

EL DELITO DE CORRUPCIÓN Y SU PRUEBA EN EL PROCESO PENAL*

MARÍA EVA JUÁREZ MARTÍNEZ**

Resumen: La cuestión a plantear: Resulta innegable que como nación nos encontramos atravesando uno de los tantos procesos políticos complejos de nuestra historia, pero este (a diferencia de los anteriores) no solo tiene como protagonistas a los mismos políticos, sino también a los jueces, abogados y periodistas. En un contexto en el cual todos tenemos la posibilidad fáctica de preconstituir prueba de carácter documental, cuya aptitud para probar el hecho de corrupción puede ser determinante, la pregunta que debemos hacernos como abogados es: ¿hay algún vicio en la obtención de esa prueba? ¿Es admisible que se pondere la averiguación de la verdad por sobre el derecho a la intimidad? El presente trabajo es una introducción que invita a reflexionar acerca de la ponderación de intereses que realiza el Estado en cada decisión jurisdiccional y los problemas –graves– que conlleva la falta de legislación en materia probatoria.

Palabras clave: intimidad – privacidad – legislación – intromisión estatal – corrupción – deberes del estado – libertad de expresión – principio de reserva – libertad probatoria – regla de exclusión – igualdad ante la ley

Abstract: The question to be asked: It is undeniable that as a nation we are experiencing one of the many complex political processes in our history, but this one (unlike the previous ones) has not only the politicians but also the judges, lawyers and journalists as protagonist.

* Este trabajo ha sido seleccionado como una de las mejores tres ponencias del VI Congreso de Derecho Penal para estudiantes y jóvenes graduados.

** Abogada (UBA). Escribiente en Defensoría Pública Oficial n° 2 ante TOC. *Agradecimiento especial a la Dra. M. L. Piqué., de quien nunca voy a dejar de aprender y admirar.*

In a context in which we all have the factual possibility of building preliminary documentary evidence, whose ability to prove the fact of corruption can be decisive, the question we must ask ourselves as lawyers is: is there a vice to obtain this proof? Is it permissible to consider the investigation of the truth over the right to privacy? The present work is an introduction that invites to reflect on the prioritization of interests that the State performs in each jurisdictional decision and the –serious– problems that entails the lack of legislation on evidentiary matters.

Keywords: intimacy – privacy – legislation – state interference – corruption – duty of the state – freedom of speech – reserve principle – probationary freedom – exclusion rule – equality before the law

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción¹ que, lamentablemente, nos atraviesa en casi todos los ámbitos en el cual se desarrolla la gestión pública, es el delito que, en palabras de la Convención Americana contra la Corrupción, “socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”.² La sociedad en su conjunto, posiblemente gracias a la labor de los medios de comunicación, tiene conciencia del flagelo de este particular delito, de ahí su interés y su reclamo constante ante la postura aparentemente pasiva de quienes operan el derecho. Es así que, ante la respuesta –en muchos casos tardía– del sistema de administración de justicia, son los propios ciudadanos quienes actúan por cuenta propia y se proponen comenzar a dar luz a este conflicto. Parece de más señalar que en los momentos en los que vivimos, y dado el avance tecnológico y el proceso de masificación de medios electrónicos, como los teléfonos celulares inteligentes, cualquiera de nosotros tiene la capacidad de registrar situaciones que pueden configurar delito de corrupción –como cualquier otro delito–, aunque más sea filmar una situación, fotografiar un momento o grabar

1. Se tomará como actos de Corrupción los mencionados en el Art. VI, Convención Interamericana contra la Corrupción.

2. Convención Interamericana contra la Corrupción, Preámbulo.

una conversación entre dos personas en la cual se está llevando a delante este delito que nos ocupa.

El punto que quiero desarrollar está relacionado con lo que sucede —o debería suceder— cuando esos registros realizados por ciudadanos/as particulares ingresan al proceso penal y se pretende que luego sean valorados y tomados como prueba. Por cuestiones de espacio no me adentraré en la discusión sobre la legitimidad del Estado para producir pruebas de soporte audiovisual, sino en su legitimidad para valorar aquellas que fueron producidas por los particulares previamente a que se dé por iniciada la etapa instructora. En otras palabras, la pregunta respecto a la cual quisiera intentar arribar a alguna respuesta es la siguiente: En los casos de delitos de acción pública, ¿puede el Estado valerse de una prueba obtenida por un particular, cuya producción hubiese requerido bajo pena de nulidad —si la producía el propio Estado— orden judicial?

Ahora bien, es cierto que uno se inclinaría a sostener que si esta obtención de prueba se produce en la vía pública, la respuesta no debiera significarnos mayores inconvenientes ya que en esa situación, la expectativa de privacidad es —o debiera ser— mínima. En tal sentido es dable mencionar al respecto la resolución de la Cámara Federal de Casación Penal en el fallo "Heer Luque, J. A. y otros s/ recurso de casación,"³ más allá que el recurso fue rechazado y confirmada la sentencia, ya que la discusión en torno a la validez de los medios de obtención de prueba no deja de ser rica en argumentos. Puntualmente, entre todos los planteos efectuados por la defensa, me detengo en el que pretende que se declare la invalidez de la prueba que aporta el número de teléfono sobre el cual luego se realizan las investigaciones.

En circunstancias en que el Sr. Heer Luque se encontraba sentado en un bar en la terminal de ómnibus de Puerto Madryn, la policía local, con amplias facultades delegadas por el juez de la causa, mediante proveído en el cual se dejan en blanco las circunstancias del hecho que se pretende investigar, las personas sobre las cuales recae esa investigación e inclusive la calificación del delito; logra, mediante el uso del *zoom* la cámara de seguridad del bar, observar un número de teléfono que Heer Luque tenía bajo su dominio.

La defensa argumentó que esa obtención debe ser tachada por inválida en cuanto afecta la protección que tienen los papeles privados, afectando

3. CFCP, Sala II, Causa Nro. 13193, "Heer Luque, J. A. y otros s/ recurso de casación", Reg. 20.195, 5/07/2012.

también el derecho a la intimidad y vulnerando la expectativa de privacidad del imputado. Sostiene además que hubo un abuso en el uso de las cámaras de seguridad del bar, ya que si bien Heer Luque contaba con el riesgo de que sus movimientos puedan ser registrados, no era un riesgo asumido por él que mediante la utilización del *zoom* se pueda obtener información de los papeles que él poseía. Sin embargo, salvo por la disidencia del Dr. Slokar, la Sala II no ve el agravio manifestado por la defensa.

No obstante, es indiscutible que la cuestión se complejiza cuando la grabación, fotografía o filmación se produce en el interior del hogar, oficina, u auto, en fin, en cualquiera de esos lugares en los que la persona filmada, fotografiada o grabada pretende tener una expectativa total de intimidad.

La falta de regulación en materia probatoria, genera soluciones dispares en los distintos tribunales. En regla general, los distintos criterios jurisprudenciales varían según el peso que ellos le asignen a los derechos en juego. En tal sentido, Muñoz Conde⁴ explicó que quienes siguen a Roxin entienden que la admisión de este tipo de prueba dependerá de la gravedad del delito que se esté investigando, equiparando así la situación a un estado de necesidad en el cual se ponderan los intereses, averiguación de la verdad por un lado y derecho a la privacidad por el otro. Sin embargo, esta postura resultaría injusta con todos aquellos delitos que no lleguen a revestir esa "gravedad" a criterio de los jueces dejando fuera de investigación todo un universo de delitos; claro está que para quien se encuentra sufriendo las consecuencias del ilícito sí reviste la gravedad requerida.

Sin embargo, el Dr. Muñoz Conde hace referencia a aquellas situaciones en las cuales quien registra el delito es la propia víctima. Esta situación no se suele dar en los delitos vinculados con la administración pública, ya que en estos delitos la víctima no es una persona en particular sino que afectan a toda la sociedad. Además, y recordando el preámbulo de la ya citada Convención, podemos asegurar que cuando nos referimos al delito de corrupción, todos los hechos revisten la mentada gravedad, desde el cohecho por una suma escasa hasta la estafa millonaria, ya que cada uno de esos actos afecta el funcionamiento del Estado, el desempeño de sus funcionarios y el estado de derecho.

4. MUÑOZ CONDE, F., *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 55.

II. DERECHOS Y PRINCIPIOS EN JUEGO

Así, parece existir una tensión entre derechos y principios aparentemente de igual jerarquía. Respecto de la persona que filma, graba o registra por cualquier medio un hecho de corrupción para luego sacarlo a la luz, tenemos por un lado aquellos derechos amparados por nuestra Constitución Nacional, tales como el de hacer todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido (art. 19. CN), libertad de expresión y derecho a la información pública. Estos derechos entran en tensión con otros derechos de la persona grabada, filmada, registrada, de la misma jerarquía legal: derecho a la intimidad (art. 18. CN) y la garantía contra la autoincriminación. A su vez, también entra en juego el deber asumido por parte del Estado de perseguir, investigar y sancionar los delitos de corrupción en la anterior Convención mencionada. Y finalmente, es relevante, el principio de legalidad procesal vinculado con el llamado "libertad probatoria" ya que como se mencionó, nada con respecto a la prueba preconstituida por particulares se legisló en los correspondientes códigos. Tenemos únicamente el principio genérico de libertad probatoria que, desde ya, rige únicamente para los particulares ya que ellos están amparados por el principio de reserva del artículo 19 CN según el cual los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no les este expresamente prohibido, caso contrario se le aplica al Estado quien solo puede realizar lo que se le encuentre permitido.

En tal sentido se expidió la Corte al señalar: "... es un principio arquitectónico de nuestro ordenamiento constitucional que ningún ente o autoridad públicos puedan arrogarse mayores facultades que las que les hayan sido conferidas expresamente, pues la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (art. 19 CN), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente requieren de una norma de habilitación, en tanto que para los primeros basta la inexistencia de una prohibición..."⁵ A su vez, también es relevante el principio de igualdad ante la ley, toda vez que parece ser que la admisión o no de la prueba dependerá del juez que sea sorteado.

5. Fallos: 318:1967, "Peláez".

III. DELIMITANDO LOS DERECHOS

En relación con lo anteriormente desarrollado, debemos decir que hay ciertos derechos y garantías que no resultan relevantes a la hora de preguntarse acerca de la validez de este tipo de pruebas en los delitos de corrupción. Por ejemplo, la llamada libertad probatoria que, en palabras de Roxin: “El esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales, por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el derecho penal, antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado...”.⁶ Es por ello, que autores como Bertoni entienden que el llamado principio de libertad probatoria se encuentra vacío de significado, ya que hay libertad probatoria siempre y cuando no se afecten otros valores jurídicamente reconocidos. Este tipo de prueba son documentos por medios no regulados, y quizás sea esta la cuestión que genera la controversia, porque en materia procesal, el Estado solo puede hacer aquello que le está expresamente permitido mientras que el ciudadano cuenta con una mayor libertad de acción para producir prueba siempre y cuando, como ya se dijo, no se afecten otros derechos reconocidos. El punto no es la prueba en sí, lo que importa es la forma de obtención de esa prueba. Ello será lo que torne jurídicamente aceptable o no su posterior valoración. Continuando con aquellos derechos y garantías que no significan inconveniente alguno, podemos mencionar el derecho a la privacidad, puntualmente la inquietud se presenta con la expectativa de privacidad que tenemos las personas.

En tal sentido, cabe recordar al Dr. Nino cuando definió la privacidad y la diferenció de la intimidad.⁷ En aquella oportunidad, explicó que la privacidad es el derecho a no ser molestado cuando se realizan actos voluntarios que de ninguna manera afectan a terceros, mientras que la intimidad es el derecho a que determinadas acciones queden exentas del conocimiento general. Sin embargo, y frente a esto resulta interesante lo señalado por el Dr. Donna en su voto en el fallo “Vázquez” en el cual introduce un argumento a favor de la validez de una grabación telefónica; dice el Juez: “...

6. BERTONI, E., “Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal”, en *La Ley*. Cita online: AR/DOC/11937/2001.

7. NINO, C.S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 304.

lo que protege el art. 19 CN, son aquellos actos que, privados por una parte o semipúblicos, de ninguna manera afecten a terceros. La llamada deja de ser algo privado cuando es a los efectos de cometer un hecho típico, esto es amenazar para conseguir dinero".⁸

Siguiendo esta línea, se puede concluir que una vez que el hecho es típico, no hay expectativa de privacidad. Por otro lado, ¿por qué sostenemos como regla la confidencialidad de mi interlocutor cuando confieso un delito? ¿Acaso no sería lógico, en una sociedad de parámetros sanos, sostener exactamente lo contrario? ¿Acaso no hay una expectativa de la sociedad en su conjunto de que cuando un ciudadano toma conocimiento de una actividad delictiva que se está llevando a cabo, que este ciudadano lo informe a la justicia?

Finalmente, cabe mencionar que cuando una persona aporta información acerca de un delito en el cual ella es parte, y esta información se proporciona en una conversación mantenida con otro particular y este otro lo graba, no es correcto sostener que se vulnera la garantía contra la auto-incriminación, toda vez que dicha garantía es oponible contra a los funcionarios públicos. Es decir, una persona únicamente podría auto incriminarse si confiesa su participación en un hecho ilícito frente a autoridad estatal; de otra manera, solo da a conocer a otra persona una actividad realizada; y este acto, esta conversación se da en un marco de libertad y voluntad por quien relata el hecho.

Considero obvio que una de las características de las conversaciones es que en ellas se transmite información; que en la medida de nuestra facilidad para comunicarnos, damos y recibimos información cada vez que entablamos una conversación con alguien. Una vez brindada la información, quien eventualmente resulte imputado en causa penal, asume el posible riesgo de que su interlocutor al menos revele su participación criminal.

Habría que preguntarse entonces si modifica en algo el hecho de que ese interlocutor, en lugar de quebrantar el secreto llevándolo ante las autoridades en forma verbal lo aporte en un soporte en el cual quien relata el hecho delictivo es la misma persona a la que se le atribuye. En otras palabras, ¿la considerable disminución en la expectativa de privacidad que uno asume cuando cuenta un secreto a otro, a sabiendas de que ese otro pueda transmitirlo, abarca la posibilidad de que mi interlocutor me grabe? ¿Qué

8. CNCC, Sala I, Causa n° 42.902, rta. 23/11/93

es aquello que genera controversias jurisprudenciales entre una y otra situación? En definitiva, ¿qué es de más la grabación en comparación a los textuales dichos del interlocutor?

En tal sentido, Bovino explica que “según nuestro derecho, las grabaciones de imágenes y sonidos de las manifestaciones del imputado obtenidas por particulares constituyen prueba de carácter documental”.⁹ Este tipo de prueba, de ser admitida dentro del proceso, será valorada como cualquier otra.

Bovino, en el texto previamente citado, luego de un análisis jurisprudencial en el cual deja en evidencia los diferentes arribos a los cuales se ha llegado en esta materia, realiza una suerte de “máximas” acerca de cuándo no se vulnera la razonable expectativa de privacidad. Parecen lógicas cada una de ellas, sin embargo me detengo en la última que indica que no se vulnera la expectativa de la privacidad cuando quien ingresa al domicilio del imputado dice ser una persona distinta a la que realmente es y bajo esa identidad logra que el dueño de casa dé detalles del delito cometido o a cometerse.

Me pregunto si no habrá un vicio en el consentimiento de quien relata el hecho delictivo, porque de ser así, no parece errada la conclusión a la cual llegó el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación en la causa seguida contra el Juez Herrera. En esa oportunidad, se dijo, al valorar la admisión o no de la prueba producida por “Telenoche investiga” en la cual una persona mintió en su identidad y grabó los dichos incriminatorios del Juez, que: “... aunque estos dichos grabados no provengan de un interrogatorio de autoridad estatal, sino de un particular, en razón del modo y la forma en que se llevó a cabo su filmación no pueden ser traídos ante un tribunal para formar parte del plexo probatorio, dado que fueron vertidos en un contexto lesivo a la garantía constitucional que prohíbe declarar contra sí mismo. Es con esta amplitud que debe interpretarse la garantía referida, dado que lo exigido por la Ley Fundamental es la exclusión de cualquier modo de compulsión física, psíquica o moral a una persona con el fin de obtener comunicaciones, expresiones o confesiones que debieran provenir de su libre voluntad. En el caso, no puede sostenerse que el doctor

9. BOVINO, A. y PINTO, F., “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS, F. y HAZAN, L. (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 286.

Herrera vertiera aquellos conceptos con soberana libertad cuando mediaron los engaños y ocultamientos señalados [...]". Cabe remarcar que no se discute en el caso la validez de la filmación por el hecho de ser oculta, sino el ardid en el cambio de la identidad del interlocutor.

IV. CONCLUSIÓN

Para finalizar, es pertinente destacar que esta discusión no quedará definida hasta tanto no se encuentre legislada en nuestro derecho positivo la validez o no que tiene un particular para inmiscuirse en la intimidad de una persona con el fin de preconstituir prueba en materia penal.

Claro que, como es sabido, la tecnología avanza a pasos más veloces que el derecho procesal penal. Sin embargo, es evidente la necesidad de que se regule dentro del Código de rito estas situaciones. La falta de regulación genera doctrinas y jurisprudencia dispares. No resulta llamativo que en el Código Procesal Nacional sancionado en 1991 no se haya contemplado la cuestión, lo que realmente resulta sorprendente es que en el Nuevo Código Procesal Penal Federal se haya omitido regular esta cuestión. Igual falta contienen los Códigos provinciales. Este vacío legal produce inseguridad jurídica y afecta el principio de igualdad, no solo en quienes podrían resultar imputados en causas penales sino también en quienes intentan aportar pruebas y es así como, nuevamente, depende su admisión por el Tribunal en el cual en suerte sea sorteada la causa, cada uno de ellos con las distintas interpretaciones en la materia.

Es de esta manera que no resta más que hacer un forzado análisis del delito que se pretende juzgar. De tratarse de cualquier otro delito me inclinaría sin dudar por la negativa a la incorporación de estos medios de prueba por la falta antes mencionada lo que torna inconstitucional tanto a la prueba como, por consiguiente, su posterior valoración. Sin embargo, por las particularidades del delito de corrupción, en donde nos encontramos con una víctima difusa, una alta complejidad en cuanto a la organización delictiva, y –por sobretodo– recordando los flagelos que este delito provoca, es que se podría llegar a admitir aquella prueba. Esta equivaldría a los dichos del interlocutor, solamente que con un mayor grado de convicción al encontrarse en un soporte que permita escuchar los detalles del delito del propio relato del imputado.