



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Penal

***Trabajo final: El engaño al imputado y su incidencia en la
garantía de nemo tenetur***

Alumno: Matías Nicolás Yohai

DNI 34.027.975

Tutor: Prof. Dr. Alberto Nanzer

**Lugar y fecha de presentación: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de febrero de
2024**



Departamento de Derecho Penal.

Maestría en Derecho Penal.

Trabajo final: El engaño al imputado y su incidencia en la garantía de *nemo tenetur*

Alumno: Matías Nicolás Yohai

DNI 34.027.975

Tutor: Prof. Dr. Alberto Nanzer

Lugar y fecha de presentación: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de febrero de 2024

2) Resumen:

La garantía de *nemo tenetur* (NT) se dirige a proteger al ciudadano de abusos por parte de funcionarios estatales y esos abusos requieren de alguna maniobra insidiosa o fuerza sobre aquel. No basta que el acusado haya llegado a delatarse por sus propios medios, por necesidad, como producto de su “mala suerte”. Se adhiere a una concepción amplia del NT, que ampara cualquier forma de comunicación que pueda resultar autoincriminatoria, lo que deja por fuera de su protección medidas como la extracción compulsiva de sangre o la participación en una rueda de reconocimiento.

La garantía en trato ha sido objeto de los más variopintos fundamentos. Ninguno de ellos es del todo convincente, pero la sola posibilidad de que la existencia del NT pueda contribuir a alguna de esas razones, aunque sea de manera tangencial, es motivo suficiente para mantenerla. Cumple entonces una función de doble seguro.

Se distingue entre engaño y mentira. El primero es la comunicación de un mensaje a través del cual el comunicador pretende confundir al receptor, que crea algo que es falso. La mentira, en cambio, constituye un subconjunto del engaño y requiere de una afirmación verificable que debe ser literalmente falsa. El engaño, como mecanismo para obtener una confesión, es un medio coactivo, pues restringe la libertad de quien confiesa. Para su análisis se propone un esquema tripartito: supuestos en los que la artimaña proviene del Estado, o bien de un particular a instancias de funcionarios estatales; aquellos en que quien engaña para producir la confesión es un particular por su propia iniciativa; y aquellos en los que el propio acusado confiesa delante de funcionarios estatales, sin haber sido inducido por nadie, pero sin que tales funcionarios lo alerten sobre su error.

Se concluye que el compromiso del Estado, puesto a investigar la comisión de un delito, debe ser el de no hacer trampa. Para ello, no debe infringir ninguna de las reglas que rigen esa relación. Medidas de recolección de pruebas tales como el agente encubierto o informante o la vigilancia acústica o similares, en tanto se encuentren legalmente previstas y sean ejecutadas de acuerdo a esos parámetros legales, producen una confesión que debe reputarse válida. Ello, pese al ocultamiento de alguna de las circunstancias que rodean a esa confesión –como por ejemplo, que el sujeto está siendo

grabado o que se expresa ante un agente estatal—. Incluso, es válido el uso de ciertos engaños que no impliquen una mentira.

Los particulares, por otro lado, pueden no solo ocultar información, sino incluso mentir y llevar a cabo una puesta en escena para lograr una autoincriminación que luego aporte a un procedimiento judicial, salvo que se realice en el domicilio del imputado. Lo que estará vedado será la difusión generalizada de esos dichos.

Por último, en los casos en que es el propio imputado el que realiza libremente alguna manifestación autoincriminatoria, sin ser conducido a ningún error por parte de nadie y en desconocimiento de algún elemento contextual, el Estado no tiene la obligación de proveerle toda la información de contexto. Si el sujeto desconoce que está siendo escuchado, no puede exigir ser sacado de su ignorancia.

3) Dedicatoria y agradecimientos:

La presente investigación está dedicada a la memoria de mis abuelos, especialmente, a Narciso, porque fue el afán de seguir sus pasos el que me guió hasta aquí.

En lo que a agradecimientos respecta, son muchas las personas a las que tendría que nombrar, ya que el recorrido que implica la redacción de una tesis nunca se transita en soledad. Además, porque cada paso que uno da es el fruto de sus vivencias, de su historia, que involucra inexorablemente a un sinnúmero de afectos.

Por nombrar los más importantes, en primer lugar, agradezco a Daiana Silver, por su contención, paciencia y cariño durante todo el proceso de investigación, escritura y (por qué no admitirlo) de lamentos, propios de toda tesis. A mis padres, Rafael e Isabel, por brindarme las herramientas y los medios que me permitieron llegar hasta esta instancia. A mi hermana Paula, por su apoyo. A Alberto Nanzer, por su guía y dirección, tan valiosas para que este trabajo tomara el rumbo adecuado. A Alberto Ekboir, por sus sugerencias y empuje para que pusiera manos a la obra. A Azul García Uriburu, quien con suma generosidad nos permitió pasar algunos días en la maravillosa reserva El Potrero, junto a mi grupo de estudio, cuya verde tranquilidad fue el contexto perfecto para sentar las bases de mi investigación. Finalmente, pero no menos importante, agradezco infinitamente a todas mis amistades por estar, por impulsarme a seguir adelante.

A todos esos vínculos doy las gracias. Pues, en definitiva, este es un trabajo acerca de vínculos humanos, al menos, de una particular forma de ellos.

4) Índice

- I) Desarrollo histórico de la garantía *nemo tenetur*.
- II) Fundamento del *nemo tenetur*.
- III) Alcance actual del *nemo tenetur* en la Argentina.
- IV) Definiciones conceptuales: hacer trampa, engañar y mentir.
- V) ¿Puede el Estado engañar?
 - V.A) Fundamento político.
 - V.B) Fundamento garantista.
 - V.C) El engaño dentro del modelo de la regularidad.
 - V.D) Fundamentación moral.
 - V.E) Un aporte desde la psicología.
 - V.F) Algo más de jurisprudencia.
 - V.G) Conclusión preliminar.
- VI) ¿Puede el Estado aprovecharse del engaño causado por particulares?
- VII) ¿Constituyen una forma de engaño los “errores no forzados” del acusado?

5) Introducción

La garantía que protege al imputado contra la autoincriminación forzada, conocida por su expresión en latín como *nemo tenetur se ipsum accusare*, puede entenderse como una derivación de los derechos de defensa en juicio y debido proceso. En sus orígenes, se buscó impedir que el Estado infligiera torturas al acusado de la comisión de un delito, con el fin de hacerlo confesar. No obstante, su interpretación actual, a nivel doctrinario y jurisprudencial –con distintos matices según las legislaciones de cada Estado¹–, le asigna un campo de aplicación bastante más amplio, que puede incluir la prohibición de recurrir a cualquier método coercitivo que pretenda lograr de él alguna participación activa en el proceso e incluso el impedimento de

¹ Así, por ejemplo, tanto en Argentina como en Alemania, el imputado que decide declarar no lo hace bajo juramento de decir verdad, por oposición a lo que ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica.

otorgar valor a su silencio. Entre sus virtudes, además del respeto por la dignidad humana, podríamos señalar, a priori, que, por un lado, previene la comisión de delitos provenientes de violencia estatal, dirigidos a obtener las confesiones. Por el otro, evita condenar a inocentes, quienes, ante apremios, podrían inculparse falsamente.

Capítulo aparte merece la cuestión de si el *engaño* causado al imputado, tanto en el ámbito policial como judicial, puede entenderse como un caso en el que aquel es *forzado* a confesar, es decir, a autoincriminarse. De ser así, el acusado se encontrará amparado por la garantía bajo estudio y, en honor a la regla de exclusión —emanada de la doctrina del fruto del árbol venenoso, por la cual se entiende que todo elemento de cargo obtenido a partir de una medida ilícita debe seguir su misma suerte y, en consecuencia, reputarse inválido— corresponderá descartarse del proceso la confesión obtenida a raíz de esa maniobra insidiosa, así como también cualquier otra prueba que pudiere reconocer su origen en ella.

Ahora bien, la cuestión del engaño admite varias aristas de análisis: además de los supuestos en los que el Estado lleva a cabo el ardid, ¿qué ocurre con los casos en los que es un particular el que despliega la maniobra ardidosa que lleva a una confesión del sospechoso y luego aporta esa evidencia a la Justicia? ¿Puede el Estado aprovecharse del producto de tal engaño en el que no tuvo injerencia alguna? En este punto utilizaré la tesis de NANZER², quien al analizar el concepto de *fairness* y *fair trial*³ dentro del proceso penal, considera incorrecto entender al primero como una expresión de *lealtad* por parte de los órganos encargados de la persecución penal, en cuyo caso el Estado debería, además de cumplir con lo que “prometió” —las reglas del juego previamente establecidas—, estar dispuesto a resignar su pretensión con tal de no aprovecharse de situaciones que no le son atribuibles. Ello, por el solo hecho de que dichas situaciones generan alguna decepción de las expectativas que el imputado pudiera tener —hace referencia puntualmente NANZER a los supuestos de pruebas obtenidas ilícitamente por particulares y a la obtención de información a través del empleo de técnicas de vigilancia legalmente previstas para delitos graves—. Sostiene el autor que tales medios no deben ser cuestionables: no puede haber una pretensión de que el Estado se conduzca de forma magnánima y desinteresada; vale decir, es suficiente que cumpla sus fines con

² NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires–São Paulo, 2021.

³ “Justicia” y “juicio justo”, en español. Utilizaré a lo largo del presente trabajo los términos en inglés, tal como lo hace el autor mencionado.

transparencia, pero no con indiferencia: no da lo mismo esclarecer el hecho que dejarlo impune.

A lo largo de su obra, NANZER se vale de numerosas referencias y comparaciones con el ámbito deportivo y lúdico. En ese sentido, refiere que pretender que el Estado se conduzca de manera leal –si asimilásemos *fairness* a lealtad–, equivaldría a esperar que, en una partida de póquer, un jugador exhiba sus cartas y se comprometa siempre a decir la verdad a sus oponentes. Por ende, adhiere el autor a una concepción diferente del mandato de *fairness*, entendido como *regularidad*, que confiere al acusado una pretensión para exigir al Estado una conducta consistente y previsible a lo largo del proceso. Se marca así una distinción entre el *fair trial* y el *fair play*, este último propio de prácticas deportivas, que sí deben regirse por ciertos estándares de lealtad.

Además de los supuestos planteados, es necesario también definir si constituyen una forma de engaño los casos en los que el propio acusado comete un error y confiesa delante de funcionarios estatales, sin haber sido inducido por nadie, pero sin que tales funcionarios lo alerten sobre su error. Podríamos denominar a este universo de casos “errores no forzados”, haciendo uso de la terminología de un deporte como el tenis. ¿Están obligados, en semejantes situaciones, los funcionarios a informar a quien se autoincrimina que está siendo escuchado por representantes del Estado? De no ser así, ¿puede reputarse libre esa confesión, si el responsable desconoce todos los factores en los cuales realiza la confesión?

No es una cuestión menor delinear qué tipo de prácticas deben reputarse válidas, llevadas a cabo por los organismos a cargo de conducir las investigaciones criminales. ¿Les permitiremos engañar, o tal vez valerse del engaño causado por un particular, o simplemente hacer uso de un mero error en cabeza del imputado? En esa respuesta se juegan varios de los valores que nutren a nuestra sociedad, puntualmente, el valor *justicia*.

5) Análisis

1) Desarrollo histórico de la garantía *nemo tenetur*.

A comienzos del segundo milenio de nuestra era, en el viejo continente, la Iglesia Católica debió enfrentarse a nuevos desafíos, para los cuales creó mecanismos

idóneos a fin de lograr su supremacía política y evitar la pérdida de su influencia social, en un contexto de crisis religiosa, revitalización del pensamiento y florecimiento de las artes y las ciencias⁴. En un primer momento, no fue necesario el uso de la fuerza, pero en la segunda mitad del siglo XII se extendieron por vastos territorios de Occidente diversas “herejías” que amenazaban seriamente la posición jerárquica de la Iglesia. Como respuesta, la Iglesia dio origen a una “cruzada contra los herejes”, llamada Inquisición⁵.

Según explica GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, el procedimiento inquisitorial se basaba en los siguientes principios: secreto y escritura; deliberada dilación de la causa; prisión preventiva; indefensión del reo; presunción de culpabilidad⁶ y tortura, entre otros. Estos principios avalaban un método de investigación y enjuiciamiento que buscaba convertir la sospecha en condena⁷. “El objeto de la indagación, más que los hechos externos, estaba constituido por los pensamientos ocultos en el más recóndito rincón de la mente, los más secretos anhelos y las opiniones más reservadas”⁸.

En ese marco, el Inquisidor actuaba además de como un investigador o instructor, como un confesor que debía lograr el reconocimiento del “pecado” y el arrepentimiento, para cuyo fin podía valerse de “cualquier argucia o triquiñuela legal. Ningún mal que causara al individuo investigado podía compararse con las penas del infierno que aguardaban al hereje que no se reconciliara con la Iglesia. Todo sufrimiento que se le ocasionara quedaría en exceso compensado con la infinita dicha de la vida eterna. En definitiva, el procedimiento inquisitorial no constituía únicamente un procedimiento judicial, conformaba también un rito de profunda trascendencia espiritual... *La confesión había de ser conseguida a cualquier precio*”⁹.

Así, frecuentemente la *mentira* aparecía como un mecanismo por demás válido, al punto tal de llegar a ofrecerle al acusado salvar su vida, incluso en los supuestos en los que el reconocimiento de los hechos derivaría ineludiblemente en una muerte en la

⁴ GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, Castillo de Luna, Madrid, 2014, pp. 62 y 65.

⁵ GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, 2014, pp. 65 y ss.

⁶ Este principio regía a punto tal que “...para la imposición de castigos no era necesaria la prueba del delito, pues ante la sospecha también se prevenía la aplicación de penas” (GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, 2014, p. 84). Además, correspondía al propio sospechoso probar su inocencia (GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, 2014, p. 85), por lo que la carga de la prueba también revestía sus particularidades bajo el proceso inquisitorial.

⁷ GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, 2014, p. 79.

⁸ GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, 2014, p. 80.

⁹ GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, 2014, p. 81. El destacado me pertenece.

hoguera¹⁰. Toda vez que el sistema estaba diseñado para “arrancar” la confesión y el arrepentimiento del imputado, todo valía: desde el encierro, la soledad y la incertidumbre hasta –si estos no bastaban para quebrar la resistencia del sujeto– la tortura, la influencia de familiares y amigos que pudieran disuadirlo de confesar, y el engaño¹¹.

Podemos apreciar así, entonces, la íntima vinculación entre el empleo de tácticas como la mentira y el engaño y el sistema político–religioso instituido por la Santa Inquisición, que buscaba la confesión de los culpables a toda costa, para poder aplicarles la pena necesaria que permitiría no solo aplicar el Derecho, sino también corregir al “pecador” y salvar su alma para toda la eternidad.

Siglos después, la historia daría un afortunado vuelco en materia de reconocimiento de derechos. Ubica HENDLER¹² el origen histórico del *nemo tenetur*¹³ en el derecho común de Inglaterra, principalmente desde la primera mitad del siglo XVIII, en la que se reconoció por ley la exclusión de las confesiones que no hubiesen sido voluntarias. Antes de eso, refiere el autor, la confesión resultaba admisible en tanto fuera confiable su valor probatorio, independientemente de si se había obtenido forzando la voluntad del imputado. Ya mediante una ley dictada en 1555, reseña, se encomendaba a los magistrados no profesionales –jueces de paz– interrogar a los detenidos y consignar por escrito sus confesiones, que debían remitir al tribunal. Recién por otra ley, dictada en Inglaterra en 1848, se reconoció el derecho de los acusados de negarse a contestar a tales interrogatorios. Pese a ello, todavía era factible extraer inferencias negativas para el acusado que optara por callar. La no admisión del silencio como prueba quedó consagrada en ese país a través de la sanción, en 1898, de la ley sobre prueba en materia penal (*Criminal Evidence Act*)¹⁴.

La garantía tuvo también un importante desarrollo en Francia y en los Estados Unidos de Norteamérica. En el país europeo, el derecho de abstenerse de declarar hizo su aparición en el ordenamiento positivo tras la aprobación de la ley denominada “Constans”, en 1897¹⁵, mientras que en el país norteamericano, el NT fue receptado por la Quinta Enmienda constitucional, cuyo texto reza: “Nadie será obligado a ser un

¹⁰ GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, 2014, pp. 81-82.

¹¹ GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, *Ecos de inquisición*, 2014, p. 91.

¹² HENDLER, *Sistemas penales comparados*, Didot, Buenos Aires, 2014, pp. 219-220.

¹³ En adelante, NT.

¹⁴ HENDLER, *Sistemas penales comparados*, 2014, pp. 219-221.

¹⁵ En HENDLER, *Sistemas penales comparados*, 2014, p. 223.

testigo contra sí mismo”. Allí, dos siglos después, la Suprema Corte federal consolidó los cimientos de dicha garantía, al establecer, en el fallo “Miranda v. Arizona”¹⁶ (384 U.S. 86) de 1966, las advertencias básicas, tan popularmente conocidas hoy a escala mundial, que de manera necesaria las fuerzas de seguridad deben comunicar a quien es detenido por la presunta comisión de un delito. Este se ha convertido en un requisito ineludible para que pueda tenerse por válida toda manifestación que el sospechoso realice, lo que tiende a prevenir confesiones involuntarias. Tales advertencias son: el derecho a guardar silencio, a ser informado que cualquier declaración que realice puede utilizarse como prueba de cargo en el juicio, que tiene derecho a contar con la asistencia de un abogado y, finalmente, que en caso de no poder afrontar los gastos, tiene derecho a que se le designe uno.

No obstante, la Suprema Corte de ese país ha tenido numerosas idas y vueltas en la materia. Así, en 1985 en el precedente “Oregon v. Elstad”¹⁷ se determinó que una declaración efectuada ante agentes policiales en incumplimiento de las “reglas Miranda” no invalidaba las pruebas obtenidas en su consecuencia. Luego, en el año 2000, dichas reglas fueron reafirmadas, mediante el emblemático fallo “Dickerson v. United States”¹⁸, en el que se declaró inconstitucional una ley del Congreso de 1968, que relativizaba esas advertencias. La doctrina de ese precedente fue reiterada en otro de 2004, “Missouri v. Siebert”¹⁹. Mas, nuevamente, el derecho al silencio fue mutilado en “Berghuis, Warden v. Thompkins”²⁰, de 2010, en el que se estableció que ese derecho debe ser expresamente invocado por el acusado para que surta efecto²¹.

Por su parte, ROXIN²² señala que, en el ordenamiento alemán, el NT se encuentra regulado en el parágrafo 136 del Código Procesal Penal (StPO), en tanto expresa que todo sujeto “es libre de declarar o no sobre el objeto de la causa”. Así, se garantiza la

¹⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “Miranda v. Arizona” (384 U.S. 86), 13 de junio de 1966.

¹⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “Oregon v. Elstad” (470 U.S. 298), 4 de marzo de 1985.

¹⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “Dickerson v. United States” (530 U.S. 428), 26 de junio de 2000.

¹⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “Missouri v. Siebert” (542 U.S. 600), 28 de junio de 2004.

²⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “Berghuis, Warden v. Thompkins” 560 U.S. 370, 1º de junio de 2010.

²¹ En HENDLER, *Sistemas penales comparados*, 2014, p. 232.

²² ROXIN, “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán”, en *Revista Penal* (Traducción a cargo de María del Carmen GARCÍA CANTIZANO), Universidad de Huelva, 2000, pp. 115-126.

protección frente a una autoincriminación involuntaria y subrepticia. Dicho párrafo 136, en su apartado a), "...prohíbe todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado y sanciona la violación de esta prohibición con la imposibilidad de usar en el proceso la declaración así conseguida"²³. Entre esos métodos prohibidos se encuentran los malos tratos, el agotamiento, los ataques corporales, el suministro de drogas, la tortura, el *engaño*, la hipnosis y la promesa de sentencias ilegales.

El autor agrega que dicho párrafo 136 a) no incluye un deber de impedir o aclarar malos entendidos que surgiesen en el interrogatorio, pero que luego, no se puede sacar provecho de una falsa representación provocada al acusado. De igual modo se pronuncia PAWLIK, para quien "...el imputado debe ser puesto en una situación en la que pueda hacer uso efectivo de su derecho a negarse a comunicarse"²⁴, lo que descarta de plano toda presión atípica o ardid por que declare.

Sin embargo, para ROXIN la jurisprudencia alemana reconoce una limitación, con la que concuerda: la posibilidad de extraer consecuencias desfavorables para el imputado que accede a declarar pero calla sobre determinados aspectos, por lo que debe evaluarse su conducta en conjunto²⁵.

II) Fundamento del *nemo tenetur*.

Más allá del desarrollo histórico de la garantía bajo estudio, su verdadero alcance no puede comprenderse si no se tiene una noción acerca de su fundamento. Al respecto, de acuerdo con ROXIN, el NT se funda "en la dignidad humana, en los derechos individuales del procesado y en el principio de un proceso limpio"²⁶. Por su parte, PAWLIK entiende que su razón de ser no debe buscarse en una visión del imputado como mero individuo, como un ser natural que persigue maximizar el placer y evitar el desagrado, pues de ese modo el Estado estaría habilitado para lograr su cometido a toda costa, lo que se asimilaría "...a la caza de un animal salvaje en la que se permite todo lo

²³ ROXIN, *Revista Penal*, 2000, p. 118.

²⁴ PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho Penal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 243.

²⁵ ROXIN, *Revista Penal*, 2000, pp. 115-116.

²⁶ ROXIN, *Revista Penal*, 2000, p. 117.

que sea de provecho... el Estado podría operar con listeza y, si fuera necesario, recurrir a la fuerza para frustrar las maniobras de huida y poder capturar al animal”²⁷.

Por lo tanto, a criterio del discípulo de JAKOBS, su fundamento debe entenderse de manera puramente normativa. El jurista, que concibe al ciudadano como obligado a colaborar con el Estado y la paz social, ve en el NT una excepción a ese principio, que resulta imprescindible a fin de legitimar de manera convincente frente al entorno social el procedimiento que deriva en una decisión jurídica dictada con autoridad²⁸. Entonces, “...un procedimiento basado en un deber de declarar ya no podría dar cumplimiento a su función social de aislar las protestas [en] contra del resultado del proceso con la fiabilidad necesaria”²⁹.

No obstante, considero que el fundamento brindado por PAWLIK no es tal, sino que se trata de un argumento aparente. Adviértase que no se explica por qué un sistema judicial que prescindiera del NT se vería imposibilitado de legitimar la aplicación del poder punitivo frente a la sociedad. Simplemente, tenemos que tomarle la palabra. Por el contrario, como se verá a continuación, semejante sistema podría contar con mayor aceptación social, toda vez que los sospechados de cometer delitos no podrían escudarse en esta garantía para guardar silencio, conducta que suele percibirse por los ciudadanos de a pie –e incluso, a veces, por los propios actores judiciales, aunque no puedan volcarlo en sus sentencias– como sinónimo de culpabilidad y de una impunidad habilitada desde el Estado.

Me detendré a continuación en la tesis del jurista y filósofo de la UCLA David DOLINKO, quien en un trabajo titulado “*Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*”³⁰, se dedica a criticar minuciosamente los distintos fundamentos de la garantía bajo estudio ensayados por diversos autores, que intentaron hallar en su base principios duraderos vinculados con la libertad del ciudadano y su relación con el Estado. Concluye así el autor que todos ellos resultan insatisfactorios y que, posiblemente, futuros esfuerzos similares en ese sentido no sean capaces de dar una respuesta convincente. DOLINKO considera, entonces, que el NT es algo así como una reliquia de determinadas prácticas y conflictos de una era pasada, que ha sobrevivido al

²⁷ PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho Penal*, 2010, p. 234.

²⁸ PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho Penal*, 2010, p. 237.

²⁹ PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho Penal*, 2010, p. 237

³⁰ DOLINKO, “Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?”, en *UCLA Law Review*, vol. 33:1063, 1985, pp. 1063-1148.

contexto que le dio sentido en un inicio. Es decir, tendría únicamente un sentido histórico, cuyo fin, originalmente, era evitar la aplicación de torturas.

Pese a ello, aclara, su cuestionamiento de la fundamentación conceptual de la garantía no implica que esta deba dejar de existir, puesto que “una regla cuya existencia carece de justificación basada en principios puede sin embargo cumplir importantes funciones en el sistema legal como un todo, de modo que su rechazo violento a todo el sistema”³¹. Los tribunales actuales, al aplicar la garantía –sostiene el filósofo– deberían por lo tanto interpretarla de manera restrictiva, al contrario de la construcción realizada por la Suprema Corte estadounidense.

A fin de elaborar su crítica, agrupa las distintas justificaciones brindadas del NT, a grandes rasgos, en dos categorías: fundamentos sistémicos y fundamentos individuales. Los primeros se componen de normas que serían cruciales para determinado sistema de justicia criminal; son de carácter instrumental, mientras que los segundos versarían sobre principios que implican un entendimiento correcto de los derechos humanos o el respeto de la dignidad o individualidad de las personas; por lo tanto, poseen un valor intrínseco. A continuación, enunciaré brevemente dichos fundamentos, así como la crítica que DOLINKO efectúa.

a) Fundamentos sistémicos:

Sostienen sus partidarios que el NT promueve los siguientes objetivos del derecho penal:

–*Determinar la culpabilidad y castigar a los culpables*: DOLINKO argumenta que la garantía únicamente impide al gobierno utilizar cierta evidencia para probar la culpabilidad del imputado, por lo que solo podría tener influencia en el resultado para desembocar en una absolución de quien podría de otro modo resultar condenado. Es decir, pareciera, a priori, orientarse más a la prevención de condenas a inocentes que a lograr condenar a los culpables.

–*Minimizar las chances de condenar inocentes*: si bien es posible pensar en casos en los que una persona inocente puede verse beneficiada al tener la posibilidad de no declarar –p. ej., un acusado sumamente nervioso o confundido, cuyo testimonio podría perjudicarlo, o aquel con antecedentes criminales–, sostiene DOLINKO que, en el

³¹ DOLINKO, *UCLA Law Review*, 1985, p. 1064. En inglés en el original.

sistema criminal norteamericano, los jurados suelen tomar como signo de culpabilidad también la negativa del imputado por subirse al estrado. Por lo tanto, considera – amparado en estadísticas del *Chicago Jury Study*– que en realidad los casos en los que el NT previene condenar a un inocente constituyen una pequeña proporción de las posibles implicancias de la garantía, por lo que carece de peso para ser considerado como su justificación.

–Prevenir la tiranía desde el propio Estado, al evitar que la maquinaria estatal sea utilizada para aplastar a la oposición, perpetuarse en el poder y oprimir al pueblo, incluso mediante el uso de la tortura: de abolirse el NT, esgrimen los partidarios de esta teoría, la policía y los fiscales se verían tentados a coaccionar a los acusados para que brinden declaraciones autoincriminatorias, en la búsqueda de condenar a los culpables, pero mediante atajos que les permitan ahorrar tiempo y esfuerzos que una investigación minuciosa y sin confesiones implicaría. Al respecto, el jurista refiere que la propia historia, así como la teoría constitucional y el sentido común, desmienten esta posible justificación del NT. Ello, toda vez que existe evidencia histórica que sugiere que la aplicación de tortura no contribuyó a la evolución de la garantía³².

Al margen de las razones históricas, DOLINKO afirma que la prohibición de autoincriminación forzada es innecesaria en la actualidad, como medio para evitar la tortura, ya que semejante práctica violaría el debido proceso, por lo que la confesión debería ser invalidada.

–Promover la confianza en la sociedad de que el sistema funciona de manera justa: en este aspecto, se han esgrimido dos fundamentaciones diferentes, según reseña el catedrático de la UCLA. En primer lugar, un argumento empírico, en virtud del cual los esfuerzos por obligar a los acusados a declarar devendrían en escenas que la mayoría de la población encontraría ofensivas. Al respecto, refiere DOLINKO que el argumento carece de soporte empírico y que podría afirmarse que es la propia existencia del NT la que debilita la confianza popular en el sistema, ya que los ciudadanos que presencian la declaración de un testigo en la que este invoca la garantía, lo perciben como un

³² DOLINKO menciona que la tortura era infrecuente en Inglaterra, pese a su uso esporádico en los siglos XVI y XVII. Su aplicación se mantuvo como una práctica excepcional de las altas autoridades, que incluso requería autorización del monarca y se reservaba para casos considerados graves, tales como traición o sedición. Su aplicación, agrega el autor, desapareció por completo luego de 1640, sin siquiera resistencia política o debate alguno (pp. 1078-1079). Corresponde, sin embargo, señalar la contradicción en la que incurre en este punto el autor, ya que afirma en otro momento del trabajo –como referí más arriba–, que la finalidad original del NT era, precisamente, evitar la aplicación de torturas.

equivalente de su culpabilidad, del mismo modo que un acusado que se rehúsa a declarar.

En segundo término, encontramos un argumento propio de la teoría política: los principios básicos del pacto social que exigen al gobierno tratar al imputado con el respeto debido a un igual que no puede ser forzado a renunciar a su derecho de auto defensa contra el Estado. Sobre este punto, refiere el autor que es falso que a un ciudadano deba brindársele total libertad para ejercer su derecho de repeler una acusación criminal, puesto que nadie cuestiona la aplicación de medidas contra el imputado que se da a la fuga, o que destruye evidencia incriminatoria, o intenta sobornar o intimidar a los testigos de cargo.

Por ende, concluye DOLINKO, las justificaciones sistémicas no pueden prosperar.

b) Fundamentos individuales:

–*La autoincriminación forzada implica una cuota inaceptable de crueldad*: se trata de la más antigua de estas teorías. Quienes la sostienen, sin embargo –advierte DOLINKO–, tienden a omitir explicar por qué forzar a alguien a autoincriminarse sería inaceptablemente cruel o inhumano y se limitan a darlo por sentado, por razones intuitivas. De entre ellos, el autor menciona la tesis de Dorsey ELLIS, para quien no se puede demostrar porqué la autoincriminación forzada es cruel, sino que simplemente lo *sentimos* así³³. Desde luego, DOLINKO critica severamente semejante fundamentación, que reposa sobre la base de una intuición que no es pasible de ser analizada y que, por lo tanto, no nos permite evaluar si determinadas prácticas constituyen casos de autoincriminación inhumana. Además, afirma con cierta ironía el autor, necesitaríamos una nueva muestra de intuición ante cada nuevo caso que se nos presentase.

No obstante, DOLINKO ensaya algunos postulados que permitirían responder porqué la autoincriminación forzada sería cruel, para desacreditarlos con otras formulaciones. A modo de ejemplo, mencionaré el posible fundamento que constituiría en que obligar a alguien a declarar en su contra lo pone ante una elección excepcionalmente difícil –al menos, al acusado que es culpable de los cargos que se le imputan–: o produce la evidencia que lo incrimina y queda así sometido a la aplicación

³³ ELLIS, Dorsey, “Vox Populi v. Suprema Lex: A comment on the testimonial privilege of the fifth amendment”, 55 *Iowa L. Rev.* 829, 1970; en DOLINKO, *UCLA Law Review*, 1985, p. 1092.

de una pena, o miente³⁴ o permanece en silencio. La cuestión apuntada por el jurista y filósofo es que, en realidad, las personas suelen ser obligadas a aportar prueba en su contra en numerosas otras ocasiones por fuera del ámbito penal, lo que las coloca ante semejante dilema “cruel”, pero que no son objeto de cuestionamiento. Como ejemplo, menciona el caso de un testigo al que se le concedió inmunidad para declarar contra una pandilla, la que lo amenaza de muerte a él y su familia en venganza; o el supuesto de una víctima de violación que debe optar entre revivir el trauma sufrido al testificar de cara a su agresor, en un interrogatorio probablemente direccionado por la defensa para desacreditarla, o dejar que su victimario salga en libertad, tal vez para buscar nuevas víctimas. DOLINKO cataloga como perverso a un sistema legal capaz de imponer tales difíciles elecciones a un testigo o a una víctima, que nada malo han hecho, pero que impide que quien quebrantó la ley tenga que enfrentar semejante dilema.

–La autoincriminación forzada implica una invasión a la privacidad: el catedrático de la UCLA señala que prácticamente ningún partidario de esta corriente se molesta en explicar cómo es que ser obligado a declarar en contra de uno mismo violaría ilegítimamente el derecho a la privacidad. DOLINKO plantea las siguientes objeciones a esta teoría:

1) El NT protege al individuo únicamente contra la autoincriminación y no contra la divulgación de información privada por parte de otros, lo que también supone una invasión a la privacidad individual.

2) El NT permite al imputado mantener reservada cierta información sobre sí mismo solamente si esta es potencialmente incriminatoria, pero no si es potencialmente dañina para él en otros aspectos³⁵.

3) Aún si concedemos que la autoincriminación forzada implica una invasión a la privacidad, ¿por qué esa invasión es injustificada? ¿No podrían los intereses de la sociedad en que esa información fuera revelada pesar más que el interés del sujeto en que se respete su privacidad? El autor advierte al respecto que, por ejemplo, la Cuarta

³⁴ Recordemos que en el sistema que DOLINKO analiza, el norteamericano, el imputado que decide declarar está obligado a decir verdad, por lo que mentir conlleva las penas del perjurio.

³⁵ Piénsese aquí el caso de información vinculada a un delito que prevé una pena de multa baja contra información que podría valerle al sujeto una multa excesiva en sede civil; o de información que podría valerle el desprecio prolongado de la sociedad, o incluso llevarlo a la muerte a manos de una organización criminal contra la cual tuviera que declarar como testigo.

Enmienda, que busca proteger la privacidad de los individuos, prohíbe solamente los allanamientos y secuestros que no sean razonables.

DOLINKO desgrana meticulosamente cada uno de esos ítems y las diversas justificaciones dadas por los “teóricos de la privacidad”. No me detendré aquí puntualmente en ellos, por una cuestión de espacio. Simplemente mencionaré que, de acuerdo con su crítica, quienes ponen el foco en la violación a la privacidad no logran explicar qué tiene de especial el tipo de privacidad que la garantía en trato protege, es decir, aquella pasible de comprometer penalmente a un sujeto y que solo puede provenir de sus manifestaciones.

Para finalizar con la crítica a los fundamentos individuales que esboza DOLINKO, mencionaré que, de acuerdo a su tesis, tanto los argumentos basados en la crueldad como aquellos que reposan en la privacidad exhiben varios defectos que los tornan sobre inclusivos puesto que, si seguimos los principios que ellos establecen, deberíamos descartar además de las autoincriminaciones forzadas, muchas otras prácticas que nadie tilda de ilegítimas o inaceptables.

Pese al minucioso análisis que efectúa el autor, no puedo dejar de advertir que DOLINKO incurre, en mi humilde opinión, en un error similar a los que critica: él afirma que la garantía carece de una fundamentación conceptual basada en principios, que se trata de una mera reliquia de tiempos pasados, aunque debe continuar existiendo, ya que aún así puede “cumplir importantes funciones en el sistema legal como un todo, de modo que su rechazo violento a todo el sistema”. Sin embargo, el jurista omite fundamentar tal afirmación. Cabe preguntarse, por lo tanto, ¿qué importante función puede cumplir una garantía que carece de una justificación comprobable? ¿Es esto posible?

No obstante esta contradicción, considero que la crítica que efectúa de cada uno de los posibles fundamentos del NT es robusta.

En nuestro país, a fin de brindar un fundamento del NT, PERALTA parte de una concepción preventiva del derecho procesal penal; es decir, aquella que justifica el castigo en la obtención de algún tipo de bienestar social, por oposición a una justificación retribucionista³⁶. A ese DPP preventivo, propone pensarlo según un

³⁶ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 196.

modelo “reduccionista”, cuyo único propósito sea prevenir la comisión de delitos; que permita castigar a los culpables y solo a los culpables³⁷. Todo su diseño estará dirigido a potenciar el descubrimiento de la verdad. Dentro de ese esquema, el autor sostiene que, en principio, el NT parece ser un obstáculo, ya que nos priva de un mecanismo para conocer la verdad: la declaración del acusado sobre los hechos. No obstante, admite que, si refinamos el razonamiento, en principio, podríamos pensar en algunas ventajas que la garantía en trato tiene para ofrecernos, en términos preventivos: por un lado, permitiría evitar la comisión de delitos provenientes de violencia estatal, dirigidos a obtener las confesiones. Por el otro, impediría condenar a inocentes, quienes, ante apremios, podrían inculparse falsamente para hacer cesar la violencia o, incluso, vistos en la obligación de declarar, los nervios podrían jugarles una mala pasada y hacerlos quedar como culpables³⁸.

En cuanto al primer argumento, PERALTA esgrime que, en realidad, aquel carece de capacidad para justificar la existencia del NT, puesto que la aplicación de apremios o vejámenes por parte de las fuerzas de seguridad ya pretende ser desalentada por otras leyes de carácter penal, que podemos entender más eficaces aún, ya que, estrictamente hablando, la garantía en cuestión no prevé sanciones para los funcionarios que incurren en dichos actos violentos³⁹. En lo que respecta a la evitación de condenas a inocentes, explica que, descartada la aplicación de torturas, como se vio, resta ocuparnos de las inferencias negativas que puedan extraerse de la declaración no satisfactoria de un acusado, debido a nervios, error o confusión. En estos casos, refiere, bastaría para neutralizar ese peligro, con regular los interrogatorios, por ejemplo, mediante la evitación de contraexámenes cargados de agresividad, la que suele estar presente en el sistema anglosajón. De igual modo, se podría establecer una norma que prohíba extraer inferencias de culpabilidad de un imputado que se muestre nervioso, poco claro o coherente. El NT, entonces, sería una alternativa poco convincente para evitar castigar a

³⁷ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, p. 197.

³⁸ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, pp. 199 y ss.

³⁹ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, pp. 200-201.

inocentes, ya que evita ese riesgo, pero a costa de que los culpables también se vean exentos de decir la verdad⁴⁰.

A continuación, el autor enuncia –para luego derribar– otro aparente riesgo de la eliminación del NT: el riesgo de que si todo acusado estuviera obligado a declarar, los culpables se verían compelidos a mentir para intentar salvarse, por lo que se introduciría al proceso evidencia poco fiable. Esto podría implicar un alto riesgo de condenas a inocentes, ya que jurados y jueces no podrían distinguir entre quienes dicen la verdad y quienes mienten, por lo que asumirán que ambos son mendaces. Al respecto, PERALTA refiere que según estudios empíricos realizados en Inglaterra y Gales, donde actualmente se permite extraer inferencias negativas del silencio de los imputados, ya incluso antes de la reforma que habilitó tal práctica, en 1994, muchos acusados culpables decidían declarar y mentir, pese a lo cual eran igualmente condenados. Esto probaría que los jurados y jueces no tendían a creer sus mentiras⁴¹.

Agrega el autor que, en esos países, el imputado que decide declarar lo hace bajo las penalidades del falso testimonio, por lo que su libertad fáctica para mentir es menor que en países como Argentina y Alemania, en los que el acusado que declara tiene permitido mentir. Esta facultad debilita su credibilidad, incluso si es inocente, ya que se sabe que mentir no tiene ningún costo; por ende, en ordenamientos como el de Inglaterra y Gales –a los que podemos añadir el de EEUU–, quien escucha al imputado tiene más razones para suponer su veracidad⁴². No obstante, enfatiza PERALTA, de lo que se trata en definitiva es de que la información sea plausible, de que la versión provista se condiga con el resto de la evidencia. Debemos dejar en manos del juzgador de que se trate, ya sea jurado o juez, determinar qué confesiones son verdaderas y cuáles no –en pocas palabras: el juzgador no es tonto; no va a “comprar” cualquier mentira del acusado–. Por lo tanto, este posible fundamento del NT tampoco sería acertado⁴³.

Finalmente, el autor desestima la teoría en virtud de la cual el NT favorece la incorporación de información de calidad, toda vez que tendería a dársele mayor

⁴⁰ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, p. 205.

⁴¹ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, p. 206.

⁴² PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, p. 207.

⁴³ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, 208.

preponderancia a la declaración del imputado que a las restantes pruebas producidas en un proceso penal. Luego, contar con más imputados que declarasen, si todos se vieran compelidos a hacerlo, operaría en detrimento de la recolección de otras evidencias de mayor calidad. Como puede apreciarse con facilidad, el contra argumento de PERALTA consiste en que debe exigirse siempre una valoración razonable de la prueba y que la confesión, por sí sola, no es suficiente⁴⁴.

Ahora bien, enunciadas y criticadas todas estas posibles justificaciones del NT y los riesgos que podrían concretarse si se lo aboliera, el autor concluye que, si efectivamente se suprimiera la garantía, los jueces y jurados llamados a resolver los distintos casos serían capaces de adaptarse a la nueva realidad y proceder según los criterios recién expuestos –interpretar la totalidad de la prueba de manera razonable, no asignar consecuencias negativas al imputado que se muestre nervioso o confuso en su declaración, etc.–. Pese a ello, entiende que debemos considerar todos los riesgos analizados en conjunto y que, si bien la práctica es modificable, esto llevaría tiempo, por lo que “quizás lo más sensato sea seguir adoptando la medida preventiva del NT para evitar exceso de castigo”⁴⁵.

Luego de haber pasado revista a las posibles justificaciones del NT y sus refutaciones, que estimo sólidas, no puedo más que concluir que ninguna de ellas resulta del todo satisfactoria. Sin embargo, escogeré una vía similar a la empleada por PERALTA: considero que la mera posibilidad de que cualquiera de los riesgos analizados que conllevaría la supresión de la garantía se concretara en la realidad –desde la aplicación de torturas hasta la elevación del número de inocentes condenados– amerita su preservación, pese a que todos esos peligros pudieran ser neutralizados de otra forma o por otros mecanismos. Cuando se trata de asegurar ciertos derechos humanos básicos y de contribuir a la averiguación de la verdad, lo que abunda no daña.

Simplemente discrepo con la postura del autor argentino en que no creo que se trate de una cuestión del tiempo que llevaría adaptarse a la nueva realidad sin el NT, sino que entiendo que su inexistencia podría implicar un peligro latente por tiempo indefinido de menoscabo a los derechos humanos –por vía de la aplicación de torturas–

⁴⁴ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, pp. 208-210.

⁴⁵ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en AMBOS, MALARINO y PASTOR, (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, p. 211.

y del fin del proceso. *Su función central, en síntesis, es la de doble aseguro, de refuerzo, de tales valores.*

III) Alcance actual del *nemo tenetur* en la Argentina.

En nuestro ordenamiento positivo, la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada reconoce su fuente en la Constitución Nacional, cuyo art. 18 estipula que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Dicho principio proviene directamente del Proyecto de Constitución de Alberdi, en su art. 19 (1852), que pasó a integrar la Constitución de la Confederación Argentina, en su art. 18 (1/05/1853), para posteriormente formar parte de la Constitución de la Nación Argentina (23/09/1860), sin modificarse en su contenido⁴⁶. Esa garantía, como señala Luis GARCÍA⁴⁷, tiene también recepción en la mayoría de las constituciones provinciales, en el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁸, en el derecho penal internacional⁴⁹ y en el derecho internacional humanitario⁵⁰.

En cuanto a las constituciones provinciales, señala MAIER que estas ratifican dicho principio, aunque lo limitan en su operatividad, casi siempre al ámbito penal, a la vez que lo extienden regularmente al cónyuge y a ciertos parientes próximos⁵¹. A la consagración de la garantía en las distintas constituciones debe añadirse su regulación dentro de los códigos procesales de cada provincia, así como en el CPPN y CPPF⁵².

⁴⁶ Cfr. MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2.^a ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 665.

⁴⁷ GARCÍA, “El caso ‘Rau’ o la insustancialidad del principio ‘Nemo tenetur se ipsum accusare’”, en PITLEVNIK (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 22, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 36-37.

⁴⁸ Arts. 14.3.g) PIDCP; 8.2.g) y 8.3 CADH y 40.2.iv) CDN.

⁴⁹ Estatuto de Roma, arts. 55.1.a) y b), 55.2.b), y Reglas de Procedimiento y Prueba (U.N Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, 2000), reglas 74 y 190.

⁵⁰ Tercer Convenio de Ginebra, del 12/08/1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Cap. III, art. 99, párr. 2°.

⁵¹ Así, Catamarca, 30; Córdoba, 40; Corrientes, 11; Chaco, 17.III; Chubut, 27; Formosa, 17; Jujuy, 23; La Rioja, 26.II; Mendoza, 26; Neuquén, 35; Río Negro, 8.II; Salta, 28; San Juan, 17; Santa Cruz, 22; San Luis, 26; Santiago del Estero, 19. En MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2004, p. 665. Por el contrario, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no estipula expresamente el NT, sino que se lo puede inferir de las garantías consagradas en el art. 13, principalmente, del derecho de defensa en juicio.

⁵² CPPN, 296 y 298; CPP Córdoba, 259 y 261; CPP Mendoza, 296 y 298; CPP Santiago del Estero, 196; CPP La Rioja, 267; CPP Salta, 296 y 298; CPP La Pampa, 275 y 277; CPP Corrientes, 293 y 295; CPP Entre Ríos, 291 y 293; CPP Santa Fe, 319; CPP Tucumán, 259 y 261 (MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2004, p. 666). El CPPF (texto según Ley 27.482, ordenado por Decreto 118/2019) consagra el NT en su art. 4, en los siguientes términos: “Derecho a no autoincriminarse. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una

Existen en los ordenamientos procesales de nuestro país algunos casos que explícitamente hacen alusión a la cuestión del engaño. Entre ellos, puede mencionarse el art. 270 del CPP de La Rioja, que, dentro del capítulo que regula la declaración indagatoria, estipula: “En ningún caso las declaraciones del imputado se requerirán bajo juramento o promesas o mediante coacción o engaño”. Por su parte, el CPP de San Luis establece en su art. 116 las condiciones para que la confesión produzca plena prueba, entre las que se encuentran que no medie violencia, intimidación o falsas promesas, y que no se preste por error evidente.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse respecto del NT en el precedente “Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733”⁵³. Allí, se analizaban las circunstancias en las que se recabó la prueba de cargo contra el imputado, quien había ingresado a un hospital y fue intervenido quirúrgicamente, tras serle diagnosticada una obstrucción intestinal debido a la presencia de cápsulas que, según se determinó luego, contenían clorhidrato de cocaína. En ese contexto, le fueron extraídas trece envolturas y otras tantas expulsó de manera natural, todas las cuales fueron secuestradas por personal policial, que fue avisado por los médicos tratantes. Dicho material sirvió de base para la condena a cuatro años de prisión que, entre otras sanciones, le impuso un tribunal oral.

Ahora bien, del voto de la magistrada Argibay se pueden extraer algunas precisiones en cuanto a la garantía en trato. La jueza sostuvo que el NT “no resulta de aplicación, en principio, para los casos en los que la voluntad ha sido impulsada, por ejemplo, por la propia mortificación anímica o física de quien expone aquello que lo incrimina, si en ese desenlace no ha existido participación ilegítima de terceros, en particular, de funcionarios estatales. Dicho de otra manera: la garantía constitucional contra la autoincriminación está dirigida contra los abusos de otras personas y no contra la acción de la naturaleza, las autoagresiones o incluso la fuerza ejercida dentro de la ley por los funcionarios encargados de hacerla cumplir” (considerando 5°).

Añadió la ministra que una interpretación del NT que se divorcie de su función como freno a los excesos del Estado y se base en la falta de conformidad del imputado con la obtención de ciertos medios de prueba conllevaría a brindar al acusado una

admisión de los hechos o indicio de culpabilidad. Toda admisión de los hechos o confesión debe ser libre y bajo expreso consentimiento del imputado”.

⁵³ Rta. 20/04/2010.

facultad de veto respecto de elementos de juicio necesarios para cumplir de manera adecuada con la función judicial penal. Así, el imputado podría invalidar la prueba incriminatoria secuestrada, por ejemplo, a raíz de un allanamiento practicado con orden judicial en su vivienda, puesto que el material no habría sido dejado allí “voluntariamente”⁵⁴. La clave para concluir la validez de tales elementos de prueba, a criterio de la magistrada del Alto Tribunal, es que ellos fueron obtenidos “sin mediar engaño o fuerza sobre el imputado, es decir, sin abuso por parte de los funcionarios que han intervenido” (considerando 5°).

La Dra. Argibay concluyó que la utilización como prueba de cargo del material obtenido de manera legítima por el médico que atiende al acusado no implica su forzamiento a declarar en contra de sí mismo. Por lo tanto, el NT se mantiene incólume, sin detrimento de considerar la ministra que la condena debía ser revocada por haberse transgredido el derecho a la privacidad del imputado, por parte de los médicos denunciadores.

Entonces, hasta aquí: la garantía se dirige a proteger al ciudadano de abusos por parte de terceros, especialmente, de funcionarios estatales, y esos abusos requieren de alguna maniobra insidiosa o fuerza sobre aquel. No basta que el acusado haya llegado a delatarse por sus propios medios, por necesidad, como producto de su “mala suerte”.

En el ámbito académico, MAIER enseña que en función de la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada, no es posible obligar al sospechoso a brindar información sobre lo que conoce, sino que se requiere de su voluntad, manifestada libremente y sin coacción⁵⁵. Para el jurista argentino, entonces, son consecuencias de esta garantía para el imputado, en el marco del procedimiento penal: la facultad del acusado de abstenerse de declarar, la voluntariedad de su declaración y la libertad de decisión, la que no puede ser coartada por ningún tipo de coacción, tanto física como moral, lo que incluye tortura, amenaza, juramento, cansancio, pérdida de la serenidad, etc. Esa libertad, añade MAIER, tampoco puede verse restringida por la promesa ilegítima de una ventaja ni por el *engaño*, bajo la forma de preguntas capciosas o sugestivas⁵⁶.

⁵⁴ Entiendo que la Dra. Argibay se refiere en este punto a que dichos elementos no habrían sido dejados allí con la intención de ser descubiertos por personal policial; de allí la calificación de no voluntarios.

⁵⁵ MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2004, pp. 664 y ss.

⁵⁶ MAIER, *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2004, p. 666.

Luis GARCÍA⁵⁷, por su parte, sostiene que la manifestación más básica de esa garantía es el derecho a ser oído ante el juez de la causa. Se trata precisamente de un derecho sobre el que el acusado tiene el total señorío, por lo que no se lo puede compeler a declarar –en ningún sentido, incriminatorio o no–.

En cuanto a la extensión temporal de la garantía, el autor expone que desde que una persona es objeto de una imputación penal, nace su derecho a defenderse de esa acusación (art. 18 CN), el que se extiende hasta la decisión sobre la acusación por parte del último tribunal que conoce sobre la imputación⁵⁸.

Añade GARCÍA que “El derecho *a no ser obligado* a declarar contra sí mismo prohíbe cualquier procedimiento o práctica de presión llevados a cabo, de manera deliberada, para obtener una declaración del imputado contra esa clase de prácticas o procedimientos”⁵⁹. Desde luego, el Estado sí se encuentra habilitado para llevar a cabo actos legítimos que impliquen indirectamente cierta presión psicológica sobre el sujeto investigado, inherentes a la existencia misma de un proceso penal en su contra⁶⁰.

Entiende el autor que del privilegio que protege contra toda forma práctica que tienda a compeler a la autoincriminación, se coligen, entre otras, las siguientes consecuencias: la facultad del acusado de declarar o abstenerse; la prohibición de todo método que suprima la voluntad en la decisión de declarar o no, o en el curso de dicha declaración; la proscripción de todo método que afecte la libertad de decisión, ya sea que constituya coacción física o moral, la promesa de algún beneficio a cambio de declarar, o un *engaño* acerca de las condiciones, uso o efecto de la declaración⁶¹. En la

⁵⁷ GARCÍA, “El caso ‘Rau’ o la insustancialidad del principio ‘Nemo tenetur se ipsum accusare’”, en PITLEVNIK (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 22, 2017, pp. 25-65.

⁵⁸ GARCÍA, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2018, p. 292.

⁵⁹ GARCÍA, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en PLAZAS, Florencia/ HAZAN, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, 2018, p. 290. Destacado en el original.

⁶⁰ GARCÍA, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en PLAZAS, Florencia/ HAZAN, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, 2018, p. 290.

⁶¹ GARCÍA, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en PLAZAS, Florencia/ HAZAN, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, 2018, p. 317.

medida en que se respete la voluntariedad del imputado a la hora de declarar, siguiendo estas pautas, una manifestación que realizare en su contra sería perfectamente válida como fundamento en una sentencia⁶².

Al analizar los alcances del NT, GARIBALDI coincide con TEDESCO en cuanto a que los destinatarios de la garantía deben ser las autoridades, judiciales o extrajudiciales, que intervengan en una causa penal, quienes tienen prohibido intentar obligar o determinar a alguien a declarar en contra de su voluntad, así como a aportar pruebas que lo perjudiquen⁶³. Asevera que no quedan comprendidos dentro de las previsiones de la garantía los particulares que ninguna vinculación tienen con el funcionario que conoce la imputación⁶⁴. Asimismo, en consonancia con BINDER, MAIER y GARCÍA, considera que la protección que brinda el NT se vuelve válida desde que el sujeto es imputado; vale decir, desde que existe algún indicio en su contra, puesto que desde ese momento nace su derecho inalienable a defenderse⁶⁵. A partir de allí, la decisión de realizar un aporte a la investigación debería ser tomada luego de tener la posibilidad de asesorarse con su defensa⁶⁶. Es que, si se postergara la efectividad de la garantía a partir del momento de la detención del sospechoso, como sostienen algunos, se permitiría a las autoridades obviar la aplicación de la garantía en trato y someterlo a toda clase de interrogatorios, simplemente demorando su aprehensión⁶⁷. Además, como es obvio, no todo sospechoso en una causa penal es alguna vez detenido.

GARIBALDI coincide también con BINDER y MAIER en cuanto a que la coacción que queda descartada puede ser tanto física como moral, lo que incluye al engaño; no vale ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado⁶⁸. A criterio del autor, las diversas interpretaciones posibles del NT están influidas no solo por el lenguaje de

⁶² GARCÍA, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en PLAZAS, Florencia/ HAZAN, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, 2018, p. 318.

⁶³ GARIBALDI, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 466-467.

⁶⁴ GARIBALDI, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, 2010, p. 467.

⁶⁵ GARIBALDI, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, 2010, pp. 470-471.

⁶⁶ GARIBALDI, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, 2010, p. 471.

⁶⁷ GARIBALDI, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, 2010, p. 469.

⁶⁸ GARIBALDI, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, 2010, pp. 473 y 493-494.

cada cláusula constitucional, sino también por la cultura, la historia y la visión de la realidad de cada sociedad.

Incluso, el catedrático de la Universidad de Buenos Aires da un paso más y concibe al engaño como una forma moderna de tortura, cuyo alcance se ve potenciado en la actualidad por los adelantos tecnológicos, que permiten grabar y filmar todo. Determinadas formas de engaño pueden ser así altamente degradantes y lograr que el acusado se autoincrimine, mediante la explotación de la confianza y de la ignorancia del sujeto. Así, se explotan debilidades y se expone al ridículo.

De acuerdo con BERTELOTTI⁶⁹, se le reconoce a la garantía contra la autoincriminación forzada una serie de derivaciones, tales como el derecho del acusado a negarse a declarar, puesto que su declaración constituye un medio de defensa y no de prueba; y la voluntariedad y libertad de la declaración, que reconoce fundamento convencional en el art. 8.3 CADH, al establecer que “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

El autor se encarga también de desmenuzar la distinción entre la concepción del imputado como objeto o como sujeto de prueba^{70 71}, pues la garantía en trato, entiende, opera únicamente en el segundo de los casos. En función de esta diferenciación, sostiene que en los supuestos en que el acusado es concebido como sujeto de prueba, se requiere de su aporte voluntario y libre al proceso de cualquier elemento probatorio, mientras que si se lo entiende como objeto de prueba, puede ser compelido a realizar ese aporte. Refiere que, habitualmente, se entiende que debe ser considerado *sujeto* cuando el aporte consiste en un *relato que incorpora un conocimiento cierto o probable* sobre un objeto de prueba. Por ende, la garantía no aplicaría cuando se requiere una muestra de sangre o que participe de un reconocimiento en rueda de personas. No obstante, considera que ceñir la garantía a que se trate de un relato implica restringir injustificadamente su aplicación, por lo que aboga por una concepción que abarque cualquier forma de comunicación que pueda resultar autoincriminatoria, en cuyo caso el

⁶⁹ BERTELOTTI, *Derecho procesal penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pp. 120-135.

⁷⁰ BERTELOTTI, *Derecho procesal penal*, 2021, pp. 130-135.

⁷¹ Respecto de dicha clasificación, señala PERALTA dos inconvenientes: “El primero radica en que si uno se la toma demasiado en serio parece excluir más de lo deseable. Por ejemplo, formar parte de una rueda de reconocimiento exige, al menos en un sentido, una conducta activa: la de ir y pararse en fila en cierta habitación; y hasta la extracción de sangre, en un punto, requiere de cierta colaboración por parte del sujeto investigado”. En PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en *Prevención e imputación*, en AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ PASTOR, Daniel (dirs.), 2017, p. 211.

sospechoso no puede ser obligado a aportarla, lo que comprenderá los textos que este escriba, la documentación que entregue o la “pipeta” que se le exija soplar —en los casos de controles vehiculares de alcoholemia—.

Por el contrario, PERALTA es partidario de una comprensión más reducida del ámbito de aplicación de la garantía bajo estudio, limitada únicamente a obligaciones de declarar y no abarcadora de cualquier clase de colaboración en la investigación. Esto dejaría por fuera de la protección de la garantía medidas tales como extracciones de sangre u orina o la producción de escritos a fin de comparar la caligrafía. Ello, toda vez que es solo cuando el imputado declara que aporta un elemento *comunicativo* que será valorado por el juzgador. En los casos de aportes reales o físicos, simplemente permite que otro coloque ese elemento: el testigo o perito, que será quien brinde el elemento a ser valorado directamente, es decir, la conclusión respecto del aporte físico del imputado⁷². Entonces, sería solo en los primeros supuestos en los que existe un verdadero riesgo directo de avanzar hacia el descubrimiento de la verdad con su intervención⁷³.

Personalmente, coincido con la amplitud que otorga a la garantía BERTELOTTI, ya que restringirla a expresiones verbales, comunicativas, que no requieren de ningún intérprete, deja por fuera de la protección constitucional aportes que el acusado puede ser obligado a realizar de manera activa y que implican también una comunicación que pueda resultar autoincriminatoria. Tales los casos de confección de un cuerpo de escritura o de empleo de una “pipeta”, entre muchos otros.

Finalmente, me detendré a continuación en las precisiones realizadas por CAFFERATA NORES, respecto de la confesión. Enseña el jurista que esta “es el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva ya deducida en su contra”⁷⁴. Apunta como requisitos de su validez a los siguientes: quien confiesa debe encontrarse en condiciones intelectuales aptas para producir una manifestación de conocimiento y voluntad jurídicamente atendible (arts. 76, 77 y 299 in fine, CPPN); debe producirse en forma libre, lo que incluye un completo estado de

⁷² PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en *Prevención e imputación*, en AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ PASTOR, Daniel (dirs.), 2017, p. 213.

⁷³ PERALTA, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en *Prevención e imputación*, en AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ PASTOR, Daniel (dirs.), 2017, p. 216.

⁷⁴ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 4.^a ed. actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 159.

tranquilidad, sin coacción moral de ningún tipo –el juramento queda descartado– ni apremios ilegales (arts. 18 CN y 296 y 299 in fine, CPPN)⁷⁵; que sea brindada ante el órgano judicial con atribuciones concretas para investigar y juzgar el caso (art. 294 CPPN); y se la debe prestar con el propósito de confesar, por lo que no puede ser lograda a través de preguntas capciosas o sugestivas (art. 299 CPPN) o mediante error⁷⁶. Sentencia el autor: “Y la confesión que es producto de una voluntad viciada por el error (*provocado*) no tendrá más eficacia que la generada por una voluntad viciada por la intimidación”⁷⁷.

Entonces, la confesión debe ser rechazada, entre otros casos de coerción directa que nadie discute, *cuando proviene de un error provocado*.

Hasta aquí, he demostrado que el engaño, como mecanismo para obtener una confesión, es un medio coactivo, pues restringe la libertad de quien confiesa. Si bien muchos de los autores citados abogan por excluir tal práctica, es preciso avanzar en el análisis para concluir que esa maniobra debe prohibirse, a la luz de la garantía de NT. A tal fin, a continuación, haré algunas precisiones conceptuales.

IV) Definiciones conceptuales: hacer trampa, engañar y mentir.

Stuart GREEN, en su trabajo titulado “Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno”⁷⁸, aunque abocado a estudiar puntualmente los delitos llamados de cuello blanco, desarrolla previamente una serie de conceptos que pueden ser de utilidad aquí. De ese modo, en el capítulo “Hacer trampas”, elabora una teoría positiva de la conducta tramposa, comenzando con una descripción de sus elementos formales paradigmáticos⁷⁹. Ellos son, según su concepción: haber infringido una regla justa y claramente impuesta, bajo apariencia de haberla cumplido; y actuar con la intención de obtener una ventaja sobre la parte con la que se interactúa en el marco de una relación sometida a reglas⁸⁰. En este punto, el autor excluye como elementos necesarios, el

⁷⁵ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 2001, p. 160.

⁷⁶ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 2001, p. 161.

⁷⁷ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 2001, p. 161, nota al pie nro. 14. El destacado me pertenece.

⁷⁸ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013.

⁷⁹ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, pp. 89-115.

⁸⁰ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 93.

engaño y el encubrimiento, por entender que, aún en ausencia de ellos, una persona puede estar haciendo trampas⁸¹.

En lo que respecta puntualmente al incumplimiento de reglas por parte de jueces, GREEN rehúsa tildar a esa conducta como “hacer trampa”, expresión que reserva para el incumplimiento de reglas entre rivales. Por lo tanto, denomina a los supuestos en que los jueces no juzguen sus casos de manera imparcial, como un incumplimiento al deber de lealtad –a su propio oficio–⁸².

En el capítulo dedicado al engaño, el catedrático de la Universidad de Rutgers define a este como “la comunicación de un mensaje a través del cual el comunicador, al comunicarse, pretende confundir al receptor. Es decir, el mensaje es comunicado con la intención de que la persona que lo recibe crea algo que es falso”⁸³. Este concepto, al que entiende como un *ilícito moral prima facie*, es distinto de la mentira, que constituye un subconjunto del engaño e implica un abanico de conductas mucho más estrecho. La mentira requiere de una afirmación verificable que debe ser literalmente falsa⁸⁴. Veámoslo con un ejemplo del autor: “Si Bill sabe que estaba en la ciudad de Nueva York la noche del 3 de febrero, pero le dice a Hillary que estaba ‘o en Nueva York o en Chappaqua’, Bill habrá engañado a Hillary al hacerle creer que no sabía o que no estaba seguro de dónde estaba aquella noche... le habrá engañado sin haberle mentado, toda vez que su declaración es literalmente verdadera”⁸⁵. De igual modo, el engaño puede darse aún en silencio, tal como lo explica un ejemplo de Kant, aportado por GREEN, al hacer A las maletas frente a B, con el fin de que deduzca que se irá de viaje⁸⁶.

Al engaño verbal llevado a cabo sin mentira lo denomina también confusión. Pero, ¿da lo mismo en términos morales mentir que confundir? GREEN entiende que no, ya que –salvo casos especiales– la simple confusión es menos ilícita, porque allí rige el

⁸¹ Así, por ejemplo, el caso del conductor que maneja por la banquina de una autopista para evitar el tráfico pesado. Aquel estaría infringiendo una regla y lo haría para obtener una ventaja, pero sin acudir a encubrimiento o engaño, pues el resto de los conductores pueden verlo. No obstante, estaría haciendo trampa. GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, pp. 94-95.

⁸² GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 107.

⁸³ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 117.

⁸⁴ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 118.

⁸⁵ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 119.

⁸⁶ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 118.

principio que denomina “cuidado, receptor”, en virtud del cual, así como un sujeto es responsable de evaluar la calidad de su compra antes de efectuarla, en ciertas circunstancias el receptor de una afirmación es responsable, al menos en parte, de comprobar que es verdadera antes de creerla⁸⁷. Pero en la mentira, esa condición se modifica:

“Cuando A miente a B, A le dice que él mismo cree lo que está diciendo. Por tanto, está justificado que B confíe en A, por lo que B no tiene por qué estar en guardia o cuestionar la veracidad de A. Si A está equivocado acerca de su afirmación, entonces A será completamente responsable de haber creado una falsa creencia en B. Y si la manifestación falsa de A ha sido intencional, toda la culpa recaerá en A.

La simple confusión implica una dinámica muy distinta. Cuando A confunde a B sin hacer una afirmación, no le indica que cree que lo que está diciendo es verdad (ya que lo que dice no es ni verdadero ni falso). No hay por tanto una garantía de veracidad en la que B pueda confiar... [si] es el espectador quien llega a la conclusión incorrecta, dicho espectador será en parte responsable de su creencia equivocada”⁸⁸.

Lo que debemos preguntarnos a continuación, de acuerdo con el esquema que propone GREEN, es bajo qué circunstancias puede justificarse una mentira u otro tipo de engaño. Admite que casi todos –a excepción de un kantiano– permitirían una mentira para proteger una vida humana inocente, o los supuestos de mentiras triviales con el fin de evitar ofender a otros o para mantener buenas relaciones sociales –lo que se conoce en nuestro medio como “mentiras piadosas”–. Empero, existe una vasta gama de opiniones respecto de todos los demás supuestos⁸⁹: “El principio consecuencialista generalmente aceptado parece indicar que está permitido mentir o engañar para evitar que ocurra un daño mayor. Al mismo tiempo, sin embargo, reconocemos el fuerte peso deontológico de la regla que prohíbe la mentira. El problema de las mentiras justificadas, pues, surge del choque entre estos dos modos incompatibles de pensamiento moral. De cualquier forma, en estos casos se suele afirmar que la persona que miente o engaña ha hecho lo correcto (es decir, que estaba justificado). Muchos académicos han argumentado que, a pesar de la regla prima facie en sentido contrario,

⁸⁷ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 120.

⁸⁸ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, pp. 120-121.

⁸⁹ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, pp. 24-25.

un sujeto está moralmente facultado (incluso obligado) a utilizar el engaño cuando al hacerlo pueda prevenir un daño mayor”^{90 91}.

Ahora bien, si trasladamos los conceptos desarrollados por GREEN al objeto de mi investigación, podemos afirmar que los casos en los que un tercero induce a error al sospechoso de la comisión de un delito, con tal de lograr su confesión, no solo estará coaccionándolo –según se vio en el capítulo anterior–, sino que incurrirá en una *conducta tramposa*, en tanto se haya infringido una regla justa y claramente impuesta, bajo apariencia de haberla cumplido. Se requiere, además, que se actúe con la intención de obtener una ventaja sobre la parte con la que se interactúa –el sospechoso– en el marco de una relación sometida a reglas. Según se mencionó más arriba, el engaño se encuentra expresamente vedado en códigos de procedimiento penal como los de La Rioja y San Luis, por ejemplo. En esos casos, podemos afirmar que se trata de “una regla justa y claramente impuesta”.

Puede suponerse también, que el tercero que consigue así la confesión, pretenderá haber obrado en cumplimiento de la ley, puesto que de otro modo, se arriesgará a la anulación de esa prueba y a la aplicación de alguna posible sanción –esto es quizás más evidente si el ardid proviene de un funcionario, aunque es fácilmente imaginable

⁹⁰ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 125.

⁹¹ Para una lectura menos severa del concepto de “hacer trampa”, BASILE, “Is cheating a universal moral concept?”, en *Global Crime*, vol. 9, nro. 4, 2008, pp. 354-367 (<https://doi.org/10.1080/17440570802557011>; última visita: 25 de febrero de 2024). Allí, el autor refiere que los conceptos vertidos por Green en su obra son solo aplicables al sistema norteamericano, debido a sus particularidades morales y culturales, pero que no son aplicables al resto del mundo sin más. En ese sentido, explica que en Italia el hacer trampas está visto de una manera mucho más laxa en los distintos ámbitos, tales como el educativo, el académico o el deportivo. Así, por ejemplo, refiere –citando al escritor y periodista italiano Claudio Magris en su “L’elogio del copiare” (publicado en el diario “Corriere della Sera, el 28/1/1999)–, que entre estudiantes el copiar un trabajo y permitir a los compañeros que hagan lo mismo “es un *deber* que constituye la *base de la ética*, una especie de *lealtad* y *solidaridad fraternal* entre compañeros que comparten el mismo destino (sin importar si es por una hora o para toda la vida)... Aquel que no ayude a un compañero de clase en problemas será para siempre un *canalla...* y se transformará en un *idiota...*” (p. 355, en inglés en el original, cursivas también). Agrega Basile que el hecho de que en italiano no exista una palabra equivalente al vocablo inglés “cheat” (hacer trampa) indica la diferente valoración moral del concepto. En el país europeo es altamente inusual que un estudiante sea castigado por plagio, con una suspensión o expulsión (a lo sumo, ameritaría reprobado el curso). Es que, explica, un observador externo podría ver el caso de plagio y considerar al plagiador como “astuto” y merecedor de salirse con la suya (p. 359). Agrega como otro fundamento para la visión menos severa de la trampa en la sociedad italiana, la “ilimitada capacidad para perdonarse los unos a los otros, incluso en los casos más reprochables” (p. 360, en inglés en el original).

Tal vez nuestra historia y cultura tan emparentadas con la sociedad italiana puedan explicar nuestra propia experiencia con la trampa. Piénsese, en el ámbito futbolístico, el conocido episodio protagonizado por Diego Maradona en el Mundial de 1986, conocido como “la mano de Dios”, tan ampliamente celebrado por nuestra sociedad como un ejemplo de “viveza criolla”, ya que contribuyó a que la Selección Argentina se hiciera con el título mundial, pese al ardid llevado a cabo.

también a un particular que, aún sin saber de derecho penal, tema alguna de esas consecuencias adversas, a aplicarse en caso de conocerse el modo en que fue obtenida la confesión–.

Por otra parte, la presencia del elemento “intención de obtener una ventaja” sobre el interlocutor no requiere de mayores explicaciones.

Sin embargo, a los fines de esta investigación, el foco debe estar puesto en las regulaciones procesales que no vedan expresamente el engaño –tal es el caso del CPPN–, pues es allí donde se hace necesario responder si tal argucia queda comprendida por el NT y debe ser por lo tanto prohibida. Para ello, es indispensable distinguir según quién sea el emisor de esa estratagema. Avancemos con el análisis.

V) ¿Puede el Estado engañar?

De lo expuesto arriba sobre el postulado de GREEN podemos extraer algunas pautas de base. Así, cabe afirmar que *el compromiso del Estado, puesto a investigar la comisión de un delito, debe ser el de no hacer trampa*. En este sentido, si bien actúa con la intención de obtener una ventaja sobre la parte con la que interactúa –el imputado– en el marco de una relación sometida a reglas –el proceso penal–, para ello no debe infringir ninguna de las reglas que rigen esa relación, ni mucho menos infringirla y luego aparentar haberla cumplido. En función de ese mandato, los jueces deben honrar el deber de “lealtad” a su oficio, es decir, juzgar de manera imparcial.

La pregunta a responder, entonces, es si en los ordenamientos que no estipulan expresamente una cláusula que prohíba hacer uso del engaño –como sucede en la mayoría de los códigos de procedimiento de nuestro país–, tanto los jueces como las fuerzas de seguridad podrían aún valerse de dicho mecanismo, sin hacer trampa. Habrá engaño en la medida en que se comunique un mensaje a través del cual se pretenda confundir al receptor –el imputado–; que crea algo que es falso. Así, se lo estará engañando cuando se le dice que sus huellas fueron encontradas en el arma homicida cuando en realidad la pericia arrojó resultado negativo, o que si confiesa el delito no se le aplicará determinada pena sumamente gravosa –casos de *mentiras*–. O el engaño puede venir dado por el accionar de un agente encubierto que finja amistad con el sospechoso durante meses, para lograr su confesión, sin que aquel enuncie alguna

afirmación literalmente falsa y sin embargo, esconda su profesión y su verdadera finalidad.

Antes de profundizar en ese interrogante, es necesario hacerme cargo de otra cuestión: ¿puede entenderse que lograr la condena del imputado implica un caso en el que se estaría evitando un daño mayor y así resolver el dilema como una ponderación de los bienes en juego, como propone GREEN? Vale decir: ¿puede en virtud del principio consecuencialista permitirse, o hasta ser obligatorio, mentir o engañar para evitar que ocurra un daño mayor? En primer término, adhiero a la tesis según la cual la garantía de NT se vuelve operativa una vez que el delito se ha consumado⁹², razón por la cual ese “daño mayor” a prevenir puede ser únicamente entendido como el dejar impune el crimen cometido. Ahora bien, considero que el fin del sistema de aplicación de penas no es evitar daños futuros, que usualmente son inciertos, sino responder al hecho pasado, en todo caso, con miras a la resocialización del autor, pero con el foco puesto en la culpabilidad por el hecho⁹³.

Con ese alcance, considero que debe responderse por la negativa: ningún delito ni su gravedad ameritan el uso de ardidés como los mencionados para obtener así una confesión. El principio consecuencialista, por ende, debe aquí ser desechado.

Entonces, para contestar la pregunta central de este capítulo –en los ordenamientos que no estipulan expresamente una cláusula que prohíba hacer uso del engaño, ¿valerse de tal maniobra, implica hacer trampa por parte de los funcionarios estatales?–, entiendo que es preciso indagar más a fondo en el análisis.

V.A) Fundamento político.

Si tomamos como único fin válido del proceso penal la búsqueda de la verdad⁹⁴ – como lo hace el sistema inquisitivo–, entonces métodos como el engaño o cualquier tipo

⁹² De acuerdo con GARIBALDI, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, 2010, p. 497.

⁹³ La cuestión del fin de la pena puede responderse de las más diversas formas, que desde luego exceden al objeto de esta investigación.

⁹⁴ Esa es la finalidad seguida por nuestro CPPN, que en su art. 193 inc. 1 proclama: “La instrucción tendrá por objeto: (...) Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad”.

de coerción –aún la tortura– podrían reputarse válidos. Analizaré a continuación el postulado de HO⁹⁵.

El autor parte de la premisa según la cual si tal es la finalidad del proceso, la acusación puede valerse de medidas de prueba obtenidas ilícitamente. Ello obedece a lo que llama la *concepción epistémica* del proceso penal. En función de ella, el tribunal debe basar sus decisiones en ciertas premisas fácticas, que le permitan arribar a un veredicto de culpabilidad o inocencia, por lo que únicamente le importará si las pruebas recabadas son relevantes a tal fin, independientemente de la legalidad de su obtención. Por ende, el tribunal deberá rechazar las pruebas que no conduzcan a revelar tal extremo (razones intrínsecas de exclusión). Sin embargo, HO admite otras razones de su exclusión (extrínsecas) que obedecen a una lógica de costo–beneficio. Así, por ejemplo, la confidencialidad entre el imputado y su defensa encontraría sustento únicamente en que aquella brinda más beneficios al sistema de los que traería acceder a las comunicaciones confidenciales. De igual modo, según la concepción epistémica, sería aceptable excluir evidencia obtenida de manera ilícita; ello, para garantizar algunos fines considerados más valiosos que obtener la verdad, tales como desalentar conductas inapropiadas por parte de la policía, remediar violaciones a los derechos del acusado cometidas previamente al juicio, evitar la deslegitimación que admitir semejante prueba ocasionaría a la administración de justicia, o bien evitar un serio daño a la integridad del proceso.

A la concepción epistémica, el autor contrapone otra: la *concepción política* del proceso penal. Según esta, el Poder Judicial y el Ejecutivo se complementan⁹⁶: mientras que el Ejecutivo realiza la investigación –a través de las agencias policiales– y luego ejerce la acusación –mediante la fiscalía–, es el Poder Judicial el que retiene la llave para evaluar la calidad de esa acusación y eventualmente condenar. Dos principios esenciales para el *rule of law* fundamentan investir a la rama judicial de semejante poder: que el Ejecutivo debe rendir cuentas por la forma en que aplica la ley penal y que solo se encuentra legitimado para aplicarla en la medida en que actúa conforme dicha ley. Por lo tanto, para esta perspectiva, el propósito del proceso penal sería asegurar que

⁹⁵ HO, Hock Lai, “The Criminal Trial, the Rule of Law and the Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 10, 2014, pp. 109-131.

⁹⁶ Adviértase que el autor describe sistemas de corte acusatorio, en los que los jueces no llevan adelante tareas de investigación. Además, se refiere a sistemas, también diversos al nuestro, en los que las fiscalías integran el Poder Ejecutivo.

el Poder Ejecutivo rinda cuentas en cuanto a la legalidad del proceso iniciado a un sujeto sospechado de la comisión de un delito. Es decir, someter al Ejecutivo a un firme *rule of law*.

De ello se sigue que al enfoque político no le preocupa ni la falta de confianza que las instituciones penales puedan exhibir, ni desincentivar conductas policiales inapropiadas, ni remediar violaciones cometidas a los derechos del imputado. En ese sentido, un fundamento orientado en el *rule of law* es no-instrumental y persigue únicamente, como ya se dijo, garantizar que el Poder Ejecutivo, en su intento por aplicar la ley y lograr una condena, no lo haga a costa de aquella, que siempre debe prevalecer. Desde ya que, como una posible consecuencia, el proceso penal podría terminar por lograr los fines recién señalados, aunque no se los persiga directamente.

Sobre esa base, en lo que respecta al objeto de esta investigación, agrega HO que la concepción política puede fundar no solo la exclusión de prueba obtenida de manera ilegal, sino también de aquella adquirida por una vía meramente injusta (*unfair*) u objetable moralmente, lo que él llama *unlawful* y que podríamos traducir como *ilegítima*. Dentro de esta categoría entran las pruebas obtenidas mediante engaño (*entrapment*), en la medida, desde luego, en que no exista una norma en el ordenamiento positivo que prohíba expresamente tal mecanismo, puesto que entonces será directamente ilegal⁹⁷.

Considero valioso el aporte de HO por una serie de cuestiones. En primer término, nos brinda un sólido punto de partida: la concepción política del proceso penal. Si bien en nuestro ordenamiento penal nacional el fin del proceso parece ser la búsqueda de la verdad (art. 193 inc. 1 CPPN), es cierto que dicho fin reconoce varios límites, de orden legal pero también vinculados al respeto por los derechos humanos y la dignidad del imputado –así, por ejemplo, la aplicación de torturas–.

Ahora bien, la finalidad que se persigue de acuerdo con la concepción política puede adaptarse y convertirse en uno de los límites de la búsqueda de la verdad: luego de su investigación, las fuerzas de seguridad y la fiscalía deben rendir cuentas respecto de la legalidad y legitimidad del proceso iniciado a un sujeto sospechado de la comisión de un delito. Pero debemos también intentar conjugar esta propuesta con nuestro sistema penal que, como es sabido, si bien lentamente vira hacia uno de corte

⁹⁷ *New Zealand Evidence Act 2006*, s. 30(5)(c). *Uniform Evidence Act of Australia*, s. 138(1).

acusatorio, en la actualidad posee marcados rasgos inquisitivos –sistema mixto–. Nada obsta a que podamos incluir a los jueces en la máxima antes enunciada y así sostener que la búsqueda de la verdad, en tanto finalidad del proceso penal, tiene como límite el siguiente: tanto las fuerzas de seguridad, como la fiscalía y el juez intervinientes deben respetar la legalidad y la legitimidad del proceso seguido al imputado, lo que excluye vías de obtención de evidencia consideradas injustas (*unfair*) u objetables moralmente (*unlawful*), tales como cualquier tipo de engaño. Solo en la medida en que las instituciones se hayan conducido legítimamente se encontrarán a su vez legitimadas para aplicar una pena, en ese y en futuros casos.

El planteo de HO, entonces, *nos permite ya excluir al engaño como un mecanismo válido dentro del proceso*, según una concepción política de aquel. Sin embargo, podemos ampliar ese fundamento.

Tiene dicho RAWLS: “Una concepción de la justicia es más estable que otra si el sentido de la justicia que tiende a generar es más fuerte y más capaz de vencer las inclinaciones destructivas, y si las instituciones que permite suscitan impulsos y tentaciones más débiles para actuar injustamente”⁹⁸. Dicha concepción es de tal relevancia que, tal como añade el filósofo político, si hemos vivido en el seno de unas instituciones justas y nos hemos beneficiado de ellas, nuestra naturaleza humana nos permite adquirir un deseo de actuar justamente.

RAWLS expone una serie de etapas del desarrollo moral de los ciudadanos. La segunda de ellas, la “moral de la asociación” –que sigue a la moral de la autoridad, aquella que incorpora el niño en su hogar– abarca un extenso abanico de casos que se basan, precisamente, en la vinculación en sociedad y cuyo contenido viene dado por las normas morales apropiadas a la función del sujeto en las múltiples asociaciones a las que pertenece. Refiere que existe una moral de la asociación que surge entre todos los miembros de una sociedad que se consideran como iguales y entre quienes aparece una concepción común de la justicia. El contenido de esa moral se caracteriza por las virtudes que define como cooperativas, a saber: las de la justicia y la rectitud, la fidelidad y la confianza, la integridad y la imparcialidad. Faltar a esas virtudes tiende a despertar en la sociedad, según el autor, sentimientos de resentimiento e indignación, entre otros.

⁹⁸ RAWLS, *Teoría de la justicia*, 2.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 411.

Lo expuesto me permite concluir que, cuando es el Estado el que falta a las virtudes mencionadas –lo que, claramente ocurre cuando utiliza el engaño para lograr confesiones–, se emite un mensaje a los ciudadanos que genera esos sentimientos de resentimiento e indignación, así como también se devalúa la concepción común de la justicia dentro de la comunidad. Entonces, a mi criterio, de la habilitación que extendamos al Estado para sacar provecho de una práctica como el engaño, en cualquiera de sus variantes, dependerá también la capacidad de la ciudadanía de motivarse en la justicia y querer promover instituciones justas.

V.B) Fundamento garantista.

FERRAJOLI, en su célebre obra “Derecho y razón”, en la cual analiza con minuciosidad los fundamentos de la teoría del garantismo penal, al desarrollar la formulación de la acusación y el interrogatorio del imputado, sostiene que es en ese interrogatorio en el cual “se manifiestan y se miden las diferencias más profundas entre método inquisitivo y método acusatorio. En el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba ‘el comienzo de la guerra forense’, es decir, ‘el primer ataque’ del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión”⁹⁹. Ese objetivo habilitaba medios como la tortura o la recomendación al juez de no notificar al sospechoso los pormenores del delito atribuido ni de los indicios recogidos¹⁰⁰. “De aquí, más en general, la elaboración de una sofisticada *ars interrogandi et examinandi reos*¹⁰¹ y de una densa serie de reglas sádicas de deslealtad procesal informadas únicamente por el principio *non curamus de modo, dummodo habeamus efectum*^{102,103}. Incluso, se habilitaba tender trampas al acusado, cuando se buscaba *arrancarle* una confesión, al fingir saber la verdad de todo el hecho; o bien hacer falsas promesas que no serían luego mantenidas¹⁰⁴.

El modelo opuesto –continúa FERRAJOLI– es el garantista, propio de un proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia. En aquel, el interrogatorio constituye ya no un medio de prueba, sino el principal medio de defensa y tiene por única función dar vida al juicio contradictorio y permitir al acusado refutar la acusación

⁹⁹ FERRAJOLI, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Trotta, Madrid, 1995, p. 607.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 1995, p. 607.

¹⁰¹ “El arte de interrogar y examinar al acusado”, la traducción me pertenece.

¹⁰² “No nos importa el método, siempre y cuando tengamos un efecto”, la traducción me pertenece.

¹⁰³ FERRAJOLI, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 1995, p. 607. En cursiva en el original.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 1995, p. 607.

que se le dirige, o brindar argumentos para justificarse¹⁰⁵. El maestro italiano recuerda en este punto la primera máxima del garantismo procesal acusatorio, formulada por HOBBS, “nemo tenetur se detegere”¹⁰⁶, de la cual se siguen como corolarios la prohibición de recibirle juramento al imputado, el derecho al silencio y la facultad de faltar a la verdad en sus respuestas, así como también “la prohibición, por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su conciencia, no sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de la psique...”¹⁰⁷.

Según el modelo garantista, el fin de obtener la verdad no justifica cualquier medio, como sí sucede en el paradigma inquisitivo; por el contrario, “es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin”¹⁰⁸.

Si bien FERRAJOLI se refiere a los principios que deben regir la confesión del acusado brindada en el marco de su declaración formal, es claro que aquellos deben ser también respetados en cualquier contexto en el que un organismo estatal pretenda que el imputado se autoincrimine. Por lo tanto, de acuerdo con los lineamientos de un proceso acusatorio, respetuoso de las garantías constitucionales del acusado, pareciera quedar vedada la posibilidad de aplicar cualquier engaño, artilugio o “puesta en escena” para lograr la confesión.

V.C) El engaño dentro del modelo de la regularidad

Alberto NANZER, en su tesis doctoral, investiga sobre la definición que cabe asignar dentro del proceso penal al concepto de *fairness*, en tanto núcleo del derecho fundamental al *fair trial*¹⁰⁹. Para ello, en primer lugar, caracteriza al proceso penal como una práctica social predominantemente confrontativa –por oposición a prácticas de tipo cooperativas–, aunque dotada de rasgos que la diferencian de otras instancias de estructura agonal¹¹⁰.

Así, por ejemplo, analiza la acepción que el *fairness* tiene en el ámbito de otra práctica confrontativa: el deporte, en el que rige el concepto de *fair play*. Allí, se exige

¹⁰⁵ FERRAJOLI, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 1995, p. 608.

¹⁰⁶ “Nadie está obligado a revelar”, la traducción me pertenece.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 1995, p. 608.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 1995, p. 608.

¹⁰⁹ Conceptos en inglés en el original.

¹¹⁰ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 167.

algo más que una conducta por parte de los participantes que sea respetuosa de las reglas de determinada práctica; lo que se exige es más bien un mandato moral, en virtud del cual el deportista se comporta acorde a las condiciones de funcionamiento de la disciplina en cuestión. El participante, entonces, asume la responsabilidad de no hacer nada que pueda arriesgar la integridad de esa disciplina. La noción de *fairness* prescribe así una actitud interna virtuosa¹¹¹. El deportista debe transitar la práctica de la disciplina por él escogida con una actitud caballeresca o magnánima¹¹². En otras palabras, de *lealtad* hacia la práctica. De lo expuesto se concluye fácilmente que hacer trampa para arrojarse la victoria es a todas luces incompatible con ese mandato de honrar el juego.

El autor ubica al mandato de *fairness* en el proceso penal como uno de naturaleza agonal, debido a la confrontación que en él existe entre el Estado y el ciudadano sospechado de la comisión de un delito¹¹³. Pero, ¿cabe exigir aquí también una noción de *fairness* emparentada con la lealtad hacia la práctica? Para dar una respuesta, NANZER considera que primero debemos despejar cuál es el fin que corresponde asignar al proceso penal: ¿es una práctica orientada a alcanzar un objetivo de justicia o corrección externo, que preexiste en la realidad de las cosas, o, por el contrario, se endereza a producir ella misma los parámetros de justicia sobre los cuales la sentencia reposará?¹¹⁴

Luego de un puntilloso análisis de las distintas teorías y sus múltiples variantes, el autor concluye –de acuerdo con RAWLS– que el proceso penal debe concebirse dentro del modelo de *justicia procesal imperfecta*¹¹⁵, es decir, como un proceso que sirve a la justicia material, ya que carece de la aptitud para generar por sí mismo el resultado materialmente justo, el que precede al proceso; es externo a él. No obstante, este no puede garantizar que su cumplimiento conduzca invariablemente al resultado justo¹¹⁶.

¹¹¹ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 106.

¹¹² NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 109.

¹¹³ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 119.

¹¹⁴ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 121-122.

¹¹⁵ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 165

¹¹⁶ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 122-123.

NANZER caracteriza también al proceso penal como una práctica *instrumental*, ya que entiende que la única razón que justifica su existencia es su aptitud para imputar el hecho a la persona correcta y aplicar al hecho la ley penal correcta. Sostiene asimismo que el proceso penal es *pluralista*, por cuanto puede servir para otros fines contingentes, que presuponen el pleno respeto de la dignidad humana; es decir, la prohibición de manipular a los ciudadanos como simples medios para satisfacer fines públicos¹¹⁷. No obstante, distingue al proceso penal de otras prácticas confrontativas en las que el participante debe honrar la práctica por la práctica misma, al punto tal de ignorar el desenlace al que pueda conducir.

Con el objeto de definir el *fairness* dentro del proceso penal, NANZER propone determinar si una acción manifiesta o exhibe una posible virtud subyacente, como método para saber si esa acción es correcta. En otras palabras, sostiene que “la acción podrá evaluarse como correcta si ella es la que, *característica y habitualmente*, se concretaría en una comunidad política virtuosa”¹¹⁸. La idea que está de fondo, resalta el autor, es la de que la forma en que juzgamos penalmente a nuestros pares expresa o incluso define, en gran medida, el carácter de la comunidad que integramos. Tal actividad reflejaría, como pocas, la forma en que una comunidad se concibe a sí misma¹¹⁹.

Según NANZER, la virtud con la que la comunidad pretende identificarse a través del proceso penal –y he aquí el aspecto central de su tesis– sería la pretensión de exigir *regularidad*, vale decir, de reclamar que el proceso penal se lleve a cabo exactamente en la forma prevista. “Además, ese derecho demanda del Estado una interpretación previsible y consistente de las reglas a aplicar. Así definido, la actuación conforme al *fairness* propendería a la constatación y la consolidación de una comunidad confiable y consecuente con sus decisiones, aun cuando esto pueda en algún caso conducir a resultados insatisfactorios desde el punto de vista sustantivo”¹²⁰.

¹¹⁷ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 165.

¹¹⁸ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 170. Destacado en el original.

¹¹⁹ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 171.

¹²⁰ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 172.

Por ende, el autor descarta una concepción de *fairness* entendido como lealtad por parte de los órganos encargados de la persecución penal, puesto que ello implicaría que el Estado debería no solo cumplir con lo que “prometió” –conducirse según las reglas del procedimiento–, sino también estar dispuesto a resignar su pretensión, de modo tal de no aprovecharse de situaciones que causarían decepción en el sospechoso, aunque estas no le fueran imputables al propio Estado. Concretamente, tales situaciones – refiere– son la valoración de pruebas obtenidas ilícitamente por particulares y la obtención de información mediante el uso de técnicas de vigilancia legalmente previstas. “Estas actitudes, aunque podrían resultar desleales en otro contexto, no suscitarían consideraciones de *fairness* y, por tanto, no deberían ser cuestionables para una teoría como la que desarrollo en este trabajo. Si así no fuera, el *fair trial* no sería ya un proceso en el que el Estado se mantiene dentro del perímetro que se ha autoimpuesto, sino una ceremonia en la que –con la excusa del delito presuntamente cometido– la comunidad sacrifica a la vista de todos su motivación extrínseca (conocer, esclarecer lo ocurrido) para no traicionar expectativas contingentes del verdadero culpable”¹²¹. Esto implicaría para el autor una actitud equiparable a jugar al póquer con la pretensión de mostrar sus cartas y de decir siempre la verdad a sus rivales¹²².

La cuestión principal a los fines de mi investigación –la del engaño que pretende obtener una confesión– es analizada por NANZER a través de dos casos de la jurisprudencia alemana, con el objeto de poner a prueba la concepción del *fair trial* como regularidad. Veamos.

En el primero, la fiscalía había logrado infiltrar, mediante la venia judicial, a un agente encubierto en la celda en la que el imputado cumplía prisión preventiva. La maniobra se extendió durante más de un año, en el cual ambos entablaron una amistad. Incluso, luego de volver al medio libre el agente estatal lo visitó varias veces en el presidio y compartió algunas de las salidas transitorias del sospechoso. En una salida concedida por el plazo de una semana, el funcionario lo alojó en una vivienda suya, ocasión en la que finalmente le preguntó por el hecho que se le atribuía, ante lo cual el

¹²¹ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 173. En cursiva en el original.

¹²² NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 176.

imputado acabó por confesar. Esa declaración fue luego valorada por el tribunal, que lo condenó¹²³.

En el otro caso, el imputado A, también en prisión preventiva, trabó una relación de confianza con un codetenido, B, alojado en la celda contigua, lo que motivó que el acusado le confesara el homicidio que había cometido. Posteriormente, B solicitó ser transferido a la misma celda, donde A le proporcionó más detalles del hecho. B, quien en otras oportunidades había hecho las veces de informante de la policía –pero sin un encargo en este caso– decidió brindar esa información a la fiscalía, a fin de obtener alguna ventaja. Esa información fue luego valorada en el juicio, que concluyó con una sentencia para A¹²⁴.

Destaca NANZER los elementos en común de ambos casos: las condenas obedecieron al empleo de una injerencia legalmente prevista, no descalificada como inconstitucional, y en ambos escenarios las maniobras llevadas a cabo no parecen subsumirse claramente en la prohibición contra la autoincriminación forzosa. Sin embargo, en el primero de los casos reseñados, entiende el autor, las presiones y manipulaciones sufridas por el acusado deben reputarse inadmisibles, ya que *colocan al imputado en una situación similar a la coacción*¹²⁵. Por ende, en este supuesto cabría realizar una interpretación analógica del NT y, por lo tanto, debería excluirse la declaración del agente encubierto. A la misma conclusión arribó el BGH, que equiparó el artilugio con la coacción, puesto que el acusado había expresado anteriormente en el proceso su voluntad de no declarar. Además, porque el agente encubierto no se limitó a registrar dichos manifestados espontáneamente, sino que se condujo de modo tal de revertir su negativa, basado en una relación de confianza simulada.

Adviértase que en ese caso, a diferencia del segundo, la maniobra fue impulsada por el propio Estado y el funcionario, con el objeto de afianzar esa relación de confianza ficticia, fue a visitarlo repetidas veces en la cárcel y hasta le ofreció alojamiento. Por si todo esto fuera poco, la totalidad de la maniobra que pretendió generar el yerro de que se trataba de una amistad sólida, confiable, se extendió durante más de un año.

¹²³ BGH, Sala Tercera, publicada en BGHSt 52, 11, sentencia del 26/07/2007, en NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 182.

¹²⁴ BGH, Sala Primera, sentencia del 27/09/1988, en NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 182-183.

¹²⁵ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 183.

NANZER analiza estos casos a la luz del derecho al *fair trial*, según una noción de *fairness* entendido como regularidad –una concepción como lealtad llevaría, a todas luces, a reprobar maniobras como las descritas–. Desde esa óptica, concluye que en el primer caso el Estado carecía de autorización para manipular al imputado, ya que si bien la maniobra se ejecutó según las previsiones de una norma procesal, las circunstancias arriba reseñadas redundaron en un *exceso en las parámetros* según los cuales un agente encubierto puede operar. En el segundo caso, la declaración fue obtenida debido a un exceso de confianza del propio acusado, sin injerencia estatal alguna, por el cual solo aquel debe hacerse cargo del producto de ese exceso¹²⁶.

A fin de delimitar el campo de acción dentro de las reglas procesales, los agentes estatales no pueden excederse en los parámetros establecidos, de modo que se desnaturalice la medida llevada a cabo –tal como se vio, no podrían ampararse en la previsión legal de la figura del agente encubierto para hacer que este forje una ilusoria sólida amistad con el imputado durante un año–.

V.D) Fundamentación moral.

Denise MEYERSON¹²⁷ analiza el fundamento moral del derecho de todo acusado a ser oído. Afirma que se trata de un derecho universalmente reconocido, aunque su sustento teórico suele darse por sentado en la práctica, sin brindarse mayores justificaciones. A tal fin, indaga en los argumentos instrumentalistas y valorativos que suelen ensayarse desde la teoría. Según los primeros, la realización de una audiencia en la cual el imputado pueda declarar si así lo desea, se justifica puesto que reduciría las posibilidades de arribar a un veredicto erróneo, toda vez que, al escuchar sus dichos, los juzgadores contarían con información de primera mano, por parte del involucrado central en el proceso. De acuerdo con la segunda de las corrientes –de corte kantiana, basada en la dignidad y capacidad de racionalidad de las personas–, negarle al acusado el derecho de declarar sería intrínsecamente injusto, al margen del resultado al que pueda conducir.

La académica de la universidad australiana de Macquarie propone un fundamento de tinte valorativo, al sostener que la participación del imputado en el proceso posee un

¹²⁶ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 188.

¹²⁷ MEYERSON, “The moral justification for the right to make full answer and defence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, N° 2, 2015, pp. 237-265.

valor intrínseco, aunque rechaza los argumentos basados en el respeto a la dignidad humana. Así, resalta la relevancia que los ciudadanos asignan al trato que les brindan las autoridades en sus mutuas interacciones y cómo ese trato impacta en su percepción de lo justo o injusto de ese proceso¹²⁸. A tal punto, que refiere, amparada en estudios empíricos, que incluso los ciudadanos pueden sentirse no satisfechos pese a alcanzar un resultado que los favorece, si el procedimiento empleado puede ser tildado de injusto, como por ejemplo, si les fue negada la posibilidad de ser oídos¹²⁹.

Para explicar por qué las personas valoran elementos no instrumentalistas al evaluar la justicia (*fairness*) del proceso judicial, con especial foco en la calidad de las interacciones, MEYERSON se basa en la *teoría de la identidad social* de Tom TYLER y Steven BLADER¹³⁰. Según esta, los individuos formamos nuestras identidades sociales en función de las interacciones con otros individuos de nuestro grupo. Un factor clave en el proceso de desarrollar y mantener una identidad social positiva sería la percepción de que el sujeto posee cierto estatus dentro del grupo. Cuando las autoridades nos dispensan un trato satisfactorio, esto envía un mensaje a la comunidad de que tenemos determinado estatus dentro de la comunidad; en otras palabras, de que pertenecemos a ese grupo. Esto genera, a su vez, una sensación de autoestima o auto respeto¹³¹. Por el contrario, ser objeto de prácticas que comunican un mensaje de bajo estatus social promueve sentimientos de degradación e inutilidad; una *humillación institucional*¹³².

En este punto, la autora se vale de la teoría de RAWLS, en cuanto a que la justicia se vincula con los principios que regulan las instituciones sociales básicas de una sociedad. Esas instituciones son aquellas necesarias para mantener a la sociedad y a la cooperación social en su seno y tienen una profunda influencia en las vidas de los ciudadanos¹³³. En ese sentido, RAWLS sostiene que el auto respeto es un bien esencial dentro de la sociedad, necesario para los proyectos de vida de todas las personas, puesto que sin él, *nada vale la pena*¹³⁴.

¹²⁸ MEYERSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 255.

¹²⁹ MEYERSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 255.

¹³⁰ TYLER/ BLADER, *Cooperation in groups: Procedural justice, social identity, and behavioral engagement*, Psychology Press, 2000; en MEYERSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 257.

¹³¹ MEYERSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 258.

¹³² MEYERSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 258-259.

¹³³ MEYERSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 261.

¹³⁴ RAWLS, *Political liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 319; y *A theory of justice*, Belknap Press, 1999, pp. 74, 155 y 386, en MEYERSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 261-262.

Concluye la autora australiana que condenar a alguien tras negarle su derecho a ser oído transmite un poderoso mensaje de inferioridad, exclusión social y desprecio por parte de las autoridades. La relevancia de esto radica en que el sentimiento de pertenencia en los grupos sociales es vital para poder gozar de auto respeto, lo que hace al bienestar de un ser humano. De acuerdo con RAWLS, entiende que demostraciones institucionales que alientan el auto respeto son elementos constitutivos de una sociedad justa¹³⁵.

Lo reseñado me permite extraer la siguiente premisa, a los fines de mi investigación: un proceso penal que se vale del engaño causado al imputado por parte de las autoridades estatales, que logran así que se autoincrimine, implica –así como negarle la posibilidad de manifestarse– un trato humillante que ridiculiza al ciudadano al que se le mintió y hasta, en algunos casos, fue víctima del armado de todo un “circo”, una puesta en escena, con el objeto de que “muerda el anzuelo”. Ese trato denigrante transmite un mensaje de bajo estatus social, que le niega la sensación de auto respeto y lo excluye de su rol de ciudadano. Me refiero a que, si bien toda condena a prisión conlleva una exclusión física de su grupo de pertenencia y también una exclusión simbólica, ya que la persona condenada pasa a cargar con un estigma social, considero que ser condenado sobre la base de una confesión que se logra mediante un ardid se traduce en una exclusión aun mayor, ya que a esa persona se la ha tratado de manera humillante y con desprecio.

V.E) [Un aporte desde la psicología.](#)

Una mirada ajena al ámbito político–jurídico, tal vez nos permita enriquecer el estudio. Veamos algunos aportes realizados desde la psicología.

Se le atribuye al psicoanalista inglés John BOWLBY, el desarrollo de la teoría del apego (*attachment theory*), como proyecto interdisciplinario surgido a partir del psicoanálisis, pero ligado íntimamente con la psiquiatría, la psicología evolutiva, la sociología, la neurobiología y la política¹³⁶. Conforme esta teoría, los individuos vivimos, desde que nacemos hasta que morimos, en un contexto interpersonal e intersubjetivo en el cual desarrollamos vínculos de apego con nuestros padres –o quienes cumplan dicho rol– y unas pocas personas más, con quienes entablamos una

¹³⁵ MEYERSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 264.

¹³⁶ En MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, Psimática, Madrid, 2001, p. 9.

relación cercana. En el transcurso de las experiencias con tales personas, tanto en su presencia como en su ausencia, generamos representaciones mentales que se corresponden a la calidad de esas experiencias de apego. Dichas representaciones mentales operan como factores organizativos del mundo intrapsíquico individual, para así influenciar el desarrollo de la personalidad de un modo que puede ser adecuado o patológico¹³⁷. En ese sentido, el vínculo de apego entre dos personas, tanto como el de grupo o de red, son necesarios y se complementan. Las relaciones con compañeros y grupos se vuelven más importantes a medida que crecemos¹³⁸. La principal función biológica del apego es asegurar la protección y la supervivencia, ante la adversidad.

Otro concepto clave para entender el desarrollo de BOWLBY es el de *pulsión*, que define como “...una pauta de conducta observable, que sigue un modelo igualmente reconocible y predecible en casi todos los miembros de una especie... Tiene una función fundamental al contribuir a la preservación del individuo y a la continuidad de la especie”¹³⁹. Dicho modelo posee una cualidad adaptativa, lo que significa que una pulsión puede interactuar mutuamente con factores ambientales. La idea de apego como una forma de conducta pulsional, entonces, puede apreciarse en el siguiente ejemplo: “la conducta de apego en un niño se activa inmediatamente por la aparición de algo extraño, por la separación brusca de la figura de apego, por la oscuridad repentina, por un ruido intenso, etc., y por determinadas condiciones internas como pueden ser fatiga, hambre, enfermedad y dolor”¹⁴⁰.

Dentro del modelo de BOWLBY, la teoría psicoanalítica de las pulsiones es –entre otras cosas– una teoría de la motivación, ya que consiste en designar sistemas conductuales para promover la satisfacción y regulación de las necesidades básicas, entre las cuales es prioritaria la búsqueda de protección por personas específicas¹⁴¹. Si bien la teoría del apego se ha centrado en el estudio de la relación parento–filial, por ser la más importante debido a la influencia que ejerce en el desarrollo temprano de la personalidad, existen otras relaciones que adquieren relevancia a medida que crecemos,

¹³⁷ MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 14.

¹³⁸ MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 16.

¹³⁹ MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 35.

¹⁴⁰ MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 35.

¹⁴¹ MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 36.

tales como las relaciones entre hermanos, de pareja, con maestros influyentes o con nuestros pares¹⁴².

En ese marco, es central el concepto de *respuesta sensible*, que es aquella que emana del cuidador, ante las distintas necesidades del sujeto a su cuidado, y es fundamental para determinar el desarrollo de este¹⁴³. En palabras de MARRONE, quien interpreta a BOWLBY: “En la niñez y la adolescencia, una característica de la respuesta sensible es la capacidad parental de ver al niño como un ser humano con su propia individualidad y sus propias necesidades como separadas con respecto a las de los demás. Esto implica ofrecerle una base segura... Tal vez podríamos aquí hablar de *libertad guiada*. Esto ocurre cuando los padres le dan al niño o adolescente libertad, pero no la libertad descuidada de quien se desentiende de la vida de su hijo, sino una libertad acompañada de una cierta posición de interacción reflexiva con él¹⁴⁴.

Respecto de la noción de *base segura*, BOWLBY entiende que, usualmente, dicha base es constituida para el niño por sus padres y que desde ella, aquel puede salir al mundo exterior y volver cuando sea necesario, con la tranquilidad de que será bienvenido, nutrido tanto física como psíquicamente, y consolado ante la angustia y la adversidad¹⁴⁵.

No pretendo en este espacio desarrollar exhaustivamente conceptos ajenos al derecho, desde ya, ni meramente apilar nociones una encima de la otra, pero es necesario a fin de establecer mi punto, avanzar un poco más en la exposición.

Ahora bien, la teoría del apego brinda un prisma especial para estudiar las experiencias que permiten que el niño tenga un sentimiento de confianza básica en el mundo y en sí mismo (*expectativa confiada*), así como también que le permitan reconocer y prevenir el peligro¹⁴⁶. Según el psicólogo inglés, si la relación marcha bien, sobreviene la alegría y la sensación de seguridad, mientras que si esa relación se ve amenazada, el sujeto padecerá celos, ansiedad y una sensación de peligro. Si el vínculo directamente se rompe, entonces se podrá experimentar aflicción y depresión¹⁴⁷.

¹⁴² MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 38.

¹⁴³ MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 43.

¹⁴⁴ MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 43. En cursiva en el original.

¹⁴⁵ BOWLBY, *A secure base. Clinical applications of attachment theory*, Routledge Classics, New York, 2005, p. 12.

¹⁴⁶ MARRONE, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, 2001, p. 49.

¹⁴⁷ BOWLBY, *A secure base. Clinical applications of attachment theory*, 2005, p. 4.

Lo que me propongo con los conceptos recién esbozados es aplicar la teoría del apego al rol del Estado. Señalé que para aquella teoría el vínculo que se establece principalmente entre un niño y sus figuras parentales, y más tarde en su vida, con su pareja, amistades, maestros que dejan una huella y cualquier otra persona con la que se entable una relación significativa, funda en la psiquis del individuo una *base segura*, que hace las veces de contención emocional y fomenta sentimientos positivos, empezando por una sensación de confianza básica en el mundo, que facilita su exploración, de manera que siempre se puede volver para buscar asilo del exterior. El apego, así, se constituye en una “zona de confort”, cuya principal función biológica es asegurar la protección y la supervivencia mediante conductas predecibles. Al brindarle la figura de apego esas herramientas al sujeto, mediante el respeto de su individualidad, se constituye una *libertad guiada*.

Considero que en esos mismos términos se puede entender al Estado, en tanto ente encargado de velar por los derechos y garantías de sus ciudadanos, en el marco de un sistema democrático. Se constituye entonces en el garante de determinada *base segura*, que les permita a los ciudadanos desarrollarse conforme sus individualidades, en la medida, claro está, en que no afecten irrazonablemente los derechos de terceros. El Estado cumpliría de esta forma un rol como el de los vínculos afectivos, de asegurar la protección y la supervivencia a través de conductas predecibles, que habiliten a los sujetos a desenvolverse con una *libertad guiada*. Esa guía la encarnan las normas que hacen que las “reglas del juego” –en lo que aquí me interesa, las reglas del proceso penal– sean, precisamente, *predecibles*¹⁴⁸.

Puede sostenerse, en principio, que artimañas como el engaño y la mentira, orientadas a conseguir una confesión o cualquier prueba de cargo en contra de un acusado, irremediablemente dañan a la confianza y, por ende, a esa libertad.

V.F) Algo más de jurisprudencia.

Para avanzar con el análisis del engaño al acusado que logra así su confesión, es conveniente sumar a los fallos vistos, algunos casos paradigmáticos de la jurisprudencia, tanto local como internacional.

¹⁴⁸ Adviértase aquí un punto de contacto con la teoría de NANZER, arriba estudiada.

Suele esgrimirse como fundamentación para relajar –o incluso directamente obviar– el NT, el argumento de que en ciertos casos no existe otra forma eficaz de combatir al delito: el fin justifica los medios. Una crítica a ese argumento puede hallarse en nuestra jurisprudencia. En el *leading case* “Montenegro”¹⁴⁹, la CSJN dijo: “el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional [el NT] no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables..., porque otorgar valor al resultado de su delito [el de los agentes policiales] y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito”¹⁵⁰. Ese criterio fue seguido luego en el precedente del Máximo Tribunal “Fiorentino”¹⁵¹.

Las fuerzas policiales no son las únicas que se valen de ardid para lograr que los acusados se autoincriminen, pues esas maniobras son a menudo practicadas también en los juzgados encargados de la investigación, con la mayor gravedad que ello implica, pues se trata de las instituciones que deben velar por la legalidad de todo proceso.

Para ejemplificar esta afirmación, me referiré al precedente de la Corte Suprema federal “Rau”¹⁵². El imputado había sido condenado en primera instancia por el delito de estafa cometida mediante el uso de documento privado falso, decisión a la que se arribó principalmente a raíz de una pericia caligráfica en la que se tomaron como indubitables las firmas que estampó en el acta de su declaración indagatoria, entre otras pertenecientes a notificaciones y distintos actos procesales. La Cámara Nacional de Casación Penal decidió absolverlo, en el entendimiento de que, al no haberle sido informadas las consecuencias de plasmar su firma, había habido un vicio en su

¹⁴⁹ CSJN “Montenegro, Luciano Bernardino s/Robo”, 10 de diciembre de 1981 (Fallos 303:1938). Vale en igual sentido reseñar el voto minoritario del juez Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el precedente “Olmstead vs U.S.” (277 US 438), de 1928, quien dijo “...que las mismas exigencias que se ordenan a los ciudadanos, deben ser demandadas de los funcionarios. El gobierno debe observar las leyes en forma escrupulosa y enseñar a la ciudadanía con su ejemplo. Si el gobierno quebranta la ley, engendra desprecio por la ley e invita a la anarquía. La Corte debería enfrentarse resueltamente contra la doctrina de que el fin justifica los medios y que el gobierno puede cometer crímenes para asegurar la condena de un individuo” (en GARIBALDI, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, 2010, p. 480).

¹⁵⁰ En CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 491.

¹⁵¹ CSJN “Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes”, 27 de noviembre de 1984 (Fallos 306:1752). En el ámbito de la Suprema Corte Norteamericana, tal argumento fue sostenido en “Mapp v. Ohio” (367 U.S. 643), 19 de julio de 1961.

¹⁵² CSJN “Rau, Alejandro Oscar s/causa n° 16.400”, 19 de abril de 2016 (Fallos 339:480).

consentimiento, más aún cuando, preguntado si accedía a confeccionar un cuerpo de escritura, se pronunció negativamente. La jueza Ledesma recordó que la recepción de la declaración indagatoria es un acto constitutivo del derecho de defensa que, de ese modo se estaría convirtiendo subrepticamente en fuente de acusación.

La sentencia de la CSJN se remitió al dictamen del Procurador, quien, por un lado, descartó la posibilidad de utilizar como pruebas de cargo, aquellas obtenidas de manera subrepticia o provocada, lo que consistiría en un engaño, en pugna con el NT. Sin embargo, expuso que el engaño debe ser interpretado restrictivamente, diferenciándolo del *aprovechamiento lícito de un error*.

GARCÍA¹⁵³, puesto a analizar dicho precedente, hace mención a que la prohibición de engaños o del aprovechamiento de la ignorancia del sospechoso podría emanar de la regla del debido proceso, entendido como proceso justo o leal¹⁵⁴. Esto se debe a que el autor se enrola en la tesis restringida del NT, que únicamente abarca casos de violencia física o cualquier tipo de coerción. No obstante, considera inválidas las pruebas obtenidas mediante alguna artimaña, por violar el debido proceso. Entiende que es medular determinar si al momento de consultarle al imputado si desea confeccionar cuerpo de escritura, basta con que esté presente su defensor, o si además se requiere informarlo acerca de las consecuencias de consignar luego el acta de indagatoria. El criterio del Procurador Fiscal en el caso fue que bastaba con el primero de los recaudos, ya que el defensor debería en todo caso haber asesorado a su cliente para no suscribir el acta. Empero, GARCÍA señala que toda vez que el acusado expresamente manifestó su negativa, era factible creer, incluso para el abogado, que su firma no sería utilizada en su contra. Por lo demás, al no existir una regla expresa o jurisprudencia establecida, no puede pretenderse que el defensor prevea tales consecuencias. Concluye el jurista que esa pericia fue inválidamente practicada¹⁵⁵.

En lo personal, coincido con la postura de GARCÍA: una vez que el acusado expresó que no era su voluntad confeccionar un cuerpo de escritura para su posterior peritaje, ninguna de sus firmas estampadas en el proceso podía ser válidamente utilizada

¹⁵³ GARCÍA, “El caso ‘Rau’ o la insustancialidad del principio ‘Nemo tenetur se ipsum accusare’”, en PITLEVNIK (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 22, 2017, pp. 25-65.

¹⁵⁴ Esta última acepción fue descartada más arriba. Ver acápite V.C).

¹⁵⁵ GARCÍA, “El caso ‘Rau’ o la insustancialidad del principio ‘Nemo tenetur se ipsum accusare’”, en PITLEVNIK (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 22, 2017, pp. 63-64.

para esos fines. En todo caso, los organismos estatales debían haber recurrido a otras agencias para recabar los manuscritos que el imputado hubiera plasmado en otros ámbitos, por fuera del proceso que lo tenía como objeto de escrutinio. Sin embargo, no advierto razones para sostener –como lo hace el mencionado autor– que además de una violación al debido proceso, la irregularidad en la que incurrió el juzgado no implicó un menoscabo al NT¹⁵⁶, toda vez que utilizar su firma para peritar, sin su consentimiento, equivale a un engaño desde el momento en que le fue ocultada tal posibilidad.

Por lo tanto, entiendo equivocada la conclusión a la que arribó el Procurador General en el fallo analizado, que fue seguida por la CSJN: en el caso hubo un *aprovechamiento ilícito de un error provocado por el propio Estado*.

En cuanto al ámbito internacional, me referiré al caso británico “R. V. Mason”, de la Corte de Apelaciones (1988)¹⁵⁷. Allí, se había condenado en primera instancia al apelante a dos años de custodia juvenil por el incendio de un automóvil. La particularidad del caso es que la policía, que carecía de pruebas incriminatorias, le hizo creer al imputado que habían encontrado su huella digital en un fragmento de vidrio de la botella utilizada para cometer el delito, cuando ni siquiera se habían realizado las pericias pertinentes. Según la declaración de uno de los agentes: “Yo estuve de acuerdo con el detective en simularlo y era un ardid... Nos pusimos de acuerdo para ‘engrupir’ al acusado. Teníamos sospechas de él, pero solo sospechas y nos dimos cuenta que necesitábamos más prueba...”¹⁵⁸.

No solo eso, sino que los investigadores engañaron también al abogado defensor, quien, ante ese panorama, aconsejó a su cliente que confesara, lo que así hizo, y en consecuencia admitió que había pedido a un amigo que incendiara el auto. Esa confesión fue considerada válida por el tribunal de primera instancia, puesto que, pese al engaño, el imputado conocía su derecho a guardar silencio y de todos modos optó “libremente” por confesar. La apelación fue admitida y la sentencia, revocada. Cabe destacar que, aquí, los funcionarios policiales se valieron de una mentira, pues enunciaron frases literalmente falsas.

¹⁵⁶ Recuérdese que, anteriormente, adherí a una concepción amplia de la garantía en cuestión, al seguir el postulado de BERTELOTTI –por oposición al criterio restringido de PERALTA–. Así, entendí que el NT debe abarcar cualquier forma de comunicación que pueda resultar autoincriminatoria, más allá de meros relatos (ver acápite III).

¹⁵⁷ En HENDLER, *Sistemas penales comparados*, 2014, pp. 235-239. El texto no aclara a qué Corte de Apelaciones se refiere; se limita a referir que se trata de una corte inglesa.

¹⁵⁸ HENDLER, *Sistemas penales comparados*, 2014, p. 236.

El siguiente caso nos ofrece otras particularidades. Aquí, el imputado se encontraba bajo prisión preventiva por la presunta comisión de un homicidio. Bajo autorización judicial, los responsables del establecimiento carcelario habían colocado un micrófono en la sala en la que el interno se reuniría con su esposa. Una vez comenzado el encuentro, los funcionarios se retiraron de la vista de la pareja, para generar así la confianza de que no se encontraban vigilados. En el transcurso de la conversación, el acusado confesó el crimen y le exigió a su pareja que se atribuyera ella la autoría, con el fin de exonerarlo. Finalmente, el detenido fue condenado, sobre la base de esa declaración grabada¹⁵⁹.

Vale resaltar que la medida de prueba se había obtenido bajo el amparo de una norma legal, cuya constitucionalidad no había sido cuestionada. En este caso, por tratarse de un ámbito distinto del domicilio, encuadraba bajo el “pequeño espionaje acústico”, previsto por el parágrafo 100c StPO. NANZER reseña los factores tenidos en cuenta por el BGH: que el hecho investigado era uno de los tipos penales previstos por la norma y que el centro de detención no se consideraba como un recinto en el que estuviera en juego el “ámbito nuclear de configuración de la vida”. Ese Tribunal consideró, además, que el caso no traía un problema de NT, toda vez que la autoincriminación del imputado no había sido forzada por ninguna maniobra del Estado. No obstante, el BGH consideró moralmente reprobable la medida escogida por las autoridades, que tornaba *unfair* la condena. En ese sentido, sostuvieron los jueces revisores que el clima generado por las autoridades del centro de detención había provocado en el imputado la falsa creencia de que se encontraba libre de controles, pese a que la maniobra no debía considerarse engañosa¹⁶⁰.

Como podrá advertirse a esta altura, NANZER critica la solución arribada por el Tribunal Supremo, ya que, nuevamente, se equiparó *fairness* con lealtad¹⁶¹ y se anuló una ventaja obtenida por el Estado en función de una maniobra que llevó al engaño al acusado, aunque esta se encontraba legalmente prevista.

Considero que este caso es sustancial en el desarrollo de mi postulado, ya que –al tomar como válidas las conclusiones a las que llega el autor argentino– me enfrenta con

¹⁵⁹ BGH, Sala Primera, sentencia del 29/04/2009, en NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 192-193.

¹⁶⁰ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 193.

¹⁶¹ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 194 y ss.

un supuesto en que, efectivamente, *los agentes estatales desplegaron un engaño, con el fin de que el acusado se autoincriminara*: las autoridades generaron la creencia de que aquel no se encontraba vigilado, al retirarse de su vista y motivar así la confesión. Recuérdesse que definí más arriba al engaño como la comunicación de un mensaje a través del cual el comunicador pretende confundir al receptor, para que crea algo que es falso, lo que no implica necesariamente una afirmación literalmente falsa, como en la mentira –subespecie dentro del engaño–. Basta una mera representación. Sería un caso similar al aportado por Kant, que GREEN evoca, en el que A hace las maletas frente a B, con el fin de que deduzca que se irá de viaje, cuando en realidad no es así.

Ese engaño en el que incurrieron los agentes penitenciarios es, a mi criterio, válido, ya que, como he sostenido, no debe requerirse al Estado que se comporte de manera leal, sino regular, es decir, amparado en las normas preestablecidas que regulan el proceso penal, sin extralimitarse. Ello fue lo que ocurrió en el caso analizado. Los agentes no se extralimitaron, porque su conducta consistió simplemente en retirarse del recinto y no se desplegó una maniobra insidiosa tal que pueda ser equiparada a una presión o manipulación que coloquen al imputado en una situación similar a la coacción, como el caso de una amistad fingida durante casi un año. Ese “retirarse de la sala” tampoco constituyó un trato humillante capaz de ridiculizar al imputado y transmitir un mensaje de bajo estatus social, que le niegue la sensación de auto respeto y lo excluya de su rol de ciudadano (teoría de MEYERSON).

Ello me lleva a afirmar que, en este supuesto, *los agentes estatales no se excedieron de los parámetros legalmente establecidos; la medida de escucha no se vio desnaturalizada*.

Por último, comentaré el caso “Hoffa v. United States”¹⁶² de la Suprema Corte estadounidense, que también presenta sus bemoles, por lo que me llevará a refinar algunos conceptos. Allí se ventilaban los siguientes hechos: durante el transcurso del otoño de 1962 se llevó a cabo un juicio en Nashville, Tennessee, en el cual se investigaba a James Hoffa por violaciones a la legislación laboral de ese país –juicio conocido como “Test Fleet”–. Dicho proceso culminó con un jurado estancado, por lo que nadie fue condenado. Dos años después, Hoffa y otros acusados fueron condenados por haber intentado sobornar a los miembros de aquel jurado. Dicha condena fue

¹⁶² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “Hoffa v. United States” (385 U.S. 293), 12 de diciembre de 1966.

confirmada por la Corte de Apelaciones. Lo que se cuestionaba en el fallo del máximo tribunal de ese país era la validez de una prueba sustancial en la que la sentencia se basó: el testimonio de Edward Partin, quien atestiguó en el juicio que los acusados habían realizado manifestaciones autoincriminantes en su presencia, durante el curso del juicio original.

La Suprema Corte tuvo por probado que Partin había operado como un informante para el Estado, puesto que, previo a su visita inicial a Hoffa, había recibido una serie de beneficios en el marco de procesos penales que se le seguían. Una vez concluido el juicio “Test Fleet”, la esposa de Partin había recibido pagos mensuales por parte del gobierno y los cargos contra aquel fueron finalmente desestimados.

La Corte, para rechazar el agravio de la defensa vinculado con la Quinta Enmienda constitucional, que protege a los ciudadanos de ser obligados a declarar “como testigos en su contra” en casos penales, sostuvo que no se había alegado que los dichos inculpativos por parte de Hoffa y compañía hubieran sido el resultado de algún tipo de coerción, ya sea legal o de hecho. Por el contrario, las conversaciones mantenidas con Partin y aquellas efectuadas con terceros en su presencia habían sido completamente voluntarias. Ello, pese a que, desde luego, los condenados desconocían que aquel se desempeñaba como informante del gobierno.

En otro acápite del fallo, el máximo tribunal norteamericano recordó lo dicho en el precedente “López v. United States”¹⁶³, en cuanto a que el riesgo de ser oído por un espía, de ser traicionado por un informante o de ser engañado en cuanto a la identidad de aquel con quien uno se relaciona es inherente a la naturaleza de la sociedad. Se trata de un riesgo que necesariamente asumimos cada vez que hablamos.

Por lo tanto, la Suprema Corte entendió que la omisión de informar por parte de un sujeto que se está operando como un agente estatal a la espera de que el interlocutor realice dichos autoinculpativos –de que “pise el palito”– no constituye coerción alguna y, por ende, es válida la confesión así obtenida. Esto es así –continuó ese Tribunal– puesto que en las sociedades modernas no hay algo así como una expectativa de lealtad o de honestidad. Debemos asumir que aquella persona a la que le confesamos –o le permitimos oír nuestra confesión– puede traicionarnos en cualquier momento.

¹⁶³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “López v. United States” (373 U.S. 427), 27 de mayo de 1963.

Según los criterios que he defendido hasta aquí, debo coincidir con la Suprema Corte estadounidense en cuanto a que en nuestras sociedades no podemos confiar en una expectativa de lealtad o de honestidad por parte de las personas con las que nos relacionamos a diario. Eso incluye al Estado. Lo que sí podemos exigir es cierta regularidad: esto implica que podamos exigir de cualquier persona que respete nuestros derechos, en líneas generales, y en cuanto al Estado, se añade la exigencia de previsibilidad a la hora de someternos a un proceso penal. Esto quiere decir que debemos poder confiar en que se comportará según las reglas previamente establecidas.

No obstante, el presente caso trae una peculiaridad: según los hechos relatados en el fallo, en ningún momento el agente estatal indujo al error al sospechoso; jamás *le mintió*. Simplemente, omitió confesarle que se desempeñaba como un informante para el Estado y que todo lo que dijera podía ser usado en su contra; un incumplimiento de las “reglas Miranda”, que se admite en supuestos de agentes encubiertos, ya que, de lo contrario, se desvirtuaría dicha figura en los hechos. Entonces, puedo afirmar, no hubo engaño propiamente dicho, pero tampoco un sinceramiento en cuanto a las consecuencias de una posible confesión. Hubo, por lo tanto, un acto de *deslealtad*. ¿Podemos afirmar, luego, que el imputado confesó *voluntariamente*?

Considero que no se trata aquí, como puntualizó la Suprema Corte, de que en las sociedades modernas debemos asumir el riesgo de que aquella persona a la que le confesamos la comisión de un delito puede traicionarnos en cualquier momento; de que tenemos que tolerar el riesgo de ser oídos o traicionados por un espía u otro sujeto infiel. Esos riesgos, en todo caso, se tornan operativos en los supuestos que analizaré luego, de engaños cometidos por particulares sin injerencia estatal. En escenarios como el que protagonizaron Hoffa y Partin se trata, una vez más, del respeto por la regularidad del proceso, lo que quiere decir que si la figura del agente encubierto o informante se encuentra legalmente prevista y fue ejecutada de acuerdo a los parámetros legales, debe reputarse válida la confesión así obtenida, en la que no hubo ningún ardid, sino simplemente el ocultamiento de la totalidad de las circunstancias en las que la confesión se realizó.

Podemos establecer así una diferencia sustancial con otro precedente analizado previamente, que consideré inadmisibles. No debe pasarse por alto que en el fallo del Tribunal Supremo Federal alemán BGHSt 52, 11, el agente encubierto había forjado un

vínculo de amistad con el imputado, para sonsacarle la confesión; se trataba de una amistad fingida, trabajada durante más de un año. En el caso que aquí trato, el vínculo era preexistente, era real, y no se trataba de uno demasiado significativo –no se había manipulado a un pariente cercano ni a un amigo, o al menos, ello no surge de los hechos descritos en el fallo–. Con esto quiero decir que no todo es lo mismo. Considero que “fabricar” una relación para obtener un beneficio, o valerse de un vínculo relevante para el sujeto, sí implica un trato indigno hacia la persona que padece la maniobra. En tales supuestos se transgrede el límite que la ley fija a las figuras de agente encubierto o informante.

V.G) Conclusión preliminar.

A lo largo del presente capítulo expuse diversos fundamentos que me permiten sostener que medidas de recolección de pruebas tales como el agente encubierto o informante o la vigilancia acústica o similares, que buscan puntualmente obtener manifestaciones autoincriminatorias del sospechoso, en tanto se encuentren legalmente previstas y sean ejecutadas de acuerdo a esos parámetros legales –modelo de la regularidad–, la confesión que así se obtenga debe reputarse válida. Ello, pese a que tales medidas implican necesariamente para lograr su cometido, el ocultamiento de alguna de las circunstancias que rodean a esa confesión –como por ejemplo, que el sujeto está siendo grabado o que se expresa ante un agente estatal–. Pero incluso, afirmé que es válido el uso de ciertos engaños que no impliquen una mentira, en tanto no se rebasen los parámetros legales de la medida en cuestión. Dentro de los límites que delineé, en esos casos el Estado no estará *haciendo trampa* para lograr su cometido. En nada obsta a lo expuesto la concepción amplia del NT a la que adherí –que ampara cualquier forma de comunicación que pueda resultar autoincriminatoria–, ya que los supuestos referidos no pueden entenderse como aquellos en los que se *obliga* a alguien a expresarse, por lo que la garantía en trato nada tiene que hacer.

VI) ¿Puede el Estado aprovecharse del engaño causado por particulares?

En los apartados anteriores, me dediqué a analizar los casos en los que es el Estado el que motiva el error en el sospechoso que así confiesa, ya sea a través de sus agentes –fuerzas de seguridad o funcionarios judiciales–, o bien al instigar a un particular a interactuar con el acusado. En lo que sigue, estudiaré los supuestos en los

que es el particular, por su propia iniciativa, el que lleva a cabo la puesta en escena que logra la prueba autoincriminatoria y luego la acerca a la Justicia.

ROXIN entiende que en estos supuestos tales declaraciones pueden ser valoradas, pues falta la injerencia estatal. Así concluyó ante un caso en el que un codetenido, por iniciativa propia, había sondeado al imputado y la policía luego aprovechó ese conocimiento¹⁶⁴. Sin embargo, es necesario profundizar sobre el tópico.

En este punto, me interesa retomar el postulado de NANZER, desarrollado más arriba, según el cual el *fair trial* se basa en una concepción de *fairness* en tanto regularidad –por oposición a una exigencia de lealtad–. De acuerdo con esa noción de *fairness*, el autor considera a los supuestos de prueba obtenida ilícitamente por un particular, que luego la aporta al Estado pero para cuya obtención este no lo ha instigado previamente, como uno de los escenarios en los que no le corresponde resignar su pretensión con el fin de no aprovecharse de situaciones que causarían decepción en el imputado, ya que no son atribuibles al propio Estado.

Afirma el autor que el Estado que valora dicha prueba cumple con su rol sin desatender ninguna de las reglas del “juego” prometidas al acusado. Esa valoración probatoria halla sustento en una concepción de *fairness* como regularidad¹⁶⁵. La concepción contraria –que lo identifique con un deber de lealtad– “sostendría que esa situación representa una ocasión propicia para demostrar qué clase de comunidad política integramos. La solemnidad del proceso permitiría a las autoridades proporcionar una elocuente lección de educación cívica”¹⁶⁶. Ello por cuanto un Estado semejante comunicaría a sus ciudadanos que se toman tan en serio las violaciones a los derechos cometidas por terceros, al punto tal de resignar su pretensión punitiva, aunque esto conlleve a la impunidad de un criminal que merece castigo y pese a que sus agentes se hayan comportado de modo impecable en la recolección de la prueba¹⁶⁷.

Sostiene NANZER que mediante un *fair trial* basado la noción de *fairness* como regularidad el Estado se compromete a cumplir sus objetivos con transparencia, mas no

¹⁶⁴ BGH, NStZ 89, 32, en ROXIN, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000, p. 217.

¹⁶⁵ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 179.

¹⁶⁶ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 179.

¹⁶⁷ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 179-180.

con indiferencia: no da lo mismo esclarecer un hecho que dejarlo impune. Además, entiende que valerse de la prueba ilícitamente obtenida no equivale a aprobar la transgresión, puesto que sancionar penal y civilmente al particular responsable constituye una respuesta suficiente y que no se contradice con la punición del imputado¹⁶⁸. En síntesis, una prohibición de obtención no necesariamente implica una prohibición de valoración¹⁶⁹.

No obstante, agrega el autor que el criterio favorable a la valoración de la prueba no debe ser absoluto: “Resultaría desproporcionado condenar por hurto al ladrón sobre la base de una confesión obtenida como consecuencia de las torturas que le ha infligido el titular de la cosa”¹⁷⁰. Añade que, en principio, la tortura infligida por un particular con el objeto de lograr la confesión del sospechoso debería reputarse válida, puesto que el torturado no tendría un derecho moral a que el Estado prescindiera de su autoincriminación. Por ende, el Estado no tendría un deber de desconocer dicha información y no obraría de modo *unfair* al valorarla como prueba que funde una sentencia. Sin embargo, la legitimidad de ese veredicto aún podría ser puesta en crisis; ello, debido a que el tribunal podría haber perdido la credibilidad moral imprescindible para juzgar al sujeto, al valerse de semejante prueba¹⁷¹.

Al respecto, enuncia NANZER: “...no creo que el *fair trial* proteja al imputado que se ha perjudicado probatoriamente por la osadía e ilegalidad de un tercero; no obstante, considero que la continuidad del proceso dependerá de la intensidad con que ese yerro ha hecho mella en la autoridad del tribunal. Aquí sí parece ineludible la ponderación caso por caso: serán los jueces los encargados de comparar cuánto pesa el interés por esclarecer el hecho, y cuán grande es la mácula provocada por el particular”¹⁷².

Lo expuesto se encuentra en armonía con el criterio vertido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español en un fallo de 1996¹⁷³. En él, se había condenado en

¹⁶⁸ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 180.

¹⁶⁹ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 180-181.

¹⁷⁰ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 181.

¹⁷¹ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 197.

¹⁷² NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 198.

¹⁷³ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sala de lo Penal, STS 1322/1996, resolución nro. 178/1996, 1º de marzo de 1996 (ponente José Antonio Martín Pallín).

primera instancia a un imputado por un delito contra la salud pública, a raíz de los siguientes hechos: en ocasión de realizarse un control en las inmediaciones de una discoteca, con el fin de evitar y erradicar el consumo y tráfico de sustancias estupefacientes, fue detenida la marcha de un vehículo, en el que circulaban cuatro sujetos. El procedimiento derivó, efectivamente, en el secuestro de varias drogas.

La cuestión había discurrido en primera instancia sobre la validez como elemento probatorio de una grabación que uno de los acusados efectuó de una conversación que tuvo lugar entre los cuatro intervinientes en el hecho. Sin embargo, dicha grabación no fue tomada en cuenta por la Sala que juzgó el caso para fundar la sentencia, en el entendimiento de que admitirla hubiese implicado desconocer el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Ello, toda vez que la conversación no había surgido espontáneamente y que si todos los interlocutores hubieran sabido que se estaba grabando no se hubiesen auto incriminado, o por lo menos, hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación. Entonces, toda vez que las manifestaciones se hicieron de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarlas como prueba en el proceso, sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del juez y del secretario y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable, correspondía declarar su nulidad y excluirla como prueba. La condena se había basado, entonces, en las declaraciones de los coimputados vertidas en el debate oral, puesto que, de modo conteste con los dichos vertidos en la grabación, incriminaron todos a su compañero de causa.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo entendió que la sentencia se encontraba debidamente fundada y, en consecuencia, la confirmó. No obstante, lo interesante es que la Sala de lo Penal sentó criterio respecto de la grabación subrepticia entre particulares, que logra así una manifestación auto inculpatória. Dijo sobre el tópico:

“La cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsele a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto... Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un

contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico”.

Es decir, quien admite la comisión de un crimen ante cierto público, corre con los riesgos de lo que sus interlocutores puedan hacer luego con esos dichos –lo que incluye, por supuesto, acudir a la justicia–. Como advertí anteriormente, es aquí donde se vuelve operativa la cruda advertencia que efectuó por la Suprema Corte de los Estados Unidos en “Hoffa v. United States”, en cuanto a que en las sociedades modernas debemos asumir el riesgo de que aquel a quien le confesamos la comisión de un delito puede traicionarnos en cualquier momento; de que nos toca cargar con el riesgo de ser oídos y delatados por un espía u otro sujeto infiel.

El criterio sentado por el Tribunal Supremo Español se encuentra en consonancia con la tesis de GARIBALDI –expuesta más arriba– según la cual la prohibición que emana del NT solo rige para funcionarios públicos.

En el plano nacional, BOVINO y PINTO¹⁷⁴ analizan algunos problemas y particularidades de la producción de prueba incriminatoria llevada a cabo por particulares, que actúan a título personal, ya sea antes del comienzo formal de la persecución penal o después, así como su eventual valoración para fundar resoluciones judiciales. Advierten que el derecho procesal penal vigente en nuestro país, por lo general, no se ha encargado de establecer normas claras para el tratamiento de tales prácticas y que la intervención de particulares se encuentra regulada recién a partir del inicio formal de la persecución penal, de adverso a lo que ocurre con la actuación de los órganos estatales¹⁷⁵.

Tras el análisis de una serie de fallos de la anterior Cámara Nacional de Casación Penal¹⁷⁶ (actual Cámara Federal), los autores enuncian los siguientes principios que emanan de su jurisprudencia:

¹⁷⁴ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, pp. 279-302, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

¹⁷⁵ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 279.

¹⁷⁶ En adelante, CNCP.

–La prueba preconstituida por particulares no se vincula con la garantía NT, que sólo rige para órganos estatales.

–En virtud del principio de libertad probatoria, si no se violenta ningún derecho fundamental del acusado, la prueba preconstituida por particulares es válida.

–Esos derechos fundamentales que, como regla, no se pueden afectar en aras de obtener prueba incriminatoria, son la protección de la intimidad y la protección del domicilio.

–La protección de la intimidad en las comunicaciones telefónicas no se viola cuando es uno de los interlocutores quien graba y aporta la conversación.

–La expectativa de privacidad sobre la información se pierde cuando el acusado decide brindar esa información a terceras personas, *sin que importe que desconozca que está siendo grabado*.

–El ingreso al domicilio del sospechoso no implica una violación de morada si los particulares ingresan con su consentimiento, aunque lo hagan con identidad simulada –tal como lo hace el periodista que no informa de su condición–. *“El consentimiento dado se considera voluntario aun cuando el imputado no posea toda la información relevante”*¹⁷⁷.

Los autores dedican el artículo a controvertir la mayoría de tales premisas, aunque concuerdan con algunas de ellas. Veamos.

BOVINO y PINTO afirman que, por regla, las garantías constitucionales tales como el derecho de defensa en juicio y la prohibición de autoincriminación forzada no son oponibles a los particulares, toda vez que se trata de límites constitucionales dirigidos únicamente a los órganos públicos. No obstante, en esos casos, otros derechos fundamentales podrían ser invocados para impugnar la validez de los elementos probatorios obtenidos por ellos, con anterioridad al inicio de la investigación penal¹⁷⁸. Tal es el criterio que sostenía la CNCP, al menos hasta el relevamiento efectuado por

¹⁷⁷ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 296. El destacado me pertenece.

¹⁷⁸ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 281.

los autores. Así, por ejemplo, en el caso “Seyahian, José Alberto”¹⁷⁹, la Sala IV, ante un supuesto en el que un grupo de periodistas había obtenido filmaciones incriminatorias sin autorización previa, sostuvo que “Lo que se trata de evitar son las injerencias arbitrarias o abusos *que podrían cometer agentes estatales*, pero no puede decirse que es ilegal cuando es un particular el que toma conocimiento de la posible comisión de un ilícito y arbitra los medios que tiene a su alcance para poder documentarlo”¹⁸⁰.

En ese sentido, sostienen los autores que cuando un sujeto aporta información “en el marco de una conversación con un particular, como regla, tal aporte es libre y voluntario. Una vez entregada la información, si fuera incriminatoria, el imputado asume el riesgo de que su interlocutor pueda dar aviso a las autoridades. Si sólo lo informa verbalmente o si, además, acompaña un soporte audiovisual de la reunión en nada cambia el hecho de que la información fue proporcionada en forma voluntaria”¹⁸¹. Refieren también que la única diferencia radica en que la grabación posee mucho mayor valor de convicción que los meros dichos del particular, mas esa sola característica no le otorga el derecho al imputado de invocar una violación al *nemo tenetur*¹⁸².

Para robustecer su postura, agregan un argumento de peso: si la validez de la obtención del registro de los dichos autoincriminatorios realizados frente a un particular –ya sea que aquél comience la conversación o que el particular le pregunte directamente sobre el tema– tuviera alguna relación con el NT, entonces el particular jamás podría hacer la denuncia o declarar como testigo¹⁸³.

En otro orden, los autores efectúan una distinción clave. Así, refieren que las grabaciones de imagen y sonido de las manifestaciones de un imputado constituyen *prueba documental* y no una posible confesión, puesto que solo puede ser considerada como tal si se presta en el marco de un procedimiento penal, ante el organismo público autorizado para recibirla. “El documento –la grabación de voz o imagen– es el resultado

¹⁷⁹ CNCP, Sala IV, “Seyahian, José Alberto”, 3 de octubre de 2003.

¹⁸⁰ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 281. Destacado añadido por los citados autores.

¹⁸¹ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 292.

¹⁸² BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 292.

¹⁸³ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 292.

de un acto humano, pero en sí mismo, es *una cosa o un objeto*. No es un acto representativo en sí mismo, como lo es la declaración de un testigo –o la confesión– que es apreciada directamente por el tribunal, sino una cosa u objeto que sirve para representar un hecho”¹⁸⁴.

Al ser prueba documental, entonces, su incorporación al proceso debe regirse por las normas que regulan dicho medio probatorio –por ejemplo, el art. 392 CPPN–. Por ende, sostienen que se equivoca parte de la jurisprudencia que analiza la cuestión desde la óptica del principio de libertad probatoria. Este no guarda relación alguna con la discusión, ya que –como todos los principios vinculados con la adquisición de prueba– reconoce su límite en la afectación de derechos fundamentales del imputado. Además, al establecer que se trata de prueba documental, carece de sentido acudir a la libertad probatoria para admitir su incorporación al proceso¹⁸⁵, toda vez que este tipo de prueba ya se encuentra regulado en todos los ordenamientos.

En definitiva, para BOVINO y PINTO, la única garantía que podría vincularse con los supuestos de prueba recolectada y presentada por particulares de manera autónoma es la *expectativa de privacidad*, aunque con el alcance que a renglón seguido desarrollaré. Los autores, nuevamente, reseñan una serie de citas jurisprudenciales de la CNCP para exponer su punto de vista. Así, por ejemplo, el caso “Vafiadis, Lázaro Santiago s/recurso de casación”¹⁸⁶, en el cual se sostuvo: “Cuando la actividad del imputado no ha sido en ningún momento inducida por los periodistas que realizaron la investigación, y si bien éstos captaron sus dichos de manera subrepticia, *no por ello puede afirmarse, sin más, que lo hubieran hecho en violación de la esfera personal de intimidad* que la Constitución Nacional tutela, porque razonablemente puede entenderse que quien se sienta a dialogar con una persona que no es de su amistad y no obstante ello hace referencia a sus más secretos y escabrosos quehaceres, ha hecho dispensa voluntaria de aquel ámbito de privacidad. A todo evento, la filmación no ha hecho otra

¹⁸⁴ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 283. Destacado en el original.

¹⁸⁵ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 290.

¹⁸⁶ CNCP, Sala I, “Vafiadis, Lázaro Santiago s/recurso de casación”, 22 de diciembre de 1998 (causa nro. 1783).

cosa que ilustrar lo que el periodista hubiera podido declarar –y declaró– como testigo. (Voto del Dr. Rodríguez Basavilbaso)”¹⁸⁷.

A continuación, los autores desmenuzan el contenido del art. 19 CN, para determinar si, efectivamente, alguno de los principios allí contenidos es de utilidad para zanjarse la cuestión. En cuanto a la primera parte de dicha norma, que regula prohibición de injerencia estatal respecto de las acciones privadas¹⁸⁸, afirman que nada aporta a la cuestión de la prueba preconstituida por particulares. Ello, sea que se trate de manifestaciones que implican ya un comienzo de ejecución del hecho punible –p. ej., constituyen una amenaza coactiva–, o sea que aquellas informen sobre la comisión de un hecho pasado. En el primer caso, porque al afectar a terceros deja de ser una acción privada; en el segundo, porque incluso si pudiera considerarse como una acción privada, no impide que quien escuche esos dichos pueda declarar en sede judicial.

En ese sentido, afirman: “El límite impuesto al Estado es la imposibilidad de imponer una sanción de cualquier carácter por una acción privada. Pero no hay duda de que se acepta de manera unánime que una persona citada como testigo en un procedimiento penal tiene la obligación legal de informar al tribunal sobre diversas circunstancias propias y ajenas que claramente quedan comprendidas en el concepto de ‘acciones privadas’. Así, por ejemplo, caminar por un parque es una acción privada. Ahora bien, si durante esa caminata la persona ve cómo se comete un homicidio, podría ser interrogada en calidad de testigo sobre diversas circunstancias claramente consideradas ‘acciones privadas’, tales como la hora en que se hallaba en el parque, el lugar desde donde vio lo que relata bajo juramento, qué estaba haciendo en el parque, etcétera”¹⁸⁹.

En lo que respecta a la segunda parte del art. 19 de la Carta Magna¹⁹⁰, entienden los autores que, lejos de prohibir la incorporación al proceso de la prueba obtenida por particulares, la apoya. Esto es así, claro está, en tanto las acciones necesarias para su

¹⁸⁷ En BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 294. Destacado añadido por los citados autores.

¹⁸⁸ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

¹⁸⁹ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 297.

¹⁹⁰ “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

obtención no constituyan comportamientos prohibidos. “En efecto, la regla que impide prohibir la realización de conductas no prohibidas por la ley, en la medida en que no se regule legalmente la imposibilidad de preconstituir prueba por parte de particulares, transforma dicha posibilidad en una acción permitida por el ordenamiento jurídico”¹⁹¹.

En este punto, debo mencionar otro de los argumentos expuestos en el trabajo analizado. Me refiero a la regulación civil de la intimidad. Así, los autores comentan que el anterior art. 1071 bis del Código Civil protegía a los ciudadanos de la intromisión arbitraria en la vida ajena mediante la publicación o difusión de objetos tales como retratos o correspondencia, lo que carece de aplicación en los supuestos en que el elemento probatorio se arrima a un procedimiento judicial. En términos prácticamente idénticos se encuentra redactado actualmente el art. 1770 del Código Civil y Comercial de la Nación. Por ende, dicha norma tampoco implica un obstáculo para la preconstitución por particulares.

Para concluir, BOVINO y PINTO sostienen que para que se vea afectada la expectativa de privacidad debe existir alguna norma que prohíba la producción del medio de prueba en cuestión, o que este sea obtenido en violación de derechos fundamentales del inculcado. De acuerdo con ese razonamiento, la grabación de las manifestaciones *voluntarias* del sospechoso, que pueda llevar a cabo un particular, en un lugar que no sea el domicilio de este último y mientras no tenga por finalidad la difusión generalizada de su contenido, no es una cuestión prohibida por el ordenamiento. De esa afirmación se desprende que para los autores una grabación subrepticia efectuada en el domicilio del imputado sí merece una prohibición, en tanto se realice sin el consentimiento de este, pero no por una posible expectativa de privacidad, como lo entendía la CNCP, sino por la mera protección que el domicilio particular implica. Vinculado con este último, refieren que “Si fuera determinante la expectativa de privacidad, se podría afirmar que no solo se debe excluir el registro como elemento probatorio sino, además, declaraciones de otros testigos que escucharon la conversación que se pretende probar, pero que estaban ocultos en el lugar donde se

¹⁹¹ BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 297.

reunieron la víctima y el imputado, si este último no tuvo conocimiento de su presencia”¹⁹².

Coincido con esa distinción: el domicilio particular impone una protección mayor de la privacidad de su titular. Así, el sujeto que realiza manifestaciones autoincriminatorias ante un tercero sin saber que está siendo grabado podría esgrimir una violación a su derecho constitucional de privacidad, únicamente si la medida subrepticia fue efectuada en su domicilio particular u otro con semejante expectativa.

Considero acertadas las conclusiones a las que llegan BOVINO y PINTO, quienes concluyen por regla la validez de la grabación subrepticia de las manifestaciones voluntarias del imputado efectuada por un particular, en la medida en que no se hayan realizado en su domicilio; al menos en tanto siga sin legislarse sobre el alcance del derecho de privacidad en esos supuestos. Al igual que concluí en los supuestos en que la maniobra proviene del Estado, entiendo que el ocultamiento de cierta información contextual, como el hecho de que los interlocutores revistan la calidad de periodistas, o que el sujeto está siendo grabado, no revisten de importancia. Ello no implica un engaño, el que sostuve que se encuentra vedado para los agentes estatales.

Sin embargo, los particulares poseen una mayor laxitud en los artilugios desplegados para obtener una confesión. Esto es así por varias razones. Por un lado, los ciudadanos de a pie carecen de todos los recursos que el Estado sí tiene a su alcance para montar una escena, para engañar, para mentir. Generalmente, además, el Estado obra sobre seguro cuando realiza un ardid semejante; corre con menos riesgos que el particular. Por estas razones, una maniobra desplegada por el particular será siempre menos grave.

Por otra parte, el particular carece de las mismas responsabilidades que el Estado, que fueron analizadas en el capítulo V y me llevaron a desechar el uso de tales estratagemas, las que consideré “hacer trampa”. A saber: al particular no le corresponde aplicar pena, por lo que no requiere legitimar sus acciones ante sus conciudadanos ni evitar vías de obtención de evidencia consideradas injustas u objetables moralmente (fundamento político, según HO). Tampoco es de su competencia emitir con su conducta mensajes a la sociedad que transmitan virtudes ni evitar sentimientos de

¹⁹² BOVINO/ PINTO, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS/ HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, 2006, p. 300.

resentimiento e indignación (fundamento político, según RAWLS), así como tampoco debe el particular enaltecer los valores del modelo acusatorio (teoría del garantismo). A su vez, ya que no estableció las “reglas del juego” –el proceso penal–, no se le puede exigir que se comporte según lo que prometió previamente, a fin de no defraudar la previsibilidad de los intervinientes (modelo de la regularidad). Tampoco le compete al ciudadano enviar un mensaje a la comunidad de que los individuos poseen determinado estatus, a fin de promover una sensación de autoestima o auto respeto en sus conciudadanos (fundamento moral), ni debe establecer las condiciones para que los sujetos se desarrollen conforme sus individualidades y asegurar la protección y la supervivencia a través de conductas predecibles, que les permitan a los sujetos desenvolverse libremente (teoría psicológica del apego).

Al tomar como válidas las premisas de BOVINO y PINTO en cuanto a que no les son oponibles a los particulares las garantías de NT ni el derecho de defensa, sino únicamente el derecho a la privacidad, en caso de estar explícitamente reguladas las medidas de prueba recabadas por ellos, puedo afirmar lo siguiente: *un particular puede no solo ocultar información, sino incluso mentir y llevar a cabo una puesta en escena, aún durante un tiempo prolongado, para lograr una autoincriminación que luego aporte a un procedimiento judicial, salvo que se realice en el domicilio del imputado*. Lo que estará vedado –por el ordenamiento civil– será la difusión generalizada de esos dichos.

Resta señalar que el Estado, al valerse de la prueba así obtenida por el particular, tampoco incumple su deber de regularidad –como se vio en el acápite V.C)–, ya que, al no haber participado de la obtención de la prueba, en todo momento se conduce según las reglas del procedimiento. En caso de resignar a su pretensión de condenar a los culpables, con el objeto de no aprovecharse de situaciones que causarían decepción en el acusado, el Estado iría más allá de lo requerido para incurrir en acciones supererogatorias. En todo caso, el Estado cometería de ese modo una actitud desleal, que ninguna consideración merece en el proceso penal.

VII) ¿Constituyen una forma de engaño los “errores no forzados” del acusado?

Resta analizar el último universo de casos sobre los que baso mi esquema tripartito: aquellos en los que es el propio imputado el que realiza libremente alguna manifestación autoincriminatoria, sin ser conducido a ningún error por parte de nadie –

ni un particular ni un agente estatal–, pero sin conocer algún elemento contextual, como por ejemplo, que está siendo oído por quien tiene la potestad o la obligación de denunciarlo y usar esos dichos en su contra –por caso, un funcionario estatal–. El dilema aquí es el siguiente: ¿debe el funcionario sacarlo de su error, interrumpir su relato para hacerle saber que todo lo que diga será utilizado en su contra? Si no lo hace, ¿incurrirá en una forma de engaño?

Este tercer universo de supuestos comprende, a su vez, a mi modo de ver, dos escenarios que cabe diferenciar. El primero de ellos, acaso el más burdo y, por lo tanto, más improbable de presentarse en la realidad –pero no por ello imposible–, sería el siguiente: aquel en el que el funcionario público se “topa” con la confesión sin habérselo propuesto. Ejemplo: un criminal realiza manifestaciones autoincriminatorias ante un conocido en un bar, en el que, casualmente, se encuentra en la mesa contigua un fiscal que, luego, presenta la correspondiente denuncia penal y atestigua en contra del sujeto.

Como puede advertirse fácilmente, aquí no hay engaño, es decir, no está presente la comunicación de un mensaje a través del cual el comunicador pretende confundir al receptor, que crea algo que es falso. Mucho menos hay una mentira, en tanto subconjunto del engaño, que requiere de una afirmación verificable que debe ser literalmente falsa. El ejemplo plantea simplemente una omisión de informar a quien se autoincrimina que está siendo escuchado por un funcionario público que tiene la obligación legal de denunciarlo. Ya analicé con anterioridad los casos de omisiones de alguna situación contextual, para concluir que no dan origen a la obligación de sacar de esa ignorancia al culpable que se manifiesta. Con mayor razón, esto es así en supuestos como el que se analiza, en los cuales no hubo por parte del Estado ninguna preparación subrepticia del contexto que lleva a esa ignorancia.

Aquí, una vez más, parecen aplicables las palabras de la Suprema Corte de Justicia norteamericana, en el fallo “Hoffa v. United States”, al advertir que en las sociedades modernas debemos asumir el riesgo de que podemos ser oídos o traicionados por un espía u otro sujeto infiel, en cualquier momento. Depende de cada uno de nosotros tomar los recaudos necesarios para resguardar la privacidad de nuestras manifestaciones.

El segundo escenario posible presenta un grado mayor de dificultad, aunque, en virtud de las conclusiones hasta aquí vertidas, no debería traer ninguna complejidad. Se trata de los casos en los que la confesión se obtiene bajo el empleo de medidas de vigilancia acústica o similares, desplegadas por agentes estatales.

Veámoslo, nuevamente, con un precedente del BGH. Aquí se ventilaban los siguientes hechos: se había ordenado judicialmente una medida de espionaje acústico en la habitación de una clínica en la que el acusado de la comisión de un homicidio se encontraba internado. Tras recibir una llamada que lo alertó sobre su situación procesal, que había empeorado, el sospechoso comenzó a hablar consigo mismo, admitió la comisión del delito y se reprochó por el modo que había escogido para matar a su víctima¹⁹³.

La medida se encontraba legalmente prevista, toda vez que el parágrafo 100c StPO habilitaba a escuchar conversaciones en el domicilio u otros ámbitos similares, bajo ciertos presupuestos (“gran espionaje acústico”). Dicha norma pone por fuera del alcance de la medida las situaciones en las que se presume que, en el ámbito del domicilio del imputado, se ventilarán cuestiones íntimas, pertenecientes al “ámbito nuclear de configuración de la propia vida”. Se prevé, no obstante, que no integran dicho ámbito las conversaciones que versen sobre la comisión de delitos¹⁹⁴.

Esa regulación permitió condenar al sujeto. No obstante, el BGH revocó la condena y lo absolvió, en el entendimiento de que escuchar a una persona convaleciente, si bien era legal, no era *fair*. De acuerdo con la tesis de NANZER, el Estado se había comportado de manera regular, aunque mediante el empleo de una medida insidiosa; es decir, no se había comportado bajo los parámetros de lealtad. Por lo tanto, según el postulado del autor, la solución correcta del caso hubiera sido confirmar la condena del imputado, ya que no cabe reconocerle una expectativa a que el Estado no usará los dichos que aquel vierta libremente, bajo ningún tipo de engaño ni coacción, mediante el uso de una medida legalmente prevista¹⁹⁵. “El esclarecimiento del caso por estos medios duros pero legales es un riesgo permitido que el sospechoso debe tolerar. En la medida en que el Estado no modifique ese riesgo (por ej. ignorando los

¹⁹³ BGH, Sala Primera, sentencia del 10/8/2005, en NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 190.

¹⁹⁴ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 190-191.

¹⁹⁵ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, pp. 191-192.

presupuestos de admisibilidad), será el declarante quien asuma las consecuencias de sus declaraciones autoinculpatorias”¹⁹⁶.

En otras palabras, si bien el acusado desconocía la totalidad de las circunstancias bajo las cuales realizaba su soliloquio autoinculpatorio, en modo alguno puede afirmarse que aquel fue engañado para proferirlo –a diferencia del caso visto en el acápite V.F), sobre la escucha de la conversación intramuros entre el acusado y su esposa–. Como ya referí, ni ese desconocimiento ni la omisión de sacarlo de él pueden considerarse como una forma de engaño, cuando el Estado generó las condiciones para la escucha, al implantar el artefacto de espionaje acústico en la habitación de la clínica, pero nada hizo para generar la confesión. Únicamente, se aseguró de estar ahí en caso de que ello eventualmente ocurriera.

Por lo demás, ya admití la validez de ciertos engaños por parte de agentes estatales para obtener una manifestación autoinculpatoria¹⁹⁷, por lo que mal podría vetar supuestos en los que nada hace el Estado para que ello ocurra.

En conclusión, el Estado no tiene la obligación de proveer toda la información del contexto a quien investiga por la comisión de un delito. Si este desconoce que está siendo escuchado –sea que esa situación haya sido pergeñada por los funcionarios o no–, no puede exigir ser sacado de su ignorancia. Ello, claro está, en la medida en que el Estado se conduzca dentro de los límites legales que cada instituto prevé. De entender lo contrario, quedarían derogadas medidas tales como los espionajes acústicos o audiovisuales que, aunque puedan resultar desleales en ciertos casos, no afectan la dignidad del sujeto ni su calidad como ciudadano.

6) Conclusión

Durante la Inquisición, el sistema político–criminal estaba diseñado para “arrancar” la confesión y lograr el arrepentimiento de quien se sospechaba que había cometido un delito. Para ello, se convalidaban los mecanismos más terribles que la mente humana ha concebido, que incluían el encierro y la tortura –a veces mediante una serie de atroces maquinarias diseñadas para causar sufrimiento extremo–, pero también

¹⁹⁶ NANZER, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, p. 192.

¹⁹⁷ Ver el acápite V.F).

medidas más sutiles como la incertidumbre, la influencia de familiares y amigos y el engaño.

Afortunadamente, las sociedades modernas han avanzado mucho desde esos tiempos oscuros –al menos, en la gran mayoría de los casos–. La búsqueda de la verdad sigue siendo la meta del proceso penal, pero se reconocen varios límites, encabezados por las garantías constitucionales que invisten a todos los ciudadanos. Por esa razón, es imprescindible delimitar el alcance de dichas garantías, para saber dónde el Estado debe trazar la frontera de su pretensión.

La averiguación de la verdad como norte de un proceso judicial reconoce como límite formal a la exigencia de velar por el debido proceso, por un juego limpio, aun cuando ello implique descartar evidencia que pueda ser en el caso la única vía para luchar eficazmente contra la delincuencia y ese temperamento pueda llevar a la impunidad. Es que la lucha contra el delito jamás puede llevarse a cabo a costa de las garantías individuales, pues convalidar ese tipo de prácticas conlleva la pérdida de legitimidad por parte del Estado. Por eso, será clave el alcance que otorguemos a garantías constitucionales como la que aquí desmenuzo.

La garantía constitucional de NT, que, como se vio, debe regir desde que un ciudadano es objeto de una imputación penal, es fuente de diversas interpretaciones. Abogo aquí por una de carácter amplio, que abarque no solo cualquier expresión verbal que el acusado vierta, producto de alguna coacción física o moral, sino también cualquier *comunicación* que pueda resultar autoincriminatoria –estampar una firma, soplar una “pipeta”, etc.–. Esta concepción deja por fuera aquellos supuestos en los que el imputado no “comunica” nada, tales como pararse en una rueda de reconocimiento de personas o someterse a una extracción compulsiva de sangre, pese a que puede discutirse su rol enteramente pasivo allí.

Mediante un repaso por los variopintos fundamentos ensayados acerca del NT, examiné, entre otros, su base en el derecho de defensa, en el debido proceso, en la dignidad humana, en los derechos individuales del procesado, en el principio de un proceso limpio, en la legitimación de las decisiones judiciales y en razones de orden pragmática. Concluí que ninguno de ellos es del todo convincente, pero que, a fin de cuentas, la sola posibilidad de que la existencia de esta garantía pueda contribuir a

alguna de esas razones, aunque sea de manera tangencial, es motivo suficiente para mantenerla.

Con ese norte, pretendí delinear también los contornos de nociones como el engaño, la mentira, la omisión y la trampa. Advertí que las complejidades que los diversos casos que la realidad ofrece, ameritan evitar brindar afirmaciones apresuradas o demasiado categóricas. Descarté, así, el uso de la mentira y de muchos tipos de engaño, que entendí equivalentes a “hacer trampa”, conducta en la cual el Estado no debe incurrir.

En ese sentido, demostré a lo largo de la presente investigación que hay omisiones, incluso ardidés, que pueden desplegarse válidamente en un proceso penal sin que ello implique una transgresión a la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada. Ya sea que esa maniobra provenga de funcionarios policiales o judiciales, o de un particular sin ninguna connivencia con aquellos, o ante la ausencia de toda maniobra, como los supuestos en que el propio acusado confiesa sin haber sido motivado a ello por nadie, con o sin la preparación estatal del ámbito para facilitar su escucha, *lo relevante será que el Estado, en todo momento, se conduzca de acuerdo con las reglas previamente establecidas*; es decir, las normas que rigen el proceso penal. Una vez más: lo que debe exigirse es un *fair trial* entendido como regularidad y no como lealtad.

Es que el Estado es el encargado de velar por los derechos y garantías de sus ciudadanos, por lo que se constituye en garante de cierta *base segura*, que permite a los sujetos desarrollarse conforme sus individualidades, en la medida en que no afecten irrazonablemente los derechos de terceros. El Estado, así, cumple el rol de asegurar la protección y la supervivencia, que les permitan a los sujetos desenvolverse con cierto margen de libertad, para lo cual se requiere de normas que sean previsibles, que generen confianza.

Para interpretar la amplitud que cabe asignar a las medidas legalmente previstas –agentes encubiertos o informantes, medidas de vigilancia acústica, etc.– en los casos que puedan resultar dudosos, propongo evaluar si la maniobra en cuestión envía un mensaje a la comunidad de que el imputado que es objeto de ella posee determinado estatus dentro la sociedad, de manera tal que se promueva en él una sensación de autoestima o auto respeto. Si, por el contrario, el acusado es objeto de prácticas que comunican un mensaje de bajo estatus social, que promueve sentimientos de

degradación e inutilidad, que importan una humillación institucional, la medida debe ser descartada.

Dentro de esos límites, el Estado, aunque se valga de algún ardid u omisión de información en la búsqueda por la verdad material, verá legitimado su accionar; *no habrá hecho trampa*.

7) Bibliografía

- BASILE, Enrico, “Is cheating a universal moral concept?”, en *Global Crime*, vol. 9, nro. 4, 2008, pp. 354-367 (<https://doi.org/10.1080/17440570802557011>; última visita: 25 de febrero de 2024).
- BERTELOTTI, Mariano L., *Derecho procesal penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021.
- BOVINO, Alberto/ PINTO, Federico, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS, Florencia/ HAZAN, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 279-302.
- BOWLBY, John, *A secure base. Clinical applications of attachment theory*, Routledge Classics, New York, 2005.
- CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, 4.^a ed., Depalma, Buenos Aires, 2001.
- CARRIO, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- DOLINKO, David, “Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?”, en *UCLA Law Review*, vol. 33:1063, 1985, pp. 1063-1148.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Traducción a cargo de Perfecto Andrés IBAÑEZ, et al.), Trotta, Madrid, 1995.
- GARCIA, Luis M., “El caso ‘Rau’ o la insustancialidad del principio ‘Nemo tenetur se ipsum accusare’”, en PITLEVNIK, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 22, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 25-65.
- GARCIA, Luis M., “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en PLAZAS, Florencia/ HAZAN, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en el*

enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia, Editores del Sur, Buenos Aires, 2018, pp. 285-393.

- GARIBALDI, Gustavo E. L., *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Ecos de inquisición*, Castillo de Luna, Madrid, 2014.
- GREEN, Stuart, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (Traducción a cargo de José Ramón AGUSTINA SANLLEHÍ, et al.), Marcial Pons, Madrid, 2013.
- HENDLER, Edmundo S., *Sistemas penales comparados*, Didot, Buenos Aires, 2014.
- HO, Hock Lai, “The Criminal Trial, the Rule of Law and the Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 10, 2014, pp. 109-131.
- MARRONE, Mario, *La teoría del apego. Un enfoque actual*, Psimática, Madrid, 2001.
- MEYERSON, Denise, “The moral justification for the right to make full answer and defence”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, Nº 2, 2015, pp. 237-265.
- NANZER, Alberto, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021.
- PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho Penal* (Traducción a cargo de Enrique BACIGALUPO, et al.), Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
- PERALTA, José Milton, “‘Nemo tenetur’ y derecho procesal penal preventivo”, en *Prevención e imputación*, AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ PASTOR, Daniel (dirs.), Hammurabi, Buenos Aires, 2017.
- RAWLS, *Teoría de la justicia* (Traducción a cargo de María Dolores GONZÁLEZ), 2.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

- ROXIN, Claus, “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán” (Traducción a cargo de María del Carmen GARCÍA CANTIZANO), en *Revista Penal*, Universidad de Huelva, vol. 6, 2000, pp. 115-126.

Jurisprudencia:

Local:

- CSJN “Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes”, 27 de noviembre de 1984 (Fallos 306:1752).
- CSJN “Montenegro, Luciano Bernardino s/Robo”, 10 de diciembre de 1981 (Fallos 303:1938).
- CSJN “Rau, Alejandro Oscar s/causa n° 16.400”, 19 de abril de 2016 (Fallos 339:480).

Internacional:

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “Hoffa v. United States” (385 U.S. 293), 12 de diciembre de 1966.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sala de lo Penal, STS 1322/1996, resolución nro. 178/1996, 1º de marzo de 1996 (ponente José Antonio Martín Pallín).