

## **Nueva doctrina del Tribunal Superior sobre interrogatorios policiales: ¿Consumo de frutos del árbol prohibido?**

**Por Maximiliano Hairabedián**

Publicado en Actualidad Jurídica, Vol. 231, p. A. 8299, Córdoba, marzo 2017.

*“No hay “lo malo” como no hay “lo bueno”. Lo justo y lo injusto se confunden. La tragedia no es la lucha de lo justo contra lo injusto. Es la lucha de lo justo contra la justo. Antígona y Creonte: esa es la tragedia, el enfrentamiento entre dos legalidades verdaderas”. José Pablo Feinmann, “La sombra de Heidegger”.*

### **I.Introducción**

Un crimen atroz y abominable. Policías que llegan a la verdad usando atajos para sortear la ley. Un defensor preparado y meticuloso que con claridad y precisión deja en evidencia las irregularidades de la pesquisa. Jueces que son puestos frente a un dilema: si reconocen la ilicitud probatoria, el terrible crimen puede quedar impune y un peligroso delincuente libre en la calle. Si justifican las irregularidades, deben lidiar con su deber de custodios de derechos y garantías.

El fallo que se comenta se origina en una de las peores y más detestables conductas humanas. ¿Qué hecho individual más indignante, repugnante y horrendo puede haber que el secuestro, suplicio, abuso sexual y asesinato cruento de un niño/a?. Una acción tan repugnante socialmente que hasta en la “cultura carcelaria” otros delincuentes la repudian.

Una criatura salió a hacer unas compras y nunca más volvió. Un vecino vio que un sujeto la hacía subir a un automóvil en circunstancias que le despertaron sospechas y tuvo la buena idea de tomar nota de la patente, datos estos que fueron aportados a la policía durante la desesperada búsqueda de la menor. Los policías dieron rápidamente con el hombre que usó el vehículo ese día; estaba en su casa. Ingresaron sin orden

judicial, registraron el lugar, encontraron pruebas que lo incriminaban; interrogaron al sospechoso sin la presencia de defensor, le anunciaron que llevarían presa a su madre, logrando que les diga los lugares que frecuentó ese día y que los guíe hasta el lugar donde encontraron el cadáver de la niña, que había sido estrangulada y luego quemada. La defensa postulaba que las pruebas se habían obtenido violando derechos y garantías constitucionales, por lo cual devenía nulo el procedimiento por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol venenoso.

La Cámara a cargo del juicio rechazó los cuestionamientos defensivos, previsiblemente lo condenó a prisión perpetua y, recurso de casación mediante, la causa llegó al Tribunal Superior de Justicia, que convalidó la actividad policial de investigación merced a la cual se esclareció el hecho, y consecuentemente confirmó la condena (“Peralta”, 218/2016).

## **II. Nueva doctrina sobre interrogatorios policiales que emerge del fallo**

El fallo que tratamos justificó el procedimiento, sosteniendo que tanto el allanamiento inicial sin orden judicial como las manifestaciones del sospechoso en ausencia de defensor habían sido conforme a derecho. Con relación al ingreso domiciliario argumentaron que se encuadraba dentro de la causal que exige la autorización jurisdiccional cuando se persigue a una persona para su aprehensión. Es discutible que este caso estrictamente encuadre en ese supuesto, pero las características dramáticas de la situación bien pueden dar margen para no ponernos, desde un escritorio, demasiado exquisitos y quisquillosos y permitir cierta amplitud en el análisis de la realidad extrema que se vivía en el momento<sup>1</sup>. Lo mismo sucede con la conclusión en orden a que las manifestaciones del perseguido no fueron logradas mediante violencia física o moral.

---

<sup>1</sup> En palabras del memorable juez Jackson de la Corte Suprema de Estados Unidos, se debería ser lo suficientemente humano para aplicar la letra de la ley con alguna indulgencia hacia los policías que han actuado en delitos violentos que ponen en peligro la vida o la seguridad; entonces “si asumimos, por ejemplo, que un niño está secuestrado y los policías sitian un barrio y revisan cada auto que sale, sería un uso indiscriminado y drástico de una requisita. Los policías pueden ser incapaces de demostrar una causa probable para requisar cada auto en particular. Sin embargo, cándidamente me esforzaría con ímpetu en apoyar tal acción, ejecutada justamente y de buena fe, porque debe ser razonable someter a los pasajeros a tal indignidad si era el único camino de salvar una vida amenazada y detectar un delito grave. Pero yo no tensionaría en sostener tal bloqueo y requisita universal para salvar unas pocas botellas de borgoña y prender a un contrabandista” (votos en “Mc Donald”, 1948 y “Brinnegar”, 1949, citados por Amar, Akhil Reed, “The Constitution and Criminal Procedure”, Yale University, 1997, ps. 32 y 33).

Me refiero a la aceptación de la cándida versión acerca de la forma en la que “voluntariamente” y libre de toda presión ilegítima, el sospechoso decidió ajustarse aún más la soga al cuello, ofreciéndose “espontáneamente” a conducir a los policías hasta el cadáver. Apremiados por los ribetes del caso, es comprensible que se haya sopesado el desesperante momento que se vivía y probablemente el peso del horror y espanto que genera el hecho, hayan inclinado la balanza a favor de esa hipótesis.

En orden a la justificación del resultado del interrogatorio policial sin defensor que permitió descubrir el cuerpo, la tarea aparecía más complicada porque está fuera de discusión que así sucedió y la Constitución es clara en orden a su invalidez probatoria, tal como lo venía reconociendo la doctrina de la propia casación provincial.

La carta magna provincial establece que “carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor” (art. 40). Es decir, que a nivel local, hay dos condiciones básicas de validez de las manifestaciones de un imputado: que sean voluntarias y en presencia de abogado. Sobre esta última regla, el Tribunal Superior de Justicia, tanto en este caso como en muchos otros, ha reiterado que la ineficacia “supone que se haya iniciado la persecución penal en contra de un individuo y que al momento de su declaración no cuente con la presencia de un defensor técnico”, naciendo este derecho a la asistencia técnica obligatoria, como todas las manifestaciones de la defensa “con el primer acto de persecución penal dirigido en su contra” (“Jarma”, 2005; “Yordan”, 2009). De esto, el máximo tribunal local derivaba algunas excepciones. Por ejemplo, “quien al momento de prestar declaración testimonial no aparece en absoluto sindicado como partícipe del hecho, no goza de dicha garantía, puesto que aún no reviste calidad de imputado” (“Sintora”, 2007); o “no alcanza a las manifestaciones extrajudiciales realizadas por el imputado antes del proceso” (“Gallegos”, 2006). Consecuentemente con esta línea jurisprudencial, antes de este fallo se consideraba ilegal la incorporación de los dichos voluntarios de un imputado al policía comisionado que lo declaró, ya que “los dichos del acusado fueron realizados sin que estuviere presente su abogado defensor”, siendo que “la espontaneidad de su manifestación carece de relevancia puesto que la garantía constitucional ampara la asistencia del encartado, no a la libertad en su prestación” (“Peñalba”, 2002, en el cual el aprehendido les indicó a los policías el lugar donde había tirado el arma), posición

que se mantuvo durante años en otros precedentes (p. ej., de manera idéntica en “Márquez”, 2009).

Esta posición había sido objeto de una visionaria crítica, en la que De Aragón apuntaba que divorcia “los elementos volitivos de los dichos en sí, sosteniendo que la invalidez proviene exclusivamente de la ausencia de asistencia letrada y no de la voluntariedad con que fueron expresados”, argumentos que observa “en parte fruto de un recurso discursivo, en el que subyace precisamente un juicio *a priori* respecto de la espontaneidad misma con que las manifestaciones son vertidas, o más bien una sospecha o descreimiento sobre la rectitud del actuar policial que “cortando por lo sano” pretende crear una regla general e inflexible de exclusión probatoria”, considerando “un error construir reglas apriorísticas casi matemáticas que se expresen por la validez o invalidez de los dichos pura y exclusivamente en función de la presencia de un defensor, sin tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada caso”<sup>2</sup>. El autor proponía una interpretación superadora en cual se desplace el centro de gravedad otorgándole suma relevancia a la espontaneidad de los dichos del imputado.

El fallo que nos ocupa parece haber dado un golpe de timón orientando la jurisprudencia en rumbo similar al que venía propiciando De Aragón (aunque en rigor de verdad la “espontaneidad” de la que habla este autor dista bastante de la que trata la sentencia). Ahora, principalmente en casos graves y urgentes, la policía ha quedado legitimada para interrogar al sospechoso de un delito, sin la presencia de defensor. Veamos. La resolución reconoce que hubo una declaración de una persona respecto a la cual ya se había iniciado la persecución penal, que permitió nada más y nada menos encontrar el cuerpo de la víctima, y que todo esto ocurrió sin la presencia letrada<sup>3</sup>. Y, sin embargo, lo consideró jurídicamente correcto. A tal fin tuvo que sumar algunos malabares y acrobacias argumentativas. Pivoteó el razonamiento tomando como eje la supuesta voluntariedad de los dichos del investigado, dejando en el cobertizo lo atinente a la falta de asistencia técnica. Así, señaló la casación provincial que “lo central, pues, será

---

<sup>2</sup>De Aragón, Ernesto Rafael, “El imputado y el valor de sus manifestaciones”, Foro de Córdoba N° 97, 2005, p. 16. Comentando el ejemplo de validez que brinda Cafferata Nores, de quien concurre a un comisaría y le dice al agente de guardia “acabo de matar a mi esposa en mi casa” entregando el arma (Eficacia de la persecución penal y garantías procesales en la Constitución de Córdoba, Lerner, 1987, p. 88), De Aragón se pregunta qué ocurriría si ya entregado a la policía, el imputado indica donde enterró el cuerpo (ps. 20 y 21).

<sup>3</sup> “...interesa, en cambio, que nos adentremos en los fundamentos brindados en el fallo para considerar válida la declaración del imputado que permitió hallar el cadáver de la niña, aun si pueda considerarse inverosímil lo declarado por los uniformados para ocultar la utilización de los datos”.

determinar si la declaración de Peralta a la policía fue voluntaria o -como denuncia del quejoso- producto de coacción por parte de los policías”. Establecida esa premisa que desplaza un recaudo constitucional y descartado el vicio en la voluntad, concluyen que la información fue válida por la premura y los fines que perseguían. Se lee en el fallo que “el dato se obtuvo en una interrogación sumaria al sospechado en la urgencia de los primeros momentos de la investigación policial dirigida a encontrar con vida a la menor desaparecida”. En otro tramo respalda la consideración de la Cámara del Crimen en orden a que “el dato que permitió el hallazgo y posterior secuestro del cadáver no puede ser invalidado y no ha sido incorporado ilegalmente al debate”, esgrimiendo que el conocimiento en tal sentido “fue brindado voluntariamente en el marco de la actuación policial urgente dirigida a la búsqueda de la niña presuntamente raptada por el imputado” teniendo en cuenta “que el personal policial, en cumplimiento de la atribución-deber de investigar los hechos delictivos, interrogó a Peralta sobre una circunstancia de un hecho delictivo en flagrante comisión, esto es, la sustracción y retención de una niña que no aparecía y que en principio -de no haber sido víctima de algún otro delito contra su persona, como también parecía factible- se hallaría privada de su libertad en algún lugar que sólo el imputado conocía”. La instancia casatoria resaltó que “según la situación que se les presentaba a los policías en ese momento, de un delito grave que *prima facie* o posiblemente estaba aún en ejecución, incluso con el sospechoso individualizado, hallado y aprehendido, y la obtención sumaria de datos era absolutamente necesaria para hallar con vida a la niña sustraída, que acaso se hallaba retenida en lugar desconocido”. Y se remata con una diferenciación sutil “no se trató entonces de una “confesión” porque el imputado no admitió los injustos; sí dio un dato que le permitió al personal policial orientar las pesquisas urgentes de la búsqueda de la niña que realizaba”. Convengamos que, a los fines de la autodelación, no es muy distinto confesar ser autor del hecho que llevar a los policías hacia el cadáver de la víctima buscada.

La resolución busca apoyo en la invocación de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema a favor de la valoración de manifestaciones espontáneas de imputados durante procedimientos policiales, sin tener en cuenta una distinción importante. Tales precedentes versan sobre casos regidos por sistemas legales como el nacional, que, a diferencia de Córdoba, no exigen presencia de defensor para poder valorar el discurso

del sospechoso (CN., 18), y con códigos procesales que expresamente facultan a la policía a interrogar al aprehendido (CPPN., 184 inc. 9°).

Por lo tanto, la nueva doctrina que emerge de este fallo consiste en conceder a la policía la facultad de interrogar sospechosos en casos graves y urgentes.

### **III. Posibles soluciones**

El evidente conflicto o tensión de intereses que plantea el caso puede presentar pocas soluciones en la práctica. Algo frecuente cuando se analiza la “doctrina de los frutos del árbol venenoso”: a) En una lectura automática, fanática o sin mayor reflexión de la fría letra de la ley, se reconoce la existencia de prueba de origen inconstitucional, se aplican las exclusiones probatorias y el imputado es absuelto (metafóricamente sería: “desecho la fruta envenenada sin pensar o ver las consecuencias”). b) Se fuerza la ley concluyendo a favor de la corrección del procedimiento (“hago de cuenta que la fruta no está envenenada y me la como”). c) Se admite que hubo prueba obtenida en infracción a garantías constitucionales, pero igualmente se la valora aplicando alguna de las excepciones a la “doctrina de los frutos del árbol venenoso” (“el árbol está envenenado, pero tengo un método para sacarle el veneno al fruto, o bien “me tapo la nariz y consumo el fruto en mal estado porque no me queda otra o será peor si no lo hago”).

Resolver controversias como las que se plantearon en el proceso analizado es siempre difícil, porque se trata de los denominados “casos trágicos” no sólo en el sentido fáctico (por lo terrible), sino también en el plano jurídico, ya que cualquier solución que se adopte significará sacrificar algún interés digno de protección. Repárese que aquí los jueces deben decidir sobre cuestiones que tocan puntos neurálgicos de todo nuestro sistema de valores y concepciones sociales, formado en base a fenómenos tan profundos que sus raíces se remontan a los grandes hitos, desarrollos y movimientos de la historia de la humanidad (la tradición judeocristiana; la cultura grecoromana; la ilustración, las revoluciones francesas y americanas, entre otros). A lo que se suma la personalidad y pensamiento de cada individuo en base a sus contextos, vivencias, etc. De este conjunto se forman las ideas sobre el bien y el mal, el crimen y el castigo, la organización y respuesta social, los derechos de las personas, etc. Y en este complejo entramado hay valores que entran en pugna con otros.

En términos de una “decisión justa” fue saludable la condena y su confirmación por parte del Tribunal Superior. Concuero en que la impunidad de un pedófilo asesino porque no tenía abogado no era una buena solución. Ahora bien, el camino elegido para “hacer justicia” fue equivocado, porque para ello se tuvieron que forzar la ley y los hechos diciendo que era constitucional y legal lo que no era, desandando la propia jurisprudencia. Mejor hubiese sido llegar al mismo destino recorriendo otra ruta menos sinuosa. Se ganaba en transparencia argumental sincerando que existía una prohibición legal de utilizar los dichos del imputado, pero logrando valorar su resultado por aplicación de alguna excepción a la regla de exclusión, de forma tal de arribar a la solución justa por una vía normativamente más cristalina. En este caso, las excepciones procedentes podían ser la “la fuente independiente”, el “el descubrimiento inevitable” y/o el principio de proporcionalidad.

#### **IV.La fuente independiente y el descubrimiento inevitable**

Consagradas en la misma Constitución local a la par de la doctrina de los frutos del árbol envenenado (art. 41), tornan inaplicable la ineficacia probatoria cuando al conocimiento o conclusión se puede arribar tanto por vías lícitas como ilícitas, de manera simultánea o hipotética. En el primer caso, se da la infracción constitucional y concomitante o paralelamente existe un cauce de investigación independiente válido. El segundo se verifica si la prueba derivada se hubiese podido descubrir igualmente sin la infracción normativa.

Aquí había una pista legal autónoma muy fuerte que involucraba certeramente al imputado en el hecho (testigo que vio cuando subía la niña al auto localizado poco después en poder del imputado, al igual que las medias y bombacha de la niña secuestrados en la casa de aquél, como así también de uno de los elementos utilizados para su mortificación, con confirmación genética posterior, entre otros). Por ende, se podía aplicar la excepción de la fuente independiente.

Además, según el fallo el cadáver había sido abandonado en el sector descampado al que se accedía por un camino de tierra a unos 900 mts. de una transitada ruta de la periferia cordobesa. No surge de la sentencia que haya estado enterrado y si bien estaba quemado, nada impedía su identificación atento al amplio abanico de posibilidades que al respecto ofrece la ciencia. De acuerdo a esto es posible que el cadáver hubiese sido

encontrado en el futuro, aun si no le hubiesen extraído los datos al imputado. Para el caso de que las características del lugar efectivamente hayan permitido prever razonablemente que los restos algún día serían hallados, podría haber sido de recibo la mentada excepción del descubrimiento inevitable. Lo planteo en términos hipotéticos porque me guio por la información de la sentencia y desconozco la fisonomía del lugar exacto. De todas formas, de haber resultado improbable la localización, subsiste la anterior excepción –fuente independiente-, y ambas pueden funcionar individual o conjuntamente.

Si bien las excepciones en cuestión han sido sostenidas en muchas causas e instancias, provinciales y federales, este caso guarda estrechas similitudes con otro resuelto hace varias décadas en Estados Unidos. En la víspera de la Navidad de 1968 Roberto Williams, un paciente con problemas mentales que se había escapado de un instituto psiquiátrico, secuestró, vejó y asesinó a una niña de 10 años en un poblado de Iowa. Mientras se investigaba su desaparición, un policía entabló una conversación con el sospechoso, sorteando el consejo de la defensa, en cuyo marco le propusieron que no dijera nada sobre el hecho y que sólo los guiara hasta donde había escondido el cuerpo, ya que se avecinaba una nevada que demoraría las tareas de búsqueda y era necesario que la familia pudiera darle sepultura, propuesta a la que accedió. La causa siguió un largo derrotero; en primera instancia fue condenado, posteriormente en 1977 la Corte Suprema de aquel país revocó la decisión considerando que se había violado la asistencia de la defensa técnica. Se hizo un nuevo juicio donde fue nuevamente condenado mediante sentencia confirmada por la Corte Suprema en 1984. Seguramente los jueces supremos norteamericanos se hayan enfrentado con el mismo dilema que los cordobeses en este caso. También optaron por no dejar impune el caso, aunque lo hicieron con otra fundamentación. Reconociendo la ilegalidad de las manifestaciones de Williams, fijaron una excepción denominada el “descubrimiento inevitable”, al considerar que aun cuando no hubiesen obtenido la información del imputado acerca del lugar donde estaba el cuerpo de la víctima, ésta igualmente hubiese sido encontrada de acuerdo al rastreo que se hacía en la zona.

## **V.El principio de proporcionalidad**



A veces se critica este principio diciendo que nunca el fin puede justificar los medios. Esta suele ser de esas frases que se repiten mecánicamente, sin reparar que eso es falso, puesto que muchas veces en la vida el fin justifica los medios, a punto tal que hasta el derecho lo reconoce, como sucede cuando se autoriza a causar un mal en defensa propia, o de un tercero, o por necesidad. Así, admitimos que se mutile el cuerpo para curar; cortar el tránsito para arreglar una calle; encerrar a quien ha cometido un delito; anestesiar para sacar una muela; sacrificar animales para comer, talar un árbol que se puede derrumbar, etc. Y a nadie se le ocurre proclamar que, en sí mismo, está bien o es lindo mutilar, encerrar, clavar agujas, sacar árboles. En definitiva, todo depende del grado de racionalidad, necesidad y proporción que tengan los medios con los fines legítimos.

En materia de exclusiones probatorias este principio supedita la aplicación de la exclusión probatoria a la relación de importancia y gravedad entre el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia. Básicamente, no se aceptan las prohibiciones probatorias cuando el hecho objeto del proceso sea grave, la infracción constitucional probatoria leve y una eventual exclusión conduzca a la impunidad. Tal lo que ocurrió aquí.

En la jurisprudencia alemana, el principio de proporcionalidad se limita "a situaciones excepcionales e inusuales, siempre que, la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes..."; "...importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que, la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones..."<sup>4</sup>. Adhiere a este principio el Tribunal Federal de Casación Penal suizo, que en el caso "Schenk"<sup>5</sup>, siguió la opinión de Walder, en el sentido de que "...se debe examinar caso a caso si la violación legal es tan grave que no permite utilizar la prueba obtenida ilegalmente, para cuya determinación hay que ponderar los intereses y los derechos en

---

<sup>4</sup> Cfr. Minvielle, Bernardette, "La prueba ilícita en el derecho procesal penal", Lerner, Córdoba, 1987, ps. 106 y 107.

<sup>5</sup> Confirmado por el TEDH -12/7/1988- que en fallo dividido y sin entrar a considerar la admisión de la prueba cuestionada –empleo de grabación particular de conversaciones sobre el planeamiento de un asesinato por encargo-, entendió que la condena se había dictado tras un proceso globalmente justo.

juego...". Un aspecto importante de este caso es que fija una pauta para establecer objetivamente cuando una infracción constitucional puede ser tolerada, tomando en cuenta si la medida probatoria viciada es de las que puede ser dispuesta con orden judicial, como ocurre con los registros domiciliarios, a diferencia de una confesión forzada. Es decir, se está refiriendo a aquellos derechos y garantías constitucionales que no son absolutos porque admiten su restricción o limitación mediando ciertos requisitos (p. ej., el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio), sobre los cuales el proceso penal ofrece una protección de segundo grado o nivel. No ocurre lo mismo con otros derechos absolutos, como el de no ser torturado.

En esta línea, un ejemplo de aplicación del principio es el tratado por la jurisprudencia española, al considerar desproporcionado declarar la nulidad de un registro en el que se secuestró un cargamento de hachís, por haberse practicado en las primeras horas de la noche en el marco de una orden sin la correspondiente habilitación<sup>6</sup>; o el fallo de la casación federal que convalidó la prueba resultante del ingreso sin orden judicial de policías a un campo privado cortando alambres porque sospechaban que podía aterrizar una avioneta con un cargamento de droga, secuestrando más de 400 kilogramos de estupefaciente, argumentándose que debían ponderarse los intereses en juego: la reducida injerencia en la expectativa de privacidad y el daño del narcotráfico<sup>7</sup>.

En el caso que se anota se dieron todos los ingredientes que permiten la aplicación del principio. Había colisión de principios e intereses, la ilegalidad era leve (adviértase que en nuestro mismo sistema jurídico otras jurisdicciones no proscriben el interrogatorio sin defensa), el caso era más que grave y si se excluía la prueba había que “liberar al monstruo”<sup>8</sup>. Se sumaba que fue muy excepcional (fuera de lo común) y estaba de por medio la integridad de una menor, con lo cual existe en nuestro sistema constitucional

---

<sup>6</sup> TSE., S. 867, 17/4/1993, cit. por Luzón Cuesta, José M., La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro, Colex, Madrid, 2000, p. 81.

<sup>7</sup> CNCP., Sala III, 2/8/2011, causa 13.132, “Mansilla”. La sala IV implícitamente parece dispuesta a admitir, el principio de proporcionalidad, toda vez que cuando invalidó el resultado de un allanamiento durante el cual los moradores fueron obligados a permanecer reducidos y encapuchados durante el procedimiento, advirtió que “la exclusión de la prueba colectada en el procedimiento ilegal no puede evitarse por aplicación del “principio de proporcionalidad”, si se advierte fácilmente la desproporción entre la magnitud de la vulneración a los derechos del imputado y su mujer, frente a la ínfima cantidad de sustancia secuestrada” (136 grs. de marihuana) (CNCP., Sala IV, 11/9/2012, “V., N.F.”). A *contrario sensu*, podría interpretarse que otra hubiese sido la solución si la droga hallada fuese significativa.

<sup>8</sup> Aclaro que no lo digo en sentido de negarle la condición humana y sujeto de derechos, sino en la acepción de la Real Academia de “persona muy cruel y perversa”.

una cláusula de solución que obliga a dar prioridad al interés del niño, de acuerdo a la Convención respectiva (CDN., 3.1).

Finalmente, y dentro de lo que es el análisis proporcionado de medios y fines, en ciertos casos que guardan similitudes con el que se comenta en esta nota, puede llegar a convalidarse la práctica probatoria que viola alguna regla, cuando haya sucedido en el marco de algunas de las situaciones de males causados con permiso del ordenamiento jurídico, quitándole la antijuridicidad a la conducta (CP., 34 del CP). Por ejemplo, si los policías en su desesperación por encontrar y salvar la vida de la niña desaparecida coaccionaron al interrogado para que les dijera dónde estaba, es posible su justificación como una acción de las señaladas, con lo cual perdería la nota de ilegalidad y se tornaría abstracto discutir la aplicación de las exclusiones probatorias.

Yendo más lejos, y a título ilustrativo, téngase en cuenta que existe una fuerte discusión sobre la legitimidad de la tortura cuando se la usa para salvar vidas (p. ej., al terrorista a fin de que indique donde colocó la bomba que matará personas), habiendo quienes consideran absoluta la prohibición<sup>9</sup> y otros que la relativizan<sup>10</sup>.

El riesgo de las convalidaciones, principio de proporcionalidad o causas de justificación mediante, es que si se abusa utilizándolas con frecuencia, puede conspirar contra la finalidad preventiva o disuasoria de la regla de exclusión, formando un caldo de cultivo propicio para la inconducta policial en la adquisición de pruebas; de allí la importancia de su carácter excepcional. Por eso es previsible que muchos tribunales sean reacios a este tipo de justificaciones y prefieran hacerle chapa y pintura –masilla incluida- a la investigación, en un playón de maniobras amplio en la valoración de los hechos y la interpretación del derecho, antes que abrir “la caja de pandora”.

---

<sup>9</sup> Reinaldi, Víctor F., *El derecho absoluto a no ser torturado*, Lerner, 2007.

<sup>10</sup> Jakobs, Günther y Polaíno Navarrete, Miguel, en prólogo y epílogo respectivamente a la obra de Reinaldi, ps. 17, 219 y 224. Polaíno trae un terrible caso de secuestro de un niño de 11 años en Alemania, finalmente hallado asfixiado, en el cual la jurisprudencia no convalidó las amenazas de torturas al detenido dirigidas a rescatar al menor (ps. 220/222). Los casos apuntados no son análogos a la tortura de sospechosos de graves delitos ya cometidos a fin de que confiesen. En este sentido, se calificó de sofista el argumento del “columnista y ex funcionario de gobiernos de facto Mariano Grondona, (que) justificó la tortura durante el gobierno militar con el falaz teorema de la bomba a punto de explotar”, por cuanto “en los campos de concentración de la dictadura no se interrogó a nadie sobre atentados inminentes” (Verbitsky, Horacio, “Atentos y vigilantes”, Página 12, 6/4/2012).

La cuestión no es sencilla. Después de todo, hay veces que los magistrados no pueden escapar al dilema que refleja el diálogo de una madre ateniense con su hijo intentando persuadirlo de no participar en la función pública:

- "Si dices lo que es justo, hombres te odiarán; si dices lo que es injusto, los dioses te odiarán. Pero debes decir lo justo o lo injusto; en ambos casos serás odiado".

- "Si digo lo que es justo, los dioses me amarán; y si digo lo que es injusto, hombres me amarán. Como debo decir una cosa u otra, en ambos casos seré amado"<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Reproducido en Copi, Irving, Introducción a la lógica, Eudeba, 1999, p. 272.