

Injerencias y estándares probatorios

Nicolás Escandar y Santiago French¹

Luego de recorrer un largo camino se ha llegado a un consenso con respecto a las facultades de los órganos judiciales y policiales² para realizar injerencias –detenciones, requisas, allanamientos o intervención de las comunicaciones– en los derechos de las personas. La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo –al menos– en que es necesario que existan motivos previos³ para llevar a cabo la intrusión⁴. A su vez, los hechos que fundamentan el “estado de sospecha” deben ser exteriorizados para posibilitar su control⁵.

Ahora bien, nos interesa dar un paso más en la discusión. *Esto es, la delimitación de las características concretas que deben poseer aquellos motivos justificantes*, es decir, el nivel de sospechamínimo (*fumus bonis iure*) que debe dar cuenta sobre la existencia de un delito, como así también sobre la utilidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en relación al tipo de injerencia que se pretende en orden a descubrir y hacer cesar el delito que se investiga.

Así, es indiscutible que existe un estándar abstracto para llevar a cabo las injerencias y que es necesario que el funcionario que la lleva a cabo o la autoriza explicita los motivos en los que se funda. Sin embargo, no existe un estándar objetivo y concreto que permita, en forma previa a la toma de la decisión, saber cuándo está satisfecho fácticamente el parámetro abstracto. *Para decirlo de otra manera, si bien es innegable que es necesaria la existencia de un “estado de sospecha” previo a la medida de coerción, no es posible saber qué hechos deben tenerse por probados y con qué grado para que la medida esté justificada (estándar concreto de sospecha).*

En general, la única prueba con la que se cuenta para resolver acerca de la existencia o no de motivos para realizar la injerencia es el acta de procedimiento y la declaración de los funcionarios policiales que llevan adelante la investigación y, con suerte, alguna “tarea de inteligencia” que en muchos casos son de imposible verificación. A este cuadro probatorio puede sumarse la declaración del imputado. Esto nos plantea varios interrogantes.

¿Cuál es el grado de certeza necesario para legitimar una medida de coerción personal? ¿Es suficiente el acta de procedimiento más la declaración testimonial de los funcionarios policiales? No contamos con un estándar objetivo que permita responder a estas preguntas⁶.

La inexistencia de parámetros objetivos impide un efectivo control de decisiones que importan graves lesiones a los derechos fundamentales. *El juez sabe que debe tener motivos para autorizar la injerencia, no obstante, es libre para decidir si los hechos que se le presentan son adecuados y están suficientemente probados para legitimarla.*

La motivación de la decisión no resuelve el problema mencionado, ya que al no existir un estándar previo que sirva de parámetro, no es posible controlar la razonabilidad de la resolución. Entonces, todo dependerá, en última instancia, de una decisión discrecional del juzgador⁷. Expresa BINDER:

“...le hemos prestado atención a la exposición racional de la construcción del hecho (fundamentación) pero no a la racionalidad de la construcción misma, esto es, a la tarea de ir ganando terreno a la objetivación de esa construcción frente a la ineludible presencia de la subjetividad del juez. El énfasis puesto en la fundamentación ha olvidado que no es posible valorar y controlar esa fundamentación si no contamos con criterios objetivos desde donde realizar esa crítica. El esfuerzo de racionalización se diluye, precisamente, a la hora de controlar la

¹El primero es abogado, especialista en derecho penal por la Universidad Nacional del Litoral y Prosecretario letrado de la Defensoría ante los Jueces Federales de Salta; el segundo es abogado, especialista en derecho penal por la Universidad Austral y Secretario penal de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

² La judicatura no se encuentra en pie de igualdad con la policía a la hora de tomar decisiones que restrinjan los derechos de los ciudadanos. La orden judicial como requisito previo a la injerencia es la regla general y la actuación policial, con control posterior de los jueces, debe ser la excepción. No obstante, la práctica muestra que esta regla no ha logrado plena fuerza normativa.

³Véase en este sentido los art. 224, 230, 236 y 284 del CPPN

⁴La CSJN ha remarcado la necesidad de que existan datos objetivos que hagan necesaria la medida lesiva de derechos. Luego de una varios años de una jurisprudencia permisiva con el accionar judicial y policial, a partir del precedente “Peralta Cano” (P. 1666. XLI) del 3 de mayo del 2007, el Tribunal ha retomado la senda garantista, reafirmada en el caso “Quaranta” (Fallos 333:1674) del 31 de agosto de 2010 y sus citas en “Flores Castillo” (F. 183. XLIII. RHE) del 7 de diciembre de 2010 y “Dodero” (D. 429. XLVI. RHE) del 27 de diciembre de 2012.

⁵ En el supuesto de que la decisión sea tomada por la policía, debe ser controlada por la judicatura (Fallos 317:1985), pues si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motiva el pedido de las autoridades administrativas, la intervención judicial carecería de sentido (Fallos: 315:1043; 325:1845 y sus citas); en el caso de que la injerencia sea autorizada por un juez, es posible activar el sistema de recursos previstos en el ordenamiento procesal.

⁶ Este tema ha sido desarrollado, si bien referido a los estándares de prueba mínimos necesarios para condenar, por SCHIAVO, Nicolás (2012), *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires. También puede consultarse la obra de LAUDAN, Larry, (2011), *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

⁷En este sentido, algunos tribunales consideraron que es suficiente para detener y requisar a una persona que esta corra ante la presencia policial, mientras que otros han descalificado este criterio. Cfr. causa N° 12742 “FIGUEROA, Mirta Noemí y otros s/ recurso de casación” de fecha 21 de septiembre de 2012 de la Sala II de la CFCP.

decisión más importante. Esto implica, finalmente, que al momento de controlar las sentencias en lugar de sumar racionalidades sumamos subjetividades.”⁸

Como expresamos antes, tampoco está claro cuál es el grado de certeza que debe alcanzar el juzgador con respecto a los hechos para que la injerencia esté justificada. La doctrina que ve a la nulidad de los actos procesales como una sanción que debe estar prevista expresamente en la ley y que debe ser interpretada restrictivamente⁹ ha sumado más confusión al tema¹⁰.

Si uno lee atentamente la jurisprudencia, puede encontrar ciertos estándares negativos que se han ido construyendo y que impiden apoyar las injerencias en determinados hechos, como, por ejemplo, una denuncia anónima¹¹. No obstante, existen dudas con respecto a numerosas acciones cuya prueba –cuestión compleja como anticipamos– da lugar a la convalidación de una injerencia. Así, podemos enumerar las siguientes: dar respuestas evasivas ante preguntas del personal policial; viajar en un colectivo de larga distancia con escaso equipaje y sin conocer exactamente la dirección de destino; cambiar de dirección en una caminata ante la presencia policial¹².

Más allá de estos estándares negativos, es necesario construir algún parámetro positivo que deba ser alcanzado para que una injerencia sea legítima. Es interesante la disidencia de los Dres. LORENZETTI, MAQUEDA y ZAFFARONI en la causa “Ciraolo” (Fallos 332:2397) donde descalifican expresamente los estándares facticos referidos a la requisita corporal que la propia Corte había fijado en fallos anteriores como “Fernández Prieto” (Fallos: 321:2947), “Tumbeiro” (Fallos: 325:2485), “Monzón” (Fallos: 325:3322) y “Szmilowsky” (Fallos: 326:41). Escribieron los Ministros:

“Que, al analizar las circunstancias de esos casos se advierte que aquéllas distaban de reunir los indicios vehementes de culpabilidad que prevé la ley, y, que pese a ello, la Corte legitimó los procedimientos (...).

Que el efecto práctico de esos últimos precedentes de nuestra Corte es que a través de un *estándar confuso* desdibujó el alcance de los poderes de la autoridad de la prevención, así toda detención pudo ser convalidada, de hecho han sido legitimadas detenciones como la de Carlos Alejandro Tumbeiro donde la supuesta actitud sospechosa surgía porque su vestimenta era inusual para la zona y porque no obstante acreditar debidamente su identidad ante su nerviosismo se lo condujo al vehículo policial; o el caso de Rubén Manuel Monzón quien según la autoridad policial estaba frente a la “...entrada del estacionamiento del Ferrocarril Mitre, oportunidad en la que notó que además actuaba con cierto nerviosismo” por lo cual fue requisado y se le encontró marihuana, circunstancias similares fueron también suficientes para convalidar la detención de Tomás Alejandro Szmilowsky.”¹³

Con todo, no puede dejar de advertirse que la jurisprudencia de la Corte Suprema resultó, en este aspecto, más bien confusa e inconsistente. Pues si bien el reconocimiento de algún tipo de estándar de sospecha ya es doctrina uniforme, lo cierto es que el test de legitimidad fue llevado a cabo de forma genérica y bajo el prisma de borrosas premisas (vgr. “causa probable”, “indicios objetivos”, “sospecha razonable”, “indicio razonable”, “mínima sospecha razonable” etc.), sin tener en cuenta el tipo de medida que se trataba (allanamientos, detenciones, requisas, intervenciones telefónicas, etc.) y las enormes diferencias que una y otra restricción importan para los derechos de las personas, desdibujando así la función del baremo que se pretende construir¹⁴.

El desafío de la doctrina –en orden a construir una teoría racional del análisis de la prueba y acotar los márgenes de subjetividad y arbitrariedad– consiste entonces en analizar, criticar y sistematizar estos estándares –negativos y positivos– para desarrollarlos y de esta manera lograr predictibilidad en las decisiones de los jueces y, sobre todo, la posibilidad de controlarlas, ya que se podrá comparar la resolución con un parámetro previo y objetivo.

⁸ BINDER, Alberto, Prologo al libro de SCHIAVO, Nicolás (2012), *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, págs. II y III.

⁹ El uso del concepto de “tipo procesal” ha oscurecido aún más la cuestión y ha impedido una comprensión de las nulidades alejada del formalismo vacuo y verdaderamente protectora de las garantías constitucionales. Escribe BINDER en este sentido: “Es preferible asumir que el concepto de legalidad (y su correlato de tipicidad) no cumple ‘ninguna función específica’ en una (o varias) teorías de las nulidades.” BINDER, Alberto, (2009), *El incumplimiento de las formas procesales*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 25

¹⁰ A raíz de esta interpretación, no está claro si en el ámbito de las nulidades procesales opera en principio político-valorativo *in dubio pro reo*.

¹¹ La CSJN, en la ya citada causa “Peralta Cano” (P. 1666. XLI) expreso: “La mera existencia de una denuncia anónima y la alegación del policía de que uno de los dos jóvenes detenidos llevaba en su mano un destornillador que no fue secuestrado, no son razones suficientes, en este caso, para que nos encontremos dentro de los conceptos de “causa probable”, “sospecha razonable” o “razones urgentes”, tal como los ha delineado la jurisprudencia del Tribunal, y así se desencadene lícitamente el procedimiento policial.” (Énfasis agregado). Lo mismo puede decirse que ocurrió en el citado caso “Quaranta”, en el que se anuló la intervención telefónica dispuesta por el Juez con única base en un llamado telefónico de una persona que no se quiso identificar que anoticiaba que una mujer –cuyas características y datos de ubicación precisó– vendía drogas desde su domicilio y desde donde funcionaba el teléfono que se ordenó intervenir.

¹² Una extensa casuística puede consultarse en HAIRABEDIAN, Maximiliano, (2014), *Requisita y otras inspecciones personales*, Astrea, Buenos Aires.

¹³ Considerando 11 y 12 del fallo en análisis, énfasis agregado.

¹⁴ Resulta elocuente lo sucedido en el precedente “Quaranta”, en el que se cuestionaba una intervención telefónica por ausencia de estado de sospecha. La mayoría de la CS se remite a la opinión del Ministro Petracchi en “Yemal” (Fallos 321:510), que se ocupó de la misma cuestión –motivos previos para la injerencia– pero en un caso de allanamiento. De esa forma y a más de omitir el tratamiento a un estándar de prueba de culpabilidad superior a la que se requiere en un allanamiento –esto es así porque creemos que una intervención telefónica es una medida más invasiva de la intimidad que una requisita domiciliaria–, no se analizaron las cuestiones vinculadas a la duración y proporcionalidad de la medida, su necesidad, los resguardos que deben procurarse y las restantes cuestiones vinculadas específicamente a las intervenciones telefónicas.