

nación al punto de tachar esa actividad de violatoria a una garantía constitucional. Incluso ha aceptado que la imparcialidad en esa etapa del proceso no debe ser medida con la misma vara que la del tribunal del juicio.

Aun en el debate, la normativa nacional y la de los tribunales internacionales admite cierta iniciativa en materia probatoria de parte del organismo encargado de juzgar.

Partiendo del presupuesto general del principio acusatorio, esto es, aun cuando estén separadas las funciones de juzgar y acusar, existen zonas de penumbra respecto de la cuales es difícil predicar una violación al modelo acusatorio comprometiendo la imparcialidad del juzgador. Para sortear las dificultades que ello trae aparejado se presentan distintas alternativas que pueden ir desde prohibir toda posibilidad de intervención activa de los jueces a opciones menos drásticas que toleren determinadas intervenciones que no configuren una posición contraria al acusado. La del juez pasivo, que podría ser tenida como la más pura, no representa el rumbo tomado en derecho comparado ni tampoco ha sido considerada un prerrequisito de la garantía de imparcialidad por parte de los tribunales internacionales de derechos humanos. La segunda acepta que en determinadas circunstancias la actuación del magistrado o tribunal importe un resguardo de la administración de justicia sin que ello afecte los derechos de las partes en el juicio.

4. LA NO OBLIGACIÓN DE DECLARAR CONTRA UNO MISMO

LA NO OBLIGACIÓN DE DECLARAR CONTRA UNO MISMO - NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

Por José Milton Peralta

CN Art. 18.-

"Ningún habitante de la Nación puede [...] ser obligado a declarar contra sí mismo."

CADH art. 8.2.g:

"Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a... no ser obligad[a] a declarar contra sí mism[a] ni a declararse culpable."

PIDCP, art. 14, nro. 3, g:

"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a... no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable."

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, consideran al derecho a no declarar contra uno mismo, también llamado *nemo tenetur se ipsum accusare*, una garantía constitucional esencial⁽¹⁾. En las aulas universitarias se analizan con detenimiento los casos centrales y los difíciles, y los abogados que la invocan en juicios concretos aducen con ello defender no sólo a sus clientes, sino también el Estado de Derecho. Si "el proceso penal de una Nación es el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su Constitución"⁽²⁾, el derecho a no autoincriminarse es el mejor índice de una buena temperatura.

(1) Voces en sentido contrario puede hallarse citadas en DRESSLER, Joshua - THOMAS III, George C., *Criminal Procedure, Investigating Crime*, 3ª ed., Thomson/West, 2003, p. 556.

(2) GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, ps. 109 y ss. [Citado por intermedio de MAIER, Julio, *Derecho procesal penal, (Fundamentos)*, t. I., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 91].

El fundamento para la centralidad de este derecho puede hallarse en el art. 18 de la CN y en los tratados internacionales de Derechos Humanos que también lo reconocen. Estas normas tienen una jerarquía suprallegal que lo torna directa e ineludiblemente aplicable en la elaboración e interpretación de los ordenamientos positivos más concretos⁽³⁾. Pero existe otro fundamento, más profundo, que también debería explicar su importancia: aquel que justifica su reconocimiento con jerarquía suprallegal. Dicho de otro modo, hay una razón para que este derecho tenga ese lugar privilegiado que no surge, ni puede surgir, del propio otorgamiento de ese lugar. Saber cuál es ese fundamento es primordial para entenderlo y precisar su alcance⁽⁴⁾.

Entonces, ¿por qué existe este derecho? ¿Se persigue impedir acciones violentas por parte de la autoridad sobre los individuos? ¿Se procuran evitar falsas incriminaciones y, con ello, condenas injustas? ¿Es un mero derivado del sistema acusatorio, que impone el deber de probar los delitos en manos del Estado? ¿Se trata de asegurar el correcto ejercicio del derecho de defensa? ¿Se trata, quizás, de un poco de todo esto?

Bastan, provisoriamente, dos ejemplos para mostrar cómo la respuesta que se les dé a estas preguntas también repercute sobre el alcance que puede tener este derecho.

- a) Si con el derecho a no autoincriminarse se procura evitar falsas confesiones (porque, ya se sabe, la resistencia a la tortura es independiente de la maldad del torturado), entonces no debería haber problemas en usar métodos que no impliquen este riesgo, como sucede o, cuanto menos, como algún día podría llegar a suceder, con la hipnosis o el suero de la verdad. Estos son métodos que conllevan el riesgo de la autoincriminación, pero donde no existe riesgo de falsedad alguno.
- b) Si con la medida se quiere desalentar la violencia contra de las personas, este derecho debería concederse con independencia de si el potencial destinatario es el imputado o no y, además, no debería excluir métodos que no se consideran violentos cuando se

(3) Para un desarrollo metodológico de las formas de interacción entre CN y leyes inferiores, BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999. ps. 11 y ss.

(4) La Corte Sup. de los Estados Unidos dijo que la razón para prohibir la obligación a autoincriminarse reside en que no es admisible que el estado viole la ley al hacer cumplir la ley ("Spano v. New York", 320-321). Una respuesta de este tipo es exactamente lo que resulta insuficiente. La pregunta sobre por qué existe una regulación que impide obligar a alguien a autoincriminarse no puede ser que esto es así porque existe una regulación que así lo determina (porque está prohibido, porque es ilegal).

utilizan en otros casos, como ocurre con la exigencia de declarar bajo juramento.

Para elucidar estos y otros problemas, voy a valerme, en primer lugar, de las interpretaciones que, con el tiempo, ha hecho la Corte de este derecho al someterlo a su aplicación concreta. Esto permitirá desentrañar el o los fundamentos que ésta considera subyacentes. Este material será complementado, en la medida de lo necesario, por jurisprudencia y doctrina, nacional y foránea, lo que permitirá dar un acabado tratamiento a las cuestiones planteadas.

II. CASOS CENTRALES

El caso prototípico de violación del *nemo tenetur* está constituido por aquellas declaraciones autoincriminantes del imputado obtenidas bajo tormentos. Éste es un caso central por dos razones. Primero, porque se trata de una declaración, entendiéndose por tal, una manifestación con contenido comunicativo, normalmente consistente en expresiones verbales⁽⁵⁾. En segundo lugar, porque se ha obtenido de un modo paradigmáticamente violatorio de derechos: la imposición de tormentos.

En "Montenegro" (1981)⁽⁶⁾, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un caso con estas características. El imputado había sido condenado con apoyo en información brindada por él mismo bajo tortura. El tribunal del juicio dijo que la información debía ser valorada, más allá del método utilizado para su obtención, y para ello dio dos razones. En primer lugar, adujo que ésta había permitido "esclarecer el hecho", al conducir a prueba relevante que finalmente sirvió para la condena. Luego dijo que, en realidad, no se trató de una verdadera confesión, sino sólo de un "indicio grave" que luego resultó corroborado por otra prueba. En otras palabras, para el tribunal del juicio, la tortura no fue obstáculo para valorar la declaración, porque esta última sólo cumplió un rol secundario que permitió acceder a otra prueba que, al final, confirmó el indicio de culpabilidad del acusado emanado de su propia declaración.

Al respecto, con acierto, tanto el Procurador General de la Nación como la propia Corte consideraron erróneo el fallo. Ambos dijeron que el *nemo tenetur* pretende resolver la tensión presente entre el "interés [de la sociedad] en una rápida y eficiente ejecución de la ley" y el "interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales

(5) Para una mayor precisión sobre este concepto, ver *infra* punto IV, b).

(6) Fallos 303:1938.

resulten menoscabados". Y agregaron que ya desde 1813 la cuestión había sido resuelta en un único sentido: proteger los derechos individuales mediante la exclusión de la posibilidad de obligar a alguien a declarar contra sí mismo. Resultaba, entonces, un argumento deficiente para la admisión de la prueba afirmar que aun así obtenida había sido útil. La tensión referida se manifiesta, *justamente*, en los casos en que la prueba resulta provechosa⁽⁷⁾.

Finalmente, la Corte se expide también sobre las razones para excluir no ya la tortura como método para obtener prueba, sino la prueba misma así obtenida. De hecho, el fallo tiene cierto renombre debido a este aspecto. En primer término, aduce el argumento utilitarista según el cual la prohibición de esa prueba es una razón instrumental para desestimular el método de obtención. La Corte dice al respecto que para el *nemo tenetur* tenga vigencia "no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios", sino que se le debe quitar todo valor a la declaración y a sus consecuencias. Y luego alega un argumento que puede ser entendido como deontológico al decir que no puede otorgársele "valor al resultado del delito" y "apoyar sobre él una sentencia judicial", so pena de comprometer "la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito".

De lo dicho puede concluirse, también, que la Corte no le concede relevancia alguna a la afirmación del tribunal del juicio según la cual la declaración no fue utilizada como prueba, sino sólo como un "indicio grave". Como se sabe, desde el punto de vista lógico, toda prueba es un indicio. La diferencia radica sólo en si se trata de un indicio fuerte o débil⁽⁸⁾. Lo que parece que el tribunal tuvo en mente es que la declaración del imputado fue considerada un mero indicio débil, que no excluyó la necesidad de otra prueba. Esta observación tiene sentido, porque normalmente la confesión, especialmente en el procedimiento inquisitivo medieval, era considerada la "reina de las pruebas", que no precisaba de corroboración o complemento alguno⁽⁹⁾. El tribunal del juicio señala que se ha encargado de confirmar si los dichos del imputado eran ciertos. Para la Corte esto es irrelevante.

(7) Ciertamente, también está prohibido torturar a alguien para que brinde información cuando esta va a ser irrelevante (ya sea por redundante o porque se sabe falsa). Pero aquí se puede hacer valer una razón mucho más trivial: no es necesario utilizar ese modo de obtener prueba porque la prueba a obtener no aportará nada valioso al proceso.

(8) Cfr. Irving, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, ps. 167 y ss. y 397 y ss.

(9) Históricamente, la confesión ha servido justamente para eliminar la necesidad de otra prueba. Cfr. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal...*, t. I, ps. 298 y ss., 305 y 675.

En la medida en que se obligue al imputado a dar prueba de cargo, aunque ésta sea de mínima relevancia, se viola el *nemo tenetur*⁽¹⁰⁾.

En sentido similar a "Montenegro" se expide la Corte en las causas "Ruiz" (1987)⁽¹¹⁾ y "Francomano" (1987)⁽¹²⁾. En ambas se pronuncia, también, en contra de la validez de prueba obtenida a través de apremios ilegales, especificando que debe ser excluida "aun cuando hubiera[n] prestado utilidad para la investigación". También brinda fundamentos en ellas para la teoría del fruto del árbol envenenado con expresa referencia a "Montenegro".

En todos estos fallos, sin embargo, la Corte consideró innecesario explicitar la razón por la que nuestra Constitución recepta el derecho a no autoincriminarse⁽¹³⁾. Ha hablado sobre su fuerza, al explicar que está prohibido obligar al acusado a confesar aunque la prueba pueda ser útil; y ha hablado, implícitamente, sobre su alcance, dejando en claro que el principio se aplica siempre que lo que el imputado diga pueda perjudicarlo, sin que importe si es una prueba decisiva o una más de entre varias. Sin embargo, no ha dicho nada de por qué existe ese derecho. Esto se debe, quizás, a que en estos casos es obvio lo que está mal: usar la tortura como método de investigación es a todas luces horrendo. Y se puede pensar que, justamente, éste es el sentido del *nemo tenetur*: "eludir el uso oficial de la tortura para obtener declaraciones incriminantes"⁽¹⁴⁾.

Para esto puede haber dos razones. Por un lado, puede deberse a que el uso de la tortura tiene la potencialidad de desencadenar declaraciones falsas y así condenas injustas. Para evitar el dolor se puede confesar cualquier cosa. Una condena injustificada está mal en sí

(10) En el mismo sentido, MAIER, Julio, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 669.

(11) Fallos 310:1847.

(12) Fallos 310:2384.

(13) CÓRDOBA, Gabriela, "Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿Principio de pasividad?", en BAIGÚN, David (comp.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje a Julio Maier*, Del Puerto, Buenos Aires, p. 280, considera que la razón del derecho es proteger al imputado de "tener que pronunciarse sobre la imputación que pesa sobre él: el imputado no puede ser obligado a declarar o a dar testimonio contra sí mismo, se depende de su voluntad, él es libre de declarar". Pero esto más que una razón para la existencia del derecho, es una definición de lo que significa el *nemo tenetur*. Por su parte, ROXIN - CLAUS/SCHÜNEMANN - BERND, *Strafverfahrensrecht*, 26ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2009, § 25 nro. 1, informan que, según la jurisprudencia alemana, el derecho en cuestión se basa en la "dignidad humana, el derecho de la personalidad y en el Estado de derecho". Con expresiones tan indeterminadas, cualquier cosa puede ser cierta.

(14) CHIESA, Luis, *Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases*, 30 Boston College Third World Law Journal 35, 2009, p. 3; en el mismo sentido VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, "La callada agonía del derecho a guardar silencio", en ALBERTO DONNA, Edgardo (dir.), *La prueba en el proceso penal- I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 214, sólo que ella la considera una de las posibles razones para su existencia.

misma, por la inmoralidad del castigo a inocentes, y está mal porque, en principio, ni siquiera sirve para satisfacer los fines del derecho penal⁽¹⁵⁾. Esto va de la mano con la letra de las normas que regulan el *nemo tenetur*. La CN, la CADH y la DIDCP (y la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos) hablan de obligar a alguien a declarar *contra* sí mismo y no sólo de obligarlo a declarar sin más. Esto excluye, por principio, la posibilidad de que el acusado pueda hacerlo a su favor. Esto implica una prescindencia de la verdad para buscar la mera inculpación de quien está sindicado como autor de un delito. Por otro lado, utilizar torturas para que alguien confiese es incorrecto porque, aun cuando las declaraciones fueran, por hipótesis, siempre verdaderas, está mal torturar⁽¹⁶⁾.

Esta justificación del *nemo tenetur* se enfrenta con dos problemas. En primer lugar, es sobreincluyente. Las razones que censuran el uso de la tortura pueden utilizarse también para casos en los que la declaración no es autoincriminante. Y no me refiero sólo a hipotéticos supuestos donde se obligue a alguien a *desincriminarse*. Parece que tiene sentido excluir este tipo de tratos también cuando los declarantes no son los sospechados por algún delito y, por ende, la declaración no busca incriminarlos a ellos. El estado debe desalentar la utilización de ese modo de obtener prueba en *cualquier* caso.

Se podría contraargumentar que esta crítica parte de una visión excesivamente conceptualista de la justificación del *nemo tenetur*. Si bien es cierto que torturar para obtener prueba es siempre incorrecto, la realidad muestra que la tortura, o métodos violentos análogos, se utilizan, por regla general, frente al imputado, a quien la policía suele presumir culpable y merecedor de un trato indigno. Además, se asume que él es quien puede aportar con mayor seguridad prueba fidedigna sobre lo que se investiga (justamente porque se lo considera culpable). Todo esto no se presenta así en el caso de testigos o peritos, y por ello éstos suelen ser tratados por la policía, o las autoridades en general, de una manera distinta.

La razón para construir la norma basada en la autoincriminación, en lugar de una que simplemente excluya métodos violentos de obtención de prueba en general, residiría en la plasticidad que tiene

(15) Esto es ciertamente verdadero, si el fin de la pena es la retribución. Es más dudoso cuando los fines son consecuencialistas. Pero en todo caso, hay numerosos autores que sostienen que una condena injusta no es útil, cfr. por todos KINDHÄUSER, Urs, *Rechtstreue als Schuldkategorie*, ZStW (107), 1995, p. 507.

(16) Existe un acuerdo unánime en que está mal torturar con fines procesales. Sobre la discusión de si es concebible con fines penales, cfr. LLOBET ANGLI, Mariona, *¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?*, Indret Penal, Barcelona, 3/2010, *passim*, también DRESSLER, Joshua - THOMAS III, George C., *Criminal Procedure...*, cit., ps. 510 y ss.

el *nemo tenetur* para explicar, ante cualquier pretensión en contrario, que *ni siquiera para obtener prueba por parte del sospechoso se pueden utilizar métodos con estas características*. Esto, además de la base empírica mencionada, tiene también apoyo histórico, pues bajo el sistema inquisitivo, dominante en la edad media, era principalmente al imputado a quien se podía torturar sin reparos⁽¹⁷⁾.

Ésta es una explicación de la prohibición de obligar a declarar bastante plausible, pues no se basaría en cierta indiferencia frente a tratos violentos de sujetos procesales distintos del imputado, como testigos o peritos, sino que los presupondría como obviamente incorrectos. Pero esta explicación todavía debe superar un segundo inconveniente. Ella no alcanza a explicar el *nemo tenetur* con toda su amplitud. Éste excluye bastante más que tratos violentos como método de obtención de una declaración. En efecto, según jurisprudencia, doctrina y legislación infraconstitucional reglamentaria⁽¹⁸⁾, el *nemo tenetur*, además de la prueba obtenida a través de tratos "abusivos"⁽¹⁹⁾, excluye aquella adquirida bajo amenaza de sanción legal y hasta aquella prestada luego de la mera solicitud de juramento⁽²⁰⁾.

En el caso "El Atlántico" (1971)⁽²¹⁾, el Procurador General de la Nación, citando a Estrada, dijo que la razón para excluir estas últimas medidas ante una declaración es similar a la razón para excluir la tortura. En sus palabras, "como la coacción moral puede ser tan eficaz como el dolor físico para arrancar una confesión condenatoria, el juramento de los acusados y cualquier otro recurso análogo son por necesaria consecuencia abolidos a la vez que la tortura".

Pero esta afirmación es poco plausible. Es difícil conceder, al menos hoy, que sea lo mismo exigir juramento de decir verdad u obligar a declarar bajo pena de prisión que someter a alguien a tormentos. Muestra de esto es que, a pesar de lo dicho por el Procurador, el juramento no ha sido abolido con la generalidad de la tortura. Se admite para testigos en cada proceso y para una gran cantidad de acciones

(17) MAIER, Julio, *Derecho procesal penal...*, t. I. cit., ps. 292, 308 y 675.

(18) Cfr. p. ej., CPPN, "Art. 296. Libertad de declarar: El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad..."; CPP Cba: "Art. 259. Libertad de Declarar. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad".

(19) CHIESA, Luis, *Beyond Torture...*, cit., p. 30.

(20) Se podría discutir si la mera exhortación a declarar, sin que de la negativa se sigan consecuencias perjudiciales para el imputado y en la medida en que éste sea consciente de ello, sería violatoria del *nemo tenetur*. Cfr. al respecto *infra* los comentarios al fallo de la Corte Agüero Corvalan.

(21) Fallos 281/177.

cotidianas⁽²²⁾. Esto lleva a pensar que para explicar la amplitud del *nemo tenetur* se necesita una explicación alternativa a la de la necesidad de excluir métodos violentos como forma de obtener evidencia.

Algunos creen encontrar esta explicación en la estructura del sistema acusatorio⁽²³⁾. Este sistema, predominante hoy en los ordenamientos jurídicos occidentales, se caracteriza, entre otras cosas, por presumir la inocencia de quien es sometido a proceso. La responsabilidad de la prueba de los hechos debe estar en cabeza del acusador. Sólo la verificación acabada de aquello que fundamenta la sospecha inicial puede destruir aquella presunción y, así, posibilitar una condena. Obligar al imputado a declarar pone en sus manos el deber de probar su inocencia y, así, contradice esta estructura.

Peró este argumento tampoco satisface. Supone una visión demasiado amplia y a la vez demasiado restringida de lo que significa tener el deber de probar algo. Muy amplia, porque sugiere que el acusador debe probar la culpabilidad del acusado sin recurrir al auxilio de terceros, como si tuviera que aportar *por sí mismo* los elementos de prueba. Esto es a todas luces inconcebible. El acusador requiere siempre de la colaboración de aquellos que saben o pueden llegar a saber algo de lo ocurrido. Los testigos cumplen usualmente este rol. Ellos tienen el deber cívico, incluso respaldado bajo pena, de aportar información al proceso. Bajo esta idea de colaboración, el imputado podría brindar también información sobre lo ocurrido sin que esto modifique en nada el deber del acusador de acreditar la acusación. Esto ocurre hoy si el imputado brinda información voluntariamente. Que su aporte sea prestado como respuesta a una amenaza de pena no modifica en nada el contenido de aquella obligación.

Parte una visión muy restringida de este deber, porque asume que con la mera declaración del imputado ya queda acreditada su culpabilidad o falta de culpabilidad. Sólo así se puede entender que se afirme que con la obligación de declarar se pone sobre sus hombros el deber de probar su inocencia. Este fundamento sólo puede tener sentido si uno ata la obligación de declarar a la idea de que la confesión es la reina de las pruebas. Sólo así puede afirmarse que si se obliga a alguien a declarar se pone sobre sus hombros el deber de acreditar su ajeni-

(22) Ni tampoco ha sido abolido en todos lados al mismo tiempo. Schroeder, cuenta que, en Alemania, donde la regulación procesal es siempre federal, luego de abolida la tortura, hasta principios del siglo XIX aún existía la "pena de desobediencia" para la negación de declarar que incluía hasta castigos corporales. Luego, a mitad del siglo XIX se suprimió la pena por negación a declarar, pero existe aún la posibilidad de exhortar a decir la verdad. Recién la ordenanza procesal de 1879 elimina este último resquicio contra el *nemo tenetur*, Cfr... 44/372.

(23) Así, VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *La callada agonía...*, cit., p. 213.

dad al hecho. Pero si la prueba debe responder al estándar de la sana crítica racional, eso es falso. Incluso cuando se obligue al imputado a declarar, al Estado aún le corresponderá recabar otras evidencias para poder acreditar racionalmente su responsabilidad⁽²⁴⁾. Obligarlo a declarar no implica, entonces, obligarlo a probar su inocencia.

Se puede decir que aunque obligarlo a declarar no implique invertir la responsabilidad de probar los hechos, exigirle al imputado que colabore en un proceso llevado en su contra es inmoral. El punto del *nemo tenetur* es, entonces, evitar justamente esto y no tiene que ver con aquello. Creo que a quien diga esto le asistirá razón. Y es, como veremos, también lo que piensa la Corte.

En "Mendoza" (1863)⁽²⁵⁾, primer fallo en el que la Corte se pronuncia sobre el *nemo tenetur*, un imputado por falsificación de un manifiesto de aduana había sido citado a absolver posiciones. El defensor impugnó esa medida diciendo que iba en contra del derecho a no autoincriminarse. Al resolver, el magistrado de la causa sostuvo que la prueba era admisible pues la prohibición de obligar a declarar sólo quería prohibir "las medidas coercitivas que las leyes españolas establecieron contra quien se negaba a declarar; pero [que] en manera alguna ha prohibido que el Juez haga preguntas al procesado para el mejor esclarecimiento de los hechos". Se puede apreciar aquí que el Fiscal percibe que si el punto del *nemo tenetur* es excluir la violencia, procedimientos como la absolución de posiciones no pueden ser censurados. El defensor impugna, y aquí aparece una justificación diferente que da cuenta de la amplitud que se le suele otorgar a este derecho. Dice el defensor que la fundamentación de la regla de la constitución "es eminentemente filosófica y moral, y evita la inhumana alternativa de poner a un hombre en el caso de violar la religión del juramento o declarar contra sí mismo" (la cursiva es mía). A su turno, la Corte, escuetamente, resuelve que la absolución de posiciones va en contra del derecho a no ser obligado a autoincriminarse, porque "haría la respuesta obligatoria; pues esto es lo que significa en derecho la palabra *posición*". La respuesta de la Corte es en cierta medida formal: como la CN sólo afirma que no se puede obligar a alguien a declarar en su contra, sin precisar modalidad alguna, la mera absolución de posiciones queda incluida, pues es una forma de hacerlo. La respuesta que había dado el defensor era más sustantiva, pues para determinar el alcance del *nemo tenetur* indagaba sobre su fundamento.

(24) En este sentido, el TSJ de Córdoba, sala Penal, "Santalises", S 20, 12/4/2002: "la declaración del imputado constituye una fuente eventual de prueba, postura ésta que de ninguna manera releva al tribunal de juicio de confrontarla con el plexo probatorio".

(25) Fallos 1:350.

La Corte se pronuncia en sentido expreso sobre la pregunta de fondo noventa años después en la causa "Rodríguez Pamías" (1953)⁽²⁶⁾. El juez de la causa había exhortado a otro magistrado a que le tomara declaración testimonial con "preguntas de cargo" a un imputado. El juez exhortado se negó a hacerlo, con el argumento de que esto violaba el derecho a no autoincriminarse. Por recurso la Corte debió resolver la discrepancia. Allí, consideró que no se debía dar cumplimiento a la orden, pues "interrogar como testigo, obligado a declarar bajo juramento de decir verdad y so pena de la sanciones que establece el Código Penal para quienes se pronuncien con falsedad..., a la persona que según el interrogatorio aparece como sospechada de ser autor o cómplice de los supuestos hechos delictuosos que se trata[n] de esclarecer, puede importar precisamente *obligarlo o bien a mentir*, faltando así a su juramento e incurriendo en la infracción penal precedentemente señalada, *o bien a declarar contra sí mismo*" (el destacado no es del original)⁽²⁷⁾.

La Corte da cuenta aquí del dilema en que se coloca al imputado que se le exige, bajo juramento, decir la verdad. Pero sólo está ante el dilema de o bien mentir (o de ser sancionado por mentir) o bien autoincriminarse quien previamente ha sido obligado a hablar. Por ello, es más preciso hablar de *trilema*, como de hecho lo hace la doctrina angloamericana⁽²⁸⁾. El trilema consiste en callar y recibir una consecuencia negativa por callar o bien hablar y, en ese caso, tener una consecuencia negativa o por dar falso testimonio o por autoincriminarse. Éste es el argumento que explica con mayor satisfacción el alcance del *nemo tenetur*. Explica no sólo que valga exclusivamente para el imputado, sino también que valga ante cualquier medida con la que se pretenda condicionarlo a declarar.

Ante esto alguien podría decir que tal trilema sólo se le presenta a quien es culpable, que la persona inocente no tendrá inconvenientes en declarar y hasta, si se quiere, estará deseosa de tener esa oportunidad. Y si es culpable, tal trilema no debería preocuparnos, especialmente si siempre se le aseguran al imputado otros derechos, como el de declarar ante un juez, ser informado de la acusación y contar con un abogado defensor. Quien es autor de un delito debe contar con que en algún momento se le exigirán explicaciones. Pero es que esta justificación del *nemo tenetur* está pensada, justamente, para el supuesto en el que el imputado es culpable. Lo que

(26) Fallos 227:63.

(27) En similar sentido en "García D'Auro", LL 1996-B-384, votos de los miembros Belluscio, Petracchi y Boggiano. Otros miembros de la corte omiten referirse al valor del juramento y se centran en otros puntos del caso (cfr. *infra*).

(28) BENTZ, Andrew J. M., "The Original Public Meaning of the Fifth Amendment and Pre-Miranda Silence", 98 Virginia Law Review 897, 2012, p. 900; DRESSLER, Joshua - THOMAS III, George C., *Criminal Procedure...*, cit., p. 546.

tanto la Corte en Mendoza y Rodríguez Pamías como la doctrina que habla del trilema quieren evitar es colocar al culpable frente a la situación descrita. Pues es allí cuando es inmorral obligarlo a declarar⁽²⁹⁾.

Alguien podría agregar que el *nemo tenetur* también tiene en miras resguardar el derecho de defensa⁽³⁰⁾. Quien debe confesarse culpable, luego no podrá negar la acusación. Esto, lejos de negar el punto anterior, lo reafirma. La encrucijada en la se encontrarían los acusados sin el *nemo tenetur* es tal *justamente* porque implica obligarlos a exponerse frente a la autoridad. De todos modos, se podría discutir si el derecho de defensa debe implicar ocultar la verdad, si esto no debiera circunscribirse a evitar condenas injustas⁽³¹⁾. La idea del trilema, en cambio, es en este sentido más fuerte, porque, como dije, claramente está pensando en proteger al culpable.

Puede decirse, entonces, que la razón más ubicua para dar cuenta del *nemo tenetur* es la que sostiene que es moralmente inaceptable colocar al imputado frente a disyuntivas indeseables, aun cuando el método utilizado para ello no sea *en sí* (i.e. más allá de la finalidad por la que se imponga) incorrecto.

Ahora bien, la vulneración del *nemo tenetur* no sólo tiene lugar cuando se coacciona directamente al imputado para que declare, sino también cuando de su silencio se concluye algo en su contra⁽³²⁾. Esto se sigue de lo dicho por la Corte en la causa Mendoza. Sin embargo, en el caso "Bonorino" (1978)⁽³³⁾ (del que solamente se encuentra disponible un extracto) parece que la Corte no consideró violatorio del art. 18 de la CN la sentencia que se "refiere" a la negativa del procesado a prestar declaración indagatoria, si es que "a los efectos de descalificar las exculpaciones del acusado, el tribunal computó toda suerte de probanzas directas, indirectas y circunstanciales" en su contra. Si bien el extracto es demasiado escueto como para saber qué tiene en mente la Corte con la expresión "refiere", todo indica que consideró que la negativa era un buen indicio de culpabilidad, pues sostuvo que se "computó", además, con "toda suerte de probanzas"⁽³⁴⁾.

(29) SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público - art. 268, 2, C.P., Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2000, ps. 44 y ss.

(30) En este sentido, CAFFERATA NORES, José I - TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado*, t. I., Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 619.

(31) Sobre esto *infra* punto III.

(32) ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, ps. 88 y ss.

(33) Fallos 300:610.

(34) En la interpretación de Carrió de este extracto. Según él, la Corte hace referencia a la "alusión... desfavorable al procesado, a la negativa de éste a prestar declaración....",

Pero esto es desacertado. Para evitar especulaciones, debe entenderse que cualquier clase de conclusión inculpativa que se saque a partir del silencio del imputado viola el *nemo tenetur*. No sólo a través de una presunción *iure et de iure* o *iuris tantum*, sino incluso cuando se lo considere un mero indicio débil. Pues en todos los casos se termina colocando al imputado frente al trilema mencionado⁽³⁵⁾.

III. SOBRE EL DERECHO A MENTIR

Para que nadie que resulte sospechado o acusado de un delito se vea expuesto al potencial trilema implicado por la obligación de declarar es *necesario* que exista el derecho de guardar silencio. La pregunta que aquí quiero plantear es si, además, otorgar ese derecho es *suficiente* para lograr aquel objetivo. En principio, parece que si el imputado puede callar ya ha sido liberado de cualquier conflicto moral o prudencial de carácter práctico.

Sin embargo, la Corte, y con ella la doctrina argentina en general⁽³⁶⁾, sólo considera garantizado el derecho a no autoincriminarse, si se le brinda al imputado algo más que el simple derecho a permanecer callado. Se exige, conjuntamente, que, en caso de que el imputado decida declarar, pueda decir lo que estime pertinente, sea esto cierto o *no*, sin consecuencia negativa alguna.

La Corte se expide sobre este punto en "Agüero Corvalán" (1989)⁽³⁷⁾. Allí se discutía la validez de una declaración prestada en el seno de la justicia militar luego de una "exhortación a producirse con verdad". Ello estaba autorizado por el propio ordenamiento procesal castrense. El artículo correspondiente decía: "no podrá exigirse juramento o promesa de decir verdad [a los acusados], aunque puede exhortárseles a que se produzcan con ella". Condenados en primera instancia, la Cámara de Apelaciones en lo federal revocó el fallo

Cfr. CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 473.

(35) Cfr. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal...*, t. I., cit. p. 669. Quizás sea innecesario agregar que esta restricción a la valoración del silencio del acusado surge de una premisa *normativa*, es decir, más allá de si la conclusión a extraer puede ser válida desde una perspectiva lógica (especialmente, teniendo en cuenta el resto de los elementos de la causa). Una consecuencia importante de todo esto es también, que la falta de confesión del imputado no sea tenida en cuenta tampoco para la mensuración de la pena. (Causa extraña aquí la falacia de Chiesa, según la cual del hecho de que los tribunales hagan esto se siga que pueden hacerlo, cfr. CHIESA, Luis, *Beyond Torture...*, cit., p. 19).

(36) Por todos, CAFFERATA NORES, José I - TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal...*, cit., t. I., p. 623. En Alemania el punto es discutido. Cfr. ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht...*, cit. § 25, nro. 10.

(37) Fallos 312:2146.

argumentando que dicha exhortación vulneraba el art. 18, CN. El Fiscal interpone recurso extraordinario alegando que la norma no era inconstitucional, porque les garantizaba a los procesados "la oportunidad de negarse a declarar, que es lo que estaba "constitucionalmente protegido". Es decir, el Fiscal apunta a que si bien puede ser que se los esté obligando a ser veraces, esto se hace luego de haberseles concedido la oportunidad de callar y que esto último, y no lo primero, es lo central del *nemo tenetur*⁽³⁸⁾.

La Corte resuelve el caso tal como el Procurador pretendía, pero por razones distintas. Concede que, efectivamente, el ordenamiento castrense permite que el imputado calle, pero agrega que también está prohibido exigir juramento de decir verdad una vez que éste ha elegido hablar. La Corte no niega el derecho a declarar falsamente (tal como alegaba el procurador), sino que consideró que en este caso no había sido denegado. Para ella, la mera exhortación no coloca al acusado frente a un "problema de conciencia" y carece de consecuencias jurídicas y morales relevantes (cuestión sobre la que el procurador no se expide). Del mismo modo resuelve luego el Alto Tribunal en otro fallo de incumbencia militar llamado "Nocete" (1991)⁽³⁹⁾, en donde se remite a Agüero Corvalán.

Para lo que aquí importa, la Corte en estos fallos amplía el *nemo tenetur* al derecho a mentir. La razón para tal extensión ya no puede residir en el deseo de evitar trilema alguno, como puede verse en otros supuestos donde se configura una situación similar y la garantía de poder callar se estima suficiente para solucionar el problema. En efecto, ciertos testigos, si declaran, pueden, eventualmente, comprometer lazos de familia u otras relaciones afectivas o legales similares que tengan con el imputado. Si estuvieran obligados a testificar se enfrentarían a una disyuntiva análoga a la que quiere evitar el *nemo tenetur*: serían sancionados por no declarar, si se rehusaran a hacerlo, y, en caso contrario, o bien serían sancionados por falso testimonio si mienten o bien afectarían negativamente los lazos mencionados si dicen la verdad. Para salir de este trilema, los ordenamientos suelen considerar suficiente que el testigo tenga derecho a guardar silencio. Pero no creen necesario que si decide hacer uso de la palabra tenga que tener, además, la posibilidad jurídica de declarar falsamente. Si

(38) Tanto el defensor, como el Procurador y la propia Corte omiten mencionar que no existía un derecho a callar con la amplitud que le he dado en el punto II de este trabajo. En el caso, el art. 23 del Código de Justicia militar establecía una consecuencia negativa en caso de silencio. El artículo dice que la negativa del imputado a declarar implicará "procesamiento". Dejaremos esto de lado por mor del argumento que aquí se quiere mostrar.

(39) Fallos 314:1399.

alguno de estos testigos decide declarar, lo hace bajo juramento de decir verdad y so de pena por falso testimonio.

Si esto es válido en este tipo de situaciones, ¿por qué no lo es para el imputado? Para esto pueden existir dos razones. Primero, porque a veces *el mero hecho* de no declarar resulta autoincriminante. Esto sucede, especialmente, en situaciones donde no existe una imputación formal (por haber sido citado el sujeto como testigo, por ejemplo) en las que el silencio puede traer como consecuencia que se sospeche del declarante. Si ante la pregunta, “¿cómo sabe usted de las maniobras del imputado?”, el testigo, coautor de éstas, tuviera que responder “voy a ejercer mi derecho constitucional a no declarar”, estaría, al mismo tiempo, sindicándose como culpable⁽⁴⁰⁾. Ese silencio no podría ser un argumento para incriminarlo, pero sí para imputarlo y comenzar una investigación en su contra, con lo que esto implica para él⁽⁴¹⁾. Aquí sí para evitar un trilema debe permitírsele faltar a la verdad. Pero esto explicaría el derecho a no ser veraces sólo en estos casos.

La segunda razón, que se extiende a cualquier ámbito en el que un acusado declare en relación a un supuesto hecho delictivo, tiene que ver con algo no ligado al derecho a verse librado de encrucijadas *en sí*, sino a la situación de conflicto en la que puede encontrarse quien quiera ejercer activamente el derecho de defensa. En concreto, se considera que el derecho de defensa es tan esencial para asegurar un juicio justo, que se debe poder ejercer sin el más mínimo riesgo de cercenamiento. Ceñir la declaración del imputado a la verdad puede afectar las chances de una defensa adecuada. En este contexto puede entenderse la afirmación de Ferrajoli según la cual la declaración tiene por finalidad “permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse” y que *de ello* se sigue la prohibición de la exigencia de juramento de decir verdad y, por supuesto, también, de la tortura psicológica o física⁽⁴²⁾.

(40) En este sentido, La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, C.C.C. Fed. sala I Ballester - Farah, 11/4/2012 “Verón”, Causa 46.163 Reg. 282 J. 5 - S. 9. Cfr. también CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales...*, cit., ps. 475 y ss.

(41) Así la Corte en “García D’Auro”, LL 1996-B-384, donde Bossert sostiene que no es posible censurar las impresiones del funcionario policial que detecta en el tono o en la actitud del testigo sospechas de falsedad en su declaración que lo llevan a concluir que puede que no sea víctima, sino autor de delito.

(42) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 608; VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *La llamada agonía...*, cit., p. 214 y CAFFERATA NORES, José I - TARDITI, Aída, *Código Procesal Penal...*, cit., t. I., ps. 607 ss. En el mismo sentido, la C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª. Ballester - Farah, 11/4/2012 “Verón”, Causa 46.163 Reg. 282 J. 5 - S. 9.

Pero se podría argüir que, como estrategia, el imputado sólo debería ejercer su derecho de defensa en la medida en que realmente tenga algo para decir a su favor y que, en caso contrario, debería callar. Si esto es así, no existe problema alguno en sancionar la mentira. Sin embargo, esto es demasiado simplista. En los hechos, alguien puede tener cosas para decir en su defensa respecto de algunos aspectos de la acusación, pero si realmente tuviera que decir la verdad sobre todo lo ocurrido debería incriminarse en otros aspectos. Así, no se sabría si el saldo de su acción finalmente sería positivo para él⁽⁴³⁾. En otros casos, la distinción entre verdad y mentira puede ser menos clara debido a deficiencias epistémicas o a interpretaciones subjetivas diversas del mismo fenómeno. El miedo de no saber, al describir o interpretar un estado de cosas, si se está diciendo lo que otro consideraría la verdad, también podría conducir a que el derecho de defensa no se ejerza. El objetivo de que el imputado pueda mentir al declarar es, entonces, liberarlo de preocupaciones para que pueda concentrarse en su mejor estrategia ante los tribunales. Se privilegia, de esta manera, el derecho de defensa por sobre el conocimiento de la verdad⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾.

Sin embargo, esto no acaba de explicar el porqué de la permisión incluso de una mentira deliberada tendiente a torcer el rumbo de la investigación. Es decir, de una mentira que no busca ya evitar una condena injusta sino una absolución injusta. ¿O es que acaso este comportamiento por parte del imputado es correcto? Una vez relevado del trilema implicado en una obligación de confesarse culpable, la posibilidad de faltar a la verdad puede ser *buena* en la medida en que tienda a una defensa *pertinente*. Más allá de esto, es difícil pensar que el acto pueda estar bien. En cualquier ámbito normativo, uno puede distinguir entre métodos defensivos legítimos e ilegítimos. Y esto es especialmente válido en los procedimientos judiciales, en los que se establecen reglas al respecto que pueden operar incluso contra del

(43) En este caso se podría decir que debería callar sobre aquellos aspectos que pueden perjudicarlo. Ésta sería una buena alternativa, teniendo en cuenta que ese silencio *no debería ser usado en su contra*. Pero un silencio repentino inevitablemente es “escuchado” y afecta la predisposición de los juzgadores. Peor es la solución del Tribunal Supremo Alemán que abiertamente permite tener en cuenta el silencio parcial como un dato en contra del autor. Cfr. ROXIN, Claus, *Pasado...*, cit., p. 89.

(44) En igual sentido ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht...* cit., S. 25, nro. 10, distinguiendo correctamente el derecho a no declarar del derecho a mentir, dicen que entre el deber sustantivo de decir la verdad y el derecho procesal a defenderse.

(45) El fundamento es, entonces, similar al que justifica la prohibición de la *reformatio in peius*. La razón por la que luego de la imposición de un recurso a favor del imputado éste nunca puede redundar en su perjuicio pretende alentar el ejercicio del derecho a cuestionar resoluciones jurisdiccionales. Cualquier especulación posible de que el resultado de cuestionar la resolución pueda ser adverso tendría como consecuencia desalentar el ejercicio de este derecho.

imputado⁽⁴⁶⁾. Esto vale respecto del plazo para ofrecer prueba o para presentar impugnaciones a medidas judiciales.

Quizás se trate de una mera derivación de la forma en la que se suele reconocer el derecho a declarar que quiere evitar los inconvenientes mencionado a los que conduciría un incondicionado apego a la verdad. Para que el imputado pueda estar seguro de que sus diferencias de apreciación o, incluso, aquellas verdades parciales que deba decir no jueguen en su contra, los ordenamientos procesales suelen exigir que no se le tome juramento. Al ocurrir esto, aquel no puede ser sancionado por falso testimonio y, como consecuencia, queda legalmente protegida no sólo la "mentira" destinada a evitar una condena injusta, sino también cualquier otra.

Pero creo que aún se pueden dar mejores argumentos para explicar el derecho a mentir. Al fin y al cabo, si no, se trataría de un defecto menor subsanable con una mejora de la redacción legal. Muchos estarían dispuestos a decir, sin embargo, que exactamente con la amplitud con la que es reconocido este derecho hoy es como debe ser reconocido. Se podría argumentar que un derecho de defensa de esta magnitud adquiere sentido si se observa el procedimiento penal en su totalidad. Especialmente, si se tiene en cuenta la superioridad usual del acusador respecto del acusado⁽⁴⁷⁾. Es cierto que tal superioridad no es conceptual. Es posible que el acusado sea más poderoso que el Ministerio Público. Pero en los hechos, en la gran mayoría de los casos, tal inequidad existe. Para contrarrestarla, se le conceden al imputado estas amplias facultades defensivas. Así, bien visto, su acción es a la postre, todas las cosas consideradas, correcta, porque posibilita un juicio más equitativo y, en este sentido, más justo.

Pero no puede ser lícito que el engaño sea un arma legítima en este contexto. Sería análogo a decir que, para igualar el poder entre fiscal y acusado, deberíamos restringir, encubiertamente, la presencia del primero a la mitad de la audiencia de debate, para que así le cueste más fundar su acusación. O, algo más cercano, que el imputado tiene derecho a presentar testigos falsos, para que desvíen la investigación. Con ello, se debilita, seguro, la posición del acusador y se logra que se posicione a un nivel más cercano al del imputado. Pero nadie consideraría correcto que existieran permisiones semejantes. Se debe luchar por una equiparación de fuerzas entre las partes del juicio, pero de otro modo. Sólo para mencionar algunas posibilidades, enumero las siguientes: asegurar un juez imparcial, admitir el ejercicio unilateral

(46) P. ej., los plazos para ofrecer prueba o presentar impugnaciones.

(47) Agradezco esta sugerencia a Maximiliano Vargas.

de las impugnaciones, fortalecer la defensa pública para que sus recursos sean idénticos a lo del acusador público, permitir que abogados privados accedan a los recursos del estado sin dilaciones, etc.⁽⁴⁸⁾. Pero no a través de las medidas fraudulentas mencionadas.

Existe aún una justificación que puede explicar la amplitud del derecho a mentir. El objetivo de una permisión de estas características ya no persigue evitar el riesgo concreto de que el imputado pueda verse perjudicado por su declaración defensiva debido a que se le exige un exacto apego a la verdad. Sino, más bien, eludir el peligro abstracto de que el Estado, siempre ávido de condenas, interprete una declaración "falsa" de aquel tipo, como un deliberado intento de torcer la investigación. Para evitar este peligro remoto, pero realista, el mejor mecanismo es eliminar cualquier riesgo de castigo derivado de la voluntad de defenderse. Ello implica, necesariamente, aceptar como un costo menor también la mentira, en sí, considerada individualmente, injustificada⁽⁴⁹⁾.

Creo que este fundamento explica, también, la perplejidad de la discusión sobre si el hecho de permanecer impune frente a la mentira implica tener un "derecho" a mentir. La afirmación que tal derecho no existe tiene, probablemente, por objeto destacar que la facultad del imputado de faltar a la verdad no ha sido pensada para perjudicar el descubrimiento de la verdad. Ésa es una consecuencia indeseada de la necesidad (deseada) de garantizar el derecho de defensa del imputado de un modo superlativo. Llamar a esa "permisión" derecho es diluir este necesario matiz.

Sin embargo, no hay duda de que en un sentido es un derecho. Esta palabra es usada con diferentes acepciones. En un famoso trabajo, Hohfeld distingue entre cuatro posibles significados de la palabra derecho⁽⁵⁰⁾. De ellos, hay dos que aquí interesan especialmente: dere-

(48) Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., ps. 583 y ss.

(49) La situación es en este sentido análoga a la de la regulación del delito de calumnias en Argentina luego de la ley 26.551. Para potenciar al máximo la libertad de expresión, cuando está en juego un interés público, no se creó una norma laxa en cuanto a la prudencia requerida para hablar cuando pueda afectar el honor de otro, sino que directamente se desincriminó cualquier expresión injuriosa o calumniantes proferida en este contexto (repetidamente, el código dice que en ningún caso configurarían delito de calumnias o injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público). Tanto aquí como en el supuesto anterior, las normas podrían haber sido más restrictivas sin afectar, realmente, el derecho que se quiere proteger: el de expresión o el de defensa, respectivamente. En ambos casos, no obstante, la regulación privilegia en extremo esos derechos en desmedro del honor o la verdad. En ambos casos, igualmente, no se persigue que se busque atentar contra el honor o la verdad, sino que es una consecuencia inevitable de aquella extrema protección.

(50) HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning: And Other Legal Essays*, Yale University Press, New Haven, 1920, ps. 36 y ss.

cho propiamente dicho (que podría traducirse también como pretensión) y derecho como privilegio. Bajo esta terminología, uno tiene un derecho en el primer sentido cuando aquél frente al cual oponemos ese derecho tiene un "deber" correlativo. Yo tengo derecho en sentido estricto al cobro del alquiler de mi casa frente a quien tiene el deber de pagármelo. Pero no tengo un derecho en este sentido frente a terceros, pues éstos, salvo casos especiales, no tienen el deber de pagarme alquiler alguno. Pero claro, frente a estos terceros también tengo alguna clase de derecho, pues ellos no pueden impedirme, lícitamente, que cobre el alquiler. Esta clase de derechos que tengo frente a terceros es lo que Hohfeld denomina un privilegio. La contracara de un privilegio no es un deber, sino sólo un "no derecho". El tercero no tiene un derecho a intervenir en mi relación con mi inquilino⁽⁵¹⁾.

Dada esta distinción, el imputado no tiene derecho en el sentido estricto de la palabra a mentir, pues nadie tiene el correlativo deber de hacer o no hacer algo concreto que el imputado pretenda, pero sí lo tiene en el sentido de privilegio, pues nadie (y con eso se hace especial referencia al Estado) tiene derecho a obstaculizar su conducta en caso de que decida hacerlo, ni puede luego hacer algo en su contra por haberlo hecho. En este sentido sí tiene derecho a mentir.

IV. CASOS NO TAN CENTRALES

Hasta aquí hemos visto que la amplitud del *nemo tenetur* tiene que ver con dos factores. Por un lado, con lo inaceptable que resulta colocar al imputado frente a un trilema moral o prudencial, cuando una de las patas de esa disyuntiva está conformada por la posibilidad de autoincriminarse. Por el otro, con la necesidad de asegurar que él pueda ejercer el derecho de defensa sin temores. Esta última finalidad es la que explica satisfactoriamente que el imputado, al declarar, tenga la facultad de mentir.

También hemos visto cuáles son los medios para obligar a declarar que excluye el *nemo tenetur*. Éste prohíbe desde la imposición de tormentos hasta, por lo menos, el pedido de juramento de decir verdad, pasando por extraer conclusiones presuncionales o indiciarias del silencio.

Ahora me interesa detenerme, con apoyo en los fundamentos ya brindados, en hipótesis menos centrales del derecho a no ser obligado

(51) Para un resumen en castellano del significado de todas las distinciones de Hohfeld, ver NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, ps. 207 y ss.

a declarar, donde su aplicación es menos clara. Por un lado, analizaré los casos en los que la coacción no proviene de una actividad del Estado, sino de contingencias naturales, sociales o de la propia conducta anterior del imputado (punto a). Por el otro, consideraré los supuestos donde el accionar potencialmente autoincriminante del acusado no consiste en una declaración, sino en una acción no comunicativa o en un mero tolerar (punto b).

1. Presiones no provenientes del Estado

La Corte pudo pronunciarse sobre el primer punto en el caso "Schoklender (2)" (1988)⁽⁵²⁾. Allí, el acusado de homicidio calificado Pablo Schoklender había sido condenado, en parte, debido a una declaración prestada por su propio hermano Sergio, también acusado en la causa. Esta declaración había sido tildada de inválida por la defensa, por haberse producido en respuesta a una situación coactiva⁽⁵³⁾, debido a que Sergio había sido víctima de una persecución que podía ser descrita como una "cacería humana", donde incluso había corrido riesgo de ser "ajusticiado por el pueblo"⁽⁵⁴⁾. Al ser consultado, el Procurador dijo, sobre este aspecto, que el Estado no tenía por qué "hacerse cargo" del temor que pueda tener el reo por las circunstancias señaladas, porque "no tienen que ver con actos u omisiones indebidos de la autoridad". Lamentablemente, la Corte en la resolución final no hace mención a este aspecto del reclamo. Pero, igualmente, el pronunciamiento del Procurador resulta interesante. Para él no importaba cuán afectada estaba la libertad de declarar del acusado, en la medida que dicha situación no había sido generada por la autoridad.

Una situación similar, pero distinta en un aspecto relevante, se presenta cuando es el propio imputado quien ha generado el contex-

(52) Fallos 311:345. El planteo de la defensa y la resolución del fallo en sí tienen varias aristas no discriminadas analíticamente en la resolución de la Corte. Entre otras cosas, por un lado, se pregunta por el valor de una declaración hecha luego de una exhortación de la autoridad a que se informe sobre lo sucedido y, por el otro, se cuestiona el valor de una declaración hecha en un contexto policial. Omito tratarlas aquí porque, o bien han sido ya objeto de análisis, o lo serán en breve.

(53) Aquí se presenta un problema adicional que no puede ser tratado aquí por razones de espacio. Concretamente, el de si la violación del derecho de un tercero puede servir para que el imputado aduzca en su favor una violación a una garantía constitucional. Cfr. Al respecto "Raiford y otros", Fallos 308:733 y CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales...*, cit., ps. 321 y ss. y DRESSLER, Joshua - THOMAS III, George C., *Criminal Procedure...*, cit., 3ª ed., ps. 437 y ss.

(54) La defensa también habla de la presencia de "lesiones en su cuerpo recibidas en el momento de su detención o en el lapso entre ella y la indagatoria" sobre las que luego ni el Procurador ni la Corte se pronuncian. Omito aquí esa parte, porque me interesa destacar lo que luego dice el Procurador sobre la coacción pública del imputado.

to coactivo bajo el cual luego sucumbe. Es similar, en cuanto que el Estado no ha hecho nada para que el imputado declare. Es distinta, porque aquí no hay ningún tercero que lo lleve a realizar la conducta autoincriminatoria. Este supuesto se ha vuelto tema de jurisprudencia común en supuestos de abortos clandestinos, donde las maniobras ilícitas para interrumpir el embarazo generan serios riesgos para la vida de la madre; o en algunos casos de narcotráfico, cuando el autor trasladada en su cuerpo cápsulas de cocaína a punto de explotar. En ambas hipótesis el autor del delito se ve obligado a acudir al auxilio de terceros para neutralizar o mitigar el riesgo de muerte. Cuando estos terceros son autoridades que pueden dar parte al órgano persecutor, dicha búsqueda de auxilio tiene consecuencias autoincriminantes.

Esto suele ser discutido cuando se tematiza el secreto profesional, puesto que muchas veces interviene un médico quien, a la vez, es funcionario público y parece encontrarse ante el dilema de, o bien cumplir con el deber que suelen poner los ordenamientos procesales de denunciar los delitos que conozcan en el ejercicio de sus funciones, o bien cumplir con el deber que imponen el CP de guardar silencio en tales circunstancias. Pero ciertos aspectos de estos casos pueden ser discutidos como una parte del problema del *nemo tenetur*, pues no hay una implicancia conceptual entre estar en una situación apremiante y el deber de acudir a alguien que tenga el deber de guardar secreto. El autor del delito puede verse obligado a recurrir, por ejemplo, a la autoridad policial en una zona rural para que ésta lo auxilie⁽⁵⁵⁾. Esta diferencia es percibida por la Corte y por ello se expide por separado también sobre la cuestión que aquí interesa.

En "Zambrana Daza" (1997)⁽⁵⁶⁾, una imputada debió acudir a un nosocomio porque corría el peligro inminente de que explotaran las cápsulas de cocaína que llevaba en su vientre. La Corte debía resolver si una declaración autoincriminatoria prestada bajo estas condiciones podía ser usada en su contra. Al respecto señaló "que el riesgo asumido por el individuo que delinque y decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica incluye la posibilidad de que la autoridad pública tome conocimiento del delito." Y luego se agrega que "... [la valoración de] las manifestaciones que se formulan en ese contexto no violan la prohibición de autoincriminación del artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto deben considerarse partes del desenlace posible de una acción ilícita ejecutada con conocimiento de los riesgos que involucra y que, en todo caso, corresponde que

(55) Y a la vez se puede recurrir a alguien obligado a guardar secreto, sin que exista situación apremiante alguna. Esto sucede en cualquier conducta profesional.

(56) Fallos 320:1717.

sean asumidas por quien, pese a ello, decide transgredir la ley." Dicho de otro modo, como es la propia imputada la que se colocó ante el dilema de o bien correr riesgo de muerte o bien ser condenada en causa criminal, no puede ampararse en que no es correcto valorar esa declaración porque ella estaba ante un dilema.

En "Baldivieso" (2006)⁽⁵⁷⁾ se discutió un caso análogo y aquí la nueva composición de la Corte implicó un cambio de opinión en el aspecto del caso que nos interesa. Dos de sus miembros afirmaron al respecto que "el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado", agregando que el argumento expuesto recurrentemente que "el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a una *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcion[ales] los riesgos que no son en alguna medida previsibles" (Highton de Nolasco y Petracchi). En consonancia con esto, el fallo de la mayoría remite expresamente a un conocido plenario, "Natividad Frías"⁽⁵⁸⁾, en donde se discutía este mismo problema pero en relación a un caso de aborto. Allí también se menciona el "inhumano dilema" al que se somete a quien se coloca ante la opción entre su vida o su libertad.

No obstante ello, en el mismo fallo "Baldivieso", la ministra Argibay (en disidencia en este punto) se mantiene en la postura "Zambrana Daza" al afirmar que "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". Esto haría pensar que, según Argibay, en el mencionado caso "Schoklender", el imputado podría invocar el *nemo tenetur* en su defensa, puesto que aquí, aunque no haya sido el Estado, sí hubo "otras personas" que generaron la situación coactiva. Pero en otra parte de su voto la magistrada agrega que "una interpretación de la garantía desvinculada de su función como freno a los excesos del Estado y que se apoye en la falta de conformidad del imputado con la obtención de determinados medios de prueba, supone una regla según la cual este último contaría con una suerte de veto respecto de los elementos de juicio indispensables para cumplir satisfactoriamente con la función judicial penal. En efecto, aquellos rastros resultantes de cualquier elemento orgánico proveniente del imputado, hallado en la escena del crimen, o en su propia morada a la que la policía

(57) "Baldivieso César Alejandro", s/causa nro. 4733.

(58) C. Nac. Crim. y Corr. Fed. en pleno, 26/8/1966.

accede mediante una orden judicial de allanamiento, nunca son voluntariamente dejados allí; sin embargo, si tales procedimientos no son percibidos normalmente como una autoincriminación forzada, es porque son obtenidos sin mediar engaño o fuerza sobre el imputado, es decir, sin abuso por parte de los funcionarios que han intervenido". Aquí queda claro, entonces, que con "otras personas" Argibay hace referencia sólo al Estado.

El caso termina resolviéndose gracias a un argumento independiente: que hubo unanimidad en la Corte en cuanto a que al médico, en este caso, le correspondía guardar silencio.

Podemos decir que existen, entonces, dos posturas, cada una con dos fundamentos independientes. La primera postura, la que le concede a esta defensa procesal mayor amplitud, niega la aplicabilidad del *nemo tenetur* sólo cuando ha sido el propio imputado quien ha generado la situación coactiva en la que se encuentra. Para ser gráfico, se podría importar una palabra común en el derecho penal sustantivo y hablar de una autopuesta en peligro. Según este argumento, Schoklender podría haberse defendido, pues no ha sido su acción, aisladamente considerada, la que lo ha llevado a declarar. La segunda posición, que reduce el alcance de la garantía, dice, en cambio, que el cometido del derecho previsto en el art. 18 de la CN es evitar que *el Estado* se valga de métodos inaceptables para llegar a la verdad, y excluye aquellas situaciones coactivas en las que éste no ha intervenido. Schoklender aquí no tendría defensa alguna, pues el fundamento no reside en la responsabilidad del acusado por lo que le sucede, sino en la *falta* de responsabilidad del Estado por la situación.

Existe respecto de este segundo argumento un matiz mencionado por Argibay. Según éste, no se puede excluir prueba en estos casos porque sería lo mismo que excluirla sólo porque el imputado se opone a ella, desatendiendo la función del *nemo tenetur* de desalentar abusos de autoridad. Llevado el argumento hasta las últimas consecuencias, dice Argibay, no se podría utilizar ninguna prueba obtenida sin la anuencia del procesado, ni siquiera la obtenida en un simple allanamiento. La respuesta a esta cuestión depende, en rigor, de algo que trataré en el punto siguiente, esto es, de si el *nemo tenetur* protege al imputado sólo ante la obligación de actuar o si abarca también la de tolerar acciones en su contra. Una respuesta completa al matiz planteado requiere primero una respuesta a esta cuestión⁽⁵⁹⁾.

(59) Se podría haber dicho que la diferencia es de gravedad. Paradigmáticamente, quien soporta un allanamiento no se ve en la encrucijada de o bien tolerar el allanamiento o morir. Pero plantear esto como una cuestión de gravedad es erróneo, pues el

La postura en contra de la valoración de la prueba obtenida en estas circunstancias también cuenta con dos fundamentos. El primero dice que la prueba no puede ser utilizada, porque la postura contraria se basa en la *actio libera in causa*, que es insostenible por sus consecuencias, pues prácticamente cualquier cosa puede ser previsible. El segundo argumento sostiene que el Estado no puede aprovecharse nunca de situaciones de necesidad, no importa cuál sea su origen. No importa si la situación es generada por terceros o (en un sentido) involuntariamente por el propio imputado: colocarlo frente al dilema de morir o ir preso es inmoral y el Estado no puede obrar de esa manera.

Los argumentos en contra de la vigencia del *nemo tenetur* en estos casos no convencen. Aquel que afirma que el imputado debió haber contado con que en algún momento necesitaría ayuda estatal para no perder su vida, conduce, desplegado correctamente, a que se admita la posibilidad de obligarlo a declarar contra sí mismo prácticamente siempre. Cualquiera que cometa una conducta prevista en el CP, se podría argüir, debe contar con que, en algún momento, el Estado le exija información sobre su accionar. Es decir, que parte del riesgo de cometer un delito es que luego el Estado intente obtener su declaración. Si a pesar de esto el Estado no actúa de este modo, es porque ha tomado la *decisión* de no hacerlo, para evitar colocar al imputado ante un trilema. También en la constelación de casos que tratamos ahora depende de una decisión del Estado si se coloca al imputado ante una disyuntiva o no. Si aquél decide no darle valor a la declaración del imputado prestada bajo estas circunstancias, aquél no se encontrará ante dilema alguno y podrá realizar la conducta que evite su riesgo de muerte o linchamiento sin temor a consecuencias penales. No veo cuáles son las razones para que en un caso el Estado decida evitar la creación de un conflicto moral y en el otro no.

Por otro lado, aun soslayando este punto, el hecho de que el imputado "merezca", en algún sentido, que su declaración se use en su contra, por haberse colocado él mismo en la situación coactiva, todavía no dice todo sobre si *el Estado* tiene derecho a aprovecharse de ello. En general, se considera incorrecto que alguien saque partido de situaciones desventajosas de otros, con independencia de si esta

dilema ante el que parece estar quien debe tolerar un allanamiento no parece distinto, en cuanto a su intensidad, de aquel frente al cual podría encontrarse quien debe elegir entre o bien callar y ser sancionado por resistirse a prestar testimonio o bien hablar y autoincriminarse. El sujeto cuya morada se allana debe elegir entre, o bien tolerar y que la prueba se encuentre y se use en su contra, o bien obstaculizar a la autoridad y ser sancionado por algún delito contra la función pública. Si existe una diferencia en estos casos no pasa por la entidad de la amenaza, sino por otra cosa. Sobre eso me explayaré en el punto siguiente.

situación es merecida o no⁽⁶⁰⁾. Es inmoral explotar al pobre, aunque su pobreza se deba a su prodigalidad o vicio. Si esto vale para particulares, cuanto más debería valer para el Estado.

2. Comportamientos autoincriminantes sin contenido comunicacional

Ahora deseo analizar si el *nemo tenetur* abarca algo más que declarar, entendiéndose por tal cosa, según el lenguaje de los ordenamientos procesales, expresiones con contenido comunicativo, típicamente verbales⁽⁶¹⁾. ¿Abarca este derecho, digamos, por analogía, la prohibición de obligar a alguien a realizar acciones no comunicativas con potencial contenido autoincriminante?

En la causa "Cincotta" (1963) (extracto)⁽⁶²⁾, la Corte se pronuncia sobre una conducta no declaratoria con esas implicancias: la participación del imputado en una rueda de reconocimiento. Al respecto, en el extracto disponible del fallo, dice que "[e]l requerimiento judicial del reconocimiento del imputado... no es violatorio del art. 18 de la Constitución nacional"⁽⁶³⁾. Ello se debe a que su presencia "en las actuaciones del proceso no es 'prueba' en el sentido de la norma del caso, cuanto porque constituye corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos". Luego cita jurisprudencia estadounidense, según la cual "la cláusula que proscribe la auto-acriminación no requiere la exclusión de la presencia física del acusado como prueba de su identidad, como no impide la obtención y el uso de las impresiones digitales". Luego rechaza el recurso extraordinario porque no se trataba de una sentencia definitiva, modalidad común por parte de la Corte en aquel momento.

(60) Desde el punto de vista filosófico, el debate es ciertamente complejo (Cfr. por todos, FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of Criminal Law*, t. VI, Harmless Wrongdoing, Oxford, entre otras. 1988, ps. 178 y ss.). Pero el derecho penal no duda en castigar la usura o el chantaje, que en muchas de sus manifestaciones constituyen verdaderos aprovechamientos de situaciones desventajosas.

(61) MAIER, Julio B. J., "Nemo tenetur e investigación de la filiación, A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", en KEMELMAIER DE CARLUCCI (dir.), *La familia en el nuevo derecho*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires y otra, 2009, p. 78.

(62) Fallos 255:18. Unos años antes, en la causa Bacqué, 1961, (Fallos 249:530), a un denunciado por defraudación sobre bienes que tenía en custodia se le requirió la entrega de los documentos referentes a dicha gestión. El denunciado hizo la entrega y luego la defensa (una vez que se le tomó indagatoria al imputado) planteó la nulidad de la medida, alegando que iba en contra del art. 18 de la CN. Lamentablemente, la Corte no se pronuncia sobre la cuestión de fondo con el argumento formal de que "la invocación de garantías constitucionales... no basta para obviar la falta" del requisito de que se trate de una "sentencia definitiva" para que el recurso extraordinario proceda.

(63) En rigor, no está demasiado claro qué significa requerimiento, pero todo parece indicar que se puede exigir que el sujeto participe. Esa es, p. ej., la lectura que hace Carrió del extracto. CARRIÓ, cit., ps. 471 y ss.

En este fallo parece haber un solo fundamento para excluir a estas medidas probatorias de la protección del *nemo tenetur*: que ellas constituyen un "corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria". Claro que con este argumento nunca se hubieran abolido los tormentos en el procedimiento penal, pues de ellos podía predicarse exactamente lo mismo tiempo atrás. Pero en el fallo la Corte también insinúa otro argumento cuando dice que la presencia del imputado en el proceso no es "prueba". Esto sin dudas sonaba más interesante. Lamentablemente, aquí no da mayores precisiones sobre lo que quiso decir con ello.

Mucho tiempo después se dicta el fallo "G.S.H. y otros" (1995)⁽⁶⁴⁾. Se trata de un caso de sustracción de niños a sus padres biológicos en donde se cuestiona la medida que ordena la extracción de sangre de quienes habían recibido a los niños supuestamente sustraídos. El fundamento para tal objeción es el *nemo tenetur*. La Corte rechaza el planteo y sostiene, remitiendo a "Cincotta", que no se advierte "lesión alguna a la garantía constitucional que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo", porque "lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero (que) ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentra" la extracción compulsiva de sangre⁽⁶⁵⁾. En idéntico sentido se ha pronunciado recientemente la Corte, a través del voto de Dr. Maqueda, en la causa "Gualtieri" (2009)⁽⁶⁶⁾.

La Corte afirma, entonces, que sólo las comunicaciones del imputado deben tener la protección del *nemo tenetur*, mientras que otras formas de participación en el proceso que puedan perjudicarlo no están protegidas por esa regla. El fundamento parece estar en que cuando se trata de comportamientos no comunicativos se puede "prescindir" de la voluntad del sospechado. Pero esto no es obvio, pues en la medida en que es concebible su resistencia, por ejemplo, a la extracción de sangre, su asentimiento es condicionante. Él debe "dejar" que se utilice su cuerpo y para ello es necesaria su voluntad.

En un fallo de la Cámara de Acusación de la provincia de Córdoba, conocido como "Peralta de Santos" (1980)⁽⁶⁷⁾, esto es expresado con no-

(64) Fallos 318:2518.

(65) En "Guarino", 1996, (Fallos 319:3370) la corte vuelve a afirmar lo mismo, pero el fundamento no se aplicaba a la causa, porque no se pretendía su aplicación a los eventuales imputados, sino al menor.

(66) G.291.XLIII, 11/8/2009.

(67) Semanario Jurídico, Córdoba, 13/4/1981, Córdoba, 1981, ps. 87 y ss.

toria claridad. El tribunal dijo que obligar a los encartados a tolerar que se les extraiga sangre significa "constreñir[los]... para que decidan facilitar la realización de un medio de prueba que podría contener un factor probatorio en su contra, en contra del principio de que nadie puede ser compulsado a proveer prueba en su contra...". Este principio atiende "a que la defensa es instintiva en el hombre. Todas las fuerzas de su espíritu y de su cuerpo tienden espontáneamente a ello... La sociedad debe respetar esas direcciones necesarias de la naturaleza humana, atendiendo a sus propios elementos de coerción al establecer al culpabilidad..."

Nada de lo que dice este último fallo resulta incomprensible. La certeza de una persona de que será descubierta culpable de un ilícito si se le extrae sangre la llevará a querer resistirse y una exigencia en contrario resulta a todas luces obligarla a hacer algo que puede perjudicarla penalmente. La pregunta es, por qué esto no resulta protegido por el *nemo tenetur*. Si el cometido de esta regla es excluir una disyuntiva desagradable, no parece que aquí haya lugar para una excepción⁽⁶⁸⁾.

La doctrina, por su parte, afirma que el derecho a no inculparse abarca más que meras expresiones comunicativas, pero niega que cubra *cualquier* comportamiento. Para diferenciar los comportamientos protegidos por el *nemo tenetur* de los que no lo están, se apela a la distinción entre sujeto y objeto de prueba⁽⁶⁹⁾. Esta distinción hace referencia a la asunción de cierto rol por parte de quien interviene en el proceso. Cualquier persona puede revestir ambas condiciones alternativamente, según el caso. Se interviene como sujeto de procedimiento cuando se lo hace activamente, aportando prueba al proceso y se interviene como objeto cuando se lo hace pasivamente, es decir, cuando se tolera que la prueba se obtenga de uno. Esta diferencia conceptual carece de relevancia normativa para el testigo, quien se encuentra obligado a desempeñar ambos roles si le son requeridos. El imputado, en cambio, sólo puede ser obligado a ser objeto de prueba, pero no a tomar parte activa de un proceso en su contra. Un ejemplo de cuando el imputado actúa como sujeto de prueba es la participación (activa) en una reconstrucción del hecho⁽⁷⁰⁾. El imputado es sólo objeto de prueba si debe tolerar, verbigracia, que le extraigan sangre o cabellos o que le tomen huellas dactilares.

(68) Así el TEDH, caso "Funke v. France", <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57809>.

(69) MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit., ps. 78 s., DE LUCA, Javier A., *Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales*, en DONNA, Edgardo (dir.), *Revista de Derecho Penal*, tomo "Derechos y garantías constitucionales", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 5 de la versión digital disponible en <http://www.catedradeluca.com.ar>.

(70) MAIER, Julio, *Nemo tenetur...* cit., p. 71.

Frente a esta distinción caben al menos dos críticas. Una ataca su claridad conceptual; la otra, su fuerza normativa. Desde el punto de vista conceptual se afirma que, al menos muchas veces, resulta sumamente dificultoso distinguir entre actuar y omitir⁽⁷¹⁾. De ser esto cierto, el criterio carecería de utilidad para un ámbito importante de casos. Pensemos en la dificultad de evaluar si, en una rueda de personas, exigirle al imputado que ponga el rostro "normal", se coloque de perfil, baje los brazos o cosas similares, implica obligarlo a actuar y omitir. Otro ejemplo, mencionado por la doctrina, es el de la obligación de tolerar el suministro de vomitivos para la expulsión de drogas del cuerpo del acusado⁽⁷²⁾. Aquí, aunque esto parece claramente un "tolerar", el imputado no sólo debe dejar de hacer, sino que también debe colaborar activamente abriendo la boca y tragando el producto⁽⁷³⁾. Y si uno se fija bien, esto puede predicarse prácticamente de cualquier medida probatoria, incluso de aquellas que exigen la mera presencia del imputado, como es concebible en una pericia médica. Todos estos casos requieren, en cierto sentido, una acción por parte del imputado, pues él debe comparecer para que la medida probatoria se lleve a cabo⁽⁷⁴⁾.

Pero quizás la crítica más profunda sea su falta de plausibilidad normativa. La Cámara de Acusación de Córdoba, en la causa "Mallía" (2005)⁽⁷⁵⁾, dijo "que este criterio no resulta admisible... por las absurdas consecuencias a las que conduciría: estaría permitido, en el marco de un procedimiento penal, efectuar a una persona una intervención quirúrgica de alta complejidad para, por ejemplo, extraer un proyectil de su cuerpo, y aunque ello importe un riesgo cierto para su integridad física, porque en ese caso la persona no *hace* sino que simplemente *tolera* (pasivamente); pero no estaría permitido obligarla a soplar en un alcoholímetro, aunque ello no importe ninguna injerencia sobre su cuerpo y por lo tanto ningún riesgo para su integridad física"⁽⁷⁶⁾.

Para solucionar estos problemas, Maier propone tomar esta distinción con menos rigidez⁽⁷⁷⁾ y entenderla de modo tal que admita el uso de violencia contra el imputado para forzarlo a actuar, siempre que no deba "colaborar con el núcleo material de la diligencia a realizar"⁽⁷⁸⁾.

(71) CÓRDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur...*, cit., p. 282.

(72) CÓRDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur...*, cit., ps. 285 y ss.

(73) Un punto independiente es si, aunque esto fuera describible como un mero tolerar, es lícito que el Estado intervenga de ese modo sobre el cuerpo de las personas para obtener prueba. Sobre esto hablaré enseguida.

(74) CÓRDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur...*, cit., p. 294.

(75) "Mallía, Ezequiel Felipe", C. Acusación, Sec. nro. 1, Córdoba, 12/11/2007.

(76) En sentido similar, CÓRDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur...*, cit., 281.

(77) MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit., p. 77.

(78) MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit., p. 77.

Maier no define qué significa, exactamente, "núcleo material", por lo que resulta difícil determinar hasta dónde se puede llegar con esta delimitación. ¿Cómo corresponde calificar la exigencia al imputado, en la rueda de presos, de que realice ciertos movimientos para que la víctima pueda hacer su evaluación con mayor facilidad⁽⁷⁹⁾? ¿Es esto parte del núcleo central o meramente algo accesorio de la medida probatoria? Maier rechaza la posibilidad de obligar al imputado a obrar activamente en una rueda de presos e incluso manifiesta dudas sobre si siquiera es posible forzarlo a participar pasivamente en ella⁽⁸⁰⁾. Este núcleo parece ser así demasiado grande o, por lo menos, demasiado difuso.

La distinción entre obligar a alguien a hacer algo o simplemente forzarlo a tolerar sólo puede ser sostenida si se cambia el objeto sobre el que recae ese hacer. Aun en los casos en donde se obliga a alguien a participar "activamente" en una rueda de presos o en una reconstrucción del hecho, el sujeto omite algo relevante: aportar él, *por sí mismo*, el elemento de prueba incriminante al proceso, es decir, brindar aquello que concretamente puede ser introducido en el silogismo lógico inferencial para acreditar la culpabilidad del acusado. En ambos casos su conducta sólo genera las condiciones para que se pueda obtener el elemento de prueba. Incluso cuando el imputado sea obligado, junto con otros partícipes de la rueda, a colocar la mano como si estuviera empuñando un arma y a decir "esto es un asalto" nada de esto le permitirá al juez, eventualmente, inculparlo. Nadie puede ser condenado con el argumento de que, al serle requerido, en una rueda de presos permitió que se lo observara realizando aquellas conductas. Es, por el contrario, la afirmación del testigo que dice haber reconocido la voz y la actitud corporal del imputado como la de aquel que cometió el robo la que sirve como elemento conviccional. Ésta es una diferencia crucial con los casos paradigmáticos de confesión, en los que el elemento de prueba sí es aportado por el propio imputado. En el caso prototípico de confesión es *ese mismo acto comunicativo* el elemento de prueba que es útil para acreditar la culpabilidad del acusado. Su afirmación inculpante es la que se introduce en la operación de la lógica probatoria para dar su hecho (en conjunción con otra prueba de cargo) por acreditado⁽⁸¹⁾. Allí él efectivamente *testifica* contra sí mismo y a esto claramente no puede ser obligado⁽⁸²⁾.

(79) CÓRDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur...*, cit., ps. 284 y 286.

(80) MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit., p. 71.

(81) En un sentido similar se expresa también SPOLANSKY, Norberto Eduardo, *Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad*, t. 140, LL, 1970, ps. 701, 705.

(82) De allí que en el ámbito angloparlante, especialmente en Estados Unidos con apoyo en la literalidad de la quinta enmienda (que prohíbe "ser testigo contra sí mismo"),

Bajo esta luz se entiende que el centro de todo esto, tal como lo dijo la Corte en los fallos mencionados, esté en el valor *comunicativo* de lo que el sujeto realiza y no en que se trate de una mera repetición de palabras o de alguna otra acción con potencial incriminatorio. Se puede comunicar a través de signos o símbolos no emitidos oralmente, en la medida en que den a entender un significado y puede haber sonidos emitidos por la voz en forma de palabras que no signifiquen nada, pero que de todas maneras sirvan para probar algo, como sucede en un reconocimiento de voz. Así, el imputado, como todo el resto de las personas, tendría cierto tipo de deberes para con el proceso, deberes de colaboración que permitan llevar adelante ciertos actos probatorios. Lo que en ningún caso deberá tener que hacer es aportar por sí mismo el elemento de prueba de cargo. Esto es lo que la Corte probablemente tenía en mente en el fallo "Cincotta". Si bien no lo dice claramente, su afirmación de que la presencia del imputado en el proceso no es "prueba" de su culpabilidad parece ir en esa dirección.

De este modo, de las distinciones "acción/omisión", "participación en el núcleo material/simple colaboración" hemos llegado a la distinción más clara entre "aportar un elemento de prueba/colaborar para que otro realice ese aporte"⁽⁸³⁾. Hasta qué punto resulta satisfactoria esta explicación del *nemo tenetur* es algo que ciertamente se puede discutir. Aun luego de esta explicación, la objeción de la Cámara de Acusación en la causa "Peralta de Santos" sigue en pie. Es decir, a pesar de esta distinción conceptual que ahora es clara, quizás sea dudosa, de todas formas, su relevancia normativa. En efecto, en ambos casos se coloca al imputado frente a la disyuntiva potencial-

se hable de que el imputado no puede ser obligado a declarar como "testigo", esto es a "proposiciones con valor de verdad" que sean el "resultado sustantivo de conocimientos" que tiene el agente. Cfr. ALLEN, Ronald - MACE, Kristin, *The Self-Incrimination Clause Explained and its Future Predicted*, Journal of Criminal Law and Criminology, 2003, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=480143, ps. 5, 18 y, especialmente, 26 y ss., con referencias jurisprudenciales ulteriores. Estos autores también llaman la atención sobre algo importante. Si el punto es que no se puede obligar a alguien a aportar elementos de prueba, la distinción entre actuar y omitir puede ser dejada radicalmente de lado. Son concebibles supuestos en donde se pueden obtener elementos de prueba directamente del imputado sin que éste actúe. Allen/Mace plantean el supuesto de una persona conectada a un detector de reacciones corporales que nos permite saber si el imputado ha hecho algo o no, de tal modo que ante la pregunta "¿Apuñaló usted a la víctima?" la máquina puede leer las reacciones del imputado y saber si éste efectivamente lo hizo. Allí el elemento de prueba sería aportado por el imputado "pasivamente" y ante esto el imputado debería estar protegido. Cfr. *The Self-Incrimination...*, cit., ps. 7 y ss. y 29 y s.

(83) Para otras posibles aunque insatisfactorias explicaciones, cfr. ALLEN, Ronald - MACE, Kristin, *The Self-Incrimination...*, cit. ps. 20 y ss. Allí se habla de protección de la privacidad del acusado, de la falibilidad de su declaración, y de la que esto quizás sea sólo una excusa, no una permisión.

mente desagradable, de o bien sufrir perjuicios por hacer algo o bien por no hacerlo⁽⁸⁴⁾.

Esto vale incluso cuando la operación sea "sencilla" "y la inyección [sea] mínima", como la extracción de una muestra de saliva o el corte de unos pocos cabellos. Maier sostiene que estas últimas medidas "parecen tolerables en una vida en relación, sin mayor sacrificio personal"⁽⁸⁵⁾. Pero el punto es saber qué es lo que se entiende por "sacrificio personal". Si lo que quiere dar a entender es que la medida en sí no es, digamos, dolorosa o humillante, esto vale también para los casos paradigmáticamente protegidos por el *nemo tenetur*. Expresar palabras verbalmente no es ni lo uno ni lo otro. Por supuesto, hablar puede transformarse en algo indeseable cuando implica una autoincriminación. Pero esto vale también para los supuestos "sencillos" en los que la medida a tolerar implica la posibilidad de obtener prueba de cargo. La diferencia quizá resida en que es mucho menos costoso en términos humanos sacarle a alguien un pelo en contra de su voluntad que una confesión⁽⁸⁶⁾. En todo caso, ésta es una sencillez fáctica, y por ende contingente (siempre puede haber un imputado que se resista férreamente a la extracción de cabellos), que de todas maneras no excluye el dilema central. "[L]as garantías no están sujetas a la capacidad de recursos del Estado"⁽⁸⁷⁾.

Así, parece que finalmente quedan dos opciones, según el grado de intensidad del dilema en el que se coloca al acusado. O bien se lo reduce a la autoincriminación en sentido estricto, donde es el propio sospechoso quien aporta el elemento de prueba y se amplía así el margen de acción del Estado. O bien se lo amplía y se incluye cualquier comportamiento, activo u omisivo, cuya exigencia pueda resultar perjudicial para el imputado. Esta alternativa excluye la posibilidad de obligarlo a tolerar cualquier acción que sea condición para la obtención de un elemento de prueba (estaría prohibido incluso obligarlo a tolerar un allanamiento) e impide, así, prácticamente cualquier intervención estatal. No encuentro un camino intermedio plausible.

En todo caso, si se concediera que la distinción entre obligar a aportar un elemento de prueba y obligar a colaborar para que se realice ese aporte es sensata (porque da cuenta de dos niveles de conflic-

(84) Como dice CORDOBA, Gabriela detrás de toda "facultad de aplicar coacción directa para tolerar se oculta siempre una forma de coacción indirecta para autoincriminarse activamente", cfr. *Nemo tenetur...*, cit., p. 289.

(85) MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit., p. 72.

(86) MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit., p. 71.

(87) SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público* - art. 268, 2, C.P., 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 81.

tos de distinta intensidad), aún queda otra aparente dificultad por resolver. Esta mirada del *nemo tenetur* le concedería al Estado un amplio margen de poder que no se corresponde con el que en general se le quiere conceder⁽⁸⁸⁾. El imputado podría ser obligado no sólo a participar de una rueda de personas o soportar una extracción de sangre, sino también a formar un cuerpo de escritura para una eventual pericia caligráfica e incluso a tolerar que se le suministre un vomitivo o un enema para determinar, por ejemplo, si porta cápsulas de droga en su cuerpo. En todos estos casos, el imputado sólo se ofrece como un objeto de prueba y el elemento de prueba es aportado por un tercero: el testigo, el perito calígrafo o el perito químico, según el caso. Pareciera que si semejante discreción judicial no se quiere admitir, hay que modificar el criterio⁽⁸⁹⁾.

Sin embargo, si se recuerda lo dicho al principio del comentario a esta regla procesal, ciertos medios de prueba deben ser censurados con independencia del *nemo tenetur* por la misma razón por la cual debe ser excluida la tortura con independencia del *nemo tenetur*. En un proceso penal nadie puede ser legítimamente sometido a un trato vejatorio⁽⁹⁰⁾. Si el suministro del vomitivo requiere que se le introduzca al sospechoso, compulsivamente, una sonda por la nariz o si el enema es impuesto coactivamente por las fuerzas policiales, no es necesario indagar si al imputado se le está requiriendo un comportamiento autoincriminante. La medida resulta lo suficientemente agravante como para soslayar la búsqueda de la verdad por razones distintas: el respeto a la dignidad de las personas⁽⁹¹⁾.

Aún queda un supuesto controversial: la formación del cuerpo de escritura, que se encuentra excluida expresamente por ciertos ordenamientos procesales⁽⁹²⁾. Esta conducta no constituye el aporte de

(88) Sobre este punto, con numerosas referencias ulteriores, CORDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur...*, cit., ps. 281 ss. y 283.

(89) De hecho, así se ha expedido la Corte estadounidense con respecto a la formación de un cuerpo de escritura, cfr. ALLEN, Ronald - MACE, Kristin, *The Self-Incrimination...*, cit. p. 24.

(90) CORDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur...*, cit., p. 281.

(91) En el mismo sentido, CORDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur...*, cit., ps. 288 y ss. Algo similar en MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit., p. 79. A pesar de coincidir con Maier en el uso de las palabras, dudo en parte si realmente estamos pensando lo mismo. Maier habla de que la dignidad humana requiere un respeto a la autonomía y que por ello estas medidas deben ser censuradas. Esto, dicho así, no es correcto. La dignidad humana requiere sólo el respeto a las autonomías que consideramos valiosas. Esta autonomía en concreto no es considerada valiosa, si no estaría protegida por el *nemo tenetur*. Lo que sucede es que la dignidad humana también requiere el respeto de otras cosas, además de la autonomía, que se afectan cuando se somete a las personas a tratos humillantes.

(92) Cfr. el CPP Córdoba, art. 244: la negativa del imputado a formar cuerpo de escritura "no importará presunción de culpabilidad".

un elemento de prueba (quien lo aporta, eventualmente, es el perito calígrafo) y su realización no es algo humillante. Bajo la concepción del *nemo tenetur* aquí sugerida, esta conducta podría ser obligatoria. Maier afirma "que no tiene sentido" constreñir a alguien a hacer esto⁽⁹³⁾. Probablemente, lo que Maier tiene en mente es que los métodos a utilizar para ello serán o bien contrarios a su dignidad, en el caso del uso de violencia física, o bien inútiles, como el uso de la amenaza de pena. Sin embargo, todo esto podría decirse también en los casos en que el imputado debe soplar en un dosaje de alcohol y esto suele considerarse obligatorio.

Por último, cabe mencionar que existen ciertas medidas probatorias que están excluidas por una tercera razón. Se trata de aquellas medidas compatibles con el *nemo tenetur* y en sí no indignas, pero cuyo uso implicaría un costo personal para el imputado (en términos de integridad física o autodeterminación) desproporcionado en relación con el objetivo a alcanzar el caso concreto. Así, una intervención quirúrgica puede ser pertinente para la averiguación de la verdad en el caso de un homicidio, pero seguro no lo sería para acreditar un hurto simple⁽⁹⁴⁾.

V. EXTENSIÓN INSTITUCIONAL Y DEFICIENCIAS EPISTÉMICAS

El derecho a no ser obligado a autoincriminarse puede hacerse valer ante cualquier clase de procedimiento⁽⁹⁵⁾ estatal⁽⁹⁶⁾. No es necesario que haya ni una imputación formal ni una investigación en curso⁽⁹⁷⁾. Tampoco importa, en consecuencia, el grado de avance de una causa criminal. Siempre que una declaración pueda perjudicar penalmente al declarante rige el *nemo tenetur*⁽⁹⁸⁾.

(93) MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit., p. 71.

(94) Cfr. al respecto autos "Mallía, Ezequiel Felipe", C. Acusación, Sec. nro. 1, Córdoba (12/11/2007); MAIER, Julio, *Nemo tenetur...*, cit. p. 71, CAFFERATA Nores, José - TARDITTI, Aída, *Código procesal penal...*, cit., p. 503.

(95) Cfr. MAIER, Julio, *Derecho procesal...*, cit., ps. 673 y ss., también SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento...*, cit., 2ª ed., ps. 48 y ss.

(96) Es concebible que esto pueda ser opuesto también a particulares cuando éstos forman parte de una trama estatal. Cfr. al respecto, con detalle, ROXIN, Claus, *La prohibición de la autoincriminación y las escuchas domiciliarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, ps. 60 y ss.

(97) Contrariamente, ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrenrecht...*, 26ª ed., cit., § 25 nros. 11 y ss. que exigen "una medida que se dirija en forma expresa a proceder contra esa persona".

(98) En igual sentido, el TEDH, caso "Saunders v. The United Kingdom", <http://www.refworld.org/docid/3ae6b68010.html>.

Para una extensión tan amplia de este derecho existen al menos dos razones. Primero, porque en todos estos casos se coloca a otra persona frente a un trilema si se la obliga a declarar. Ya sea que se deba realizar ante un juez civil o uno administrativo, ya sea que se lo haga al final del juicio o ante una investigación incipiente, en todos los casos en que su declaración puede tener consecuencias penales perniciosas se lo coloca frente a disyuntivas desagradables. En segundo lugar, porque de lo contrario se estimularía la toma de declaraciones fuera de un procedimiento penal formalmente dirigido en contra de un sospechoso. Se podrían obviar todas las restricciones que impone el *nemo tenetur* con el mero expediente de no sindicarlo formalmente a alguien como imputado⁽⁹⁹⁾.

Ahora voy a centrarme en aquella clase de casos que más ocupan a la jurisprudencia: las declaraciones en sede policial. En este contexto suele ocurrir que el acusado aduzca haber sido obligado a declarar y la policía afirme la existencia de una confesión espontánea. Situaciones como ésta han llegado a la Corte en reiteradas oportunidades y se ha ido delineando, paulatinamente, una solución al respecto. En "Colman" (1938)⁽¹⁰⁰⁾, dos ciudadanos paraguayos habían sido condenados por homicidio con apoyo en una confesión policial. En sede judicial, estos manifestaron que hablaban un dificultoso español y que no habían contado con un intérprete en aquel momento. Además, rectificaron lo dicho ante la policía, aduciendo haber confesado por las violencias a las que habían sido sometidos. Tanto en primera como en segunda instancia se los condena sin indagar la veracidad de lo invocado. Al momento de resolver, la Corte revocó el fallo por estar basado en prueba obtenida de modo dudoso, sin que se hubiera tramitado el incidente para superar ese estado de convicción. Considero a la declaración inválida incluso como presunción o indicio.

Esta resolución de la Corte es más importante de lo que puede parecer a primera vista, porque el argumento podría tener un alcance mayor del que la Corte pudo suponer inicialmente. Sería aplicable no sólo a los casos en los que no se ha salido de la duda por negligencia del tribunal, sino también en aquellos otros, más frecuentes, en los que salir de la duda es imposible⁽¹⁰¹⁾. En ambos casos, la prueba se

(99) SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento...*, cit., 2ª ed., ps. 53 y 119 y ss.

(100) Fallos 181:182.

(101) Probablemente sea innecesario mencionar que cuando los apremios policiales dejan de ser un hecho accesorio y pasan a ser el objeto principal de un proceso penal, la presunción se invierte. Salvo que se pueda probar que existieron apremios, estos se tienen por no existentes. Así, el mismo hecho, en caso de dudas, se tiene por existente cuando se trata de un hecho accesorio y por inexistente cuando se trata de un hecho principal (hasta que se pruebe lo contrario). Ésta no es una contradicción, si se tiene en

obtiene de modo dudoso. Si el argumento es utilizable sólo para la primera hipótesis o si lo es para ambas depende de si el fallo se considera una especie de sanción al tribunal por su falta de diligencia o si pone el acento en la mera existencia de duda sobre la corrección del procedimiento de declaración. Desde mi punto de vista, la única lectura sensata es esta última. Para la falta de diligencia de los funcionarios públicos existe otro tipo de sanciones en el sistema jurídico. Si la interpretación correcta es la que se basa en la duda sobre la corrección de la declaración, la Corte ha establecido un criterio de solución para casos de incertidumbre que no es obvio. El *in dubio pro reo* está pensado para la prueba sobre la existencia del hecho principal que justifica el proceso penal (sobre la prueba de la culpabilidad), no para la relativa a un hecho accesorio, como la posible violencia para forzar una declaración inculpativa⁽¹⁰²⁾. Aplicar aquí el *in dubio pro reo* implica ampliar la aplicación del principio a supuestos no previstos para asegurar aún más el *nemo tenetur*.

En todo caso, la Corte no siempre fue tan condescendiente con la prueba en los casos de interrogatorios policiales. Muy poco tiempo después, en la causa "Quezada" (1939)⁽¹⁰³⁾, se conformó para resolver la cuestión con considerar inverosímiles los dichos de un acusado, quien luego de haber confesado y haber sido reconocido en una rueda de personas practicada en sede policial, denunció que todo su accionar fue desplegado debido a los apremios a los que había sido sometido. La Corte, sin embargo, revoca la sentencia pero con el argumento medianamente formal de que ninguno de los dos actos podía valer como tal plenamente, porque para ello era necesaria la presencia de juez. Caso contrario, a lo sumo podían servir de indicios.

Pero la falta de condescendencia en estos casos no necesariamente debe ser leída como una contradicción con la solución anterior. Ante hechos completamente inverosímiles, parece que tiene sentido restarle valor a los dichos del imputado. Esto sólo significa decir que carecen de eficacia para generar dudas sobre la corrección del procedimiento policial. Esto, por cierto, debe de ser muy excepcional. En el caso, la

mente que el *in dubio pro reo* es un principio pensado para proteger al individuo frente al Estado. En caso de dudas, el dar por acreditado los apremios como hecho accesorio protege al individuo, el imputado inicial, frente al Estado —en este caso representado por la policía—. El dar por no acreditados los apremios como hecho principal también protege al individuo —el imputado, que tuviera el rol de agente policial— frente al Estado representado paradigmáticamente por quien tiene que decidir el caso.

(102) MAIER, Julio, *Derecho procesal...*, cit. ps. 494 y ss. con cita a fallos de la Corte. Cfr. sobre la discusión en Alemania sobre si el *in dubio pro reo* se extiende para los vicios del procedimiento, ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht...*, 26ª ed., § 45 nro. 64. Allí informan que la jurisprudencia en general no lo admite.

(103) Fallos 185:75.

Corte no relata en qué habrían consistido los supuestos apremios, por lo que es imposible pronunciarse al respecto.

De todas maneras, llama la atención que la Corte haya sido tan rigurosa con la presencia del juez para que la prueba tuviera plena validez. Quizás la respuesta vaya más allá de una mera atribución de competencias y tenga que ver con asegurar justamente lo que la Corte inicialmente niega: que las acciones del imputado hayan sido realizadas conforme lo exigen sus derechos. Dicho de otro modo, que el juez tenga competencia exclusiva desde el comienzo de cualquier investigación para realizar medidas probatorias que involucren al imputado puede tener su razón de ser en asegurar que no se violen sus derechos. Así, al final, la Corte habría revocado el fallo porque no podía garantizar que la declaración haya sido prestada correctamente.

Años después, en la causa "Chamudis" (1956)⁽¹⁰⁴⁾, la Corte, con apoyo en lo dicho por el Procurador, vuelve a desestimar alegaciones de apremios. La razón fue que el interesado no ofreció ninguna prueba de los supuestos hechos ilícitos, ni insistió en medidas para fundamentarlos, a pesar de habersele ofrecido esa oportunidad incluso en el plenario. Todo esto, aunque la Corte no lo dijo expresamente, debió de tornar inverosímiles sus dichos, lo que condujo a que no sean tenidos en cuenta. Para esta causa la Corte abandona el criterio según el cual el juez es el único competente para esta clase de medidas y simplemente confía en los dichos policiales.

Mucho tiempo más adelante llega la causa "Ruiz" (1987)⁽¹⁰⁵⁾. Allí la Corte vuelve a decir que, en caso de dudas sobre si hubo apremios, éstos tienen que considerarse existentes. En el caso, las pericias daban por resultado que el acusado había sufrido lesiones compatibles con malos tratos, pero no especificaba si eran de la fecha en la que éste aducía haberlos padecido. La Corte, sin decirlo expresamente, tiene por probados los apremios y le quita validez a la declaración y a toda la prueba que se sigue de ella (consids. 11 y 12). Debido a que los fallos de la Corte en esta época son escuetos, no se sabe exactamente en qué se diferencian los fallos "Collman" y "Ruiz" de los fallos "Quezada" y "Chamudis". Es de suponer que en estos últimos no había razón alguna para creerles a los acusados.

En todo caso, en el mismo año en que resuelve "Ruiz", la Corte empieza un camino que pretende lograr el sensato objetivo de asegurar no sólo la vigencia de la garantía de no ser obligado a inculparse, sino también la de no perder la prueba obtenida lícitamente. En

(104) Fallos 235:332.

(105) Fallos 310:1847.

la renombrada causa "Francomano" (1987)⁽¹⁰⁶⁾ (que es renombrada por razones distintas a las que voy a destacar aquí), la Corte hace explícita la razón por la cual es necesaria la presencia de un juez en estos supuestos. Luego de dar por acreditados los apremios en contra de Francomano debido a las "graves presunciones en autos" en ese sentido, la Corte agrega, a modo de *obiter dictum*, que se debe descartar cualquier valor, incluso indiciario, de la declaración de un acusado hecha en sede policial si ésta luego resulta rectificadas en sede judicial (léase, sin que importe cuán plausible fueron las declaraciones del acusado inicialmente). La razón para ello es asegurar que el *nemo tenetur* "tenga efectiva vigencia y no se convierta en una mera fórmula verbal". La única excepción a la presencia del juez es posible en "aquellos casos donde los funcionarios policiales hubiesen observado estrictos requisitos encaminados a asegurar la plena espontaneidad de las declaraciones del imputado", por ejemplo, asegurando la presencia del defensor o del Ministerio Público⁽¹⁰⁷⁾.

La exigencia de un juez o de la observación de "estrictos requisitos" para asegurar la espontaneidad del acusado sólo tiene sentido si se persigue una doble finalidad: por un lado, asegurar la garantía y, por el otro, la prueba. En efecto, a veces simplemente será imposible saber si han existido realmente apremios. A veces los rastros desaparecen o nunca han existido y todo se reducirá a contrastar las palabras del acusado con las de la policía. Si el *in dubio pro reo* aplicado al *nemo tenetur* se toma en serio, se deben dar por acreditados los apremios prácticamente siempre que sean aducidos, pues no se puede descartar su ocurrencia salvo en los pocos casos realmente inverosímiles. Pero éste hubiera sido un costo muy alto a pagar que, por otra parte, es innecesario. Se puede asegurar el respeto de la garantía desde el primer momento y, a la vez, proteger la prueba. Esto sucede si se cuenta con lo que podríamos llamar "testigos privilegiados", como el juez, el fiscal o el abogado defensor⁽¹⁰⁸⁾. Estos dan fe de la voluntariedad de la declaración del imputado y, por ende, aseguran la validez de esa prueba. Si se asume que se está dispuesto a hacer respetar la garantía hasta las últimas consecuencias y excluir la prueba obtenida de la boca del imputado cada vez que éste aduzca falta de libertad, la presencia de testigos privilegiados no tiene en miras solamente⁽¹⁰⁹⁾

(106) Fallos 310:2384.

(107) Voto de los Drs. Petrachi y Bacqué. El voto del Dr. Fayt es incluso más extremo y da a entender que no existe remedio alguno para la ausencia del juez.

(108) Igual, MAIER, Julio, *Derecho procesal...*, cit. p. 669.

(109) SUPERTI, Héctor Carlos, *La declaración del imputado y sus efectos como elemento de cargo*. Nota al fallo "D'Auro", LL 1996-B-388, afirma que la finalidad de la presencia del abogado es desterrar "miedos e ignorancia" en los ciudadanos. En el mismo

asegurar la garantía. La finalidad de estos testigos será también proteger la prueba, para que tampoco el imputado juegue con la incertidumbre que sus afirmaciones puede generar.

Que se trata de un problema de testigos privilegiados puede verse también en causa "Schoklender (2)" (1988)⁽¹¹⁰⁾. En aquel fallo, que ya hemos tratado para analizar otros aspectos⁽¹¹¹⁾, se discutía también el valor de la declaración *judicial* en sede policial (es decir, aquella prestada en la policía, pero con la presencia de un juez). Al momento de decidir, la Corte expresó que la mera recepción de la declaración indagatoria en sede policial no puede invalidar los dichos del imputado en la medida en que el magistrado le haya hecho conocer que puede negarse a declarar. Se trata, entonces, no tanto del lugar, sino de quiénes están presentes para garantizar que se hagan efectivos los derechos del imputado⁽¹¹²⁾. Por supuesto, como el contexto policial, en general, no suele brindar comodidad para que el imputado declare libremente⁽¹¹³⁾, parece más acertada una regla que prohíba las declaraciones en sede policial en general.

Es posible que la exigencia de una declaración sea judicial y frente a un juez le ocasione perjuicios al imputado, especialmente cuando es necesario esperar a que se configuren tales requisitos y existe el peligro de que, entretanto, desaparezca prueba de descargo. Para estos supuestos se debe prever alguna flexibilidad. Las garantías están pensadas para favorecer al imputado, no para empeorar su situación frente al Estado. En este sentido, el CPP de Córdoba admite la declaración en sede de policía judicial, pero sólo si es pedida por el imputado y siempre en presencia del abogado defensor y con el resto de las formalidades que tendría si fuera realizada en sede judicial (art. 324, inc. 8). Por su parte, el CPPN exige siempre la presencia de un juez. Si no fuera el juez "a quien corresponda intervenir en el asunto" será "cualquier juez que posea su misma competencia y materia". La poli-

sentido ROXIN, *La prohibición...*, cit. p. 60. Por su parte, el TSJ de Córdoba en "Peñalba", S 52, 19/6/2002 afirma que: "La espontaneidad de su manifestación carece de relevancia puesto que... la garantía constitucional (que exige la presencia del abogado defensor) ampara la asistencia del encartado no a la libertad en su prestación". Pero para que "asistencia" sea más que una mera formalidad, o bien su función es la de asegurar la espontaneidad o bien la de informar los derechos que le asisten al encartado y, en este sentido, liberarlo del eventual error de creer que tiene la obligación de autoincriminarse. La información que aporta el abogado no tiene una finalidad abstracta.

(110) Fallos 311:345.

(111) Ver *supra* punto IV a).

(112) En el mismo sentido, el fallo de la CSJ de Estados Unidos "Miranda v. Arizona", 384 US 436, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=384&page=436>.

(113) Cfr. también "Miranda v. Arizona", 384 US 436, cit.

cía sólo puede formular preguntas para identificar al sospechoso, previo haberle hecho conocer sus derechos y garantías (art 184, inc. 10). Aquí se exige juez, pero no necesariamente sede judicial. En consonancia con la Nación, también regula de este modo la declaración judicial, por ejemplo, el moderno CPP de Chubut (2009) en su art. 89.

Éstas son decisiones sensatas, si con ellas se favorece al acusado. En todo caso, si el objetivo es garantizar el *derecho de defensa*, esta declaración sin juez (CPP Córdoba) o con juez pero en sede policial (CPPN y CPP Chubut) sólo puede utilizarse a su favor, es decir, para proponer o producir prueba de descargo o alegar argumentos en su defensa. Cualquier confesión o acción realizada en estos contextos que pueda perjudicarlo debe considerarse inválida si no están efectivamente dadas todas las garantías⁽¹¹⁴⁾.

Debido a las medidas de resguardo que vengo mencionando, la policía se ve imposibilitada de tomarle declaración al sospechoso. Esto hace que, algunas veces, los funcionarios policiales intenten introducir los dichos inculpativos de aquél a través de testimonios propios. La Corte se pronunció sobre la validez de estos testimonios en 1992 a propósito de la causa "Cabral"⁽¹¹⁵⁾. El supuesto autor es detenido por la policía en la vía pública con objetos de origen delictivo y, aparentemente, de modo espontáneo, "durante el trayecto a la comisaría", brinda datos sobre el lugar en el que se encontraban otros objetos similares también de origen espurio. Con sustento en esa información, se ordena el allanamiento y se encuentran los elementos mencionados. Luego se condena a Cabral también gracias a esta última evidencia. La defensa plantea la nulidad de la declaración por haber sido prestada en sede policial sin la presencia de un juez.

La Corte, en consonancia con el Procurador, dijo al respecto: "La mera comunicación de ese dato, en la medida en que no sea el producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener, como señala el *a quo*, que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación". Además, agregó que era creíble que la declaración de Cabral había sido espontánea porque no había constancia alguna de violencia en su contra.

Los argumentos que usa el fallo para darle validez al testimonio policial son dos: primero, que los dichos del sospechoso no constitu-

(114) MAIER, Julio, *Derecho procesal...*, cit., ps. 667 y ss. afirma que las garantías constitucionales nunca pueden operar en contra del imputado.

(115) Fallos 315:2505.

yen una declaración, sino la "mera comunicación de un dato"; segundo, que al no haber indicios de coacción o violencia, no hay razones para dudar de su carácter espontáneo. En cuanto al segundo aspecto, al de la violencia física, valen los argumentos dados respecto de la "auténtica" declaración en sede policial. La violencia no siempre deja rastros y a veces puede ser sutil, especialmente si el sospechoso se encuentra dentro de un móvil policial en dirección a la comisaría⁽¹¹⁶⁾. El mero hecho de que no haya rastros de violencia en su contra no es suficiente para descartarla. Ya esto sería quizás suficiente para considerar inválido el dato obtenido, incluso aunque no proviniera de una verdadera "declaración" del acusado. La violencia es siempre un modo ilegítimo para obtener información⁽¹¹⁷⁾. A esto se puede agregar, además, que es sano dudar de la espontaneidad del aporte de datos que inculpan a quien los brinda. El sentido común indica que las personas tratan de evitar el castigo penal e incluso meras sindicaciones como sospechosos. Aportar datos autoincriminantes frente a funcionarios policiales no parece ir en ese sentido.

Pero, además, también es muy discutible que las palabras vertidas por Cabral en este caso no puedan ser calificadas de "declaración" con la enorme consecuencia que esto parece tener. En una nota a este fallo, Carrió afirma, sin más, que decir en dónde se encontraban objetos con los que se iba a comerciar ilícitamente es claramente una confesión⁽¹¹⁸⁾. En idéntico sentido se pronuncia Superti en un comentario a otro fallo de similares características⁽¹¹⁹⁾. Debido a que el *nemo tenetur* deriva de un mandato constitucional, la definición de confesión es independiente de la regulación procesal concreta. Aunque cierto ordenamiento defina los términos confesión o declaración de modo tal que no incluya el aporte de datos, si esta conducta puede ser considerada confesión a la luz de la Constitución, el ordenamiento procesal en cuestión puede ser dejado de lado⁽¹²⁰⁾. Ahora bien, ¿es esto confesión para la CN?

Si el objetivo central del *nemo tenetur* es evitar colocar a alguien ante disyuntivas desagradables (cuando una de esas opciones implica la posibilidad de autoincriminación), no caben dudas de que estos

(116) Ver al respecto especialmente "Miranda v. Arizona", 384 US 436, donde se relatan detalladamente los modos sutiles que suele utilizar la policía estadounidense para colocar a alguien en una situación de presión.

(117) Cfr. al respecto lo dicho *supra* punto II.

(118) CARRIÓ, Alejandro, *Otra vez el tema de las confesiones policiales: Miranda está lejos y espera*, nota al fallo Cabral, LL 1993-B-260.

(119) SUPETI, Héctor Carlos, *La declaración...*, p. 389.

(120) Un ordenamiento concreto nunca puede restringir garantías. A lo sumo, puede ampliarlas. Cfr. DE LUCA, Javier, *Pruebas sobre el cuerpo...*, cit., p. 4.

“aportes de datos” deben estar protegidos por la Constitución⁽¹²¹⁾. Como, de acuerdo a lo desarrollado hasta acá, para garantizar adecuadamente estos derechos se impone la presencia de testigos privilegiados, en estos casos se debe tener por vulnerado el derecho a no autoincriminarse. Incluso podría decirse que la falta de formalidad afecta aún más aquello que se quiere resguardar, pues puede suponerse que el sujeto no sabe siquiera que tiene el derecho de abstenerse de testificar.

El argumento eficientista, según el cual no usar ese dato “impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación” (causa Cabral) no afecta a la conclusión arribada. Sin dudas, eliminar los datos que el imputado tenga para aportar a una investigación *siempre* tiene el potencial de perjudicar el esclarecimiento de la verdad. Pero éste es un costo que la Constitución está dispuesta a pagar para proteger aquello que la garantía quiere proteger: la dignidad de los individuos. El argumento eficientista aquí es igual a otros argumentos de este tipo que siempre se encuentran en tensión con la existencia de garantías individuales. La razón por la que la eficiencia debe ceder frente a las garantías es también la misma de siempre: primero está el respeto a los individuos y luego las necesidades sociales⁽¹²²⁾.

En la causa “Jofré” (1994)⁽¹²³⁾, la Corte continúa con una posición a favor del valor de los datos aportados espontáneamente. En el supuesto, la policía detiene, para interrogarla, a una persona que se comportaba de modo sospechoso en el frente de ciertos negocios comerciales. Sorprendentemente, la detenida “admitió ante el preventor el apoderamiento de dos polleras” de uno de los comercios. El juez de primera instancia absuelve a la acusada, porque considera que “el proceso estaba viciado de nulidad toda vez que la pesquisa se había

(121) En idéntico sentido, MAIER, Julio, *Derecho procesal...*, p. 669.

(122) Carrió, siguiendo jurisprudencia americana, realiza a este respecto una distinción que parece poder liberar de ciertas preocupaciones a los eficientistas. Para este autor, la declaración espontánea autoincriminante puede contar en algunos casos. La cuestión pasa por si se está realizando una investigación general, sin sospechoso, o se está realizando una en contra de alguien concretamente individualizado. En el primer supuesto, esa declaración se considera lícita, pero en el segundo no (CARRIÓ, *Otra vez...*, cit., p. 5). Carrió no explica el porqué de la diferencia. Pero la razón debe pasar porque en el segundo caso, al no haber ningún autor sindicado, puede efectivamente confiarse en la espontaneidad de la declaración. Sin embargo, aun en estos casos la duda planteada más arriba sigue en pie: ¿por qué alguien se autoincriminaría voluntariamente? Y a esto también se puede adicionar que, al no haber informado públicamente la autoridad que quien se considere sospechoso no tiene la obligación de decir la verdad, el sujeto que finalmente brinda el dato autoincriminante puede considerar que tiene la obligación de hacerlo, lo que también le quitaría a su declaración el valor que se le pretende dar.

(123) Fallos 317:241.

originado en una confesión extrajudicial que carecía de valor probatorio y no podía ser usada en la causa”. La Corte revoca la sentencia porque, según ella, no se trataba de prueba obtenida ilícitamente, pues fue recabada “sin coacción y como resultado de las averiguaciones que le eran impuestas” a la policía por la ley procesal.

Una vez más la Corte olvida que las pesquisas son impuestas *salvo* que impliquen obligar a alguien a declarar contra sí mismo y olvida también que la forma de obligar a alguien a hacer esto pueden ser muy sutiles, incluso simplemente no informándole al sindicado de su derecho a callar. Idénticos argumentos a los de Cabral y Jofré repite la Corte en las causas “Schettini” (1994)⁽¹²⁴⁾ y “García D’Auro”⁽¹²⁵⁾.

Por supuesto, nada de esto es óbice, como se mencionó más arriba⁽¹²⁶⁾, a que el funcionario policial deje constancia de sus percepciones a la hora de hablar con cualquier individuo. Esta distinción es marcada acertadamente por el magistrado Bossert en la causa “García D’Auro”⁽¹²⁷⁾.

(124) Fallos 317:956.

(125) Voto de la mayoría. LL 1995-B-384.

(126) Ver *supra* nro. 40.

(127) Voto del magistrado Bossert, LL 1995-B-384.