

CUANDO EL PROCEDIMIENTO MATA AL DERECHO

La actividad policial y fiscal bajo el prisma constitucional

por RUBÉN ALBERTO CHAIA

SUMARIO: 1. El punto de partida: instrucción formal, justicia delegada, imputado objeto de prueba. 2. La deformalización de la Investigación Penal Preparatoria. 3. La nueva relación entre el fiscal y la policía en la IPP. 4. El fortalecimiento de la etapa intermedia. 5. El sistema actual de nulidades. 6. Control de los actos inválidos y actos informales. a) La inadmisibilidad. b) La prohibición de valorar. 7. Actos sometidos a control jurisdiccional. 8. Prueba inadmisibile. 9. Actos inválidos y actos informales. 10. Legitimación para cuestionar la validez del acto. 11. El fin del control jerárquico. 12. Consideraciones conclusivas.

Resumen

En este trabajo se estudia la nueva relación entre el fiscal y la policía en la etapa de la Investigación Penal Preparatoria, exponiendo en primer lugar los cambios realizados sobre la base de la implementación del sistema acusatorio. También se explica el controvertido tema de la prueba ilegal.

Palabras clave

Investigación Penal Preparatoria. Prueba ilegal. Nulidades.

Abstract

This paper studies the new relationship between the prosecutor and the police in the criminal investigation phase, exposing primarily the

changes made on the basis of the implementation of the adversarial system. The paper also explains the controversial subject of illegal evidence.

Key words

Preliminary penal investigation. Illegal evidence. Nullities.

1. El punto de partida: instrucción formal, justicia delegada, imputado objeto de prueba

Teniendo en cuenta el lento proceso de cambios de sistemas de enjuiciamiento en el que se encuentra inmerso nuestro país, previo a tratar el tema convocante, entiendo imprescindible abordar el estado de situación actual, esto es, la forma en que son tratados los actos de la instrucción y la trascendencia que cobra la teoría de las nulidades en la llamada “instrucción formal”, instancia inicial y preparatoria de todo proceso penal al amparo del “sistema mixto”.

Recordemos que la instrucción preliminar ha sido definida por Hélie como una “institución indispensable” de la justicia penal encaminada a determinar un sobreseimiento o dar fundamento a la acusación¹. Esta etapa, regulada en los Códigos Procesales de raigambre inquisitivo, tiene por finalidad comprobar “sin demora” presuntos hechos delictivos, individualizar a sus culpables y llevar a cabo contra ellos los actos coercitivos imprescindibles, reuniendo la prueba que dará fundamento a la acusación; en síntesis, con esta instancia se pretende “evitar el peligro del retardo y el peligro de la precipitación”.

De esta forma, a fin de asegurar los objetivos indicados² y procurar la preservación de los resultados obtenidos, se fijaron, de manera me-

¹ Entre otros cfr. MANCINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, El Foro, 1996, t. IV, p. 172; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1981, t. I; JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimiento Penal*, La Ley, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 75.

² Los fines de la instrucción son definidos en los ordenamientos locales en los siguientes términos: 1) comprobar si existe un hecho delictivo; 2) establecer las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o influyan en su punibilidad; 3) verificar las condiciones personales de los imputados; 4) comprobar la extensión del daño causado.

ticulosa, uno o varios capítulos³ dedicados a las formas procesales con su correlato en el dedicado a las nulidades en que podría incurrirse si no se cumplen acabadamente los recaudos de actuación preestablecidos.

Esa idea de regulación legal absoluta es uno de los pilares en que se asentó el sistema de nulidades. En efecto, creyendo posible regular y prever “todo”⁴, el sistema definido por Ferrajoli como “decisionismo procesal” creyó que estableciendo legalmente las situaciones y sus consecuencias se garantizaba una adecuada “gestión del expediente judicial”, claramente definida como la actividad central del proceso. Se partía de la base de que sólo el respeto por las formas del proceso podía hacer realidad las garantías, que no tenían ningún valor fuera de ese ámbito tal como expresamente lo apunta Jofré: “de nada servirían las declaraciones, derechos y garantías consagradas por las constituciones políticas, si faltase el procedimiento adecuado para darles vida en cada caso particular”⁵, considerando que las formas son “la garantía establecida a fin de impedir el capricho y la mala fe de los litigantes, la arbitrariedad de los magistrados y el medio de obtener una sentencia justa”⁶.

Así, mediante las “formas” se buscó proteger el “trámite” visto como un procedimiento universal sin atender el caso, su magnitud, ni la lesión de los bienes en juego, cuestión que se patentiza aún más si repasamos el artículo 71 y su correlato, el artículo 274 del Código Penal. De esta forma, el proceso es definido como “una serie de actos solemnes mediante los cuales el juez, observando formas establecidas por ley, conoce el delito y sus autores a fin de que la pena se aplique a los culpables”⁷.

³ Por ejemplo, en el CPP de Entre Ríos, del artículo 116 al artículo 146 se regulan las formas y el contenido de los actos procesales, las resoluciones y las actas. Del artículo 169 al 176 las nulidades y los modos de subsanarlas. Algo similar ocurre en otros códigos reformados, tal el caso de Salta, artículos 169 a 172 y 220 a 228; Jujuy, artículos 189 a 192 y 220 a 228; Córdoba, artículos 134 a 137 y 184 a 191.

⁴ Claramente reflejado en AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 32.

⁵ JOFRÉ, *Manual de Procedimiento Penal* cit., t. II, p. 12.

⁶ JOFRÉ, *Manual de Procedimiento Penal* cit., t. III, p. 163.

⁷ JOFRÉ, *Manual de Procedimiento Penal* cit., t. II, p. 12, agregando: “La importancia del procedimiento penal ha sido considerada siempre superior a las leyes penales de fondo”.

Vemos entonces cómo la ley procesal adquiere una importancia superlativa, se cree que cumpliendo determinados pasos se arriba a la “verdad”, lo que genera un apartamiento cada vez mayor del problema y, en especial, de la investigación. Tal como lo ha dicho el profesor florentino Piero Calamandrei⁸, la historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas adoptadas originariamente para alcanzar ciertos fines tiende a sobrevivir a su función y a permanecer cristalizada en la práctica aun después de terminada su justificación histórica, como fin en sí mismas. Así, el valor puramente instrumental al que deberían servir para facilitar la justicia se degenera en formalismo y se convierte en objeto de un culto ciego como fórmulas rituales que tienen por sí mismas un valor sacramental. En tales casos no deja de tener fundamento la repugnancia de los profanos entre los cuales es común la creencia de que “el procedimiento mata al derecho”, pues cumpliendo los ritos se aparta al conflicto del centro de atención el que es rápidamente reemplazado por el trámite sumarial, los traslados y las incidencias.

Las formas cobran vida, se independizan de su finalidad prevaleciendo por sobre el propósito para el que fueron creadas. Es Gayo –IV, 11– quien tempranamente comenta los riesgos a los que se exponían las partes que debían pronunciar con exactitud las palabras fijadas, por cuanto un error significaba la pérdida del proceso. Así señala que un litigante que ejercía una acción en virtud de la Ley de las XII Tablas, porque sus viñas habían sido cortadas, en lugar de la palabra “árboles”, escrita en la ley empleó la palabra *vites* y perdió el pleito. Más cercano nos resulta el incumplimiento de un rito judicial y las consecuencias que ello acarrea citado por Calamandrei en su obra maestra la *Cassazione civile*⁹, al indicar como regla aceptada en Derecho común que la sentencia no era válida si el juez al pronunciarla no estaba sentado.

Con la inquisición se implanta y generaliza el sistema escrito, secreto y sin contradicción, desplazando las antiguas formas de dirimir las contiendas judiciales, la burocracia judicial comienza su fructífera

⁸ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, El Foro, 1996, t. I, p. 323.

⁹ CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione Civile*, Torino, 1920, t. I, p. 158.

carrera, se organiza en torno de un proceso ritualizado¹⁰, “seguro” y “confiable”. Este método de trabajo aún impera y la protección de las formas no es más que la protección del sistema, es una manifestación del instinto de supervivencia burocrática. Si las formas caen, el paradigma de Poder Judicial se pondría en jaque.

Las formas no son más que una consecuencia de un “modelo de proceso”, pues allí donde impera la masificación en la atención de causas, la despersonalización, el trabajo colectivo e impersonal, es difícil pensar en una respuesta que no sea mecánica y formalizada sin importar el contenido ni el conflicto, pues en ese marco es imposible adoptar medidas pensando en la totalidad del trámite y mucho más en las personas que intervienen en él. En ese contexto, el cumplimiento del rito nos permite salir airosos, sacar el trabajo de nuestra oficina y “cubrirnos” ante eventuales responsabilidades por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los actos. Cada funcionario se convierte en custodio del expediente, la nulidad consolida el poder interno de los tribunales y con ella se mantiene la jerarquía hacia abajo¹¹.

En definitiva, la burocracia judicial es aliada incondicional de un modelo de control social a través del proceso, porque es allí en donde se encuentra el poder, en el “trámite” no en la respuesta. Quien descrea de esta ecuación puede repasar el número de casos que anualmente se inician y compararlo con el número de sentencias dictadas en el mismo período y verá que estas últimas son ínfimas, lo que demuestra que es el sometimiento al proceso lo que genera la mayor sujeción a las normas y el consecuente temor en la gente que no quiere caer bajo sus garras. Ese escenario permite explicar la pervivencia de las llamadas “resoluciones de mérito” que, más allá de admitir –apelación de por medio– dilatar el proceso, tienen como función obtener un mayor consuetudinario del sujeto hacia el poder, habilitando incluso la imposición de penas anticipadas, modernamente denominadas “medidas cautelares”.

Evidentemente éstas no son las únicas explicaciones de por qué se

¹⁰ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1978, ps. 69 y ss.

¹¹ Ver BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 91.

llegó a un sistema de investigación formal, atado a ritos y alejado de la realidad, es obvio que las formas eran imprescindibles en un sistema de justicia “delegada” en el que el juez confiaba la actividad al secretario, éste a los empleados y éstos a los policías. En este contexto los actos y las nulidades operan como “filtro” y “garantía” del sistema de justicia por encargo, permitiendo excluir o al menos verificar la legitimidad formal de los actos realizados por quienes tenían a su cargo el trámite encomendado.

Ahora bien, desde hace un tiempo, esta forma de actuación, y en particular esta concepción dominada por jueces mecánicos aplicadores de leyes que “todo preveían”, entró en crisis y son varios los motivos que han puesto en jaque esta forma de trabajo. Entre los más salientes podemos mencionar la palmaria y demostrada ineficacia del sistema, lo que, sumado a la irrupción de las garantías constitucionales, ha determinado un cambio en la labor del juez, a quien hoy se le exige que deje de ser –en términos de Montesquieu– la “boca de la ley”¹², que se legitime adoptando una posición de defensa irrestricta del “sistema” de enjuiciamiento aun por encima de los dictados del “Código” Procesal Penal, pero también –y fundamentalmente– que cumpla acabadamente el rol de ser un “tercero imparcial”.

Éste es el ámbito en que nos toca analizar la actuación de los funcionarios policiales y del Ministerio Fiscal, particularmente el impacto de las formas procesales y la eventual exclusión de los actos practicados en abierta violación a ellas, o bien a las garantías que dicen proteger.

2. La deformalización de la Investigación Penal Preparatoria

Como sabemos, uno de los cambios esenciales que trae aparejado el nuevo sistema de persecución penal es la separación de roles. Se concentra en manos del acusador la recolección de elementos indispensables para arribar al juicio oral y público, sitio en donde deberá convencer al juzgador, instancia que, por tanto, se torna central, irremplazable y definitiva.

¹² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2005, ps. 38/42.

Estas notas deberían convertir a la investigación penal en una verdadera “preparación” del plenario o bien permitir la cancelación de toda aspiración persecutoria. En otras palabras, la investigación preliminar debe consistir en la acumulación deformalizada de información que servirá de sustento para decidir si una persona debe ser sometida a juicio, o bien si debe ser desvinculada definitivamente del asunto. Esta caracterización le quita a esta instancia todo rasgo formal dando paso a una actividad de gestión dirigida pura y exclusivamente a constatar si tenemos un “caso” y si ese caso puede ir a juicio¹³.

Los objetivos pueden ser resumidos de la siguiente manera: 1) producir los antecedentes probatorios necesarios para fundar la acusación; 2) practicar las diligencias útiles para el esclarecimiento del hecho; 3) investigar las circunstancias relevantes para determinar los partícipes del hecho y aquellas circunstancias que sirvan para establecer su responsabilidad; 4) impedir que el hecho produzca consecuencias.

Bajo estos parámetros cabe preguntarse si puede tener cabida un sistema de nulidades previsto principalmente para resguardar las formas procesales dentro de un esquema ritualizado, llevado adelante por un juez –no por una de las partes– con el objetivo de hallar la “verdad material” en el marco de una relación distante y mediatizada entre el organismo judicial y el hecho. La respuesta negativa se impone.

La concepción de un sistema construido alrededor de papeles y bajo la máxima *quod non est in acta non est in mundo*, enfocado sólo en preservar la validez de los actos practicados en una instancia preliminar, sólo puede tener asiento en un contexto inquisitivo, con centralidad en la investigación instructoria, secreta y escrita, pero no tiene cabida en un sistema que busque dirimir el “conflicto” a través de un debate oral y público, que considere evidencia a los datos colectados con anterioridad, que los entienda como información que vendrá en auxilio de la “teoría del caso” de los litigantes, pero que en modo alguno podrán ser el soporte de la convicción de los magistrados, ello,

¹³ En este punto hago una pequeña digresión, pues desde la perspectiva que intento exponer llegar al juicio oral ha de convertirse en una verdadera “excepción”, toda vez que las salidas alternativas deberían permitir encontrar una respuesta rápida y eficaz a más del noventa por ciento de los legajos.

por supuesto, con excepción de los adelantos y de los acuerdos probatorios celebrados con intervención del juez de Garantías.

Tradicionalmente los juzgados de instrucción carecieron de control sobre la investigación policial la formalidad del trámite, la rigidez de las comunicaciones, el apego por la escritura, el secreto, la sobrecarga de trabajo, la delegación funcional, la conversión mecánica –mediante la introducción por lectura– de antecedentes instructorios en prueba, la falta de medios, la excesiva duración del proceso, la prisión preventiva como respuesta automática y rápida del sistema y la confesión como “reina” de las pruebas opacaron la relevancia del plenario. Contra este esquema, deformalizar implica omitir todo procedimiento rígido, descartar el valor probatorio de las actuaciones de la IPP, colocando al juicio en el centro de la escena y fuente de convicción de los magistrados.

Así, para salir del modelo inquisitivo debemos utilizar la IPP, para obtener fuentes de prueba que luego incorporaremos al debate mediante un determinado medio probatorio y concentrar nuestras fuerzas en el juicio oral. La tarea central estará dirigida entonces a identificar las fuentes de prueba y el medio adecuado para transportarlas al debate.

Esto no implica un mero cambio de roles, se necesita, entre otras cosas: reemplazar las comunicaciones formales por comunicaciones efectivas, con ello desacartonar los registros, las actuaciones, las notificaciones, las citaciones; permitir la separación o unión de investigaciones; aceptar la incorporación de datos de otros legajos y la colaboración de los fiscales, fuerzas de seguridad y organismos estatales afines; garantizar la fidelidad e integridad del contenido del mensaje, la evidencia, dato o información; aceptar que el propio MPF reglamente su organización garantizando un trato igual pero a la vez flexible adaptable para cada región o sitio en que opere el sistema; establecer un sistema de control jerárquico, organizado y uniforme para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad; descartar una organización “refleja” o “espejada” a la del Poder Judicial.

Facultades autónomas del MPF en la etapa preliminar: 1) tomar declaración a los testigos –la policía debe identificarlos y tomarles

alguna declaración informal a pedido del fiscal–; 2) recoger toda evidencia en cuanto conduzca a la identificación y esclarecimiento del hecho; 3) consignar el estado de las personas, los rastros, las huellas, la descripción del lugar; 4) identificar y secuestrar bajo determinadas normas –v. gr.: cadena de custodia– objetos, levantar los registros, exigir información de persona u organismo; 5) disponer las prácticas científicas, toma de fotografías, filmación, grabación, reproducción de imágenes; 6) ordenar la práctica de autopsia y reconocimiento de cadáver; 7) realizar pericias caligráficas; 8) disponer medidas de vigilancia; 9) tomar declaración al imputado; 10) exigir información a funcionarios y/o entidades; 11) resolver la realización de operaciones científicas y demás médico-legales; 12) prestar auxilio a la víctima; 13) reconocimiento de personas; 14) recibir declaración al imputado; 15) efectuar toda investigación que no implique privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero en el ejercicio de sus derechos más allá de lo necesario y admitido por ley, como podría ser la comparencia del imputado o un testigo a la Fiscalía.

Actuación policial aun sin orden fiscal: 1) practicar arrestos en casos de flagrancia; 2) impedir el acceso a toda persona a la escena del crimen; 3) verificar el estado de las personas, cosas o lugares; 4) verificar la existencia de rastros o huellas practicando las medidas imprescindibles para su secuestro y/o preservación; 5) recoger y documentar evidencia, conforme al protocolo respectivo; 6) identificar en debida forma a los posibles testigos del hecho; 7) tomar breves notas sobre la información que el testigo puede aportar a la investigación; 8) recibir denuncias; 9) ingresar a sitios cerrados o viviendas en caso de urgencia, auxilio, según el Código, y 10) realizar controles de rutina.

Medidas que requieren autorización judicial: son aquellas que impliquen la afectación de derechos reales, personales o medidas intrusivas, por ejemplo: 1) determinados exámenes corporales y médicos; 2) registro domiciliario, con excepción de aquellos casos autorizados por ley; 3) intervenciones telefónicas; 4) interceptación de correspondencia; 5) obtención de fotografías, filmaciones o grabaciones en sitios no públicos, y 6) incautación de objetos y documentos privados.

3. La nueva relación entre el fiscal y la policía en la IPP

Si bien en nuestros códigos procesales la policía aparece como un órgano subordinado y auxiliar en la labor de investigación llevada adelante por el fiscal, en la práctica cumple una función central en la fase preparatoria, siendo por lo general, su tarea determinante y trascendente para el futuro del legajo.

Esta afirmación no resulta exagerada si tenemos en cuenta que los funcionarios policiales son quienes, habitualmente, reciben la *noticia criminis*, acuden en primer término al lugar del hecho, cuentan con una amplia red de atención territorial, poseen los equipos técnicos para llevar adelante las tareas de investigación, cuentan con miles de efectivos divididos funcionalmente, y, además, existe una arraigada costumbre en la gente de acudir a las comisarías antes que a las Fiscalías, lo que le permite contar, en casi todos los supuestos, con información privilegiada de “primera mano”.

De este modo, si bien esta organización jerárquicamente definida pareciera encontrarse sujeta a la voluntad de decisión de quien comanda las investigaciones: por diversos motivos, es muy probable que el fiscal sólo pueda disponer algunas medidas a partir de los datos que recibe de la policía, la que ejecutará sus órdenes cuando crea conveniente y conforme a una constelación de variantes, entre las que sobresalen la existencia de personal, medios y, por sobre todo, voluntad.

En este marco, si bien nuestra policía formalmente dista mucho de contar con las atribuciones de la policía inglesa, única jurídicamente habilitada para realizar actuaciones, ponderar antecedentes, recoger y decidir sobre la investigación preparatoria¹⁴, en muchos casos, al ritmo de una práctica centenaria y poco controlada, parece contar con idénticas facultades.

La preponderancia fáctica policial, sobre todo en provincias en donde el Ministerio Público Fiscal cuenta con un escaso desarrollo y más escaso aún, personal especializado, hace muy difícil en la práctica que cada organización cumpla acabada y legalmente con sus roles institucionales.

¹⁴ Aunque con la nueva legislación el *Crown Prosecutor* puede confirmar la voluntad policial de investigar o archivar el legajo, debilitándose formalmente las facultades policiales desde la creación de la *Prosecution of Offences Act* de 1985.

Esta dificultad se acentúa marcadamente con las nuevas funciones asignadas al fiscal a partir de la sanción de códigos de corte acusatorio, pues de pasar de un rol de “frontón” de la actividad jurisdiccional, con específicas funciones de control sobre la legalidad del proceso, ahora debe tomar las riendas de la investigación desde un primer momento y desde allí decidir entre la persecución y el archivo, entre el juicio y las salidas alternativas, contando en todos los casos con el auxilio policial como único medio de llevar adelante sus funciones, por cuanto, más allá de que pueda en persona ejecutar y/o verificar la práctica de una medida, en la enorme cantidad de supuestos, es la policía quien materializará toda la actividad, convirtiendo al fiscal en responsable de guiar una investigación en la cual los auxiliares policiales serán imprescindibles, lo que ha llevado a muchos autores a afirmar que el Ministerio Público Fiscal, más allá de ser un órgano de dirección y control, se ha convertido en una instancia de legalización de actuaciones.

La importancia de la labor desempeñada por la policía en el marco de la investigación preparatoria y la centralidad de ésta como sitio de decisión sobre el curso de la incipiente investigación hacen que la mayor cantidad de cuestiones relacionadas con exclusiones probatorias, nulidades, y prueba ilegal que puedan plantearse en el proceso tengan su origen en este tramo; por tanto, me parece sumamente importante repasar cuáles son las actividades encomendadas a la policía como punto de partida hacia eventuales planteos.

Entre las atribuciones policiales en su carácter de auxiliar del Ministerio Público en tareas de investigación de delitos, la policía debe concretar las diligencias necesarias perfilando el cumplimiento a los fines de la IPP, procurando no comprometer, con su malograda actividad, los resultados de la investigación.

Como hemos visto, si bien existe subordinación legal del personal policial hacia el MPF, los funcionarios del orden detentan, en determinadas circunstancias, facultades para actuar sin orden fiscal, incluso existen códigos como el de Entre Ríos, en los que pareciera que tienen mayor posibilidad de actuación que el propio fiscal, lo que lleva a éstos a agudizar los sentidos a la hora de controlar la legalidad de esos actos, teniendo presente que el fiscal, aunque escuche y siga su-

gerencias, es quien debe dentro de un marco de actuación objetiva garantizar un procedimiento legítimo, determinar la estrategia a seguir, establecer prioridades, dar respuestas a las víctimas, atender a los medios, lo que requiere un contacto directo, coordinado y permanente entre ellos.

En todos los casos, el proceder policial debe ser limpio, transparente, respetuoso de los derechos humanos a fin de permitir la oportuna y legítima incorporación al juicio de la evidencia colectada, construyendo su credibilidad a partir de la confiabilidad de los datos aportados por los testigos y la indemnidad del material a través de un óptimo manejo de la “cadena de custodia”; caso contrario se abrirá la puerta a incontables dudas y cuestionamientos, que sin hesitación debilitarán la hipótesis acusatoria, sembrando un panorama de incertidumbre y desconfianza poco alentador en función de los objetivos propuestos.

Lo afirmado me lleva a sostener que resulta imperioso cortar de “cuajo” con algunas prácticas mediante las cuales la policía “entrega armado” el sumario al fiscal. Antes era el juez de instrucción quien recibía, “sin beneficios de inventario”, un legajo “completo”; no se puede permitir que ahora sea el fiscal quien lo acepte, esa práctica no representa ningún avance. Si la población está en manos de una incontrolada actuación policial no tiene sentido seguir hablando de “nuevo modelo”. Es sólo legalizar la hipocresía de hacernos creer que se cambió.

Aunque las destrezas y el manejo de la investigación aparezcan más apropiados entre los hombres de la policía que entre los fiscales, no debe continuarse con prácticas que tanto mal nos han causado, ni siquiera en delitos menores, pues es allí en donde se produce el campo más propicio para el “arreglo”, la “transa” o la aplicación de turbios principios de “oportunidad”, pues existe en ese ámbito una mayor flexibilidad, un menor control, incluso mediático, y quizás el mayor drenaje de la confianza de la sociedad en sus funcionarios. Por otra parte, recordemos que para que puedan materializarse delitos menores como la receptación sospechosa, antes tuvo que haber un robo y es allí donde, tal vez sin querer, estamos favoreciendo la comisión de delitos de mayor envergadura e impacto social. No hay lugar para una incontrolada discreción policial, el control no depende de la magnitud

del delito, pero sí el trato al delito tiene mucho que ver con el control que sobre él recaiga.

Los mayores problemas que puede generar la actuación policial se encuentran vinculados a las actividades que, en cierto modo, implican una injerencia en la libertad personal o en los bienes jurídicos fundamentales, situaciones que, por otra parte, resultan, en general, medulares en la comprobación de los hechos ilícitos investigados, pues en el común de los casos de esa actividad se colecta la evidencia que se pretenderá hacer valer en juicio.

De esta manera, la indemnidad de la evidencia se verá amenazada por el trabajo policial descoordinado, asistemático, descontrolado, lo que lleva a recoger inadecuadamente el material o, en casos que se encuentre bien recogido, a que posteriormente se manipule de forma torpe provocando la inutilidad del mismo.

Otra cuestión que se da con habitualidad es la reiteración de medidas ante el malogrado primer procedimiento, lo que lleva a que los funcionarios que asisten en segundo orden concurren absolutamente desalentados o a desgano a sabiendas de que van hacia un campo mal trabajado o por no haber sido ellos los primeros en hacerlo o, peor aún, que buscando el éxito por sobre sus compañeros se “plantan” rastros o se invente una coartada en función de datos falsos.

Así, las reglas claras y asignaciones de responsabilidades resultan vitales para recoger, preservar e introducir correctamente la evidencia en juicio. La comparencia de los funcionarios al debate será necesaria con la salvedad de aquellos supuestos en que se logren acuerdos probatorios. Como veremos, los procedimientos indebidos acarrearán la exclusión de la evidencia o bien la privación de su valor probatorio por falta de certeza sobre cualquier conclusión que se pueda derivar de ella.

Se deben adoptar todos los recaudos necesarios a fin de que los objetos recogidos no pierdan el valor probatorio, evitando la inadecuada manipulación de la superficie, sellándolos inmediatamente a fin de impedir su contaminación, entregándolos en forma al jefe de la unidad, quien comunicará al fiscal para que éste decida si son examinados por expertos y en caso afirmativo indicar qué datos pretende extraer de ellos, entregándose al personal técnico respectivo. La “cadena de cus-

todía” implica la constancia sin interrupción de todos quienes hayan accedido a los objetos y las muestras recogidas, lo que se extiende al transporte y remisión de los objetos.

La policía, entonces, debe manejarse con reglas que permitan un correcto levantamiento de evidencia y su futura conservación. Pero ello no siempre ocurre. La falta de cumplimiento de las reglas puede acarrear la exclusión de la prueba o bien su depreciación.

Como vemos, uno de los problemas principales a los que se deberán enfrentar los fiscales es la forma en que se dirige la investigación y, sobre todo, cómo se colecta el material que será introducido a juicio. La construcción de una cultura superadora del modelo inquisitivo, en el cual la confesión era central y para ella se dedicaba todo el esfuerzo, es vital si se quiere avanzar en un modelo respetuoso del Estado de Derecho, pero además eficiente en el esclarecimiento de los hechos más violentos de la sociedad.

Se precisan estrategias de investigación, equipos interdisciplinarios, medios tecnológicos, informáticos, coordinación de tareas con todos los organismos y servicios dedicados a la persecución del delito, pero además la voluntad política de cambiar. Éste es un gran desafío si tenemos en cuenta que durante muchos años no hubo verdaderas prácticas de investigación ni juicios orales, por cuanto la mayor cantidad de pruebas fue “introducida por lectura” y los policías más que prestigiar la medida, con su presencia en el debate, coadyudaban a demostrar, de modo incontrastable, que las cosas se habían hecho mal.

Años de juicios escritos llevaron a restarle importancia al rol de los policías en la investigación penal, a despersonalizar su función, a crear la ficción de las “actas sin rostros”, suscriptas por funcionarios que luego “pasaban” a firmar por la seccional. La omisión de citarlos en juicio facilitó esa práctica, que por otra parte evidencia la incapacidad del sistema para esclarecer, legalmente, los delitos, demostrando, además, que el apego por las formas y la pretendida función de “garantías” que ellas encarnaban es una verdadera hipocresía. Se consignan formas para proteger “garantías” en tanto éstas son fagocitadas por los actos “formalmente realizados”, tal como sucedió con la aplicación legalizada de la tortura. Si bien había una norma que impedía repetir la “sesión” de tortura, en los tribunales medievales españoles, esta

prohibición fue salvada de manera casuística mediante el subterfugio de considerar la segunda o tercera “aplicación” como “continuación de la primera”. Así el acta que instrumentaba que la “sesión” no era finalizada con cada tormento, sino que continuaba en cada acto¹⁵.

Es claro que el principal desafío en la relación fiscal-policía es superar la cultura inquisitiva, quitarle las funciones ritualizadas y burocráticas que tenía el cuerpo de funcionarios policiales y asignarles tareas reales de investigación que deben ser realizadas por “investigadores”, no por policías administrativistas. Se debe superar la relación entre el policía y el secretario del juzgado de instrucción, hay que definir objetivos y para eso se precisa “estrategas”.

La comunicación debe ser fluida y deformalizada, lo que redundará en una investigación rápida, flexible, estratégica y por sobre todo eficaz. Las instrucciones verbales que emita el fiscal son perfectamente válidas, debiendo, a mi juicio, dejarse constancia de ellas en el legajo de investigación a fin de darle respaldo y sustento al policía que las ejecuta.

Se debe organizar un sistema que garantice un control efectivo y sistemático sobre la actividad investigativa desarrollada por la policía, pero además que impida los abusos funcionales que por lo general terminan en denuncias que provocan incómodas situaciones, por cuanto son los propios fiscales los que deben investigar a sus auxiliares o colaboradores directos, lo que sin dudas repercute en la relación diaria de ambas instituciones. Se debe buscar un equilibrio entre garantías y eficiencia que tenga como prioridad el respecto irrestricto por la ley y los derechos individuales de las personas sometidas a proceso. El control directo y permanente redundará además en mayor credibilidad para la institución y sus hombres, lo que resulta plenamente saludable a la hora de construir una teoría del caso con asiento en evidencia colectada por los funcionarios del orden. La función preventiva de la policía y su preparación eminentemente militarizada la hace poco permeable a adoptar parámetros constitucionales en el marco de una investigación, cuyo fin es absolutamente distinto al de prevenir. Se ve cómo los mismos jefes encargados de la prevención, frustrados ante

¹⁵ Cfr. TURBERVILLE, Arthur Stanley, *La inquisición española*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 60. Éste es un claro ejemplo de cómo la ingeniería de la verdad creó la fantasía de que respetando formas se llegaba a la verdad.

la comisión de un ilícito, toman como necesario el castigo del autor y pretenden, a cualquier costo, asegurarse el resultado de una investigación encontrando un culpable –actúan bajo la lógica que “no hay delito sin castigo”–, sin reparar, en ocasiones, en si ese culpable es el verdadero autor del hecho.

Por ello el equilibrio es fundamental, como lo es aquel que se precisa para evitar asfixiar la labor policial por sobredosis de injerencia del fiscal, llevando el tema a un terreno burocratizante y paralizante de la investigación. Los fiscales están obligados a indagar aspectos relacionados con su propia estrategia y aquellos que puedan servir al imputado para su defensa, excluir o eximirlo de responsabilidad; esto se llama principio de objetividad, diverso al de imparcialidad, propio de los jueces.

En definitiva, es obvio que debe trabajarse y mucho en cambiar la relación entre el fiscal y la policía, y, por sobre todo, las prácticas policiales, especialmente adecuándolas a parámetros apropiados para poder llevar, con éxito, un caso a juicio, o bien descartar su investigación mediante salidas alternativas.

4. El fortalecimiento de la etapa intermedia

Teniendo en cuenta que la finalidad de la investigación preparatoria es recoger la evidencia probatoria suficiente para fundar o bien deestimar una acusación, debemos analizar ahora el paso desde esa instancia al juicio: la llamada etapa “intermedia” o “crítica”, sin perder de vista que toda investigación coloca al fiscal en la disyuntiva de solicitar el sobreseimiento o formular acusación. También esta instancia sirve para resolver cuestiones fundamentales en materia probatoria, toda vez que la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba que deberá producirse en el plenario será motivo de discusión aquí¹⁶.

¹⁶ Aclaro que no todos los códigos han previsto una instancia intermedia en manos de un tribunal distinto del que investigó o diverso del que juzgará, por tanto el control deberá darse en la IPP, o bien al tratar las cuestiones preliminares ante el tribunal de juicio. Tres son los posibles sistemas de control una vez finalizada la investigación inicial: 1) el primero está dado en la apertura del juicio, la defensa no tiene posibilidades concretas de manifestarse con antelación sobre el mérito de la investigación para ir al juicio, sólo puede invocar excepciones o solicitar el sobreseimiento, este método

La etapa “intermedia” o de “preparación” del juicio surge con el establecimiento del instituto de la clausura de la instrucción criminal como presupuesto necesario para pasar al juicio oral. La función primordial de esta etapa es controlar el requerimiento acusatorio y evitar que cualquier persona pueda ser infundadamente expuesta al juicio oral.

Aunque se discute cuándo culmina esta etapa, la resolución de remisión del legajo a juicio o auto de enjuiciamiento debería marcar su fin¹⁷. El control de acusación puede ser “real” o “formal”¹⁸, es decir, que no se expida en verdad sobre el mérito de los elementos reunidos para formular acusación, sino más bien sobre si se dan los recaudos para pasar a la instancia siguiente.

La etapa –en Entre Ríos es absolutamente oral y pública– es dirigida por el juez de Garantías y tiene por cometido dirimir: 1) planteos no formulados anteriormente sobre excepciones previas y prejudiciales; 2) cuestiones de competencia del tribunal; 3) precisar la calificación legal¹⁹; 4) debatir sobre la prueba que será introducida en debate; 5)

es claramente de corte inquisitivo; 2) en el segundo, regulado en los códigos mixtos, la defensa se opone al requerimiento y el juez es quien decide sobre la pertinencia de enviar el trámite a juicio oral; 3) el tercero es la instancia intermedia propiamente dicha, aquella en la cual el juez de Garantías, sujeto distinto al que investigó, verifica el mérito de los antecedentes reunidos y decide remitir el legajo a juicio.

¹⁷ Algunos autores insisten en señalar que ese momento se produce con la apertura del juicio oral, otros, en tanto, con el auto de citación a juicio, o bien con la calificación provisional del hecho. Entre otros ver: GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, ps. 402 y ss.

¹⁸ Quienes postulan un control meramente “formal” sostienen que de ese modo se evita una intromisión en la labor del fiscal y se preserva la discusión para el juicio, afirmando además que la decisión de ir a juicio debe estar en manos del fiscal y no del juez. El control también ha sido llamado “negativo” o “positivo” según las funciones de elucidar si se dan los requisitos para el juicio o, por el contrario, no se dan y debe sobreseerse al imputado ante un ineludible pronóstico de sentencia absolutoria en el juicio. Como dato ilustrativo, cabe mencionar que el artículo 320 del CPP de Costa Rica dispone que el juez puede, de oficio, ordenar que en debate se reciba prueba “cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones realizadas”.

¹⁹ Para algunas regulaciones y autores, puede darse la discusión de la calificación legal sólo cuando ello incida en la libertad del imputado, caso contrario se veda el tratamiento al considerar que no es definitiva ni ocasiona perjuicio alguno.

perfeccionar convenciones probatorias; 6) otorgar prórrogas para concretar diligencias; 7) tratar planteos en torno a la continuidad o cese de medidas cautelares; 8) arribar a salidas alternativas. En tanto, si el control es “real” además es factible: 1) evaluar si la investigación preparatoria contiene o no elementos para ir a juicio, y 2) controlar en general la acusación fiscal y advertir los posibles errores que contenga.

Esta instancia le permite al fiscal cerrar definitivamente la investigación e iniciar el tránsito hacia el plenario, a fin de poner en práctica su “teoría del caso”, o bien llegar a un convenio que permita una salida anticipada. Para la defensa significa conocer en detalle la imputación que le será dirigida, la prueba con que se cuenta y las alternativas que el caso presenta a fin de arribar a algún acuerdo. Como vimos, los contendientes tendrán la oportunidad de discutir las medidas cautelares pendientes cuando ello dependa de la calificación legal del hecho y, además, de poner a consideración del magistrado la aceptación de acuerdos probatorios y la conformidad o el rechazo con las medidas de prueba que intentarán hacer valer en juicio, por lo que resulta fundamental que la discusión se dé en el marco de una audiencia oral y pública, con asistencia obligatoria de las partes involucradas en la que el juez deba decidir de inmediato cada tema abordado.

De este modo aquí se produce la: 1) corrección o saneamiento de los actos de investigación como podrían ser: identificar al imputado, expurgar vicios en la actividad, determinar correctamente la imputación; 2) depuración de la prueba a fin de no trasladar elementos cuestionables, inciertos o sobreabundantes a la instancia ulterior; 3) decisión judicial que admita la acusación y la prueba que la sustentará, como también la que hará valer la defensa, pudiendo –depende de la regulación– dictar el sobreseimiento, o bien imponer al fiscal la práctica y/o incorporación de determinadas diligencias o de nuevos elementos probatorios²⁰.

En relación con la depuración de las pruebas, más allá de la cata-

²⁰ La doctrina sostiene que en esta instancia prima el aforismo *in dubio pro accusazione o pro societate*, mientras que en el juicio el *in dubio pro reo*, ver: ÁLVAREZ, Alejandro, *El procedimiento intermedio*, en *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 156. Sería lógico que el control sea meramente “formal” para preservar la garantía del juez imparcial. Así advierte Ferrajoli

logada de ilícita o inválida, puede ser excluida cuando: 1) su producción en juicio resulte impertinente o sobreabundante; 2) se ofrezca para acreditar hechos públicos y notorios; 3) resulte dilatoria o extraña al objeto debatido; 4) haya sido declarada nula en la IPP.

5. El sistema actual de nulidades

En un contexto de trabajo delegado y formalizado como es el proceso inquisitivo, la nulidad es concebida como una “sanción” –tanto para el acto como para quien lo dicta–, que impide surtir efectos e incorporarse al proceso al acto realizado de manera contraria a las formas establecidas por ley²¹.

Según los distintos autores, se las clasifica de diferentes maneras: genéricas y específicas, absolutas y relativas, taxativas y abiertas, virtuales e implícitas; sin embargo, es posible afirmar que conviven²² dos sistemas: uno que actúa bajo una regla taxativa, legalmente prevista en los ordenamientos procesales, y otro mediante una fórmula constitucional abierta, sin mayores descripciones, permitiendo al juez, en el caso concreto, determinar si tiene o no cabida la sanción.

En cuanto al perjuicio, la discusión aún continúa y mientras algunos fallos insisten en tratar a la nulidad como un incumplimiento meramente formal, sin que importe la existencia de un perjuicio, otros, observando

que la separación entre el juez y la acusación representa una condición esencial de imparcialidad del juez respecto a las partes e impone a la acusación la carga de la imputación y de la prueba (*Derecho y Razón* cit., p. 567).

²¹ Entre otros ver: CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960, t. II, p. 284; LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ejea, Buenos Aires, 1989, t. I, p. 689; NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1986; CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 488 y ss.; TORRES, Sergio, *Nulidades en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 31. Señala Couture que definir la nulidad como lo que no produce ningún efecto: *nullum est quod nullum effectum producit*, significa, en todo caso, anotar sus consecuencias pero no su naturaleza. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 373.

²² Singularmente caracterizado por BINDER, en *Invalidez de los actos procesales y formas del proceso*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2001-1, *Garantías constitucionales y nulidades procesales – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 207 y ss.

más el contenido material del trámite que el trámite en sí, exigen un perjuicio real y concreto.

En el primer supuesto, no es de extrañar que en un marco de actividad judicial, entendida como aplicación mecánica de la ley, el juez anule aquellos actos “viciados” por incumplimiento de las formas preestablecidas, lo que resulta incompatible o al menos raro en la visión de un juez preocupado por garantizar el respeto irrestricto de la Constitución por encima de la ley procesal.

Pero, y más allá de la discusión del modelo, entiendo que la declaración de nulidad como demostración del incumplimiento de ciertas formas es una suerte de “válvula de escape” que permite la subsistencia del sistema anclado a su pasado inquisitivo. En cierta forma intuimos que investigamos de modo autoritario, que encarcelamos preventivamente y sin condena, que el juez no es imparcial; por tanto, si nos equivocamos y acreditamos que el trámite es erróneo anulamos, otorgamos la razón.

La nulidad en la matriz de enjuiciamiento “mixto” es esencialmente la contracara de un proceso signado por un trámite autoritario, secreto, escrito y sin posibilidades reales de contradicción, por ello se permite su funcionamiento y, de tanto en tanto, se hace lugar a algún planteo. Es una suerte de “bocanada de aire” que permite a todos los participantes sacar algún provecho, aunque más no sea, mediante la dilación del trámite. Como funciona hoy, es el precio que pagamos por un sistema intrínsecamente injusto. Seríamos algo así como cómplices de un modelo perimido que sigue funcionando con este tipo de excusas. De vez en cuando decretamos una nulidad y así todo continúa. Pero tal como lo hemos advertido, este proceder ha demostrado ser tremendamente inadecuado desde el punto de vista de los objetivos propuestos: ni sirve para la tutela de los derechos del imputado, ni asegura un piso mínimo de eficacia en la investigación y represión del delito.

6. Control de los actos inválidos y actos informales

Bien refiere Miranda Estrampes²³, la teoría de la prueba ilícita es

²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo de 2010, p. 132.

quizás una de las más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez una de las más apasionantes, pues presenta claras implicancias y connotaciones constitucionales. La primera dificultad deriva de la diferente terminología que utilizan la doctrina y la jurisprudencia, empleando de modo indistinto términos como “prueba prohibida”, “prohibiciones probatorias”, “pruebas ilegales”, “prueba ilegalmente obtenida”, “prueba ilícita”, “prueba inconstitucional”, “prueba irregular”, “prueba clandestina”, “prueba inválida”, “prueba defectuosa”, “prueba inadmisibile”, “prueba nula”, entre otros.

Arbitrariamente, en este breve trabajo llamaré por oposición a los actos “válidos”, actos “inválidos” y actos “informales”. Los primeros cuya legitimidad resulta cuestionada y que pueden llegar a ser excluidos en la etapa preliminar, o bien durante el juicio oral. Los segundos en cambio, deberían ingresar al debate y ser valorados allí.

Realizada esta aclaración y continuando con el análisis que nos convoca, debo remarcar que a partir de la detección de un acto contrario a los parámetros constitucionales, se discute si debe tener alguna repercusión en el proceso, o bien si sólo debe sancionarse al autor del mismo, aprovechando sus frutos. En el primer caso se debate, además, si debe declararse su inadmisibilidad o prohibirse su valoración²⁴. Para responder adecuadamente estas preguntas deben analizarse las diferentes etapas del proceso y, por supuesto, los efectos que la declaración acarrea.

El proceso penal debe ser el fiel reflejo de la vigencia del Estado de Derecho y en ello las exclusiones probatorias juegan un rol vital. Son tres los momentos en que puede darse el tratamiento con relación

²⁴ En los EE. UU. la ineficacia de la prueba ilícita es tomada como sinónimo de inadmisibilidad materializada a través de la regla de exclusión. Tres son los objetivos perseguidos: 1) disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal a fin de que no obtengan evidencia de modo ilícito; 2) evitar que los tribunales se conviertan en cómplices de actos ilícitos aceptando evidencia ilegal; 3) impedir que el Estado se beneficie con el accionar ilícito. Como antecedente de la teoría puede ubicarse al caso “Boyd vs. United States”, 116 US. 616, 1886, formulada luego en “Weeks vs. United States”, 232 US. 383, 1914, “Silverthorne Lamberto Co. c/Unites States”, 251 US. 385, 1920 y “Nardone c/United States”, 302 US. 379, 1937, in extenso, cfr. CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 120 y ss.

a la legitimidad de los actos realizados en la IPP, y dos las posibles consecuencias negativas a las que pueden enfrentarse.

En efecto, el “control de calidad” de la información proveniente de prácticas preparatorias puede darse en las siguientes instancias: 1) durante el desarrollo de la audiencia en la etapa intermedia; 2) en el curso del juicio oral, cuando el tribunal advierte que la prueba es ilícita y que debió ser excluida, o bien se produce allí la ilicitud, o bien es solicitada por la parte²⁵; 3) a pedido del interesado, durante el desarrollo de la IPP²⁶.

Las consecuencias negativas del control jurisdiccional de los actos preparatorios pueden ser clasificadas según la trascendencia que tengan en el curso del trámite, así podría sancionarse mediante la declaración de: 1) inadmisibilidad o, 2) prohibición de valoración.

a) *La inadmisibilidad*

La inadmisibilidad debe preferirse por encima de la prohibición de valorar en la instancia del juicio, pues significa otorgar primacía a un juicio oral y público transparente, con reglas de juego claras, evitando que el tribunal se contamine con pruebas que, pese haberlas recibido, se niega a meritar, evitando también que deba decidir sobre la particular cuestión que implica quitarle a la parte una porción del fundamento de su teoría del caso, lo que generalmente lo hace tomar partido anticipadamente.

²⁵ En Chile se regula mediante un recurso de nulidad previsto en el art. 372 del CPP, y es resuelto por la CSJ a tenor de lo dispuesto por el art. 376 del ordenamiento procesal. Se estima probable que el juez de garantías falle en el control y se le acuerda a la parte un recurso ante el propio tribunal por infracción de derechos o garantías constitucionales.

²⁶ Esto es mediante un planteo del afectado al juez de Garantías en forma previa a la audiencia preparatoria. En este supuesto la evidencia será admitida o excluida anticipadamente, sin perjuicio de eventuales planteos posteriores para el supuesto que se reúnan nuevos elementos, caso contrario estimo que no podría volver a plantearse la cuestión sobre idénticos fundamentos. Se discute si este planteo puede hacerse previo a la audiencia preparatoria, entiendo que no habría inconvenientes, salvo que la actividad sea manifiestamente dilatoria. No obstante ello considero que siempre debe admitirse si la invalidez se plantea sobre algún acto que motivó el dictado de una medida cautelar.

Esta tarea debe necesariamente ser realizada por el juez de Garantías en la etapa intermedia, o bien en la investigación preparatoria ante el planteo expreso de alguna de las partes. Con esto, el juez de juicio sólo deberá concentrarse en valorar y no en incluir o excluir elementos probatorios. Éste es un dato importante para mantener la intangibilidad de la acusación y la defensa, presupuestos de la teoría del caso de cada uno de los contrincantes, pues en ocasiones vemos cómo todo el juicio giraba en torno a una prueba, la que a la postre era declarada nula y con ello caíamos en la cuenta de que todo el trámite del juicio oral fue inútil. Este control permite concentrar al juez en su labor fundamental: decidir sobre el fondo del tema: “culpable” o “inocente”.

Por eso considero que la instancia intermedia es de fundamental importancia a la hora de depurar el juicio venidero, allí es donde verdaderamente se debe decidir qué prueba se va a rendir en el plenario y cuál será objeto de inadmisibilidad, convirtiéndose en una infranqueable barrera de control sobre la legalidad de las fuentes y los medios probatorios, evitándole al juez de juicio tener que decidir sobre la exclusión de pruebas.

b) *La prohibición de valorar*

Esta situación se da durante el transcurso del juicio oral ante la omisión de un tratamiento oportuno en la instancia preparatoria, o bien porque en la rendición de la prueba en el plenario se generó la ilegalidad que finalmente la hace caer. Muchos de los ordenamientos vigentes hablan de “prohibición” ante la ausencia definida de instancias de control previo, o bien por una suerte de preferencia por este modo de trabajar.

7. Actos sometidos a control jurisdiccional

En punto a definir qué actos pueden ser sometidos al control de admisibilidad y cuáles al de prohibición de valorar, debo señalar que en principio todos y cada uno de los actos de la IPP deberían ser sometidos a este paso previo, sin importar que sean parte de la actividad deformalizada realizada por la Fiscalía, o bien que compongan el núcleo de pruebas ordenadas por el juez de Garantías en los llamados “anti-

cipos probatorios²⁷, ya que en esta instancia se controla toda la actividad preparatoria.

Es lógico suponer que los actos del fiscal serán simples anotaciones, pues tienden a identificar fuentes de prueba más que a plasmar su producción. El tema no es qué tipo de exigencia formal tienen, pues el control debe necesariamente pasar por otro lado: la violación de garantías constitucionales, entendidas como el límite impuesto a la potestad estatal de someter a juicio a sus ciudadanos.

8. Prueba inadmisibles

La tensión entre la necesidad de investigar el hecho y el respeto por los derechos fundamentales se refleja en las constantes fricciones que suelen tener los actores, pues como todos sabemos existe interés en averiguar la verdad de lo sucedido, pero ese objetivo no puede lograrse a cualquier precio²⁸. Un adecuado funcionamiento de la justicia penal no puede darse sin acordarle ciertas facultades de intervención, pero también es cierto que el Estado no puede reaccionar contra el delito igualándose al delincuente²⁹. La prueba ilícita, entendida como aquella realizada u obtenida mediante actos que importen la afectación de garantías constitucionales³⁰, se erige entonces en límite de la actividad persecutoria.

²⁷ Los antecedentes de la investigación preparatoria carecen de valor probatorio con excepción de la prueba anticipada dada por la posibilidad de que un perito o un testigo que no puede concurrir al juicio oral sea interrogado y contrainterrogado en una audiencia señalada al efecto ante el juez de Garantías. Siempre el juez debe examinar el pedido y la contraria contar con la posibilidad de asistir y contrainterrogar.

²⁸ Así: BGH, sent. del 14-6-60, BGHS 14, 358, 365, al establecer: “no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”, al recoger la tesis de BELING en *Die Bewwisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung in Strafprozess*, Brelau, 1903. En esa línea, entre otros: ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 191; MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 117; MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 663.

²⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Palestra Editores, 1999, p. 95.

³⁰ MIRANDA ESTRAMPES, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones* cit., p. 133. En sintonía, Borrego sostiene que debe mirarse el

La averiguación de la verdad, como base de la administración de justicia penal, constituye una meta general del procedimiento, pero ella cede hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a ella por caminos reñidos con el Estado de Derecho. Se trata de convertir un principio absoluto –llegar a la “verdad”– en uno relativo, pues reconoce principios superiores que en ocasiones, cuando entran en conflicto, lo anulan³¹.

Ahora bien, intentado escapar al sistema formalista y de ese modo evitar privar de efectos a los actos trascendentes de la investigación cuando los mismos pudieren haber incumplido sólo requisitos rituales, creo necesario morigerar los efectos de la exclusión y de ese modo evitar sacrificar la averiguación de la verdad, permitiendo el ingreso de ese elemento al plenario, otorgándole a la parte que lo ofreció la posibilidad de producir la prueba por medios alternativos, virando entonces el foco de atención hacia el “valor” que puede asignársele a la prueba y no atendiendo a su “validez”.

Si bien el concepto de “prueba ilícita” suele usarse de diversas formas que hacen tanto a la producción como a su incorporación y utilización, distinguiéndose además si la afectación se refiere a normas procedimentales o constitucionales, entiendo que, aplicado a la etapa de investigación preliminar, la prueba ilícita es únicamente aquella actividad llevada adelante –en cualquiera de las fases, sea: decisión, ejecución, obtención e incorporación de información al proceso– en franca violación a las “garantías constitucionales”³².

acaecimiento de la lesión insalvable que pudiera haber afectado a la gestión de los litigantes, agregando que no hay cabida a la nulidad sin constatación del perjuicio. BORREGO, Carmelo, *Nuevo proceso penal. Actos y nulidades procesales*, Livrosca, Caracas, 1999, p. 373.

³¹ MAIER, *Derecho Procesal Penal* cit., p. 664, cuestión advertida por HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 1968, p. 271, al admitir las prohibiciones probatorias en función de los intereses en conflicto entre la averiguación de la verdad y otros superiores.

³² El inc. 3º, del art. 276 del CPP de Chile, reza: “las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias [...] que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”. De redacción similar: art. 175 del CPP de Costa Rica. El art. 11.1, LOPJ española, que dice: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentado los derechos y libertades fundamentales”, interpretada

Ahora bien, a la hora de conceptualizar ese sistema de garantías se podría decir con Ferrajoli que son límites a la potestad punitiva estatal orientados a la contención de la violencia y la exclusión de la arbitrariedad principalmente en la fase de la indagación, pues fueron pensadas para que cumplan funciones dentro del proceso de cognición³³. Así, cuanto más se acerque el poder punitivo al sospechoso o a su vida privada, mayor intensidad cobrarán los límites a la averiguación de la verdad. Desde esta perspectiva, el peso del sistema de nulidades va abandonando la dogmática de presupuestos y requisitos del “acto” y se orienta básicamente al respeto de las “garantías constitucionales”³⁴.

entre muchos otros casos en STS, sala 2ª, de lo Penal, 12-3-2001. En nuestro país, la mayoría de los ordenamientos procesales continúan con las previsiones genéricas y específicas ya apuntadas con excepción del CPP de Chubut, arts. 161 y ss. Existen proyectos de reforma que sí contemplan variantes sobre este tema, por ej., los arts. 85 y ss. del proyecto de CPP para Río Negro, 125 del proyecto de CPPN, de Albrieu, Vega, Stolbizer, Barrandeguy, Rossi, Aguad, 127 del proyecto de CPPN, de Beraldi, entre otros.

³³ FERRAJOLI, *Derecho y Razón* cit., ps. 43 y ss. El proceso penal no debe ser potestativo, no tiene que confiarse a la sabiduría de los jueces ni a la “verdad sustancial” que ellos poseen, debe ser diseñado para reconstruir los hechos mediante juicios de valor, basados en procedimientos cognoscitivos –fase de investigación–, expuestos a controles objetivos y racionales realizados mediante “reglas de juego” que garanticen la “verdad procesal”.

³⁴ Así: CAROCCA, Alex, con cita de MÉNDEZ, Ramón, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 388. Por su parte, Miranda Estrampes sostiene que debe diferenciarse entre el “principio de legalidad de la prueba” y el principio de ilicitud de la prueba”, agregando que el primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos por ley, en tanto el segundo supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales; distinguiendo así entre prueba “ilícita” y prueba “irregular”. MIRANDA ESTRAMPES, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones* cit., p. 132. Ferrajoli afirma que la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos son el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas (*Derecho y Razón* cit., ps. 537 y ss.). También: Rogall ve en las prohibiciones probatorias como garantía de los derechos individuales, *ZStW* (91) 1979, ps. 16 y ss., en AMBOS, Kai, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización*, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2009-1, *La prueba en el proceso penal – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 73; Teresa Armenta Deu, al sostener: “cabe apreciar una tendencia a restringir el concepto de prueba ilícita

Pero esa definición por sí no resulta suficiente a la hora de despejar el camino hacia una nueva visión del tema, y si bien reconozco que los intentos por establecer criterios de validez general han fracasado, considero necesario enfocarnos en un sistema con base constitucional que reemplace el asentado en la ley procesal y que combine una seria afectación y un perjuicio concreto, lo que permitirá cambiar el eje de debate y colocar la protección de las partes y la centralidad del conflicto por sobre el análisis del mero cumplimiento de normas procedimentales.

De esta manera, si bien se reconoce el derecho a un “debido proceso”, “justo en su totalidad”, se establece que no toda infracción formal supone la exclusión de la información y existen diversos criterios para mitigar la pérdida de la información obtenida a través de la medida cuestionada³⁵. A modo de ejemplo podemos mencionar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha elaborado diversas teorías acudiendo al “principio de proporcionalidad” –*Verhältnismässigkeitsprinzip*–; así, postuló la “teoría del ámbito de derechos” –también: “teoría de los tres círculos o esferas”, o “teoría del círculo jurídico”, *Rechtskreis-theorie*, BGHSt 11,213– tomando en consideración el grado de afectación en el ámbito de protección de los derechos de la personalidad garantizados en el artículo 2.1 de la Constitución, en relación con la dignidad de la persona humana.

a los supuestos de vulneración de derechos constitucionales”, en “*Exclusionary Rule*”: *Convergencias y divergencias entre Europa y América*, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2009-1, *La prueba en el proceso penal – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 20. Chiara Díaz propone un giro en la forma en que se aborda el tema al indicar: “Habrà que ahondar pues, en el camino exploratorio de un análisis nuevo de la actividad procesal defectuosa a partir de reconocer el rol específico y autónomo de las formas rituales, vinculadas con el esquema institucional del debido proceso, según la Constitución y las garantías de los justiciables”. CHIARA DÍAZ, Carlos, *Las nulidades y los medios de impugnación en el proceso penal*, Delta, 2001, p. 15. Interesante propuesta realiza Carolina Ahumada en *Crisis actual del sistema de nulidades en el CPPN y lineamientos para la reforma*, en *Revista de Derecho Procesal Penal, El proceso penal adversarial, Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 191/2.

³⁵ Entre otros criterios, Montero Aroca exige: 1) que la infracción tenga entidad suficiente para lesionar el derecho de defensa; 2) que trastoque la regularidad del acto impidiendo que produzca efectos; 3) que coloque a la parte en situación de indefensión. MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 142.

Con arreglo a esta teoría se busca reconocer si la afectación es de primer o segundo orden. Así establece que el núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada –privacidad personal– es inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*. La segunda esfera de protección admite las intervenciones estatales dependiendo de la ponderación con las observancias de las exigencias derivadas del “principio de proporcionalidad” entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del *ius puniendi*, son los intereses de una administración de justicia penal funcional, esto es, vincular la gravedad del delito con la intensidad de la afectación. Por último, la tercera esfera de las intervenciones estatales se admite ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho de libre desarrollo de la personalidad³⁶.

Otro intento en determinar los alcances de la actividad persecutoria y los límites de la exclusión lo constituyó la teoría del “fin de protección de la norma” –*Schutzzwecklere*– por medio de la cual se cuestiona si el sentido y el fin de una disposición procesal infringida demandan explícitamente una prohibición de utilización, ponderando en particular

³⁶ Distinción no exenta de dificultad a la hora de determinar cada uno de los círculos, que ha sido criticada, entre otros, por Roxin y Jager. También el TC Español justifica la exclusión en un modelo procesal de naturaleza constitucional ligado al “derecho a un proceso con todas las garantías”. Así, toda interdicción o prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, contraría el derecho a un proceso con todas las garantías. Esto lleva a Miranda Estrampes a concluir que la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías. Aunque más adelante relativiza su función agregando que la regla de exclusión ha dejado de ser una garantía procesal de carácter constitucional derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico para convertirse en un “simple remedio procesal” que puede dejar de aplicarse cuando las necesidades de tutela de los derechos sustantivos no lo exijan. MIRANDA ESTRAMPES, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones* cit., p. 136. También resalta la perspectiva constitucional Andrea Planchadell Gargallo, con citas de ASCENCIO MELLADO y GÁLVEZ MUÑOZ, en *Las ocho sentencias más importantes de la jurisprudencia española en materia de prueba prohibida: un breve comentario*, en *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal*, coord. por Juan Luis Gómez-Colomer, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 122, al igual que los colombianos Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, en una de sus obras: *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, 2004.

los intereses estatales en la persecución penal y los individuales del ciudadano. Finalmente, la “teoría de la ponderación” –*Abwagungslehre*– concreta los intereses a ponderar, tomando en cuenta la gravedad del hecho imputado y el peso de la infracción³⁷.

Vemos que en general, con sus matices, giran en torno a la “proporcionalidad” de la afectación. Pero más allá de las teorías propuestas, estimo que se impone una ponderación particular en cada caso observando si la infracción formal implica una afectación de importancia en la esfera jurídicamente protegida del sujeto o, por el contrario, es sólo una cuestión procedimental menor. En este orden, será la jurisprudencia, mediante una prudente y fructífera construcción, la que determine cuál es el nivel de lesión requerido para fulminar el acto, ello sin perder de vista los fallos señeros emanados de nuestro Máximo Tribunal Federal y la sabia elaboración doctrinaria que ha intentado distinguir en qué ocasiones la actividad persecutoria lesiona derechos fundamentales ligados –centralmente– a las garantías del “debido proceso”, la “no autoincriminación” y el “derecho a la privacidad”.

Esta cuestión no se encuentra exenta de discrecionalidad y, por tanto, no resulta sencillo determinar el punto en que la lesión deja de ser leve y pasa a considerarse fundamental en función de ponderar la sanción jurídica, la entidad y naturaleza del defecto, y otros elementos que sin dudas intervienen, como la intención del infractor, el tipo de hecho investigado, las dificultades probatorias y los medios alternativos; pero reitero, es una tarea que, con las líneas orientadoras arrimadas desde la doctrina y la jurisprudencia, deberán realizar prudentemente los jueces en cada caso, permitiéndonos afirmar, como pauta general, que el incumplimiento de las formas procesales predispuestas en ningún modo puede afectar la validez de los actos, siempre y cuando los mismos sean legítimamente motivados y puedan ser reeditados en el debate oral y público, en tanto no existe procedimiento alguno que permita dotar de efectos a los actos practicados en franca y grave violación a las garantías constitucionales, ni ausencia de disposición que pueda servir de excusa para impedir la aplicación directa del texto

³⁷Cfr. AMBOS, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal Alemán. Fundamentación teórica y sistematización* cit., p. 73.

constitucional en cuanto consagra el derecho al “debido proceso”, pues la certidumbre de las garantías no se encuentra supeditada a la existencia de normas procedimentales que conduzcan a su exigibilidad.

Debemos, de una vez por todas, conciliar el texto constitucional a la práctica judicial, más allá, incluso por encima, de la legislación procesal; lo contrario implicaría –al decir de la CSJN, en “Rayford”, *Fallos*: 308:733– desconocer el derecho al “debido proceso” que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución. Por otra parte, siendo el Derecho Penal un derecho de protección individual y social de bienes jurídicos entroncados en principios constitucionales, el Derecho Procesal Penal debe convertirse en garante de esos derechos y los operadores judiciales no pueden permanecer indiferentes a su violación.

De este modo, si el acto cuestionado se practica –formalmente hablando– según lo dispone el Código, tiene valor por sí, caso contrario deberá hacerse valer, ofreciendo la comparencia de quienes intervinieron en el procedimiento, para de esta forma dotarlo de credibilidad, o bien acompañarlo de algún otro elemento que permita verificar su contenido material. La cuestión central entonces es la credibilidad, el “valor”, no la “validez” del acto.

Quedará entonces en manos de cada parte resguardar la práctica de la medida, asegurarse o bien exponerse a un mayor o menor nivel de “confiabilidad” del acto que lleva adelante. Aunque estimo que lo fundamental es un cambio legislativo no ya a nivel de las “nulidades” sino de la regulación de los “actos” de la IPP, que deberían ser definidos desde su función, como simples anotaciones de investigación: perennes, informales, de fácil acopio, flexibles, dinámicos, dejando atrás los parámetros jurídico-notariales con que eran apreciados³⁸, todo lo cual, sin dudas, otorgará mayor protagonismo al juicio.

³⁸ O “acto jurídico” tal como lo señala BINDER, Alberto, en *Invalidez de los actos procesales y formas del proceso*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2001-1, *Garantías constitucionales y nulidades procesales – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 207 y ss. “El acto procesal es una especie dentro del acto jurídico”. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 221. Son “aquellas formas de conductas constitutivas del proceso que son regladas

9. Actos inválidos y actos informales

Bajo esta óptica, la importancia de los actos procesales no queda reducida al mero cuidado de las formas, lo que lleva a afirmar que ningún error en la fecha, firmas, direcciones, personas y demás datos consignados en un acta, de por sí, implican su invalidez. Seguir con una concepción de este tipo significa continuar, y por qué no expandir, los efectos de un ritualismo paralizante que en nada sirve a los fines de una investigación ágil, flexible y por sobre todo útil.

Si consideramos que la verdadera función de las formas es garantizar la vigencia de un principio³⁹, es lógico sostener que si ese principio no se ve afectado no hay lesión posible. Pero existe otro tipo de normas que se encuentran presentes a fin de reglamentar y patentizar los procedimientos –no ya resguardar los principios fundamentales–. Esas formas tienen por meta garantizar la autenticidad del acto procesal y su contenido⁴⁰. No juegan aquí garantías constitucionales, más bien cumplen una labor instrumental y la actuación debe hacerse de forma tal que permitan “fijar” lo sucedido, es un tema de “confianza” en el procedimiento, si algo se consigna mal, habrá que citar a todos los que intervinieron y allí ver si el acto puede ser apreciado en su dimensión o si, por el contrario, perdió valor.

La exclusión de una prueba debe encontrarse estrechamente ligada a la falta de apego de la parte por un “juego limpio”, por un “proceso justo” –*fair trial*–, lo que se daría al menoscabarse la dignidad del

por el Derecho Procesal Penal como presupuestos y efectos”; SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Lerner, 2006, p. 122.

³⁹ “Las formas son la garantía que asegura el cumplimiento de un principio determinado o del conjunto de ellos”. BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales* cit., p. 56. Tal como lo advertía Chiovenda, las formas, en lugar de un obstáculo para la justicia, son en realidad una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, en SAGGI, I., ps. 353 y ss. En similar sentido: CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, El Foro, 1996, t. I, p. 322; SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal* cit., p. 23; JOFRÉ, *Manual de Procedimiento Penal* cit., t. III, p. 163.

⁴⁰ En esta instancia, por lo general, las formas procesales se dirigen a mantener intangible la fuente de prueba o la información contenida en ella.

imputado, al manipularse su libre voluntad o inmiscuirse ilegítimamente en su privacidad, afectándose el derecho de defensa, despegando el concepto de la falta de cumplimiento de requisitos formales.

Para ello es imprescindible omitir todo tratamiento en los códigos procesales que involucren causales de nulidad absoluta o relativa, teorías de convalidación o saneamiento. Sólo se debe incluir, a título orientativo, una norma genérica con raíz constitucional, que indique –algo ya conocido por todos– que no podrán ser incorporados al juicio, ni valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos. A lo que habrá de añadirse otro artículo que explique el procedimiento a seguir al tiempo de efectuar el planteo invalidante.

a) Como guía, me permito afirmar que la exclusión por invalidez de la actividad puede fincar en la decisión, la utilización, la práctica o producción, el resultado y la incorporación de la actividad. También puede decirse que existe una prohibición de “temas probatorios”, “medios probatorios” y “métodos probatorios”. A título ilustrativo propongo el siguiente esquema:

- 1) La decisión de investigar o la investigación de determinados hechos, como podrían ser actos lícitos, reservados a la esfera privada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional.
- 2) La motivación ilegal, irregular o infundada del acto que decide un procedimiento por medio del cual se afecta o restringen derechos individuales, constitucionalmente protegidos.
- 3) La práctica ilegal de actos legalmente dispuestos, sea en función de los medios o de las técnicas utilizadas. Existe una suerte de “extralimitación” invalidante que puede darse en la “medida” o en el “medio” empleado. Por ejemplo, el fiscal decide llamar a un testigo y luego lo somete a tortura a fin de obtener datos para su investigación.
- 4) El producto de la medida, así la información obtenida de un acto contrario a las garantías será necesariamente irregular,

como también lo serán los actos consecuentes, salvo que pueda concurrir alguna de las conocidas excepciones pretorianamente creadas, entre las que podemos mencionar: la actuación de buena fe, el descubrimiento inevitable, la prueba obtenida a partir de una fuente independiente, la prueba de fuente autónoma⁴¹.

- 5) El origen de las medidas intrusivas o restrictivas dispuestas en función de un acto o información irregular, incluso los actos que aún no hayan surtido efecto lesivo, pero que expresen una posibilidad concreta por encontrarse motivados de manera ilegal, infundada o irregular; tal el caso del pedido de una prisión preventiva con fundamento en una escucha ilegal.
 - b) En tanto entiendo que no podrá decidirse la exclusión de los actos informales cuando se ataque:
 - 1) La actuación o instrumentalización de la medida: esto es la confección del acta que refleja el procedimiento, siempre y cuando la misma pueda ser reemplazada o completada por otros elementos que permitan verificar su valor o por actos conexos y que las partes tengan la posibilidad de hacer valer sus posturas: la defensa cuestionando la confiabilidad de la información y la acusación sosteniéndola, por ejemplo, con la citación de quienes intervinieron en el procedimiento, se llame a declarar al perito, o bien que exista un acuerdo probatorio y se dote de valor al acto. Incluso el acta, vista como dispositivo de registro, puede ser reemplazada por cualquier medio idóneo.
 - 2) La afectación de garantías constitucionales sea mínima en función de la utilidad y finalidad de la medida. Aquí, como vimos supra, los límites a la indagación y la consecuente restricción a los derechos y libertades públicas se moldean a través de la sujeción a una serie de reglas informadas –básicamente– por el principio de “proporcionalidad” contorneado, como vimos supra, por el Tribunal Federal alemán, y también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional

⁴¹ Ver: CHAIA, *La prueba en el proceso penal* cit., ps. 124 y ss.; CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, ps. 305 y ss.

español, bajo las siguientes pautas: i) previsión legal de la medida; ii) idoneidad de la medida para la consecución del fin que la justifica; iii) necesidad de la medida en cuanto la evidencia no pueda ser obtenida por medios de menor carga; iv) que exista entre la lesión del derecho fundamental y la finalidad perseguida una justificación seria del sacrificio; v) que la medida ordenada por la autoridad judicial se base en buenas razones y que exteriorizadas pongan de relieve la concurrencia de los presupuestos anteriormente expuestos⁴².

De esta forma son tres los posibles casos que pueden suscitarse ante la comprobación de una actividad defectuosa: 1) la afectación grave de una garantía constitucional por ilegítima motivación, ejecución o dictado de actos restrictivos o intrusivos, lo que determinará su exclusión como prueba; 2) la afectación insignificante de una garantía constitucional, que se resuelve con la conservación de la prueba en aras al principio de “proporcionalidad”; 3) la afectación exclusiva de normas procesales, que en modo alguno es suficiente para excluir el acto, permitiéndose su ingreso al juicio y su producción y/o valoración, dejando en manos del tribunal que justiprecie la información ingresada, mudando el eje de discusión a un tema de “valor” y no de “validez” probatoria. Con ello, es claro que no toda prohibición de producción es correspondida –mecánicamente– con una prohibición de valoración.

10. Legitimación para cuestionar la validez del acto

La invalidez y exclusión deben ser tratadas a pedido de parte, con excepción de aquellos supuestos de flagrante afectación a una garantía constitucional, situación que habilita el tratamiento oficioso del ma-

⁴² Ver: ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal*, p. 265. Como se consignó *supra*, la preocupación por corregir posibles distorsiones que podrían derivar de la inadmisibilidad de la llamada prueba ilegal, motivó el desarrollo de diversas teorías buscando instalar el llamado “principio de proporcionalidad” por medio del cual se impide el sacrificio del interés en la averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con el sacrificio de bienes menores. Esta posición ha sido llamada en doctrina “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”.

gistrado interviniente, sea cual fuera la instancia del proceso. Así, jamás el mero incumplimiento de formas permite la intromisión del órgano jurisdiccional.

11. El fin del control jerárquico

Párrafo aparte merece la previsión legal de un sistema de sanciones en manos de los jueces superiores. Esta concepción retrógrada atenta contra la independencia interna del Poder Judicial y si aún pervive es sólo a fuerza de quienes pretenden mantener sojuzgado el pensamiento y la actuación de jueces inferiores.

A modo de ejemplo de lo que la legislación puede hacer en aras a la dependencia jerárquica y funcional, es menester recordar que el artículo 621 del antiguo Código Procesal Penal de Entre Ríos –Ley 2024 de 1905– establecía que en caso de declararse la nulidad por vicios en el procedimiento las costas causadas “serán a cargo del juez a menos que el Tribunal considere disculpable el error”.

Aunque esa norma ha sido derogada, el nuevo Código Procesal Penal refiere en setenta y dos oportunidades la palabra “nulidad” y en más de una ocasión establece –ver artículo 202 del CPP, ley 9754, del año 2007⁴³– que si la nulidad provoca perjuicio a las partes o al desarrollo del proceso, la Cámara de Apelaciones o el juez de Garantías podrán imponerle al fiscal o a un inferior las medidas disciplinarias que la ley acuerde o solicitar su aplicación ante quien corresponda.

Con ello es evidente que la visión jurisdiccional verticalista se mantiene incólume y a pesar de los cambios legislativos pregonados, pareciera que busca reservar a los tribunales superiores el poder de decidir no ya sobre el pleito sino también sobre el destino de los jueces, contrariando así los postulados mismos de una reforma integral de la justicia penal.

12. Consideraciones conclusivas

De todo lo expuesto se colige que debemos ir hacia una instancia

⁴³ En similar redacción arts. 227 del CPP de Salta y Jujuy, 191 del CPP de Córdoba.

preliminar más consustanciada con un trabajo de gestión de la investigación que con uno notarial. De ello se evidencia la necesidad de contar con más investigadores y menos escribas, con más estrategias y menos personal administrativo.

Para ello, la investigación preparatoria debe dejar de ser una serie concatenada de sellos y fojas dirigidos a “tapar” o “dilatar” la finalización de un conflicto, para pasar a ser una verdadera instancia de detección de fuentes de prueba en aras a su incorporación a través de procedimientos legítimamente practicados. La instancia es definitiva sólo en cuanto a los pasos que allí se den o dejen de darse, pues con ellos se sellará la suerte de la investigación.

El legajo debe estar conformado por simples anotaciones, por una recolección sencilla y pura de elementos que serán utilizados o descartados prontamente, y para ello no debe haber más formalidades que las necesarias para resguardar las garantías constitucionales, hoy presas de las formas y de la burocracia judicial construida a su alrededor.

En relación con las exclusiones probatorias, si bien puede cuestionarse que una regulación como la aquí propuesta acarrearía cierta incertidumbre al carecer de parámetros legales –utilizados como sinónimo de formales–, dejando en manos de los jueces una amplia facultad a la hora de resolver, no menos cierto es que hoy no existe otra práctica que no sea la de bucear descortinadamente en los principios orientadores emanados de la labor jurisprudencial, en particular, del Máximo Tribunal Federal.

En definitiva, si la temática marca la tensión entre la facultad de investigar y las garantías del imputado, es allí donde se debe poner el acento a fin de proteger realmente a las personas sometidas a proceso, resguardándolas no sólo de las consecuencias dañinas de una pena con asiento en actividad ilegal sino, y fundamentalmente, protegerlas del aletargado trámite.

Tenemos que dejar atrás el monólogo inquisitivo del juez para darle una oportunidad al “juicio”, que de otra forma no dejará de ser una simple revisión de la instrucción. Para ello, es vital que sólo allí se rinda la prueba con propósito de verificar las afirmaciones de las partes, pero, además, es imprescindible abandonar el pensamiento utópico o autoritario interesado en alcanzar la “verdad” en el proceso penal.