en consonancia con lo que aquí se propone *“cabe subrayar el menor grado de protección del ámbito de intimidad a que obliga el ejercicio voluntario de la función pública y, más todavía, de la función judicial. Por ello, el grado de protección de que goza el común de los habitantes del país, en cuanto a la privacidad de las comunicaciones, no puede trasladarse automáticamente a las que efectúan funcionarios y empleados en el ámbito de su desempeño administrativo cuando existen indicios previos de posibles abusos, cuya corroboración razonablemente requiera el examen de los registros de llamadas efectuadas o recibidas por los funcionarios y empleados sobre los que ya recaen serias sospechas. Esto ha sido expresado en la doctrina de esta Corte especialmente acerca de la menor protección con respecto a la crítica pública de que gozan los funcionarios en comparación con la situación común de los particulares (v. Fallos 306:1892, especialmente los considerandos 12° y 13).*

Efectivamente, como se viene desarrollando lo relacionado con las “comunicaciones” no se ven sujetas al mismo nivel de protección que el ciudadano común, conforme propias palabras de la corte nacional. Está claro, que el estándar de protección de la esfera pública de un funcionario y el secreto de sus comunicaciones, si bien no justifican una invasión a la esfera de la intimidad (Fallos: 325:2520), permiten contrapesar la utilización del contenido obtenido, cuando existen indicios de criminalidad, por lo que la alegación de un estándar de esas condiciones no lograría imponerse en su beneficio.

El concepto de comparación que emplea la corte en este caso, es para echar luz sobre lo que debe tener preponderancia al momento de resolver un planteo de regla de exclusión, en lo referido a la acción penal, que se intenta obturar en contra del funcionario “hackeado”, lo que deja en claro la poca viabilidad de mantener una argumentación de su privacidad telemática. Como también, lo ha resuelto *que el menor grado de protección y el paralelo plus de restricciones para los funcionarios y empleados públicos, que se deducen de las normas citadas supra, no son sino una carga derivada de las responsabilidades que se asumen al aceptar el desempeño de servicio público” expediente n° 2.523/2004, "Avocación Schiffrin Leopoldo y Frondizi Román Sumario Administrativo 359/03).*

Efectivamente, si tratarse de un funcionario judicial sería el caso, ya también ha tenido favorable tratamiento, con lo que aquí se pregona respecto de la

inoperatividad de apelar la intimidad como causal defensivo, por cuanto “*la Corte Suprema no puede admitir que se produzcan situaciones que generen inquietudes públicas sobre supuestas irregularidades cometidas por funcionarios o empleados judiciales, que resientan la imagen y la dignidad del Poder Judicial, como órgano encargado de la correcta administración de justicia*” (Fallos:327:5279).

En estos, casos vale resaltar que lo que se encuentra en juego, ya no es una cuestión de haberse “revelado contenido privado”, repudiable y ajeno a la competencia penal. Sino con la toma de conocimiento de actos delictivos de los funcionarios llamados a mantener un elevado estándar ético y de apego a la ley, dado que lo que se pone en conocimiento con el **hackeo o filtración**, más allá de alegada injerencia, es como ha sostenido la propia CSJN la intromisión ilegítima en el derecho al honor exige la falta de veracidad o exactitud de la información que se divulga (Fallos: 345:482).

Que en el siguiente caso, la filtración producto del “hackeo” opera ante la presunta existencia de un delito, por lo que efectivamente no debe hacerse hincapié en el medio, sino más bien en el resultado, dado que la divulgación compromete severamente la función pública encomendada y que el máximo tribunal ya ha ponderado “*Ante las tensiones entre el derecho al honor y la protección de la libertad de expresión, ésta última goza de una protección más intensa **siempre que se trate de publicaciones referidas a funcionarios públicos, personas públicas o temas de interés público por el prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran personalidades públicas o materias de interés público como garantía esencial del sistema republicano***” (Fallos: 345:482).

De esta forma, la alegada afectación a la intimidad que plantee un funcionario público resulta contrapesada por el interés público y máxime por el valor de justicia que demanda la investigación y sanción de la corrupción, en detrimento del sistema republicano, ya que dichos comportamientos socaban gravemente la integridad de los pilares básicos del republicanismo, que es la publicidad y transparencia de ellos, por lo que la divulgación producto de una injerencia ilegal telemática, no puede prosperar del argumento de la afectación a la intimidad.

Por tales razones, nuestro máximo tribunal federal ha otorgado mayor primacía a los “hechos revelados”, teniendo como eje valores fundamentales más relevantes que lucen consonantes con la normativa internacional aquí desarrollada *En virtud de la íntima relación que existe entre la libertad de expresión y la democracia republicana, la protección que la Corte ha reconocido a ese derecho es especialmente intensa en*

materias de interés público, como sin duda lo son aquellas vinculadas con el desempeño de altas funciones públicas (Fallos: 342:1777).

Entre mucha y sobreabundante jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, se ha de sopesar el interés público y las altas funciones, por encima de la privacidad alegada, ya que, también la jurisprudencia norteamericana ha acompañado oportunamente este criterio, permitiendo la primacía del interés público por sobre la regla de exclusión. Conforme lo dispuesto “*En general, dijo la mayoría, los beneficios de la regla de exclusión tenían que sopesarse frente a su tendencia a excluir "pruebas altamente probatorias" Stone v. Powell, 428US 465(1976).*

También ha dicho en el mismo precedente, se ha tendido sobre este criterio “*Por lo tanto, la aplicación de la regla desvía el proceso de búsqueda de la verdad y, a menudo, libera a los culpables. La disparidad en casos particulares entre el error cometido por el policía y la ganancia inesperada que la aplicación de la regla le brinda a un acusado culpable es contraria a la idea de proporcionalidad que es esencial al concepto de justicia. Por lo tanto, aunque se cree que la regla disuade la actividad policial ilegal en parte fomentando el respeto por los valores de la Cuarta Enmienda, si se aplica indiscriminadamente puede tener el efecto contrario de generar una falta de respeto por la ley y la administración de justicia” Stone v. Powell , 428 US en 490 (Juez Powell, escribiendo para la mayoría).*

En suma, traspolando lo allí sentado a la situación del funcionario público es evidente que si los particulares, no gozan de una aplicación automática de la regla, y también son sopesados los criterios de proporción, más aún debe ser para con filtraciones que difunden delitos de corrupción, donde conforme lo desarrollado se ha de comprometer el interés público y principios republicanos, que en caso de acoger favorablemente a regla de exclusión alegada, conspiraría de forma negativa contra aquello que afecta a las propias instituciones.

En este caso, el test de proporcionalidad de los intereses en juego, permite establecer una variable que debe sopesarse a beneficio de la comunidad, por encima de una regla jurisprudencial. Ya que, si observamos los factores en juego, el resultado termina siendo preponderante

- La regla ha sido pensada del particular contra el estado (el funcionario no es un particular).
- Lo revelado, siempre que sea materia de presuntos delitos en ejercicio de su función, no pueden excluirse en su beneficio, bajo consecuencia de que el mismo poder judicial encubra dichos comportamientos.

- Si la regla de exclusión, no es aplicable mecánicamente para el particular, menos para un funcionario del estado.
- El particular que la alega, implica un interés individual, mientras que el funcionario, existe un interés general.
- El particular que la alega, tiene un estándar de privación mayor, que el funcionario “hackeado”, por la reducción de su estándar en base al interés público preponderante en materia de corrupción, acceso a la información y demás.

IV.- Incidencia de la Convención contra la Corrupción en la inaplicabilidad de la regla de exclusión

Resta analizar, finalmente como ha de gravitar la situación que atraviesa la normativa internacional para con la reducción del estándar de privacidad, inaplicabilidad de la regla de exclusión y existencia *per se* del cauce de independiente por su calidad de funcionario.

En efecto la misma se ha pronunciado oportunamente sobre este punto específicamente, que guarda relación con todo lo aquí tratado. Pero, lo novedoso de uno de los informes de la Convención Interamericana contra la Corrupción, conforme el art. 75 inc.22 de nuestra Carta Magna, entre ellos, mediante una visión novedosa desde la libertad de expresión como acceso a la información pública y contralor de sus gobernantes, En el marco de este rol central que juega la libertad de expresión, también es un derecho donde la corrupción produce efectos e impactos negativos.

En el marco de este trabajo, la filtración y el hackeo a un funcionario sobre delitos de corrupción, a luz de la “Convención”, encuentra un respaldo en la libertad de expresión. Precisamente ha determinado que *Quienes participan de esquemas ilícitos necesitan del secreto para poder actuar, por lo tanto, una de sus prioridades es mantener sus actos ilícitos fuera del escrutinio público. De ahí que la libertad de expresión es un derecho que incomoda y en general es socavado por quienes dirigen o se involucran en hechos de corrupción* (par.184, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>)

Una de las principales funciones de la libertad de expresión consiste en facilitar y hacer posible el control social del gobierno y de otros poderes fácticos por parte de los individuos y de distintos actores sociales. *En palabras de la CIDH, “la libertad de expresión es una de las formas más eficaces de denuncia de la corrupción”* y

permite que los ciudadanos participen en la toma de decisiones que le afectan y en el control de la gestión pública. Por tanto, el ejercicio de la libertad de expresión juega un rol fundamental para la investigación y denuncia de la corrupción por ello, existe un deber estatal de generar “un ambiente libre de amenazas para el ejercicio de la libertad de expresión de quienes investigan, informan y denuncian actos de corrupción” (CIDH. Resolución 1/18. Corrupción y derechos humanos. 2 de marzo de 2018.).

Entonces, la libertad de expresión empieza a cobrar relevancia para bloquear todo intento de oponibilidad a la exclusión de la prueba que haga valer el funcionario, ya que las filtraciones permiten socavar el hermetismo político en perjuicio de los ciudadanos, generando que cualquier resolución judicial que convalide dicho planteo, sea proclive al secretismo y a reforzar el ambiente de amenazas en las denuncias de estos actos de corrupción.

Así también, ha privilegiado la libertad de expresión por encima de la intimidad del funcionario, mediante un **test de necesidad**. Donde si bien no existe derecho absoluto, en casos como los que aquí conciernen prosperan por encima de la alegada intimidad, conforme sus propias palabras “*la Corte Interamericana han sostenido consistentemente que el test de necesidad de las limitaciones debe ser aplicado en forma más estricta cuando se trate de expresiones atinentes al Estado, asuntos de interés público, de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o candidatos a ocupar cargos públicos, o a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos*” (Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, supra. Párr. 56, y Caso Mévoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 1309).

Ahora bien, una de las cuestiones más destacadas y que permiten dar pleno asidero a lo que aquí se sostiene, en aras de salvaguardar la prueba obtenida ilegalmente contra el funcionario afectado, es la inadmisibilidad del derecho penal, para contra los divulgadores de la información, sobre los presuntos delitos de corrupción, que obturan todavía posibilidad de avanzar hacia ellos (dado que, de lo contrario, lejos de alentar su lucha la desalentarían).

Esto ha sido expresamente manifestado “*El uso del derecho penal es incompatible con la investigación y publicación de información sobre hechos de corrupción. La corrupción en todas sus formas y dimensiones constituye un asunto del más alto interés público y las investigaciones sobre este tipo de conducta inapropiada que afecta a la sociedad en su conjunto, no deben ser inhibidas por la amenaza penal*” (par.189, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>). **Como**

se viene desarrollando, las dimensiones de la corrupción van más allá de cualquier oposición dogmática que pretenda efectuarse contra el avance de la misma, siendo el **asunto de más alto interés público**.

Entonces, siguiendo estos lineamientos de habilitar la exclusión de la prueba, lejos de convertirlo en el más alto interés público, se estaría inhibiendo por la vía judicial penal (de forma inversa) en beneficio del funcionario y en perjuicio de la sociedad toda. Para ello, podemos conjugar, a favor de lo que aquí se sostiene sobre la imposibilidad de hacer valer argumentos en pro de habilitar la doctrina de exclusión, por cuanto *El principio 10 de la Declaración de Principios para la Libertad de Expresión de la CIDH es conclusivo en este sentido: "Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. OEA. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Adoptada por la CIDH en su 108° período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000).*

La revelación y el debate sobre hechos de corrupción es un asunto de interés público y, por tanto, las expresiones relacionadas con tales hechos deben gozar de una especial protección y la imposición de restricciones sobre las mismas deben examinarse con especial cautela. Entonces, la “filtración” debe operar con total viabilidad, sin posibilidad de ser obturada por causales de exclusión, **dado que la libertad de expresión y el interés público en obtener conocimiento de sus gobernantes, ante indicios de criminalidad en la función pública, han de prosperar como garantía y compensación de la honra afectada, siendo inoponible, operando la libertad de expresión principal barrera de aplicación de criterios jurídicos que impidan la investigaciones de los hechos revelados.**

Con respecto al estándar menor de protección del funcionario público sobre su “honra” en la afectación de sus privacidad e intimidad en sus niveles, la misma corte ha dicho *Tales personas se han sometido voluntariamente a un umbral distinto a la protección de sus derechos y, por consiguiente, están sometidas a un mayor escrutinio y crítica por parte del público. Complementariamente, la mayor influencia social y facilidad de acceso a medios de comunicación de las que gozan estas personas, les permite mayores posibilidades de dar respuesta a cuestionamientos o críticas* (Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá,

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 122.).

Ahora, es de resaltar concretamente que “no se trata de dar impunidad al hacker” sino de privilegiar la información resultante por la preponderancia de los principios aquí narrados, ya que ha de quedar claro que el distinto umbral de protección no desampara completamente a estas personas en la garantía de sus derechos, pero sí implica la posibilidad de intervenciones en asuntos de la esfera privada que no serían aceptables para los particulares que no reportan un interés público.

Por lo tanto, aclarado ello, y que permite concluir, en consonancia con la jurisprudencia aquí analizada, la Convención ha dado asidero a estas circunstancias, por cuanto dicho umbral, se ve mucho más relajado (ya inclusive en cuestiones de mera privacidad) mucho más en materia delictiva, por cuanto ha dicho “*el distinto umbral de protección de estas personas permite la realización de críticas o la revelación de hechos que reflejan fallas en el desempeño del cargo o abusos de poder*” Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 111 párr. 121).

En esta vía, las distinciones sobre los distintos niveles de protección de la esfera íntima de determinadas personas involucradas en asuntos de interés público juegan un rol esencial en el marco de la lucha contra la corrupción. *El fenómeno de la corrupción no se limita a los malos manejos por parte de personas en altos cargos públicos, sino que también involucra a funcionarios de todos los niveles y a particulares que ejecutan recursos públicos o que buscan acceder a tales funciones, como los contratistas o postulantes a licitaciones públicas* (CIDH. Informe No. 4/17. Caso Tulio Alberto Álvarez. Venezuela. Caso 12.663. Fondo. 26 de enero de 2017, párr. 84.).

Finalmente, para advertir la relevación de la información revelada, que permite triunfar por encima de la regla de exclusión, es justamente que no importa el “acceso”, ya que es más relevante el contenido obtenido del acceso, entonces estas nuevas modalidad de obtención de información sobre corrupción, forman parte de nuevas técnicas de lucha, siendo “*En ese sentido, tanto el anonimato como la encriptación son fundamentales para la privacidad y el ejercicio de la libertad de expresión en Internet.*” CIDH. *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17. 15 de marzo de 2017, párr 227).

V.- Conclusiones Finales

Ha quedado claro, por lo menos desde este precario análisis, que efectivamente **quien es funcionario público no puede alegar una regla de exclusión que ha sido diseñada para limitar al estado. Ello no solo por incurrir en una contradicción sistemática, sino porque implicaría atentar contras todos los principios aquí involucrados, estando en mejor posición que un particular.**

De esta forma, el objetivo del presente artículo ha sido encaminado con los principios normativos internacionales que están en juego, para advertir que, a diferencia de otros cauces independientes, que permiten purificar prueba viciada, este causal aquí tratado del “funcionario público” es una garantía para la ciudadanía.

Ello, no por alentar la intrusión a las comunicaciones, sino para disponer de medios y herramientas para que estas nuevas formas de “difusión”, no sea utilizadas mediante legalismos jurídicos, en aras de denegar su tratamiento en materia de investigación, dejando a los instrumentos normativos constitucionales como expresión de deseos.

A diferencia de otros causales, que han sido creados por la doctrina, el que aquí se plantea surge de la sistematicidad normativa nacional como e internacional, que la derivan no solo implícitamente por la vía del art. 31,33 de la C.N, sino porque la propia Convención Interamericana contra la corrupción así lo dispone, por lo que la correcta *ratio legis* se exterioriza en evitar cualquier triunfo de la misma en perjuicio de los ciudadanos.

Operando los balances y análisis de proporcionalidad aquí desarrollados, como criterios para sopesar válidamente la obtención del contenido delictivo, sin adentrarse en la discusión banal de los medios empleados para ello, evidenciando que quien accede al a estado, asume una reducción de su umbral de protección, no siendo oponible la formulación de alegaciones de exclusión, en razón de su propio estado, dado que de lo contrario, todo juez que resuelva en razón de los principios aquí asentados, favorecerían al propio estado, en detrimento del ciudadano.