

Las garantías en serio: contra la pretensión de crear excepciones “ad hoc”

Replica a Mariano Parodi

M. Camila Cagliero Lomazzi
Juan Manuel Chiaradia¹

SUMARIO: I.- Introducción; II., Problemas del razonamiento; III.. Objeciones prácticas; IV.- Conclusiones

RESUMEN: En la edición de febrero de 2023 de la Revista Pensamiento Penal fue publicado un artículo de Mariano Parodi titulado “Exclusiones probatorias: La calidad de funcionario público como nuevo cauce independiente”² en el que se plantea una excepción a la regla de exclusión de evidencia con base en el carácter de funcionario público del acusado. Este breve artículo surge con la intención de fortalecer el debate, señalando los motivos por los que entendemos que sus argumentos parten de una lectura equivocada del alcance de las garantías constitucionales involucradas y de los tratados internacionales en pugna, así como del carácter de los individuos involucrados y de las excepciones admisibles. Así se proponen objeciones técnicas y prácticas a las nociones que el autor ha desarrollado.

¹ **M. Camila Cagliero Lomazzi** Abogada por la Universidad Católica Argentina. Maestrando en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires.

Juan Manuel Chiaradia: Docente, Abogado, Especialista en Administración de Justicia y Maestrando en Magistratura (todo ello por la Universidad de Buenos Aires).

² <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90596-exclusiones-probatorias-funcionario-publico-nuevo-cauce-independiente>

PALABRAS CLAVE: Debido proceso - regla de exclusión – corrupción - derecho penal del enemigo - defensa en juicio - prueba ilícita

I.- Introducción

El artículo del autor nace a partir de los casos de público conocimiento respecto de filtraciones de presuntas conversaciones telefónicas de funcionarios públicos que habrían sido obtenidas mediante “hackeos” o intromisiones ilícitas. Aquellas alegadas conversaciones daban cuenta de diversos hechos –criminales, ilícitos y/o faltas éticas- y en función de ello el autor desarrolla un razonamiento por medio del cual concluye que –por ser funcionarios públicos- no resultan aplicables las reglas constitucionales de exclusión de los elementos de prueba obtenidos de forma ilícita para “filtraciones” o “revelaciones” de este tipo.

Fundó su posición en los siguientes argumentos: **a)** La regla ha sido pensada a favor del particular contra el estado (y el funcionario público no es un particular); **b)** 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; **c)** El particular tiene un estándar de privacidad mayor que el funcionario “hackeado”, en base al interés público preponderante en materia de corrupción, el acceso a la información y demás; **d)** la Convención de lucha contra la corrupción impone el deber de no excluir la prueba por aquella vía y **e)** la “filtración” es una conducta amparada por la libertad de expresión.

En este trabajo intentaremos desarrollar algunas ideas sobre por qué se encuentra errado el razonamiento del autor, así como cualquier otro de carácter afín, para lo cual se desgarnará su argumentación y no seguiremos precisamente el orden de su exposición.

Previo a ello y –lamentablemente- debemos aclarar lo que debería ser obvio –y más aún en un contexto académico como éste-: que la posición que sostenemos no debe ser entendida como simpatizante de cualquier acto de corrupción o sus autores. Lo que se defiende es el respeto en el reconocimiento y aplicación de las garantías constitucionales y convencionales que amparan a todo ciudadano y vemos con preocupación cualquier noción que busque recortar su aplicación o disminuir su esfera de protección. Tomaremos prestadas las palabras de Roberto Gargarella en este sentido: *“Es y debe ser posible meditar sobre todos esos derechos –los de uno y otro lado– sin tener que involucrarse en la ingrata tarea de aventar inaceptables sospechas:*

como si quien reflexionara sobre los derechos de los victimarios tuviera que aclarar a cada paso que no simpatiza con ellos”³

II.- Problemas del razonamiento

a. ¿El funcionario público es una persona o es el Estado?

Parodi centra el núcleo de su argumentación en el hecho de que las personas que habrían sido objeto de estas intromisiones ilegítimas (“hackeos”) son funcionarios públicos que habrían cometido conductas delictivas en el ejercicio de su función y, consecuentemente, no deben ser protegidos por las garantías constitucionales que implicarían la exclusión de aquellos elementos de prueba, al menos como “indiciarios” de los hechos referidos.

Para ello, razona que las garantías constitucionales que resguardan de violaciones a la intimidad o privacidad no deben ser aplicables en estos casos “en aras de privilegiar la investigación, sanción y erradicación de los comportamientos que desestabilizan la integridad y la fiabilidad de los agentes estatales.”.

El Código Procesal Penal Federal reglamenta en su artículo 13, algunas garantías contenidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, resumiéndolas en la protección de la intimidad y privacidad. Textualmente establece que “Se debe respetar el derecho a la intimidad y a la privacidad del imputado y de cualquier otra persona, en especial la libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles privados y las comunicaciones de toda índole. Sólo con autorización del juez y de conformidad con las disposiciones de este Código podrán afectarse estos derechos”.

Pero no solo el reconocimiento normativo de aquellos ámbitos de protección está dado por nuestra Constitución Nacional (art. 18) sino también por distintos tratados que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal por vía del art. 75, inc. 22: por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), entre otros.

³ Gargarella, Roberto “La métrica de las penas y el derecho a una segunda oportunidad”, publicado en diario La Nación del 11 de febrero de 2023, <https://www.lanacion.com.ar/ideas/la-metrica-de-las-penas-y-el-derecho-a-una-segunda-oportunidad-nid11022023/>

No caben dudas (desde nuestra óptica) de que nos encontraríamos frente a un caso de afectación a la privacidad o intimidad (conceptos diferentes y cuyo contenido suscita diversas interpretaciones)⁴, que tornaría inválidos los elementos de prueba obtenidos mediante aquella afectación, en función de que el Estado no puede valerse de medios ilegales para los fines de la persecución penal. El problema es que el autor no considera a los agentes acusados de aquellos delitos que la prueba ilícita pretende acreditar como “ciudadanos” o “particulares” (y como tales, amparados por las garantías constitucionales y convencionales), sino más bien como parte del Estado mismo, en función de su trabajo (y por ello, no resultaría oponible la intimidad o privacidad de sus comunicaciones).

A pesar de que es directamente contraria con una interpretación pro homine (y literal) de las normas enunciadas, esta lógica es bastante problemática –y a nuestro entender errada-, ya que resulta cuanto menos extraño que alguien deje de estar protegido por una garantía constitucional en función de su trabajo o profesión. ¿En qué momento la persona deja de ser “particular” o “ciudadano” –en este caso perseguido por un delito- en razón de su función pública? ¿Cualquiera que de alguna forma “trabaje para el Estado” deja de ser particular⁵? ¿O depende de si el delito es cometido “en ejercicio de la función pública? ¿Esta flexibilización alcanza solo a casos de “hackeos” o podría validarse –por ejemplo- un allanamiento ilegal con dicha lógica? ¿Y apremios para obtener una confesión del funcionario impúdico? Tampoco queda claro cómo separamos el ámbito de intimidad de la persona en dos espectros: uno protegido por su condición de particular y otro no protegido, en razón del ejercicio de su función pública. ¿Es por el horario en el que se producen las comunicaciones? ¿Por el interlocutor o en razón de su tenor? ¿O debe el funcionario tener un teléfono “personal” –

⁴ Nino distinguía los conceptos de esta forma: **a)** *privacidad* sería la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas, es decir, que no dañan a terceros y que no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que debe imponer el derecho; **b)** la *intimidad*, en cambio, está constituida por una esfera de la persona exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás, respecto de –al menos- rasgos de su cuerpo, su imagen, pensamientos, emociones, circunstancias vividas, hechos pasados conectados con su vida o la de su familia, conductas que no tengan una dimensión intersubjetiva, escritos, pinturas, grabaciones hechas por la persona en cuestión, conversaciones con otros en forma directa o por medios técnicos (como el teléfono), la correspondencia, objetos de uso personal, su domicilio, datos de su situación económica, etcétera. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, editorial Astrea, primera edición 1992, quinta reimpresión 2017, págs. 304/335

⁵ Es decir, ¿la regla que intenta esbozar Parodi abarca a los funcionarios y empleados públicos? ¿O sólo a los primeros? ¿Distingue categorías dentro de aquellos? ¿Aplica a los dependientes del Estado Nacional, provincial o municipal igualmente?

protegido- y otro “laboral” –no protegido-? ¿O el autor sostiene que cuando un agente ingresa a dicha función renuncia totalmente a una expectativa razonable de privacidad? Estos cuestionamientos pueden parecer exagerados, pero si se va a sostener la flexibilización del sistema de garantías que llamamos genéricamente “debido proceso”⁶ debemos –por lo menos- pensar cuidadosamente los límites de aquello que pretendemos defender.

No podemos admitir que el funcionario sea visto como “el Estado” que estaría auto flagelándose al perseguirse penalmente a sí mismo o –de admitir la exclusión de la prueba- protegiéndose a sí mismo. Claramente de lo que hablamos es de individuos, personas, que no son equiparables con el Estado por el rol o función pública que desempeñan. Por eso no podemos aceptar la distinción planteada por el autor, categorizando a las personas que pueden ser objeto de un proceso penal como “agentes del Estado” (con menores garantías) y “ciudadanos” (con garantías plenas). Admitir una excepción de estos caracteres, es decir, en razón de alguna condición de la persona, o formulando distintas categorías de “ciudadanos”, conduce el razonamiento dentro del modelo que ha sido llamado “derecho penal del enemigo”, algo incompatible para quienes defendemos un modelo de derecho penal liberal de bases constitucionales⁷. Sobre estas circunstancias se volverá más adelante, pero resulta relevante adelantar dicha objeción porque en ese terreno se enmarca el esquema teórico desarrollado por el autor.

b. ¿El fin justifica los medios? Sobre el interés público, libertad de expresión, la lucha contra la corrupción y el derecho penal del enemigo

Sobre este punto, primero que nada, hay que resaltar que, contrario a lo argumentado por el autor, la discusión sobre los medios que emplea el proceso penal **jamás** es banal ni debe banalizarse desde el discurso o el sistema de garantías ser presentado como márgenes o mecanismos para asegurar la impunidad⁸. Ello

⁶ Binder, Alberto M., “El régimen de prueba como parte del sistema de garantías”, publicado en https://defensapublica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/Doctrina/Articulo_el_regimen_de_la_prueba_binder.doc

⁷ Siguiendo el modelo teórico garantista con base en postulados desarrollados por Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid. 1995, traducción de AAVV., título original *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*.

⁸ Sostiene Parodi que admitir la exclusión de prueba ilícita de este carácter “*seria 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*”

resulta inadmisibles y contrario al concepto de proceso penal sobre bases constitucionales.

Genéricamente suele decirse que los fines del proceso son la aplicación del derecho material –o sustantivo- y la averiguación de la verdad⁹. Respecto del primero, se advierte que el proceso es un medio para la jurisdicción (aplicación del derecho material en un caso concreto, coloquialmente: “decir el derecho”). Respecto del segundo parece insuficiente sostener que consiste en la “búsqueda de la verdad” sin más. La incorporación de la normativa internacional a la CN por intermedio de su art. 75 inc. 22, ha influido de manera determinante en la actividad punitiva del Estado. No puede negarse que esos instrumentos han venido a reforzar los límites que ya la CN trazaba al poder persecutorio que posee el Estado. Incluso, por un lado, han aportado nuevas herramientas que van a hacer las veces de barreras frente al interés del Estado por aplicar una sanción penal, mientras que, por otra parte, han venido a confirmar gran parte de las garantías preexistentes en la normativa interna.

Entonces, si los derechos, principios y garantías reconocidos en los tratados de derechos humanos y en nuestra Constitución Nacional hacen las veces de piso mínimo de tutela, no parecería extraño que el Estado, a través del Poder Judicial otorgue, a partir de esa “base” que brindan estos instrumentos y mediante las sentencias dictadas en los casos concretos, un mayor resguardo o protección a los derechos que le son reconocidos en esos tratados a las personas que – eventualmente- resultan perseguidas penalmente. Con lo expuesto se advierte que no puede sostenerse que un fin del proceso sea una búsqueda irrestricta de la verdad, sino que aquella debe producirse respetando estos derechos fundamentales, marcando un claro límite, pero, además, constituyéndose como un

dicha impunidad”. No es admisible que el respeto por el debido proceso sea ser leído como un “salvoconducto para asegurar la impunidad” ni los jueces que llevan adelante la honorable tarea de privilegiar los derechos humanos como “cómplices que facilitan la impunidad”, vemos con franco espasmo este tipo de razonamientos en un espacio académico de estas características

⁹ Esto surge textualmente del art. 193 en el Código Procesal Penal de la Nación -ley 23.984- y de los criterios de actuación establecidos por el art. 229 del ordenamiento regulado por la ley 27.063. Desde la perspectiva de la doctrina alemana, se dijo recientemente que el fin del proceso es la decisión judicial sobre la punibilidad del imputado: **(1)** materialmente correcta; **(2)** obtenida conforme al ordenamiento procesal penal, y **(3)** que restablezca la paz jurídica. En este sentido ver Roxin, Claus y Schünemann, Bernd, *Derecho procesal penal*, traducción de la 29ª edición, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pág. 59.

nuevo fin del proceso: el velar por el cumplimiento de las garantías y los derechos fundamentales de los individuos¹⁰.

En este sentido, Parodi esboza como argumento para sostener una persecución penal que prescinda o flexibilice ciertas garantías constitucionales la existencia de una posible responsabilidad internacional en función de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Pero ¿hay realmente una incidencia relevante de dicha Convención en estos casos? La convención citada nada dice sobre la flexibilización de derechos fundamentales y pretender otorgar un significado similar al compromiso asumido por el Estado para la prevención, sanción y erradicación de la corrupción parte de una interpretación forzada que tergiversa el texto aludido. Concretamente el autor sostiene: “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 ninguna 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...”. Es claro que el fin al que apunta la Convención (que de hecho tipifica delitos de corrupción y ordena su incorporación al derecho interno) no tiene vinculación alguna con la prescindencia de la aplicación regla de exclusión para pruebas ilícitas.

También se confunden en el análisis de la convención citada lo expresamente previsto por aquella con “agregados” del autor cuyo origen no se explica. Por ejemplo al sostener que: “del [Artículo] III, [inciso] 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.” En ningún momento aquella norma hace referencia, o expone

¹⁰ Pastor, Daniel, “El principio de la descalificación procesal del Estado en el derecho procesal penal”, publicado en Bertolino y Bruzzone (comps.) *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, ed. Lexis-Nexis-AbeledoPerrot, 2005, pags. 431/454

como viable la filtración o el “hackeo” (recordemos: conducta delictiva, sancionada por el derecho sustantivo argentino) ni es válida la analogía implicada por el autor entre el resguardo de la identidad de un denunciante con la validación de prueba obtenida por medio ilegales.

Precisamente, en su artículo 10 la Convención se limita a exhortar a los Estados Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, a la instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público, limitándose dicho campo al acceso a la información pública de la gestión por medios idóneos en aras de promover una mayor transparencia.

Pero a modo de hipótesis supongamos como válida la interpretación del autor y siguiendo la lógica de la valoración cuestionada, ¿por qué detenernos en los funcionarios públicos? Además de tratados internacionales de lucha contra la corrupción nuestro país ha suscrito otros tantos instrumentos de igual jerarquía respecto de otros delitos que generan “responsabilidad internacional”¹¹. ¿Podríamos aplicar esta novedosa excepción a todos esos casos? Claro que se trata de un razonamiento de pendiente resbaladiza, pero sirve para graficar la incompatibilidad de dar preeminencia a tratados con relación a “la lucha” contra cierta conducta delictiva por sobre el debido proceso (sistema de garantías cuyo desconocimiento o violación también genera –por cierto- responsabilidad internacional del Estado Argentino).

De hecho, tampoco el autor explica por qué la convención de lucha contra la corrupción tendría preeminencia sobre tratados y convenciones de igual jerarquía¹² que reconocen los derechos y garantías que el autor llama a ignorar en pos de la sanción de presuntos delitos cometidos por funcionarios públicos. Es decir, ¿Por qué privilegiamos la lucha contra la corrupción sobre el respeto de las garantías constitucionales cuando ambos reconocen un idéntico *pedigree* de fuente?

¿Por qué debería interpelarnos una consideración semejante por fuera de un proceso de razonamiento que se enmarca en el actual contexto de inflación

¹¹ Terrorismo, Narcotráfico, Delincuencia Organizada Transnacional, Trata de personas, etcétera.

¹² es decir que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal por vía del art. 75, inc. 22; como la CADH o el PIDCP, entre otros.

legislativa y penal¹³ e hipóbole punitivista? Las conductas delictivas ejercidas por funcionarios públicos ya son objeto de un mayor reproche del sistema penal, que se traduce en mayores escalas de sanciones, agravantes por dicha condición y cómputos de prescripción especiales. No se trata de “privilegiar” la aplicación de un tratado por sobre otro como si se tratara de un juego de suma cero, sino que deben conjugarse (tarea difícil pero no imposible) para asegurar la imposición de las sanciones penales que correspondan frente a la comisión de un delito, pero sin dejar de lado ninguna garantía de los acusados en el proceso. No existe otra forma de entender el horizonte y los fines del proceso penal que debe perseguir la administración de justicia.

La gravedad, complejidad del delito o la dificultad de su persecución no pueden ser utilizados como excusas para flexibilizar la protección constitucional otorgada a los ciudadanos en ámbitos elementales.

La cita parcial de jurisprudencia que no se vincula con los hechos del caso planteado, resulta inadmisibles a los fines de abonar la posición del autor, como pretende. El caso “Tripodoro”¹⁴ citado por el autor data de 1992 y trataba sobre la reconstrucción de un expediente destruido y la inexistencia de copias de la declaración indagatoria. Lo que los magistrados sostuvieron era que ello no se traduciría en una afectación al derecho de defensa (ya que no había perjuicio concreto y considerando que no existía una confesión ni fue un elemento dirimente en el cual se hubiera basado la condena). Evidentemente, nada tiene que ver con injerencias ilegales a la intimidad y privacidad y el aprovechamiento de prueba de origen ilícito en un proceso penal. Por esta razón es que no compartimos las conclusiones a las que llega con relación a que: *“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 el 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.”*

Parecería que, antes que nada, el razonamiento esbozado deja de lado el principio constitucional de inocencia; pero aún en un supuesto donde aceptemos la

¹³ Luigi Ferrajoli también denomina este fenómeno como “administrativización del proceso penal”. En Ferrajoli Luigi, *Derecho y Razón*, ob. cit. pág. 770

¹⁴ CSJN Fallos 315:677

existencia, responsabilidad y culpabilidad sobre la conducta delictiva de un agente, lo cierto es que ello no implica que el poder punitivo deba dejar de lado el respeto de sus garantías constitucionales, más bien, todo lo contrario. La defensa de la seguridad jurídica como fin que justifica cualquier violación a derechos o garantías resulta totalmente inaceptable en nuestro estado de derecho constitucional.

Como adelantamos, un razonamiento de este tenor nos posiciona en la lógica del llamado **derecho penal del enemigo**, rechazado fuertemente en un pensamiento sobre nuestras bases constitucionales, en la cual se le niegan los derechos al autor, excluyendo del marco legal de protección y garantías del ciudadano, para convertirse en el enemigo o, como también se lo describe, en una no-persona¹⁵.

Tal como fue expuesto por Muñoz Conde, el Estado de Derecho, “...por definición, no admite que se pueda distinguir entre ‘ciudadano’ y ‘enemigo’ como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicas. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de derecho, sobre todo los de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima [o lesividad] y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcétera), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de derecho [...] En definitiva, el Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder.”¹⁶

Por otra parte, el caso “Oddone”¹⁷ citado que llegó a conocimiento del Máximo Tribunal a través de un pedido de exclusión realizado sobre los elementos secuestrados en el marco de un allanamiento reputado inconstitucional. Lo cierto es que dicho pedido fue declarado inadmisibles ya que el pronunciamiento impugnado que lo declaraba coautor responsable de administración fraudulenta no se basó en el valor probatorio de los documentos incautados ilegalmente, porque

¹⁵ RAFECAS, Daniel. *Derecho penal sobre bases constitucionales*, 1º edición, Buenos Aires, 2021, pág. 47.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, 2º ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008. Ver también en Muñoz Conde, Francisco, “El nuevo Derecho penal autoritario” publicado en la revista *Nuevo Foro Penal*, nro. 66, Colombia, 2003, pp. 15/41

¹⁷ CSJN Fallos 320:1472

estos se trataban de libros en blanco, sino en informes y pruebas periciales obtenidas de forma independiente. En este caso, las actuaciones impugnadas de nulidad por la defensa ya constituían elementos sin valor probatorio alguno y no habían sido ponderadas para la acreditación de los hechos y responsabilidad del imputado, tampoco habían causado la adquisición de otras pruebas valoradas en la condena. Así, al existir un curso investigativo legítimo independiente en el que se había apoyado la sentencia confirmada, la impugnación de dicha evidencia no tendría una relevancia práctica concreta.

En el caso “Avocación Schiffrin Leopoldo y Frondizi Román”¹⁸ se cuestionaron los entrecruzamientos de los registros telefónicos de los empleados de un Juzgado Federal de la Plata por supuestas irregularidades en el trámite de los amparos presentados en el marco de la situación de “corralito financiero”. En ese sentido, a través de un sumario administrativo, y más precisamente con intervención de la Director de Análisis y Apoyo para las Investigaciones en las Comunicaciones de la Superintendencia General de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, se buscó facilitar y determinar la existencia de actos de corrupción dentro del mismo sistema judicial para la aplicación de sanciones disciplinarias. La vía elegida a tal efecto, determina la inadmisibilidad de inferir que los datos requeridos puedan afectar el ámbito de autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad. Más allá que la prueba fue desechada en un principio, posteriormente se admitió su valoración en el marco del sumario administrativo como así también las facultades de investigación de la justicia de dicho fuero en causas disciplinarias de funcionarios públicos.

De la disidencia del Dr. Fayt se desprende que la medida ordenada sería susceptible de vulnerar los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, en tanto no proviene del “juez competente”. En tal sentido, “juez competente” es aquél con competencia penal en el marco de un proceso penal en trámite. Concluyó que es relevante que el sumariante sea un juez porque ello implicaría desconocer la distinción entre la naturaleza de las facultades judiciales y de superintendencia. En el marco de la competencia administrativa la medida invasiva de la privacidad carece de legitimación fáctica, además de la ausencia de competencia del juez para dictarla en dicho caso. En efecto, incluso en el ámbito de la investigación judicial de delitos - que no es el que aquí nos ocupa- recuerda que “*el secreto de las*

¹⁸ CSJN Fallos 327:5279

comunicaciones no puede ser develado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos”¹⁹.

La naturaleza de los hechos que se investigan no puede legitimar la afectación de las garantías mencionadas. En efecto, por aberrante que pueda ser la conducta investigada sería de un contrasentido inadmisibles que por ese motivo se vulnerasen garantías constitucionales básicas.

Así, en base a la comparación de los valores en juego -el respeto a las garantías individuales, por un lado, y el interés de la sociedad en que los delitos sean investigados, por otro-, habiéndose realizado la distinción del punto anterior, se entiende que debe otorgarse primacía a los primeros por tratarse de dictados de la Ley Suprema. Se ha dicho igualmente que la garantía del “debido proceso” y la que consagra el principio de que “nadie puede ser penado sin un juicio previo fundado en ley” se verían naturalmente menoscabadas si se permite que se utilice en contra de un individuo pruebas obtenidas en violación a sus derechos básicos²⁰.

La Cámara Federal de Casación Penal lleva dicho que en casos en los que se no se evidencia colisión de dos derechos de rango equivalente, sino más bien un conflicto entre un derecho fundamental (tal como la intimidad) y un valor (persecución pública del delito), cuya inequivalencia -en términos constitucionales- es notoria y no puede soslayarse para la adecuada solución del litigio, se impide inclinar la decisión del asunto en favor del bien de grado inferior, a riesgo de socavar el ideal liberal que fijan los enunciados de nuestra Constitución como sistema de resguardos frente a los excesos del poder público²¹.

En efecto, no es posible comparar del mismo modo el derecho constitucionalmente amparado a la vida, libertad e intimidad de las personas con el interés público de investigar y reprimir el delito. Este último no es un bien jurídico protegido de ningún individuo en particular. Por otra parte, no hay duda de que, en todo caso, es inferior en jerarquía a los otros bienes enumerados supra, porque la averiguación de la verdad y la persecución del delito, en un Estado de Derecho,

¹⁹ Trib. Const. de España, 5/4/1999, LL 1999-E-647

²⁰ Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª ed, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 154

²¹ ex CNCP, Sala III. "Muñoz Alcalá, Paulino s/rec. de casación". Reg. nro. 137/10, causa nro. 11.136 (pronunciamiento del 22/2/2010).

sólo pueden existir en el marco del debido proceso, cuyos límites son las garantías individuales”²².

Sumado a ello, alegar que la afectación de los derechos de un particular por conductas de un agente del estado en posible vinculación con delitos de corrupción justifica un reconocimiento restrictivo de sus derechos para compensar la posición supuestamente desventajosa en la que se encuentra el particular implica confundir los bienes jurídicos involucrados que se buscan proteger. Los delitos contra los bienes jurídicos colectivos tienen un carácter difuso y abstracto ya que su protección no se dirige directamente a la persona determinada y no afecta directamente a la individualidad del ciudadano, sino a la sociedad en su conjunto. Estos delitos, según el Muñoz Conde, son necesarios para proteger cierto orden social o estatal y se distinguen de los bienes jurídicos individuales que afectan al particular²³, ambos deben estar en armonía y frente a su coalición, los bienes colectivos no preponderan *per se* cómo se pretende, sino que deben ser analizados en contraposición con los bienes individuales vulnerados.

Por último, tampoco puede sostenerse que el derecho a la libertad de expresión tenga un rol relevante en casos de estas características. Precisamente, sobre este punto el autor también trae a colación precedentes jurisprudenciales que no guardan relación con el caso planteado, en un juego que busca hacerle decir a la corte lo que no dijo. La menor protección de la intimidad de los funcionarios públicos tiene que ver con que se sitúan “...en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía deben demostrar mayor tolerancia a la crítica...”²⁴. Este diferente umbral de protección no solo atañe a funcionarios públicos sino que ha sido extendido, a su vez, a otros tipos de figuras públicas a pesar de que no detenten específicamente un cargo en el gobierno²⁵. Lo que, en síntesis, se persigue es desalentar las llamadas “leyes de desacato”.

En este sentido la Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su

²² Sucar, Germán, Rodríguez, Jorge L. e Iglesias, Agustina María, “Violación de secretos y obligación de denunciar: un dilema ficticio. Un comentario crítico al fallo “Zambrana Daza”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad Hoc, Año 4, Número 8-B, 1998, pág. 229

²³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, 8º ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 59.

²⁴ ver CIDH, OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9 rev -1995-

²⁵ Caso “Kimel vs. Argentina” de la CIDH, sentencia del 2 de mayo de 2008.

undécimo principio, establece una distinción particular para las personas que revisten carácter de funcionarios públicos, entendiendo que están sujetos por aquella condición a un mayor escrutinio (y consecuentemente, una mayor protección de los dichos dirigidos en su contra) y rechazando la penalización de las expresiones ofensivas dirigidas a aquellos –conocidas como “leyes de desacato”-. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que aquél tipo de leyes otorgan injustificadamente a los funcionarios públicos un derecho a la protección especial del que no disponen los restantes miembros de la sociedad y, paradójicamente, invierte el principio fundamental del sistema democrático de gobierno que hace al gobierno objeto de controles; entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, que ampara, precisamente, el derecho a la libertad de expresión. Además de aquella restricción directa se ha sostenido que las leyes referidas restringen indirectamente el derecho a la libertad de expresión, ya que la amenaza de una pena equivaldría a una censura que posiblemente disuada de expresar las ideas u opiniones, teniendo un efecto directo sobre el debate abierto y amplio, necesario para el desarrollo democrático.

Como vemos, ninguna de estas cuestiones se vincula con legitimar burdos avasallamientos de derechos individuales, como es la intromisión ilegítima a las comunicaciones privadas de las personas.

Por su parte, del hecho de que la alegada “filtración” pueda estar sujeta a la protección del derecho a la libertad de expresión²⁶, no se concluye que los

²⁶ La Corte IDH reconoció –fundada en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos- que la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas “restricciones”. Es decir, conductas definidas legalmente como generadoras de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión, que serán legítimas siempre que se inserten dentro de los requerimientos de la normativa referida. A modo expositivo, el artículo mencionado reza: “*El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública*”. Con base en ello, la Corte IDH elaboró una enumeración de los requisitos que debe reunir una restricción a la libertad de expresión para que la responsabilidad atribuida pueda establecerse válidamente: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas y d) que esas causales sean necesarias para asegurar los mencionados fines. Ahora bien, respecto del significado contenido en la expresión “necesarias” empleada por la norma, la Corte IDH efectuó un análisis de la interpretación realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos respecto del artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (similar a la norma de la Convención Interamericana en estudio).

elementos de prueba presuntamente “filtrados” deban ser admisibles en un proceso -como veremos a continuación- ni se puede asumir ciegamente la veracidad de su contenido, por lo cual tampoco estamos hablando de información de calidad, independientemente de la protección que pueda otorgársele. Es así como sin certezas de su inalterabilidad y manipulación, encontrándose al margen de su obtención bajo los estándares de seriedad que todo proceso penal supone, nos cuestionamos con real cautela si los productos obtenidos nos permiten aproximarnos a una verdad jurídica dotada de real seriedad y convicción.

c. ¿Puede usarse igualmente la prueba obtenida de forma ilícita? ¿Qué es el cauce independiente?

En primer lugar, cuando hablamos de “prueba” se recurre a distintas definiciones y términos para conceptualizarla debido a su carácter poliédrico. Conforme señala Guzmán, la conceptualización más corriente define como medio de prueba al acto procesal por el que se introduce un elemento de prueba, mientras que el órgano o fuente de prueba sería la persona o cosa que proporciona dicho elemento²⁷. Así, los regímenes procesales establecen ciertas modalidades para la producción de un elemento de prueba concreto y algunos autores concluyen que sólo a través de las modalidades que prevé la legislación puede producirse esa prueba. Sin embargo, de ello no se deriva que la prueba sea inutilizable (nula o ilícita). En este sentido Taruffo indicaba que la vinculatoriedad de una regulación legal y, por tanto, la taxatividad de los procedimientos en que ésta consiste: “no son absolutas sino relativas al contexto de aplicación que le es propio. Consecuentemente, la existencia de procedimientos legales de formación de la prueba excluye que la prueba se forme con modalidades distintas *en ese contexto*, pero no excluye en absoluto que se sigan modalidades diversas en otros contextos y que, a pesar de ello, se obtengan elementos de prueba utilizables en juicio.”²⁸

²⁷ Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, ediciones Didot, 1º ed., Buenos Aires, 2018, pág. 31. El autor señala que: “Según la conceptualización más corriente, *elemento de prueba* o *contenido probatorio* sería el dato, rastro o señal, contenido en un *medio de prueba* realizado, que puede ser utilizado por el juez en el procedimiento inferencial que practica al momento de decidir el caso. El tema probatorio, es decir, aquello que se pretende conocer mediante un medio de prueba constituye el *objeto de prueba*. El *medio de prueba*, ya mencionado, no sería otra cosa que el acto procesal por el cual se introduce en el proceso un elemento de prueba (la declaración testimonial, el dictamen pericial, etc.), en tanto que el *órgano o fuente de prueba* sería la persona o la cosa (documento, etc.) que proporciona el elemento de prueba”.

²⁸ Taruffo, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2º edición, 2005, editorial Trotta, traducción de Jordi Ferrer Beltrán (título original *La prova dei fatti giuridici*), págs. 378/387. El autor desarrolla el

En nuestro sistema procesal federal rige el principio de “no taxatividad” o “libertad probatoria”. Sin embargo, la apreciación de que la prueba es válida por enmarcarse en la libertad probatoria carece de contenido ya que justamente, el límite de la libertad probatoria se vincula a la no afectación de derechos fundamentales del imputado. En el sistema del *common law* esta situación se aprecia claramente en la confrontación entre el sistema de *free proof* y el *law of evidence*. Por *free proof* se entiende la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos. Esta libertad corresponde tanto a las partes, que tienen que poder usar en el proceso cualquier elemento de prueba relevante, como al juez, que tiene que determinar los hechos mediante una valoración racional de las pruebas adquiridas en juicio. A esta regla general se le impone como límite el *law of evidence*, compuesto por criterios jurídicos que toman distintas formas (principalmente introduciendo limitaciones), los que se superponen y sustituyen a los criterios de la racionalidad y del sentido común, en función de exigencias o

tema ejemplificando con relación a la declaración testimonial y la confesión extrajudicial de esta forma: “Tómese el ejemplo (...) de la prueba testifical. Si se trata de una prueba testifical en sentido estricto, puede formarse únicamente en el proceso y por medio de la aplicación puntual de las normas que regulan su producción. Pero estas normas valen *en el proceso*, no fuera del mismo, de modo que frente a una declaración de contenido testifical ofrecida por un tercero fuera del proceso no se podrá decir que es nula o ilícita porque no se ha realizado según las normas procesales sobre la prueba testifical. Se podrá decir que *no es una prueba testifical* en sentido estricto, pero ciertamente no se podrá decir que es una prueba testifical nula o ilícita: en consecuencia, el problema de su utilización en juicio se plantea y resuelve sobre la base de otras argumentaciones. Una declaración extrajudicial de un tercero será en principio admisible si es relevante para la determinación de los hechos y no puede ser excluida sólo porque no se ha formado según las reglas que regulan la asunción de la prueba testifical en juicio. Un discurso del mismo tipo vale también para el caso en que la declaración extrajudicial provenga de un sujeto que sería incapaz para testificar sobre la base del artículo 246 cod. proc. civ. it.: en ese caso, no se dispone de una prueba testifical en sentido estricto porque el sujeto no puede testificar en el proceso; pero su declaración extrajudicial no es en sí misma nula ni ilícita, de forma que no puede ser excluida del conjunto de las pruebas utilizables, siempre que sea relevante, sólo porque proviene de un sujeto que no puede testificar en juicio. En efecto, el artículo 246 vale *en el proceso* y como condición de licitud de la prueba testifical en sentido estricto; no vale, en cambio, fuera del proceso y no incide *a priori* en la posibilidad de utilizar la declaración en cuestión (...) En el ordenamiento italiano puede tomarse como ejemplo la confesión: si ésta es judicial y no espontánea, el procedimiento para llevarla a cabo es el interrogatorio formal. Este procedimiento no es, sin embargo, taxativo excepto en el caso de la confesión «provocada», ya que si la confesión es espontánea no se aplica; además, ninguna regla «procedimental» se refiere al supuesto de la confesión extrajudicial desde la perspectiva de su formación”

valores incorporados al ordenamiento jurídico y que se considera que deben prevalecer sobre el principio de libertad de la prueba²⁹.

Así, el principio que se conforma sería que “cualquier prueba relevante debe ser admitida, excepto que una norma jurídica específica la excluya o subordine su admisión a presupuestos o condiciones particulares”³⁰.

En nuestro ordenamiento federal, el nuevo código procesal introduce claramente el principio de libertad probatoria junto con las limitaciones desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia, en su artículo 127. La norma establece que: “Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley. Además de los medios de prueba establecidos en este Código se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes”. Esta legislación también permite apreciar la recepción de los criterios de relevancia y admisibilidad indicados anteriormente, así como de la doble función de la prueba, como factor de conocimiento y justificación³¹.

²⁹ Taruffo, Michele, *La prueba...*, ob. cit., págs. 359/360. Señala que “Dado que, como ya se ha visto, por libertad de la prueba se entiende en línea general la falta de regulación legal de la prueba, aquélla resulta especialmente relevante desde cuatro puntos de vista principales: a) la admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; b) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; e) la valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando

al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y, finalmente, d) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en la que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho”.

³⁰ Taruffo, Michelle, *La prueba...*, ob. cit., págs. 357/378.

³¹ Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, pág. 106; el autor señala que: “la prueba funciona, más que como elemento persuasivo, como factor de conocimiento y a la vez de justificación. En el primer caso (como factor de conocimiento), la prueba sirve de fuente de conocimiento de hechos pasados, de signo presente que permite arribar, por medio de operaciones inferenciales, al conocimiento de hechos pasados, más no sea en términos probabilísticos; en el segundo caso, funciona como factor de justificación de las decisiones judiciales, que solo podrán ser consideradas válidas en tanto y en cuanto contengan una explicación racional de las inferencias realizadas, basadas precisamente en los elementos de prueba reunidos en el proceso”.

Tal como enuncia el artículo 135 de dicho ordenamiento, la recolección y admisibilidad de la prueba se ajustan a estos criterios no solo con parámetros de utilidad y pertinencia, sino también limitando la evidencia recolectada en transgresión a derechos o garantías constitucionales u obtenidas por medios expresamente prohibido por ley.

Es así como el acceso ilegítimo a sistemas informáticos o a dispositivos de almacenamiento de datos de cualquier persona, ya sea avocada a la función pública o no; la interceptación ilegal de las comunicaciones sin mediar una orden judicial fundada que así lo disponga o el espionaje ilegal constituyen prácticas delictivas previstas en nuestro ordenamiento penal. Excluir elementos probatorios obtenidos en forma ilícita y en violación a las garantías constitucionales respeta la lógica derivación del principio constitucional de debido proceso legal amparado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional y en los códigos de rito, como así también el de tutela judicial efectiva.

Entonces, no solo hay que destacar que los códigos procesales vigentes a nivel federal regulan los procesos de producción de este tipo de pruebas (interceptación de comunicaciones³²), estableciendo los procesos de registro, conservación y control y las condiciones para autorizar la medida; sino que además el ordenamiento sustantivo sanciona las intromisiones que no se ajusten a dichos procesos y la difusión de sus contenidos³³. Es decir, si una persona realiza una interceptación de las comunicaciones de otra mediante, por ejemplo, un hackeo de su teléfono celular, o implantando un dispositivo de grabación en su teléfono fijo o móvil sin que éste lo sepa, no caben dudas de que habría una intrusión ilegítima y

³² Código Procesal Penal de la Nación, art. 236 y Código Procesal Penal Federal, art. 150 y cctes.

³³ El art. 153 del Código Penal de la Nación establece que: “Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida. En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido. La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica. Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena”

que la prueba obtenida de esta forma no debe tener validez en un proceso penal ya que, de lo contrario, se estaría aprovechando el resultado de un delito.

Por esta precisa razón es que el Estado (desde los órganos de administración de justicia) no puede valerse de medios ilícitos con el fin de alcanzar una sanción penal. Ya en los precedentes “Montenegro”³⁴ y “Fiorentino”³⁵ la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que aceptar la prueba obtenida en violación a garantías constitucionales equivale a otorgar valor al resultado de un delito y a comprometer la buena administración de justicia “al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”. Dichas consideraciones fueron reforzadas en el precedente “Rayford”³⁶, al sostener “la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional”.

En esa línea, la Corte Suprema se pronunció por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de dichas ilegalidades, excluyéndolos como elementos de cargo y acuñando la expresión de “otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”³⁷.

Por otro lado, la doctrina del “cauce independiente” en la que enmarca su tesis el autor referido tampoco se vincula con casos de estas características. Frente a la posibilidad de la exclusión de la prueba –siguiendo la doctrina americana de los frutos del árbol envenenado³⁸- se planteó en el citado precedente “Rayford” que una excepción sea la existencia de un curso o cauce de prueba independiente. Es

³⁴ CSJN, Fallos 303:1938

³⁵ CSJN, Fallos: 306:1752

³⁶ CSJN, Fallos 308:733

³⁷ CSJN, “Montenegro” (Fallos 303:1938), y “Fiorentino” (Fallos: 306:1752).

³⁸ Allí recibe el nombre de *fruit of the poisonous tree*, o más simplemente *fruit doctrine*. Su origen se remonta al caso “Silverthorne Lumber Co. v. United States”, 251 U.S. 385 (1920) en el que la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente, en “Vardone v. United States”, 308 U.S. 338 (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. Ver

decir, un cauce de investigación distinto sobre el cual existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma. Pero dicho cauce no debe ser hipotético (o en este caso ficticio, en razón de una condición personal), sino que debe encontrarse plasmado y documentado en el expediente judicial, de forma tal que no configure un perjuicio la introducción de dicho elemento de prueba³⁹. A su vez, el autor ha olvidado que en aquél precedente, al desarrollar dicha doctrina la CSJN también estableció la legitimación de terceros para invocar y obtener la exclusión de elementos de prueba por afectación a garantías de otros⁴⁰. Esta circunstancia resulta relevante ya que, si admitimos su razonamiento y el funcionario no tendría “derecho a la exclusión de la prueba” ¿Qué ocurre si el interlocutor es un particular (no funcionario)? ¿podría introducir la exclusión de dicha prueba con base en la legitimación establecida por el caso Rayford?

Evidentemente los casos de estudio propuestos por el autor no se enmarcan en la excepción por “cauce independiente” para la exclusión de la prueba ilícita y tampoco se logra explicar las razones por las cuales no podría admitirse su exclusión más allá de la categoría de “funcionario” que elabora.

Por último, tampoco debe admitirse la tesis que sostiene que las garantías son para defender al ciudadano del estado y no operan contra acciones de otros particulares. Esta posición restringida entiende la garantía en un sentido formal - procesal- y no material. De los principios morales liberales⁴¹ que fundan los

³⁹ En el caso “Daray Carlos Ángel” (CSJN Fallos 317:1985) la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, con cita de un precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos (el caso “Nix v. Williams”, 467 U.S. 431), que: ... (N)o es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado pro-batorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado.”

⁴⁰ Alejandro D. Carrió sintetiza el razonamiento de esta forma: “*El fundamento dado por la Corte parecería ser el siguiente. En la medida en que la violación de una garantía constitucional de un tercero (T) - en el caso la inviolabilidad del domicilio- se relacione en forma inmediata con la obtención de prueba que incrimina a alguien (A), ese (A) pasa a tener un interés en que la ilegalidad sea declarada y la prueba a su vez excluida. Este último interés integraría la garantía del debido proceso de (A), que se vería entonces afectada de admitirse la utilización en juicio de medios de prueba obtenidos en violación de los derechos de (T)...*”. En Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, sexta edición, 2015, pág. 327, en nota al pie.

⁴¹ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, editorial Astrea, primera edición 1992, quinta reimpresión 2017, págs. 211/241

derechos constitucionales se deriva que la **inviolabilidad** no sólo resguarda la autonomía de los individuos frente a los intereses de la sociedad, sino también de terceros, con lo cual no podría aceptarse que garantías y derechos constitucionales funcionen como una barrera contra la actividad estatal y no de los particulares. En este sentido se pronunció también nuestra Corte Suprema de Justicia en el citado precedente “Fiorentino” al sostener que la garantía de la inviolabilidad resulta oponible “a cualquier extraño, sea particular o funcionario público”.

III.- Objeciones prácticas

Más allá de las cuestiones técnicas señaladas –y que entendemos que son más que suficientes para echar por tierra o tener por invalidas las conclusiones del trabajo indicado-, lo más preocupante de un debate de estas características es que pierde de vista cuál es la función del derecho penal frente al ejercicio del poder estatal y prescinde de cualquier razonamiento práctico sobre el valor que se le puede otorgar a la información que proviene de fuentes de estas características.

Es que si el proceso de producción del elemento de prueba no puede ser controlado por medios técnicos ni a través del ejercicio del contradictorio⁴², ¿por qué habría que asumir ciegamente que se trata de información de calidad o incluso veraz?

Tengamos en cuenta lo peligroso que resulta validar judicialmente elementos de prueba de este tipo, independientemente de lo espurio de su origen. Es que si

⁴² Como dijimos anteriormente, que una prueba sea preconstituida o producida por fuera de los mecanismos legales para su producción no necesariamente implica su inadmisibilidad o la imposibilidad de incorporación al proceso penal. Nicolás Guzmán desarrolla un estudio de la garantía del contradictorio en cuatro niveles y como método de averiguación de la verdad. Así, en lo relevante para este análisis, con relación a la formación de la prueba, el contradictorio opera en dos niveles distintos: en un primer nivel, como principio *para la formación* de la prueba; en un segundo nivel, como principio *para el control* de la prueba ya producida. En formulas reducidas: contradictorio *para* la prueba y *sobre* la prueba. El contradictorio **para** la prueba implica la participación directa en su formación. Ésta regla solo puede operar en el proceso, con relación a las pruebas que allí se producen y no con relación a las pruebas creadas por fuera –que no por tal razón deben ser inadmisibles. Por su parte el contradictorio **sobre** la prueba implica el control de la prueba existente, sea formada en el proceso o previo al debate – y por consiguiente sin el contradictorio de las partes-. Esto implica no sólo analizar aquellas pruebas producidas sin la participación de la defensa, su relevancia y admisibilidad, sino también proponer otras que puedan desacreditar los extremos que las primeras pretenden acreditar. En Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, ediciones Didot, 1º ed., Buenos Aires, 2018

efectivamente fueron objeto de un “hackeo” o captación ilegítima, ¿cómo podemos asegurar la integridad de la evidencia? ¿Quién puede asegurar que no hayan sido conversaciones “armadas” o “fabricadas” por medios técnicos o manuales? En esta época donde los avances tecnológicos en el desarrollo de inteligencia artificial y algoritmos de aprendizaje que permiten construir imágenes y videos falsos de apariencia extremadamente real (llamados “*deep fakes*”), sumado a la proliferación de pequeñas y grandes guerras de información que se traducen en la construcción de noticias falsas que aprovechan dichos desarrollos y el carácter viral de internet (los llamados “*fake news*”) pecaría de extrema ingenuidad quien estuviera dispuesto a asegurar y confiar ciegamente en el valor y autenticidad de presuntos elementos de prueba producidos mediante la comisión de delitos y – lógico- por fuera de todo control y válvula de seguridad para la custodia de evidencia digital. Pero resultaría mucho más peligroso si esa ingenuidad se pusiera al servicio de indeterminadas persecuciones penales que ignoren derechos constitucionales elementales.

La duda que se introduce, insoslayable, sobre su verosimilitud, no puede sino operar a favor de los acusados, en virtud del principio *in dubio pro accusado*. El proceso penal debe apuntar a introducir información y pruebas de calidad, y estas, ciertamente no lo son. Admitirlas no haría más que legitimar conductas delictivas, vulnerando garantías constitucionales y profundizando la crisis de legitimidad que afecta a la administración de justicia.

En este sentido, con relación a la ampliación de facultades policiales de detención e identificación, Pablo Larsen sostenía que: “...*Si se pierde de vista la distancia que existe entre el derecho abstracto y el funcionamiento real del sistema penal y se procede, desde el discurso jurídico, a “flexibilizar” los límites de los cuales sus instituciones tienden a deshacerse, se corre el riesgo de legitimar situaciones violatorias de derechos que previamente se daban en la práctica y que ahora, al contar con el sello aprobatorio del derecho, pueden llegar a expandirse aún más (...). Sacrificar derechos con la pretendida finalidad de obtener seguridad es una fórmula incompatible con la vida en un Estado de Derecho –y, debería agregarse, una receta equivocada para alcanzar esa meta–. (...). Se pierde mucho, y no se gana nada.*”⁴³

⁴³ Larsen, Pablo, “¿Qué se pierde y qué se gana cuando ampliamos la discrecionalidad de la policía? Réplica a Maximiliano Hairabedián”, publicado en Diario Penal Nro 111 – 03.06.2016. Una versión más extensa de este trabajo puede encontrarse en Ledesma, Ángela (Dir.), *El Debido Proceso Penal*, Hammurabi, 2016, vol. 3, bajo el título “Razones para sostener la inconstitucionalidad de las detenciones por averiguación de identidad”, en coautoría con Adrián Martín.

Por ello, tratándose de un imperativo constitucional con fundamentos principalmente éticos, resultaría contradictorio que la administración de Justicia aproveche la ilegalidad perpetrada en extralimitación de sus facultades para fundar una persecución penal estatal y dar lugar a un proceso con vicios inminentes.

En contraposición, ante la evidente incorporación de una prueba obtenida ilegalmente, correspondería que esta sea dejada de lado oficiosamente. En caso omiso, los medios para canalizar esta exclusión se encuentran íntimamente ligados a los planteos nulificantes de la admisión de la prueba y de sus actos procesales posteriores que exigen la demostración de la afectación en concreto del acto viciado y de su trascendencia.

Sin embargo, se distingue este planteo de una impugnación en materia probatoria, la cual constituye una herramienta procesal en sí misma admitida jurisprudencialmente que puede solicitarse en cualquier etapa del proceso dentro de los plazos de interposición del recurso. Si la prueba controvertida bajo análisis ha traspasado la etapa de instrucción y se enfrenta a un tratamiento dentro del marco del juicio oral, se podrá discutir incidentalmente o dilucidar si se trata de un supuesto de ineficacia probatoria, de nulidad o de prohibición de valoración de prueba dependiendo el caso.

IV.- Conclusiones

A modo de conclusión, las objeciones técnicas a la propuesta del autor, que difícilmente pueden equipararse a ritos caprichosos como se pretende, pueden resumirse de esta forma: **a)** es inválida la distinción de los ciudadanos sujetos a un proceso penal que admite un menor respeto de sus garantías constitucionales en función de su trabajo –función pública-; **b)** La Convención Interamericana contra la Corrupción no admite ni legitima la violación de garantías constitucionales y convencionales en pos de la persecución de los delitos que enumera; **c)** La libertad de expresión no tiene un rol relevante en estos casos. La alegada “filtración” puede ser objeto de protección desde aquella óptica, pero ello no implica la admisibilidad de las comunicaciones ilegalmente obtenidas en un proceso penal; **d)** No es constitucionalmente posible ni válido el utilizar una prueba obtenida ilegítimamente en un proceso penal en perjuicio del acusado y **e)** La doctrina del “cauce independiente” como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita no es aplicable a los casos propuestos, y mucho menos puede admitirse una excepción a dicha regla basada en un carácter personal de los acusados.

Creemos que las objeciones técnicas señaladas son más que suficientes para invalidar el razonamiento argumentativo del autor y plasmar que el proceso penal sobre bases constitucionales en el que nos enmarcamos no admite la postulación de excepciones en el respeto y reconocimiento de derechos, principios y garantías constitucionales sobre alguna cualidad personal del presunto autor de un delito (en este caso que sea funcionario público). Por el contrario, ese razonamiento nos posiciona en los oscuros confines de lo que ha sido llamado “derecho penal del enemigo”.

Sin perjuicio de ello, tampoco son menores las objeciones prácticas con relación a la fiabilidad sobre el contenido de prueba cuya producción –lejos de ser controlada- se produce en un marco ilícito.

Entendemos que se ha desarrollado con suficiente claridad no solo por qué las pruebas obtenidas de esta forma son ilícitas e inadmisibles en un proceso penal desde una visión técnico-jurídica, sino también las objeciones prácticas a la admisión de estos elementos de dudosa procedencia y nulo valor en un proceso penal. Sobre su admisibilidad en otro tipo de procesos se han pronunciado recientemente otros autores.⁴⁴

⁴⁴ Ricardo Ramírez Calvo sostuvo recientemente la inadmisibilidad de elementos de prueba de este carácter en el proceso de “juicio político”. Ver <https://www.lanacion.com.ar/opinion/pruebas-ilegales-y-juicio-politico-nid25022023/>