

Mariano Gabriel Juárez (Argentina)*

La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación**

RESUMEN

Se analizan en el texto dos fallos recientes del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos y de la Corte IDH, respectivamente, en orden al alcance de la prohibición de la imposición de tormentos, por un lado, y respecto de la operatividad de la denominada *regla de exclusión* de las pruebas obtenidas merced a aquella práctica ilegal. Al advertir que en los últimos tiempos se ha producido una relativización de la prohibición de la tortura, el objeto del trabajo es analizar si las pruebas obtenidas con base en confesiones forzadas pueden ser usadas en relación con la entidad de los hechos endilgados al imputado y cuáles son las formas argumentativas que han permitido sustentar aquella hipótesis (con especial énfasis crítico en la doctrina de la ponderación o *balancing test*). Se postula que la regla de exclusión, incluso por fuera de los casos más atroces (tortura), resulta un remedio indispensable para la vigencia de la prohibición de los medios ilegales de obtención de prueba.

Palabras clave: Jurisprudencia; derecho internacional de los derechos humanos; regla de exclusión; tortura; tratos crueles, inhumanos y degradantes; garantías procesales; sistema contramayoritario; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Alemania; México.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Text befasst sich einerseits mit zwei vor Kurzem ergangenen Urteilen des Europäischen und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Reichweite des Folterverbots und geht andererseits auf die unmittelbare Wirksamkeit der sogenannten *Ausschlussregel* für Beweise ein, die aufgrund dieser unzulässigen Praxis erlangt wurden.

* Abogado. Secretario (interino) en una defensoría pública oficial ante tribunales orales en lo Criminal de la Capital Federal (Buenos Aires, Argentina). Auxiliar docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (cátedra a cargo del Dr. Edmundo Hendler, comisión a cargo del Dr. Mariano L. Bertelotti). <marianojuarez@hotmail.com>

** Los textos consultados han sido traducidos por el autor de este trabajo, quien se hace responsable y se disculpa por las deficiencias en que, involuntariamente, haya podido incurrir en esa tarea.

Angesichts der in jüngster Zeit zu beobachtenden Relativierung des Folterverbots beabsichtigt der Beitrag zu klären, ob die aus erzwungenen Geständnissen resultierenden Beweise unter Verweis auf die Schwere der dem Beschuldigten angelasteten Straftaten verwendet werden dürfen, und welche Argumentationsmuster zur Unterstützung dieser Hypothese herangezogen werden (unter ausdrücklich kritischer Bewertung der Abwägungsdoktrin, des *balancing test*). Dabei wird die Auffassung vertreten, dass die Ausschlussregel, selbst wenn einmal von besonders grausamen Fällen (Folter) abgesehen wird, ein unerlässliches Rechtsmittel darstellt für den Verbot der Anwendung illegaler Mittel zur Beweisaufnahme.

Schlagwörter: Rechtsprechung; Internationales Recht der Menschenrechte; Ausschlussregel; Folter; grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung; Verfahrensgarantien; mehrheitsunabhängiges System; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte; Deutschland; Mexiko.

ABSTRACT

The text analyzes two recent decisions from the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, respectively, concerning the scope of the ban on the use of torture, on one hand, and the operation of the so called "rule of exclusion" of evidence obtained from such illegal practice, on the other. Since in recent times there has been a toning down of the ban on torture, the object of this paper is to analyze whether the evidence extracted through forced confessions can be used depending on the significance of the facts attributed to the accused, and to identify the argumentative forms that have allowed the defense of such an hypothesis (with special emphasis on the "balancing test"). It is put forward that the exclusionary rule, even when dealing with the most atrocious cases (torture), constitutes an essential remedy to ensure the operation of the ban on illegal means of obtaining evidence.

Keywords: case law; international human rights law; rule of exclusion; torture; cruel, inhuman and degrading treatment; procedural rights; counter-majority system; Inter-American Court of Human Rights; Germany; Mexico

1. Introducción

Una de las garantías procesales de mayor raigambre en la cultura humanista ha sido la que veda toda forma de compulsión destinada a obligar a una persona a autoincriminarse. Esta máxima ha traspuesto las fronteras de los Estados nacionales para formar parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos, como lo demuestran, *inter alia*, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 14.3.g, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 8.2.g.

Un supuesto especialmente grave de lesión a tal garantía ocurre cuando la autoincriminación involuntaria es precedida por la imposición de tormentos o tratos crueles o inhumanos.

Si bien la prohibición de la tortura atiende también al respeto por la dignidad e integridad física de las personas, la experiencia histórica demuestra que la imposición de dolores físicos o mentales tiene especial relevancia cuando se trata de examinar la actividad de los órganos estatales encargados de la investigación penal.

Este ligamen entre proceso penal y tortura aparece confirmado por la norma consagrada en el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (CIDT), que prescribe la no utilización como prueba en un proceso de las declaraciones obtenidas como resultado de tortura.

En su aparente simplicidad, esa regla presenta un problema complejo: no solo reconoce que una información autoincriminatoria suele provenir de actos de tortura, sino que también impone, como consecuencia de esta circunstancia, la prohibición de uso de la prueba obtenida como consecuencia de tales actos.

En lo que sigue se analizarán dos casos recientes de la jurisprudencia internacional: por una parte, del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos (TEDH) y, por el otro, de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (Corte IDH). Ambos órganos han resuelto casos de confesiones prestadas luego de interrogatorios desarrollados al margen de las prescripciones contenidas en los respectivos convenios —europeo y americano— sobre derechos humanos.

El uso de la tortura como mecanismo para obtener confesiones del imputado en sede penal exige afrontar diversos problemas que aquí serán analizados a la luz del conflicto de valores que se suscita indefectiblemente entre el interés público que por un lado busca perseguir y sancionar las conductas delictivas y por el otro procura proveer al imputado de una serie de salvaguardas que, en definitiva, hacen a la legitimidad de todo juicio o proceso penal.

Ya sea en orden a la efectiva inderogabilidad de la prohibición de tortura o respecto de la operatividad plena de la denominada *regla de exclusión*, la tarea de los tribunales —tanto locales como supranacionales— exige soluciones razonables para los casos llevados a su conocimiento, que las más de las veces han dado pie al uso de métodos interpretativos criticables.

2. Planteo del problema: los casos analizados

2.1. El caso *Gäfgen contra Alemania*¹

En un hecho que suscitó la atención de la opinión pública alemana, un niño de 11 años fue secuestrado y se pidió rescate por su liberación. Se montó un dispositivo de vigilancia en el lugar previsto para retirar el dinero del rescate y se identificó allí a Magnus Gäfgen, a quien se detuvo más tarde en el aeropuerto de la ciudad alemana de Fráncfort, donde habían ocurrido los hechos.

1 TEDH, caso *Gäfgen contra Alemania*, decidido el 1.º de junio de 2010 (demanda n.º 22978/05).

Luego de su detención, a tres días de la desaparición del niño, Gäfgen fue llevado a la sede central de la policía, donde un detective comenzó a interrogarlo respecto de la ubicación del menor, mientras otros agentes de policía revisaban su departamento. Allí encontraron parte del dinero del rescate y anotaciones vinculadas con la planificación del hecho.

Antes de entrevistarse con su abogado, en la madrugada del día de su detención, Gäfgen había insinuado a la policía que el niño seguía vivo y era retenido por otros de sus captores en una cabaña a las afueras de la ciudad.

Al día siguiente llegó al cuartel el jefe de la Policía local, Wolfgang Daschner, quien ordenó a otro agente que amenazara a Gäfgen con someterlo a dolor físico si no revelaba la ubicación del niño y que, de ser necesario, concretara esa amenaza infligiéndole dolor pero sin provocarle lesiones. El agente en cuestión cumplió la orden y amenazó a Gäfgen, quien finalmente confesó que el niño ya estaba muerto e indicó el lugar donde se hallaba su cuerpo. Aún a disposición de la policía, Gäfgen llevó a los agentes al lugar en cuestión donde, efectivamente, se encontró el cuerpo, así como marcas correspondientes a las ruedas del auto de Gäfgen.

En el viaje de regreso confesó haber sido quien secuestró y mató al niño y, forzado por la policía, según dijo luego, indicó el sitio dónde encontrar las pertenencias del niño y la máquina de escribir con la cual había redactado la carta pidiendo rescate.

No fue sino hasta que regresó al cuartel de policía que el acusado pudo entrevistarse nuevamente con su abogado, quien lo había estado buscando infructuosamente durante la mañana de ese día.

El 1.º de octubre de 2002, Daschner agregó al expediente policial una nota con su firma, en la cual dejaba constancia de que, considerando que el menor aún vivía y que corría gran peligro —al estar sin alimento y a la intemperie—, ordenó se amenazara a Gäfgen con miras a salvar la vida de aquel.

En posteriores ocasiones —ante la propia policía, el fiscal y un juez de distrito—, Gäfgen confirmó su confesión.

Sin embargo, en la audiencia preliminar al juicio ante el Tribunal Regional de Fráncfort, el abogado solicitó la clausura del proceso o, en su defecto, que las declaraciones vertidas por su defendido no fueran tenidas en cuenta, todo ello con base en las amenazas de tortura que había sufrido.

Más aún, solicitó que se aplicara al caso la *doctrina del fruto del árbol envenenado* y se prohibiera el uso de la prueba material obtenida con base en la confesión obtenida forzosamente, ante lo cual el tribunal declaró la inadmisibilidad de las confesiones pero no de los elementos obtenidos con base en ellas, especialmente el hallazgo del cuerpo del menor.²

El Tribunal Regional consideró que la exclusión de esa evidencia resultaría desproporcionada, ya que Gäfgen solo había sido amenazado con sufrir violencia física, mientras que la conducta imputada consistía en el asesinato consumado de un niño. Continuó

² Se declaró que el obrar de la policía había sido, en efecto, lesivo de las normas locales que prohíben la amenaza de un daño para obtener una confesión del imputado (artículos 136.a de la Ordenanza Procesal Alemana y 1 y 104 de la Constitución Federal), así como del artículo 3.º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Se valoró en especial que, al momento de recibirse las declaraciones posteriores a su primera confesión coacta, Gäfgen no había sido suficientemente advertido de que aquella no sería admisible en el procedimiento posterior.

así el proceso, a cuyo fin se condenó a Gäfgen a la pena de prisión perpetua por la muerte y el secuestro extorsivo del menor, declarando además que el hecho era especialmente grave, lo cual en el derecho alemán imposibilita el cumplimiento de la pena bajo un régimen más leve (véanse los § 33 y 63 del fallo del TEDH).

La particularidad presentada en la instancia de debate fue que Gäfgen, ante el panorama que enfrentaba en virtud del rechazo a sus pedidos de exclusión de la evidencia, admitió en las audiencias iniciales y conclusivas su responsabilidad por la muerte del menor, como modo de disculparse por el hecho. Esta confesión, ahora sí, había sido precedida por una información calificada del Tribunal advirtiéndole que sus anteriores declaraciones —obtenidas de modo ilícito— no iban a ser valoradas.

La defensa de Gäfgen recurrió ulteriormente la decisión del Tribunal Regional de no concluir el proceso en su contra, así como la de no excluir la evidencia material fruto de la confesión obtenida ilegalmente. Tanto la Corte Federal de Justicia, primero, como la Corte Constitucional, luego, rechazaron estos planteos. El segundo tribunal argumentó que la exclusión de las declaraciones obtenidas de modo prohibido había sido suficiente remedio para preservar sus derechos.

Planteado el caso ante el TEDH, la mayoría de ese tribunal contempló y se pronunció sobre los siguientes puntos:

a) Si bien no se habían llegado a producir los actos amenazados, ello no impedía que, en términos generales y según el caso, los hechos pudieran calificarse como *tortura*, ya que la amenaza de producir dolor puede implicar la imposición de un sufrimiento mental que sí resulta cubierto por el concepto en cuestión.

Si bien el TEDH declaró que Gäfgen no había sufrido un supuesto de tortura, reconoció que el método de interrogatorio podía ser calificado como trato inhumano, conforme prescribe el artículo 3.º del CEDH (§ 91-108, *in fine*). El TEDH pareció reafirmar que se trata de un derecho absoluto que no admite derogaciones ni excepciones y, en orden a los motivos esgrimidos por los agentes policiales, declaró expresamente que la prohibición en cuestión no puede ser dejada de lado, por importantes que sean los valores en juego.³

b) El Estado alemán alegó que el peticionante había perdido su estatus de víctima, conforme lo exige el procedimiento ante el TEDH, ya que había existido un reconocimiento suficiente de la violación de sus derechos por cuanto en el proceso penal seguido en su contra se había excluido la evidencia ilícitamente obtenida y, por otra parte, los agentes policiales responsables del interrogatorio habían sido juzgados y condenados.

Al respecto, el TEDH consideró que, si bien los autores de tal trato prohibido fueron condenados, la pena que se les impuso fue demasiado leve (multas, cuya ejecución fue luego suspendida). Por tratarse de la violación de uno de los derechos fundamentales de

³ Dijo el Tribunal: “La tortura, el trato inhumano o el degradante no pueden ser inflingidos, incluso en circunstancias en las que la vida de un individuo se encuentra en riesgo [...] el artículo 3.º, que fue redactado en términos claros, reconoce que todo ser humano posee un derecho absoluto e inalienable a no ser torturado o sometido a un trato inhumano o degradante bajo cualquier circunstancia, incluso las más difíciles. La base filosófica que apuntala la naturaleza absoluta del derecho consagrado en el artículo 3.º no permite ninguna excepción o factores justificantes ni ponderación de intereses [*balancing of interests*, en la versión original en inglés], sin importar la conducta de la persona involucrada ni la naturaleza del delito en cuestión” (TEDH, caso *Gäfgen contra Alemania*, § 107).

la CEDH, el castigo impuesto fue evidentemente desproporcionado y carecía del efecto preventivo necesario para evitar tales tratos ilegítimos en posteriores situaciones difíciles (§ 124). Además, si bien los agentes policiales fueron sancionados disciplinariamente, Daschner fue nombrado más tarde jefe de Policía (§ 125) y, por otra parte, la demanda civil interpuesta por Gäfgen, a la fecha de la sentencia del TEDH, se encontraba aún pendiente (§ 126).

c) Luego de tratar los puntos referidos aquí como *a* y *b*, el TEDH concluyó que el Estado alemán había incurrido en violación al artículo 3.º de la CEDH respecto de Gäfgen. Ahora bien, la petición también se había fundado en el artículo 6.º del mismo Convenio, que garantiza que toda persona acusada en un juicio criminal tiene derecho a un juicio justo. Se alegó así que la violación del artículo 3.º, al tornar inválida la confesión prestada por Gäfgen, debía impedir también la admisibilidad de la evidencia obtenida como consecuencia de aquella.

A efectos de lidiar con este planteo, eje del presente trabajo, el TEDH aclaró que, si bien el artículo 6.º de la Convención garantiza el derecho a una audiencia justa (*the right to a fair hearing*, en el texto inglés), no establece ninguna regla respecto de la admisibilidad de la evidencia, asunto que es materia de regulación de cada Estado parte. Por ende, no correspondía al TEDH decidir qué tipos de evidencia resultaban o no admisibles, sino si en su totalidad, incluida la forma en que se había obtenido la evidencia, el proceso había sido justo o no.

Más allá del conjunto de factores que debían ser analizados para llegar a una decisión —oportunidades de la defensa para oponerse a la incorporación de la prueba, la calidad de la evidencia y su importancia (§ 164 y 165)—, el aspecto que particulariza el caso es que la evidencia había sido obtenida merced una violación al artículo 3.º de la CEDH.

Esta cuestión tenía un antecedente en la jurisprudencia del TEDH. En efecto, en el caso *Jalloh contra Alemania*, del año 2007, se había sostenido que, sin importar su verosimilitud, nunca podía ser considerada prueba de la responsabilidad del imputado la evidencia obtenida como consecuencia de un acto de tortura.

En el caso *Gäfgen*, y con base en la declaración de hechos efectuada por el Tribunal Regional alemán que juzgó su caso, el TEDH concluyó que entre el interrogatorio sufrido por el denunciante en violación al artículo 3.º y la evidencia obtenida por la policía —esto es, el descubrimiento del cuerpo del niño, su autopsia, sus pertenencias, las huellas dejadas por el auto de Gäfgen y la máquina de escribir que usó este último— existía una relación causal (§ 171).

La jurisprudencia del TEDH no registraba a la fecha del caso comentado, sin embargo, una respuesta clara a la pregunta de si la exclusión de la prueba obtenida de modo violatorio de la cláusula del artículo 3.º también era aplicable para tratos que no revestían la gravedad necesaria para ser considerados como tortura y si, en definitiva, a pesar de no ser un supuesto de tortura, el proceso debía ser considerado, de todos modos, injusto (§ 167 y 173).

Para resolver, el TEDH aclaró que el alcance de la *regla de exclusión* en los sistemas jurídicos de los Estados parte no era uniforme (§ 174).

Aun así, el elemento de interés para el trabajo propuesto comenzó a develarse en la redacción del parágrafo 175, donde el TEDH continuó efectuando referencias claras a

argumentos atinentes a la ponderación de los intereses comprometidos en procura de una solución al caso:

El Tribunal está al tanto de los diferentes derechos e intereses en juego. Por un lado, la exclusión de la evidencia —frecuentemente fiable— obstaculizará la persecución efectiva del delito. No cabe duda de que las víctimas y sus familias, tanto como el público, tienen un interés en la persecución y castigo de los delincuentes, y en este caso ese interés era de alta importancia. Más aún, este caso es particular en tanto la evidencia derivó de un método ilegal de interrogatorio que no estaba dirigido a la continuación de la investigación penal, sino que fue aplicado con propósitos preventivos, a saber: para salvar la vida de un niño, para salvaguardar otro derecho fundamental garantizado por la Convención en su artículo 2. Por otro lado, el imputado en un proceso penal tiene derecho a un juicio justo, que puede ser puesto en crisis cuando un tribunal local usa evidencia obtenida como resultado de una violación de la prohibición de trato inhumano bajo el artículo 3, uno de los derechos fundamentales y absolutos de la Convención. En efecto, existe también un interés vital por preservar la integridad del proceso judicial y, así, los valores de una sociedad civilizada fundada en el principio de legalidad.

El TEDH recalcó así que el derecho consagrado en el artículo 3.º es absoluto, y la seriedad del delito imputado o el interés público en la persecución del delito no pueden ser ponderados en su contra. Para el Tribunal Europeo:

[...] ni la protección de la vida humana ni el aseguramiento de la condena del delincuente pueden ser obtenidas a expensas del compromiso del derecho absoluto a no ser objeto de malos tratos, prohibido por el artículo 3.º, ya que ello [...] desacreditaría a la administración de justicia.⁴

Sin embargo, el TEDH, al tener que analizar si en el caso se había lesionado también el derecho a un juicio justo, recogido por la CEDH en su artículo 6.º, restringió bastante el alcance de su decisión.

Es que para el TEDH, aunque el uso de la evidencia obtenida como resultado de una violación al artículo 3.º supone un serio cuestionamiento a la legitimidad del proceso penal en cuestión, desde su óptica, el artículo 6.º no consagra un derecho absoluto. Para estimar entonces si el juicio ha sido, o no, justo habrá que considerar cuáles son las medidas necesarias para garantizarlo. Para la mayoría del TEDH, las garantías para un proceso justo y una efectiva vigencia de la prohibición establecida por el artículo 3.º:

[...] solamente se encuentran en peligro si se ha demostrado que la violación del artículo 3.º tiene peso en el resultado del procedimiento en contra del imputado, es decir, en su condena.⁵

Es en este punto donde el razonamiento del TEDH asume sus caracteres más criticables.

⁴ TEDH, caso *Gäfgen contra Alemania*, § 176.

⁵ *Ibidem*, § 178.

El argumento que esgrimió para considerar que no había habido violación al artículo 6.º se basa en que el tribunal que impuso la condena a Gäfgen basó su decisión, en cuanto a los hechos, en la nueva confesión del imputado en el juicio. La restante evidencia, a la que se llegó a partir de las confesiones viciadas, fue, según el TEDH, evidencia adicional que “no fue usada por la corte local en contra del imputado y para probar su culpabilidad, sino solamente para poner a prueba la veracidad de su confesión” (§ 179).

Esa prueba no era otra que la de los resultados de la autopsia sobre el cuerpo del menor y las marcas de las ruedas dejadas cerca del estanque donde se encontró el cuerpo. Además, dijo el TEDH, existía prueba independiente de la primera confesión de Gäfgen: la vigilancia sobre él desde que recogió el rescate y el allanamiento de su departamento poco después de su arresto, donde se encontraron notas y el dinero del rescate, entre otras cosas. Esta prueba, dijo el TEDH, no estaba manchada por la violación al artículo 3.º del CEDH (*untainted*, en el original en versión inglesa).

Como podrá advertir quien esté familiarizado con el devenir de la *exclusionary rule* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, el lenguaje del TEDH se le asimila.

Confirmando tal analogía, en el párrafo 180, la mayoría declaró que existía un quiebre de la cadena causal que ligaba los métodos prohibidos de investigación con la condena del imputado.

Ya que en aquella última confesión se había instruido a Gäfgen respecto de su derecho a guardar silencio y se le había hecho saber que sus declaraciones anteriores no iban a poder ser usadas en su contra, con lo que se lo restituyó, según el derecho local y la postura del TEDH, a la situación previa a sufrir el maltrato policial (§ 182) la condena sostenida en esa declaración era válida.

Además, dijo el TEDH, Gäfgen había estado representado por su abogado al momento de prestar sus declaraciones en juicio (§ 183).

En definitiva, el derecho a no autoincriminarse había sido respetado y la no exclusión de la evidencia obtenida luego de la confesión invalidada no tuvo peso en su condena; de allí que el juicio, como conjunto, debía ser declarado como acorde con el artículo 6.º de la CEDH (§ 187).

2.2. El caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*⁶

Conforme surge del relato efectuado por la Corte IDH, los peticionantes habitaban una comunidad del municipio de Ajuchitlán, del estado de Guerrero, en la que ingresó una fuerza militar destacada en dicha región alegando la ejecución de un operativo de lucha contra el narcotráfico. Durante tal operativo, Cabrera García y Montiel Flores se escondieron por horas entre arbustos y rocas hasta que fueron finalmente detenidos y posteriormente llevados hasta las instalaciones de aquella fuerza militar (40.º Batallón de Infantería, en la ciudad de Altamirano).

Los peticionantes fueron denunciados por portación de armas de uso exclusivo del Ejército, sin licencia, y por siembra de amapola y marihuana. Luego de la investigación

⁶ Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, serie C, n.º 220, del 26 de noviembre de 2010.

penal, el 28 de agosto del 2000, ambos fueron condenados, respectivamente, a penas de 6 años y 8 meses y 10 años.

Al declarar ante las autoridades del Ministerio Fiscal que se sucedieron durante el proceso, Cabrera y Montiel alegaron que, tanto mientras se encontraban detenidos cerca de su comunidad (poblado de Pizotla) como durante su estadía en la sede del 40.º Batallón, habían sido sometidos a torturas (cf. § 112). Si bien en las declaraciones prestadas por ambos se presentaron contradicciones, la Corte IDH tuvo por suficientemente acreditado que habían sido sometidos a tortura en instalaciones del Ejército mexicano.

En aquel país, conforme surge del fallo comentado, tanto la Corte IDH como otros organismos habían advertido la situación de riesgo (para los derechos y garantías consagrados en la CADH) y vulnerabilidad (para la población afectada) que genera en el estado de Guerrero la presencia del Ejército de México, a cuyos miembros se han atribuido funciones policiales, especialmente en relación con la detención y el interrogatorio de civiles (cf. § 85-89 y sus citas).

En lo que a aquí importa, los ataques contra la integridad física de Cabrera y Montiel sirvieron para que estos confesaran su responsabilidad, con lo cual debía resolverse si la prueba en cuestión podía servir de base al proceso penal y la posterior condena recaída sobre ellos.

Si bien aquellas declaraciones habrían sido prestadas unos días después de los tormentos sufridos, la Corte IDH destacó que fueron verdidas “bajo los efectos del miedo, la angustia y sentimientos de inferioridad” generados por los tratos recibidos. Indicó además que fueron expuestas ante el Ministerio Fiscal y no ante el juez del caso, quien las recibió posteriormente, pero cuyo tenor ratificatorio no debía ser tenido en cuenta por cuanto subsistían los efectos de las torturas recibidas y los imputados desconocían el alcance de aquel acto (cf. § 163).

Dadas estas circunstancias, la Corte IDH —que ya había declarado la violación por el Estado mexicano de los derechos a la libertad⁷ e integridad⁸ personales de los peticionantes— debía atender el problema de si el proceso penal a resultas del cual habían sido condenados Cabrera y Montiel era respetuoso de las garantías judiciales consagradas en los artículos 8 y 25 de la CADH. Para ello debía analizarse la validez de las confesiones en que se había sustentado la condena contra los peticionantes, de conformidad con la regla del artículo 8.3 de la CADH.

A tales efectos, la Corte IDH declaró, de modo concluyente, que la regla es la exclusión de las pruebas obtenidas mediante tortura o tratos crueles e inhumanos, la cual es “intrínseca a la prohibición de tales actos” y “ostenta un carácter absoluto e inderogable”.

Si bien la aplicación de esta regla (de exclusión) aparecería fundada en las disposiciones de la Convención (de las Naciones Unidas) contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículos 2, 15 y 16) y de lo prescrito por el artículo

⁷ En orden a la falta de remisión de los detenidos, sin demora, a la autoridad judicial y la falta de información sobre las razones de la detención y la notificación de los cargos (artículos 7.4. y 7.5 de la CADH).

⁸ En aplicación de los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH. La Corte IDH consideró también que México había violado los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en orden a la investigación sobre la comisión de los hechos de tortura denunciados).

10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, razón por la cual sería operativa solamente cuando de este tipo de conductas estatales se tratara, la Corte IDH parece haber ido más allá:

166. En este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación de las garantías judiciales (Cf. Caso Bayarri vs. Argentina, Serie C, No. 187, del 30 de octubre de 2008, párr. 108). Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica solo a los casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar [...] que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción.

En el caso citado por la Corte IDH, *Bayarri contra Argentina*, el tribunal local había excluido del proceso la confesión obtenida ilegalmente, decisión que se consideró efectiva para hacer cesar las consecuencias de la violación de las garantías judiciales de Bayarri (§ 108). Sin perjuicio de que el Estado habría remediado así parte de su responsabilidad internacional, en el párrafo siguiente la Corte IDH declaró que se había violado el artículo 8.2.g de la CADH, disposición que contempla la prohibición de autoincriminación forzada.

Profundizando aún más y, como veremos, matizando la anterior justificación de la regla consagrada (anulación de los actos viciados para *desincentivar* el uso de la coacción), en el párrafo 167 la Corte IDH dijo:

[...] las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen. Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo.

Al concluir la última de las frases transcritas, la Corte IDH citó la jurisprudencia del TEDH que sustentaría la conclusión efectuada. Sin embargo, como hemos visto, la cita es por lo menos equívoca, ya que, si bien el TEDH ha interpretado la cuestión en debate desde la perspectiva de la cláusula del *fair trial*, la jurisprudencia reciente de ese Tribunal no parece sostener, incluso en supuestos de tratos inhumanos, que la regla de exclusión sea, en términos generales, un remedio ante una infracción al juicio justo.

Antes de concluir esta sección, es necesario resaltar que la Corte destacó que el carácter absoluto de la regla de exclusión “se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no solo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción” (cf. § 167). Esto, según parece, no es más que la aplicación de la llamada *teoría de los frutos del árbol venenoso*.

3. La relativización de la prohibición de tortura

El caso *Gäfgen* había sido motivo de análisis por la doctrina especializada aun antes de conocerse la resolución definitiva del TEDH, tal era la repercusión generada por la decisión del agente policial que ordenó la amenaza de imponer tormentos. Su postura se procuró justificar y se desarrollaron diversos planteos tendientes a exculparlo de un hecho que, relevando la normativa internacional, es uno de los más gravemente rechazados por la generalidad de los países. Los planteos, además, también se dirigían a establecer si, a pesar de aquella violación a los derechos del imputado, el proceso podía considerarse legítimo.

La discusión, en definitiva, gira en torno a la posibilidad de ponderar los elementos en conflicto: la vida de la persona víctima de un secuestro y la dignidad de la persona a quien se atribuye la responsabilidad por el delito en cuestión.

Algunos autores, como Eisele, distinguen entre el derecho policial a la defensa contra peligros y el derecho del procedimiento penal para la persecución de delitos: mientras que en el primer caso los agentes actúan preventivamente, en el segundo lo hacen represivamente, bajo la dirección de los funcionarios que representan a la Fiscalía.⁹

En el caso *Gäfgen*, reconoce el autor, incluso teniendo por válida aquella distinción, las dos alegadas funciones policiales concurrían, ya que las amenazas habían servido tanto para que el imputado confesara el lugar donde podía hallarse al niño como para que las actuaciones judiciales en su contra pudieran proseguir.¹⁰

Para propiciar tal delimitación los criterios predominantes plantean atender al objetivo perseguido por el agente policial o bien al juicio que, respecto del supuesto de hecho concreto, pudiera formular un espectador objetivo.

Ya fuera por la entidad de los bienes jurídicos en riesgo —la vida e integridad física del menor— o por la situación de urgencia que experimentó el agente policial implicado, la función preventiva adquirió prioridad ante la necesidad de atender las funciones procesales que la ley ritual encarga a la policía.

Esta opción, en el derecho alemán, parece justificada, nuevamente, a partir de la distinción entre esas dos esferas jurídicas: la policial-preventiva y la policial-represiva.

Resulta claro, a mi entender, que la prohibición de tortura rige cualquiera sea la justificación que se brinde: la prescripción sobre cómo debe ser interrogada una persona detenida por sospechársela responsable de un ilícito rige tanto para el policía que actúa preventivamente como para el que lo hace con el objetivo de recoger y obtener la prueba a utilizar en el juicio.

Más allá de ello, Eisele aclara que la aplicación de la *doctrina de los frutos del árbol envenenado* no rige de modo absoluto en el ámbito alemán: además de las excepciones prototípicas del desarrollo norteamericano sobre la doctrina en cuestión (la *teoría del descubrimiento inevitable*, por ejemplo), existen criterios para relativizar la absoluta

⁹ Jörg Eisele: “Derecho y tortura. Entre la defensa policial contra peligros y la persecución penal. Hacia la utilización en el proceso penal de una declaración obtenida bajo amenaza de tortura”, en *Iusta*, n.º 28, 2008, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Santo Tomás, Colombia, p. 119. Disponible en <http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_28/contenido.pdf> (19/7/2011).

¹⁰ *Ibidem*, p. 120.

extensión de la prohibición de uso, entre ellos, la ponderación entre el derecho vulnerado y la gravedad del delito sospechado y, fundamentalmente, “la situación excepcional de la defensa policial contra peligros”.¹¹

Resulta complejo rebatir la clara prohibición que surge, por ejemplo, de los artículos 3.º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y 7.º del PIDCP, pero ciertos autores, como el también alemán Karl Heinz Gössel,¹² han argumentado que no es posible sostener el carácter absoluto de la prohibición de tortura.

Sin perjuicio de sostener *a priori* que el derecho constitucional alemán prevalece sobre la normativa internacional, Gössel considera que la prohibición de tortura consagrada en ese cuerpo de normas es solo relativa y reconoce excepciones.

Así, con referencia directa al caso discutido antes (caso *Gäfgen*), Gössel considera posible que el legislador alemán introduzca ciertos supuestos, hoy calificables como tortura, dentro de la excepción prevista por el apartado n.º 1, *in fine*, del artículo 1.º de la CIDT, esto es, formas sancionatorias. La prohibición proveniente del PIDCP no sería aplicable, a su entender, en la medida en que el propio preámbulo de la CIDT le atribuye a este instrumento específico una función complementaria, a efectos interpretativos del propio Pacto.

El eje del planteo sería que la legislación interna puede excluir de la definición (internacional) de tortura ciertas medidas, conceptualizadas desde ese momento como “sanciones o relacionadas con tales sanciones” para que con ello la CIDT también deba interpretarlas “como acordes al Derecho, es decir, como legítimas”.¹³

Lo propio podría ocurrir si el derecho nacional del Estado parte también incluyera como supuestos de estado de necesidad legítimos los padecimientos corporales que pudieran infligir los particulares, calificables en abstracto según los parámetros del artículo 1.º de la CIDT, en tanto ni los particulares son agentes públicos ni la situación de necesidad es pública, con lo que también se evade la clara limitación que expresa el artículo 2.º, inciso 2.º, de la CIDT.¹⁴

En tren de rechazar el carácter absoluto de la prohibición, y ya respecto de la CEDH, Gössel destaca que el orden europeo ha prohibido las penas corporales, con lo que su argumento expuesto en el párrafo anterior no sería aplicable. Sin embargo, sí sería posible aplicar medidas, ya reguladas en las naciones europeas, que admiten intervenciones administrativas o policiales, e incluso procesales, como el arresto del testigo reacio a presentarse para declarar o la internación forzosa para el intoxicado, por ejemplo. En tanto estas medidas pueden ser entendidas como contrarias a la dignidad de la persona, entiende Gössel que sirven también de baremo para rechazar el carácter absoluto de la prohibición de tortura.

Es al referirse a la posibilidad de admitir lesiones a la dignidad donde los argumentos de Gössel se hacen más peligrosos. En efecto, dice que el CEDH solo obliga a los países

¹¹ *Ibidem*, p. 124.

¹² Karl Heinz Gössel: “¿Contiene el derecho alemán prohibiciones ‘absolutas’ de tortura, que rigen sin excepción?” (traducción de Dirk Styma), en *Revista de Derecho Procesal Penal* (“La injerencia en los derechos fundamentales del imputado, iii”), tomo 2007-1, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 9-40.

¹³ *Ibidem*, p. 17, numeral 2.

¹⁴ *Ibidem*, p. 18, numeral 2.

miembros a respetar los derechos humanos enumerados en los artículos 2.º a 18.º de su texto, entre los cuales no se encuentra referida la dignidad humana, de lo cual se concluye que no existe un derecho absoluto a su salvaguarda.

Asimismo, Gössel, tomando como indicio el valor de la vida humana y la circunstancia de que el Tribunal Constitucional alemán ha declarado que ningún derecho es ilimitado, sostiene que debe admitirse el recurso a la ponderación —prohibido en apariencia por la normativa internacional, al menos respecto de la tortura—, en cuyo caso la dignidad de quien fuera sometido a torturas, y no solamente por un particular, resultaría justificada.

El recurso a la ponderación, para todos los derechos, es endeble en sus fundamentos, como se advierte al desbrozar el razonamiento de Gössel,¹⁵ pero no es una postura en absoluto solitaria. Como refiere Jessberger, incluso se ha considerado que hasta la omisión de tortura, en casos como el de Gäfgen, resultaría contraria a la dignidad humana del rehén —no ya de la víctima de los tormentos.¹⁶

En la posibilidad de justificar la “tortura preventiva” con miras a resolver situaciones de peligro para bienes individuales o públicos confluyen dos desarrollos teóricos propios de las últimas décadas: el derecho penal del enemigo y la idea de una sociedad de riesgo.

El caso norteamericano, por ejemplo, en el contexto de los hechos de terrorismo de septiembre de 2011, sirve de estandarte para quienes procuran rechazar el carácter indelegable de la prohibición absoluta de la tortura.

En ese país, el uso más recurrente ha sido su empleo contra personas retenidas en prisiones administradas por el Ejército norteamericano fuera del territorio nacional, con el objetivo primordial de obtener información tendiente a detener a otros sospechosos de actos de terrorismo u obtener datos para evitar atentados.¹⁷

Más allá de esta hipótesis, otra versión de esta relativización se exterioriza en aquellos casos en los que el objetivo sí es el uso de la evidencia obtenida en un proceso penal, pero cuando estos actos han sido ejecutados en un país distinto de aquel donde se celebrará el juicio. Se conoce este caso como un supuesto de uso transnacional de la evidencia prohibida.

Sin intención de agotar la cuestión, resulta necesario indicar que la CIDT impediría tal opción, habida cuenta de los términos generales en que ha sido redactada. Kai Ambos¹⁸ ha tratado la cuestión cuando se plantea tanto ante tribunales locales como internacionales.

¹⁵ Cf. pp. 26 ss. del texto citado.

¹⁶ Florian Jessberger: “Bad torture - Good Torture: What international criminal lawyers may learn from the recent trial of police officers in Germany”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, Oxford University Press, p. 1064.

¹⁷ Para un trabajo que atiende a este supuesto en particular y a otros de relativización de derechos humanos luego del 11 de septiembre de 2001, véase Stephen Thaman: “La situación precaria de los derechos humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 30, n.º 89, 2009, Universidad Externado de Colombia, pp. 163-207. Disponible en <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero89/Stephen%20Thaman%202.pdf> (19/7/2011).

¹⁸ Kai Ambos: “El uso transnacional de la prueba obtenida por medio de tortura”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho

Resta indicar que muchos autores han debatido en derredor de casos hipotéticos como aquel en que una bomba cuya detonación estuviera cronometrada y pudiera poner en peligro la vida de múltiples personas debiera ser localizada, a expensas de someter a torturas a quien la ha activado para que informe de su ubicación.

En la medida en que estos escenarios (de bombas de relojería o *ticking-time-bombs*) han sido objeto de ardua discusión, es necesario al menos dar cuenta de su existencia. Sin embargo, más allá de que, en efecto, se trata de supuestos en los que se pone en duda la efectiva existencia de un derecho absoluto —es decir, ilimitado e inderogable para todos los casos—, lo cierto es que en el plano deontológico, como sostiene Greco, cualquier argumento que se esgrima para justificar la imposición de tormentos reduce a la persona a un mero instrumento de las necesidades colectivas o la priva de su dignidad —ya sea por su conducta anterior o por la necesidad de resguardar la del resto de las personas—: cualquiera fuera la razón, el individuo dejará de ser tomado en cuenta como un sujeto con voluntad y, por ende, perderá su estatus ante el Estado, que al mismo tiempo perderá “el título que otorga legitimidad a su existencia [...], presupuesto del ejercicio legítimo de su poder”.¹⁹

4. La relativización de la aplicación de la *regla de exclusión*

La *exclusionary rule*, concebida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, ha influido notablemente en la práctica de los tribunales nacionales de todo el mundo. Esta influencia se ha extendido, a su vez, a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, como surge del relato efectuado en el apartado 2.

Ahora bien, ni en el ámbito americano ni en el europeo, cuyos órganos de control poseen una extendida y consolidada experiencia en la resolución de peticiones individuales, se encuentra regulada expresamente una regla de no utilización o valoración de la prueba obtenida en violación a los derechos consagrados en sus respectivas Convenciones.

Como se ve, aun superada la discusión sobre el carácter absoluto e inderogable de la prohibición de tortura, resta resolver si el remedio para su violación o incumplimiento será aplicable en todos los casos o, por el contrario, si es posible rechazar su aplicación.

En el ámbito europeo, la discusión ha sido ciertamente profunda. Por ejemplo, Thaman da cuenta de que el TEDH, como se ha dejado entrever al analizar su fallo en el caso *Gäfgen*, ha rechazado reiteradamente que exista una obligación de excluir pruebas. Ya que la decisión sobre la cuestión reposa más bien en el análisis en conjunto del proceso, a la luz del artículo 6.º de la CEDH, y ello supone verificar si cabe calificarlo como justo, una ponderación entre el derecho lesionado y su gravedad se impondría.²⁰

Penal Internacional, 2010, pp. 449-490. Disponible en <http://www.kas.de/wf/doc/kas_21284-1522-4-30.pdf?110324191124> (19/7/2011).

¹⁹ Luis Greco: “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, Madrid, 2007, p. 14. Disponible en <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78592/102668>> (19/7/2011).

²⁰ Stephen Thaman: “Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de derecho”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 30, n.º 89, 2009, Universidad Externado de Colombia, pp. 120-121, con cita de los

Por su parte, en una obra lúcida que dedica considerable espacio a muchos de los temas aquí tratados, Ashworth advierte también el problema referido por Thaman. Reconoce que un derecho a excluir la prueba ilegalmente obtenida no se encuentra recogido por la CEDH, pero agrega que existiría un acuerdo en que “[...] cuando la evidencia ha sido obtenida mediante tortura o conductas inhumanas o degradantes, contrarias al artículo 3.º de la Convención, un juicio deberá declararse injusto dentro del significado del artículo 6.º si esa evidencia sostuvo la acusación”.²¹ La resolución del caso *Gäfgen* pareciera limitar el alcance de la conclusión.

En el ámbito interamericano la discusión apenas ha comenzado. En efecto, en un trabajo muy reciente, el Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales (IBCCRIM) ha tratado el asunto desde la perspectiva internacional.

Uno de los problemas de posturas como las sostenidas por el TEDH que advierten los autores consultados es que dejan un espacio demasiado amplio para la ponderación entre los intereses involucrados, a fin de determinar si un juicio ha sido o no justo. Si bien el criterio de la proporcionalidad resulta útil para delimitar la validez de las restricciones a los derechos, ese criterio resulta demasiado incierto y propenso a la subjetividad cuando se lo aplica al estimar si cierta prueba es o no lícita. Más aún tratándose de un remedio para una violación a un derecho convencional, se corre el riesgo de una “banalización de la protección de los derechos fundamentales”.²²

Debe tomarse en cuenta, además, que el derecho a no ser obligado a autoincriminarse ya había sufrido relativizaciones en la jurisprudencia del TEDH, ya fuera con base en la necesidad de atender a la diferencia entre compulsiones a ofrecer pruebas en el marco de procesos administrativos o penales, o bien distinguiendo la provisión de evidencia real o material de la estrictamente testimonial (*Saunders contra el Reino Unido*, de 1996). Pero, en lo que aquí importa, las limitaciones más criticables resultan ser aquellas que, planteadas originalmente por los Estados parte denunciados, fueron otorgando espacio a la necesidad de evaluar la proporcionalidad de formas lesivas al derecho, en función de la seriedad o gravedad del interés público comprometido.

Ashworth recoge esta tendencia, advertida en varias decisiones del TEDH. La primera de ellas, en orden de importancia, fue de la Gran Cámara del TEDH en el caso *O’Halloran*

casos *Schenk contra Suiza*, *Khan contra el Reino Unido* y *Allan contra el Reino Unido*, entre otros. Disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/522/500> (19/7/2011).

²¹ Andrew Ashworth: *Human rights, serious crime and criminal procedure*, Londres: Sweet & Maxwell, 2002, p. 35. Disponible en http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Human_Rights_Serious_Crime_and_Criminal_Procedure.pdf (19/7/2011). Este texto es previo a la resolución del TEDH en *Gäfgen* y recoge la conferencia dictada por el profesor Ashworth en el marco de las Hamlyn Lectures correspondientes al año 2002. El caso citado por el autor en el original es *Austria contra Italia*, que no pertenece al TEDH sino a la Comisión Europea sobre Derechos Humanos (véase la nota n.º 103, en la página 48).

²² Maria Thereza Rocha de Assis Moura et al. (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais [IBCCRIM]): “Provas ilícitas e o sistema interamericano de protecao dos direitos humanos. Relatório-Brasil 2009”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, 2010, p. 320. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_21284-1522-4-30.pdf?110324191124 (19/7/2011).

y *Francis contra el Reino Unido*, de 2008. En el caso, ambos dueños de un auto que había sido filmado excediendo los límites de velocidad fueron intimados a indicar a las autoridades cuál de ellos lo había manejado. La sanción era de multa y de pérdida de puntos.

El TEDH consideró aquí que no había existido violación al artículo 6.º del CEDH, para lo cual consideró las características del régimen regulatorio cuestionado y la naturaleza limitada de la información requerida, pero, en esencia, dejó establecido que el derecho a no ser obligado a autoincriminarse no era absoluto y que podía ser limitado al tomar en cuenta factores como el grado de compulsión impuesta, el uso que pudiera darse a la evidencia obtenida y la existencia de salvaguardas dentro del proceso.²³

En un caso previo, *Jalloh contra Alemania*, ya citado, la conclusión fue la opuesta, en tanto se consideró que había existido una forma de compulsión que permitía calificarla según los parámetros del artículo 3.º de la CEDH —los policías sostuvieron al denunciante mientras un médico le administraba un emético para que expulsara el material estupefaciente—. Ashworth advierte de todos modos que uno de los factores que, a modo de *obiter dictum*, se habían expuesto a efectos de delimitar el carácter no absoluto del derecho era el del “peso del interés público en la investigación y castigo del delito en cuestión”.

Este criterio, advierte el autor, permite evaluar el grado de garantía que recibe un derecho, con base en la entidad o seriedad del delito que se le atribuya a su titular. Más allá de la posibilidad de restringir el derecho por sí, lo cierto es que restaba por identificarse en la jurisprudencia del TEDH, de modo consecuente, si la entidad de los factores que hacen al “interés público” puede servir de baremo para la vigencia del artículo 6.º de la Convención Europea. Dice Ashworth:

En *Jalloh*, la Gran Cámara [...] introdujo una forma de “ponderación” o test de proporcionalidad que no debiera encontrar lugar en un derecho tan fundamental como es el derecho a contar con un juicio justo. Sugerir que el privilegio contra la autoincriminación debe ser mantenido cuando al imputado se lo acusa de un tráfico de droga al menudeo pero (por inferencia) disminuirlo o derogarlo cuando se lo acusa por un crimen más serio contradice [...] [la idea de que] el privilegio tiene un lugar en el grupo de los derechos consagrados por la Convención en orden a la justicia penal.²⁴

Anticipaba Ashworth al concluir el texto transcrito que el fallo del TEDH en *Jalloh* dejaba abiertas varias posibilidades respecto del alcance que debería atribuirse al derecho a no ser obligado a incriminarse, cuestión que confirma, lamentablemente, el caso *Gäfgen* ya tratado.

En este último caso, los magistrados que suscribieron el voto disidente²⁵ rechazaron tajantemente la postura mayoritaria del TEDH, la cual sostuvo que en el caso *Gäfgen* no

²³ Andrew Ashworth: “Self-incrimination in European human Rights Law_A pregnant pragmatism”, en *Cardozo Law Review*, vol. 30, n.º 3, 2008, pp. 763-764. Disponible en <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf>> (19/7/2011).

²⁴ *Ibidem*, p. 773.

²⁵ Seis de los diecisiete que compusieron la Gran Cámara al momento de resolver, a saber: Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Sverre Erik Jebens, Ineta Ziemele, Ledi Bianku y Ann Power.

había existido violación al juicio justo a pesar de haberse incorporado al proceso evidencia obtenida como consecuencia de la confesión forzada a través de un trato inhumano.

Estos jueces lamentaron que el TEDH hubiera dejado pasar la oportunidad de fijar un estándar para los supuestos de exclusión de evidencia—incluso material y no solamente testimonial— en aquellos supuestos que cayeran dentro de la esfera del artículo 3.º de la CEDH (§ 2 y 3), y que se hubieran establecido distinciones, en orden a la incorporación o no de evidencia, según la calificación del acto como tortura o solo como un trato inhumano (§ 3 y 9).

Pero más lamentaron estos jueces que el TEDH no hubiera fijado una regla clara que seguir en supuestos de violación al artículo 3.º de la CEDH, como se había acreditado en el caso:

El Tribunal podría haber respondido al problema de modo categórico, afirmando de manera inequívoca que, sin importar la conducta del acusado, la justicia, a los efectos del artículo 6.º, presupone que se respete la legalidad y requiere, como una proposición evidente, la exclusión de toda la evidencia que hubiera sido obtenida en violación al artículo 3.º. Un juicio penal que admite y se basa, en cualquier medida, en evidencia obtenida como resultado de la lesión a una regla tan absoluta de la Convención no puede ser *a fortiori*, justo.²⁶

Estos mismos jueces, luego, rechazaron el razonamiento de la mayoría del TEDH que consideró que la nueva confesión en el juicio configuraba un quiebre en la cadena causal (del vicio) que permitía concluir que la condena no había sido afectada por la admisión de la evidencia en cuestión: ese razonamiento omitía considerar al proceso penal como conjunto orgánico, obviaba la práctica habitual del juicio y no consideraba que la confesión había sido brindada inmediatamente luego de haberse frustrado el intento por excluir la prueba incriminante (§ 6).

En definitiva, este grupo de jueces concluyó que la aplicación estricta de la regla de exclusión era la medida más efectiva para garantizar la vigencia de la prohibición absoluta consagrada en el artículo 3.º, ya que priva de incentivos a quienes pudieran infligir ese tratamiento a los sospechosos (§ 10).

Para concluir el tratamiento de la jurisprudencia del TEDH, resulta útil destacar que los magistrados disidentes en el caso *Gäfgen* tuvieron en cuenta que una de las críticas dirigidas a la aplicación estricta de la regla de exclusión es que con ella pueden afectarse otros derechos o valores, en particular al comprometer o restar eficacia a la persecución y el enjuiciamiento de los delitos. En efecto, ese es uno de los aspectos en torno al cual gravitan muchas de las decisiones judiciales que se valen de argumentos de ponderación o proporcionalidad para relativizar la implementación de dicha regla.

Al respecto, en orden principalmente a los derechos de las víctimas del delito, a la par del interés en el castigo de los delitos:

²⁶ Voto disidente del caso *Gäfgen*, § 2.

[...] existe un interés público igualmente vital y convincente por preservar los valores de una sociedad civilizada, fundada bajo el principio de legalidad. En sociedades como esa, el recurso a la sujeción de individuos a trato inhumano o degradante, sin importar su objetivo, nunca puede ser permitido. Existe, además, un interés elemental en asegurar y mantener la integridad del proceso judicial y la admisión, en un juicio, de evidencia obtenida en violación a un derecho humano absoluto debilitaría y haría peligrar la integridad de dicho proceso.²⁷

En cuanto al sistema interamericano, Rocha de Assis Moura, Coelho Zilli y Girão Monteconrado Ghidalevich han analizado tanto las reglas probatorias merced las cuales la propia Corte IDH decide los casos traídos ante ella, como el modo en que evalúa las reglas probatorias que aplica cada Estado miembro.

La Corte IDH, desde su propio reglamento, adscribe a cierta flexibilidad e informalidad en materia probatoria y no tiene previstas reglas de exclusión de la prueba. Más aún, en los casos en los que se han planteado incumplimiento de las formas procesales se ha ocupado de distinguir entre el proceso ante los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y los desarrollados ante la justicia penal de cada país.²⁸

Respecto de los casos contenciosos ante la Corte IDH, los autores resaltan la falta de profundidad al decidir sobre el respeto y la garantía de los derechos humanos comprometidos cuando se debía analizar la validez de la obtención del material probatorio. En los casos *Lori Berenson Mejía contra Perú* (serie C, n.º 119) y *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú* (serie C, n.º 137), en efecto, la Corte IDH nada dijo al respecto, pese a que existían vicios que reclamaban una mención.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) registra, sin embargo, antecedentes de relevancia.

En el Informe n.º 1/95, respecto de los hechos denunciados por el expresidente del Perú, Alan García Pérez (caso n.º 11.006), se trató la cuestión de los allanamientos ilegales sufridos por el denunciante en el contexto de la decisión del entonces presidente Fujimori (abril de 1992) de suspender la vigencia de la Constitución Nacional, disolver el Senado y la Cámara de Diputados, disponer el receso del Poder Judicial y, entre otras cosas, ordenar la detención de varios líderes políticos.

En un proceso penal abierto en contra del Sr. García por la alegada tenencia ilegal de armas se produjeron allanamientos en su domicilio particular y en la sede del Partido Aprista, del cual era secretario general.

Ya que la única prueba que existía respecto de la responsabilidad de García era la obtenida en virtud del allanamiento en cuestión, y este no había sido dispuesto del modo que lo exigía la legislación interna y su ejecución había sido puesta en manos del Ejército, se debía analizar la validez del acto y, en lo que aquí interesa, sus consecuencias. Dijo entonces la CIDH:

²⁷ *Ibidem*, § 12.

²⁸ Rocha de Assis Moura et al.: o. cit., pp. 327-328, con cita de los casos *Velásquez Rodríguez* (serie C, n.º 4, § 132-134) y *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú* (serie C, n.º 110, § 58), entre otros.

El artículo 8 de la Convención Americana [...] en su inciso segundo prevé que durante el trámite del proceso toda persona tiene derecho a que se respeten ciertas garantías mínimas. La enumeración contenida en esta cláusula ha sido interpretada como una nómina de garantías mínimas no taxativas. De este modo, se ha considerado que existen otras garantías reconocidas en el derecho interno de los Estados que, si bien no están incluidas explícitamente en el texto de la Convención, igualmente se encuentran amparadas por el contenido amplio del inciso 1 del artículo 8 de la Convención. La inviolabilidad del domicilio es una de las garantías implícitas del mencionado artículo. En efecto, además de operar como una garantía del derecho a la privacidad, es una garantía del debido proceso en tanto establece un límite legal a la recolección de la prueba inculpativa de un individuo imputado de un delito. Para el caso que se realice el allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente. La razón de ser de esta garantía y de la regla de exclusión de la prueba obtenida a partir de su violación se encuentra fundada en [...] [que] [l]a justificación de los métodos para averiguar la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal. Las formas judiciales no son una categoría formal sino que, en tanto sirven directamente a la protección de la dignidad humana, se comportan como una categoría material. [...] Por este motivo, la Comisión considera que las “debidas garantías” amparadas por la Convención Americana no han sido respetadas en la tramitación de las causas penales en contra del ex-Presidente Alan García.

Resulta interesante advertir que, si bien la regla de exclusión no se encuentra prevista, de modo expreso al menos, en la CIDH, la Comisión interpreta que la regulación (también implícita) de la garantía contra las afectaciones indebidas a la intimidad, mediante la garantía de la inviolabilidad del domicilio, es al mismo tiempo garantía de que la prueba obtenida no será utilizada. Así, la existencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio es coextensiva con la de su remedio.

Este estándar fue reiterado por la CIDH en su *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, del 7 de marzo de 2006 (§ 97) y, más recientemente, en el *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, del 31 de diciembre de 2009 (§ 176).

5. Los límites a los derechos humanos y la ponderación como mecanismo de interpretación

Como se ha visto en las secciones precedentes, las discusiones en torno a la vigencia absoluta de la prohibición de tortura y la aplicación estricta de la regla de exclusión se han hecho depender de la necesidad de balancear las exigencias que sostienen estos principios con la necesidad de reprimir las conductas delictivas que anteceden a ambas decisiones.

Subyace a dicha discusión una teoría que propicia la implementación de una técnica de interpretación que, entre principios o valores en conflicto, permitiría seleccionar aquel o aquellos que cabe privilegiar, no de modo absoluto para todos los casos posibles sino en concreto y para circunstancias específicas.

Esa técnica —de ponderación o *balancing test*— se extiende tácita o expresamente a muchas de las soluciones que en cada ámbito jurisdiccional se debe aplicar a casos complejos o difíciles. Si la prohibición de autoincriminación forzada estuviera asociada a actos inhumanos, crueles o de tortura, la postura tradicional había considerado inderogable su vigencia y la de los medios para prevenirla y sancionarla.

Ya sea con motivo de la situación de emergencia que muchos países han decidido declarar o bien en función de reflexiones más profundas sobre el alcance de los derechos humanos, máxime en el terreno de la seguridad pública, la evolución de la jurisprudencia especializada sobre la cuestión evidencia un mayor nivel de crítica (y hasta rechazo) hacia aquellas posturas tradicionales.

En el ámbito doctrinario, bajo el nombre de neoconstitucionalismo se ha formado en el derecho continental europeo una corriente iusfilosófica que propicia un nuevo paradigma epistemológico, enfrentado al positivismo jurídico estricto.

Esta teoría, o conjunto de ellas, se caracteriza por la prioridad que otorga al estudio de las consecuencias que una constitución rígida produce en un sistema normativo, ello en orden al fundamento de los derechos humanos que en aquella aparecen consagrados y, en lo que aquí interesa, en la posibilidad de distinguir, dentro de los sistemas jurídicos de uno u otro país, reglas de principios.

Merced los trabajos de Dworkin, se ha podido construir una concepción bastante unitaria de lo que, desde esta perspectiva, diferencia a los Estados modernos de las formas de gobierno basadas en la mera legalidad. Aparece así como hito fundamental la consagración de instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el ámbito internacional y la restauración de las democracias europeas en el período de posguerra.

La referida distinción entre reglas y principios permite atender un problema que, a tenor del tema que nos atañe, ha posibilitado una salida alternativa a los conflictos que pudieran darse entre derechos humanos, bienes públicos o intereses legítimos, todos ellos consagrados en los Estados de derecho modernos.

En todo caso, de lo que se trata en la evolución experimentada por las democracias constitucionales, en el proceso por el cual se han transformado en tales, es de garantizar —en la mayor medida posible— los derechos de las personas, en los distintos ámbitos en que se desarrolla la vida social y conforme las particularidades que cada ámbito posee.

Uno de los más prominentes exponentes del neoconstitucionalismo, de amplia difusión en nuestro contexto, es Robert Alexy.

En su exposición y con remisión a la obra de Dworkin, este autor distingue reglas de principios. Mientras las primeras establecen un deber, los segundos solo lo hacen de modo condicional, mediante un mandato de optimización, cuya realización dependerá de condiciones de hecho o jurídicas variables según las circunstancias.

En la medida en que la obra de Alexy reconoce inspiración en la de Dworkin, cabe referir aquí cómo este último autor describe los casos de conflictos entre normas (reglas, en nuestro análisis):

Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces nada aporta a la decisión. [...] La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones [...] Pero no es así como operan los principios [...].²⁹

En efecto entonces, a diferencia de lo que ocurre en el campo de las reglas, dice Dworkin:

Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que los determine a inclinarse en uno u otro sentido. [...] Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o la importancia. Cuando los principios se interfieren [...] quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.³⁰

En definitiva, se diferencia de las normas que imponen determinado resultado cuando se presentan los presupuestos que la tornan aplicable y, en su defecto, “[...] cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada [,] [l]os principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”.³¹

Ampliando el concepto ha dicho Borowski, discípulo a su vez de Alexy:

Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas solo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez.³²

Como se ve, la diferencia entre ambos conceptos —reglas y principios— no radica tanto en las características adscritas a cada uno sino, por el contrario, en la diferente técnica de interpretación a la que se deberá recurrir de estarse en presencia de un conflicto entre pares de situaciones ubicadas en uno u otro extremo del binomio.³³

²⁹ Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta-Agostini, 1993, p. 75.

³⁰ *Ibidem*, p. 77.

³¹ *Ibidem*, p. 91.

³² Martín Borowski: *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 48-49.

³³ La distinción entre los principios y las reglas “no aludiría a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas”. Luis Arroyo Jiménez: “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2009 (mayo), Madrid, p. 7, con cita de Luis Prieto Sanchis: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson, 1998, p. 52. Disponible en http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf (19/7/2011).

Alexy parte de la base de que los derechos individuales puedan aparecer descritos en forma de principios y así, como no definitivos, en la medida en que, al colisionar con otros derechos o bien con ciertos intereses, puedan ser restringidos.

Entre dichos intereses reconoce Alexy el concepto de *bien público*, que ajustadamente ejemplifica con la seguridad pública, sea esta externa o interna. Al caracterizar dicho concepto, profundiza el autor con el ejemplo prototípico de aquella idea de seguridad:

La seguridad colectiva es un caso relativamente claro de un bien colectivo porque, primero, nadie (más exactamente: nadie que se encuentre en el respectivo territorio) puede ser excluido de su uso y, segundo, el uso por parte de *a* no afecta ni impide el uso por parte de *b*.³⁴

Sin perjuicio de la validez de esta teoría, máxime para enfrentar los problemas vinculados con la vigencia de los derechos sociales, lo cierto es que la admisión de la teoría supone también la del enfrentamiento, a un mismo nivel, de derechos humanos y bienes públicos.

En lo que hace al derecho procesal penal, este conflicto se plantea entre el ideal de la seguridad pública y el del respeto y la garantía de los derechos humanos comprometidos en la tarea de llevar adelante el juicio. Este conflicto, cuando de hechos de tortura se trata, es paradigmático del alcance real de los derechos consagrados a escala internacional.

No se ha pretendido atribuir aquí a una corriente filosófica en pleno proceso de consolidación ni, por cierto, a todos sus integrantes una postura que admita la relativización de la tortura, a través de su prohibición o su remedio (léase, la *regla de exclusión*). Lo cierto es que esta forma de razonamiento encuentra su base en doctrinas como la expuesta, máxime cuando exhibe referentes de la calidad de los citados.

La idea detrás del interés público, como límite a los derechos humanos, no requiere, sin embargo, de un caudal teórico extenso. Ashworth, analizando tanto la jurisprudencia de los tribunales ingleses como del propio TEDH, ha destacado el creciente papel que juega en la argumentación judicial.

Este autor, lúcidamente, advierte que si una función cabe atribuir a los derechos humanos, esta es la de ser, en esencia, “un concepto contramayoritario o anti-utilitarista” y que, aunque en cierta medida los derechos humanos aparezcan como contrarios al espíritu democrático (en tanto privilegio de la voluntad de la mayoría), no lo son en realidad, sino que, por el contrario, realzan la democracia “al incrementar su legitimidad”.³⁵

Citando a Dworkin, el autor concede que pueda ponderarse el interés público con un derecho humano, según los parámetros de necesidad y proporcionalidad ciertamente, pero ello en casos excepcionales (preferentemente contra otros derechos individuales) y siempre que se tenga en cuenta que existe una jerarquía de derechos. Así, existen: a) ciertos derechos inderogables, ejemplificados por el derecho a no ser sujeto a tortura u otros tratos degradantes o inhumanos, consagrado en el artículo 3.º de la CEDH, b) en un nivel inmediatamente inferior, derechos fuertes, y en un último nivel, c) derechos *prima facie*,

³⁴ Robert Alexy: *El concepto y validez del derecho*, Buenos Aires: Gedisa, 2008 (1992), p. 186.

³⁵ Ashworth: *Human rights...*, o. cit., pp. 71-72.

como el derecho a la vida privada o a la libertad de expresión o asociación, que, también previstos en la CEDH, contemplan al ser consagrados la posibilidad de ser interferidos por necesidades propias de “una sociedad democrática”.

Es justamente el nivel intermedio (*b*) el más difícilmente clasificable, y en el que Ashworth ubica el ya referido derecho a un juicio justo, consagrado en el artículo 6 de la CEDH. Los derechos de este grupo exigirían una argumentación adicional y la alegada existencia de intereses públicos en conflicto debería ceder el paso a (verdaderos) derechos en colisión.

Ashworth ejemplifica su razonamiento con el caso *Doorson contra Holanda*, de 1996, del TEDH. Allí se convalidó la restricción al derecho del imputado a confrontar los testigos de cargo, en un caso en que los testigos habían sido amenazados y atacados por aquellos en cuyo perjuicio declararon. A fin de poder privilegiar válidamente la seguridad personal de los testigos, la restricción a un derecho de la importancia del mencionado, en cuanto integra la noción de *juicio justo*, debía ser objeto de justificación especial: se exige alta probabilidad de que el procedimiento normal no garantizaría la integridad de los testigos y debían concederse salvaguardas al imputado para “contrabalancear” la merma en sus facultades.³⁶

Como se ve, se trataba de un riesgo cierto e inminente que exige un nivel de argumentación y razonamiento estructurado.

Por otra parte, y ya en especial respecto de los derechos a guardar silencio y no ser obligado a autoincriminarse, Ashworth destaca que cualquier límite que se pretenda imponer a su goce, admitiendo su carácter no absoluto pero sosteniendo que no pueden ser ponderados libremente con cualquier consideración de interés público, debe ser analizado, no ya en función de consideraciones sobre la entidad o seriedad del delito atribuido, sino con base en la situación concreta sobre la prueba que exista en el caso.³⁷

Al menos en lo que atañe a la prohibición de tormentos o tratos crueles o inhumanos, aun cuando, en términos generales, las garantías judiciales resulten sujetas a limitación ante un derecho en conflicto, lo cierto es que en estos casos el remedio para su garantía plena (la regla de exclusión) debería asumir los mismos caracteres que el derecho que procura resguardar.

Más allá de esta circunstancia, a la que me referiré en las conclusiones, es claro que, en los hechos, la idea de ponderación se había infiltrado prontamente para restar operatividad a la *regla de exclusión*.

El primer obstáculo, como ha ocurrido en el ámbito europeo y en el interamericano, es que el lugar de la regla y su derivada (*teoría de los frutos del árbol venenoso*) no se encontraba previsto como derecho del imputado, sino que fue elaborado, al principio para el ámbito federal exclusivamente, a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.³⁸

³⁶ *Ibidem*, pp. 77-80.

³⁷ *Ibidem*, pp. 128-129.

³⁸ Perfecto Andrés Ibáñez: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 192.

Así, la elaboración de la regla como remedio útil a fin de evitar que los agentes policiales incurrieran en una conducta ilegal (*deterrent effect*) fue asumiendo cada vez mayor importancia, a consecuencia de lo cual la idea de efectuar un *balancing test* o ponderación se impone, en la resolución caso por caso, según qué tan necesario sea para desalentar la lesión de derechos fundamentales.

En la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema estadounidense, este paradigma se ha consolidado, elevando la excepción de la *buena fe policial* a piedra de toque para el análisis de la operatividad de la regla.³⁹

En el caso *Herring*, en efecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos refirió:

El hecho de que haya ocurrido una violación a la Cuarta Enmienda —por ejemplo, si una requisita fue irrazonable— no implica necesariamente que la regla de exclusión se aplique. *Illinois vs. Gates*, 462 U.S. 213, 223 (1983). Es más, la exclusión “ha sido siempre nuestro último recurso, no el primer impulso”, *Hudson vs. Michigan*, 547 U.S. 586, 591 (2006), y nuestros precedentes establecen principios importantes que restringen la aplicación de la regla de exclusión.

En el caso referido recientemente, la Corte estadounidense sostuvo, en términos generales, que la regla de exclusión solo resultará operativa allí donde se verifique que, de utilizarse, se evitarán futuras violaciones a los derechos individuales.

Guariglia, por su parte, ha advertido que la previsión por el legislador de los supuestos en los que cierta prueba no es admisible —en su adquisición o su valoración, sin atenerse a la distinción propia de la doctrina alemana— impide que el juez recurra al ejercicio de la ponderación a efectos de otorgar mayor alcance a los intereses de la persecución penal.⁴⁰

El autor citado atiende así a ciertos argumentos que propician el uso de criterios de proporcionalidad para evadir la aplicación de prohibiciones probatorias en casos de criminalidad especialmente grave. Siguiendo a Guariglia en este punto, cabe decir que el principio de proporcionalidad (más allá de su fundamento filosófico, añadido yo) no puede operar “como un fundamento apto para justificar o ‘sanar’ la actividad estatal irregular, ni tampoco para crear una facultad de injerencia no prevista legislativamente”.⁴¹

Esta discusión atribuye así relevancia al debate referido por Ambos en orden a las distintas finalidades u objetivos que los tribunales internacionales penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda —TPIY y TPIR, respectivamente— otorgan a la regla de exclusión (evitar pruebas que no sean fiables o que el proceso se vea dañado en su integridad).⁴²

Es que si nos volcamos por la segunda opción, es decir, la integridad del proceso (privilegiándola ante la cuestión de la fiabilidad de la prueba obtenida luego de la imposición de tormentos o la ausencia de necesidad de prevención de nuevas conductas lesivas a los derechos en juego), deberíamos tomar la conclusión originalmente adoptada

³⁹ Cf. caso *Herring v. United States*; 555 U.S. 135 (2009).

⁴⁰ Fabricio Guariglia: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 73.

⁴¹ *Ibidem*, p. 75.

⁴² Kai Ambos et al. (eds.): o. cit., pp. 458-464.

por el TEDH, hasta el caso *Gäfgen* al menos, de que jamás puede un juicio ser justo si la evidencia que le ha servido de base ha sido obtenida mediante tortura.

6. Conclusiones

1. Uno de los problemas que presenta el neoconstitucionalismo, con las aclaraciones hechas antes, es que omite considerar de modo suficientemente claro que existen ámbitos en los que no puede siquiera contemplarse la posibilidad de confrontar un derecho sin consideración de su contenido.

Admitir que los derechos no solo aparecen previstos en reglas sino que también pueden representar principios y, además, que en tal condición pueden ser puestos en un mismo nivel de relevancia (argumentativa) que valores o intereses públicos, como la seguridad o la persecución del delito, supone conceder que pueden existir conflictos entre ellos y, como consecuencia, que “remit[a]n su configuración completa y definitiva a un juicio de ponderación efectuado, en cada caso, a la vista de los derechos en pugna”.⁴³

El análisis que se ha hecho de esta cuestión en el contexto europeo debería servir de referencia. El estudio de la jurisprudencia del TEDH puede ser realizado, como demuestra Croquet, recurriendo a los criterios de proporcionalidad o ponderación que ha elaborado la doctrina filosófica citada escuetamente en este texto. Más allá de la diversidad de perspectivas entre uno u otro autor, las corrientes filosóficas que parecen sostener teóricamente las posturas referidas coinciden en la idea de que los derechos —como el de guardar silencio o el de no estar obligado a autoincriminarse— no tienen preponderancia en abstracto sobre otros valores. Corresponde al intérprete, en este modelo, establecer los límites de los derechos, conforme su naturaleza, la entidad de su limitación y la importancia y necesidad de lograr el objetivo pretendido, entre otros factores.

Incluso se admite que, más allá de la obvia necesidad de definir con cierta precisión cuál es el contenido del interés público que se busca garantizar, como refiere Ashworth, cualquier jerarquía que se pretenda establecer entre un derecho y un interés público dependerá del resultado de un ejercicio de ponderación.⁴⁴

Este paradigma, de aplicarse a situaciones como las de la tortura y su correlato —inadmisibilidad de la prueba obtenida de aquella, así como la derivada causalmente— tornaría ineficaz un principio de la jerarquía del analizado hasta aquí.

2. En el ámbito interamericano, la doctrina que surge de la resolución por la Corte IDH del caso *Cabrera García y Montiel Flores* parece establecer un estándar irrefutable: la regla de exclusión es, efectivamente, la medida correcta ante supuestos de violación al derecho a no ser objeto de tortura o tratos crueles o inhumanos.

⁴³ Luis Prieto Sanchís: “*Principia iuris*: una teoría del derecho (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, Madrid-Alicante: Marcial Pons - Universidad de Alicante, 2008, p. 351.

⁴⁴ Nicolas A. J. Croquet: “The right of silence and not to self-incriminate under the European Convention on Human Rights: to what extent are they qualified?”, en *Cambridge Student Law Review*, vol. 4, n.º 2, 2008, p. 220. Disponible en <http://www.srcl.ucam.org/cslr/index.php?option=com_journal&task=article&mode=pdf&format=raw&id=60> (19/7/2011).

llega hasta las estrellas. Por el contrario, las prohibiciones de prueba son limitaciones *autoimpuestas* al conocimiento. Se trata de aquellos casos en los que no se debe probar, y no de los que no se puede probar.⁴⁷

La cuestión sobre los fundamentos de la regla de exclusión adquiere relevancia, además, al tomar en consideración que, a falta de una regulación específica —a excepción de la CAT, e incluso para ella, en lo que atañe no a supuestos de tortura sino de trato inhumano o cruel, en los que la exclusión como regla no parece ser tan clara—, se ha propuesto que la aplicabilidad de la regla de exclusión vendría dada por la existencia de ella en la legislación interna de los países.

En efecto, se ha entendido que, de comprobarse su existencia en un número y calidad considerables —ejerciendo una forma de investigación de derecho comparado—, la regla de exclusión podría regir, en el ámbito internacional, como un principio general del derecho, conforme se lo reconoce en las naciones civilizadas. Se trata de una de las fuentes del derecho internacional (cf. el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) que permitiría encontrar un sustento jurídico a la regla, a falta de una convención general que la prevea e incluso, como se ha dicho, para salvar la deficiencia en la redacción legal del CAT que haría inferir que se pretendió excluir los tratos crueles o inhumanos de la regla de exclusión consagrada en el artículo 15 de la CAT.⁴⁸

En todo caso, de sustentarse un tal análisis, habrá que considerar la diversa fundamentación que en cada país se ha atribuido a la regla de exclusión, ya que ello, como se ha referido al dar cuenta de lo que ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica, ha devenido determinante de la suerte de la propia regla.

3. Resultan escasos los planteos que sostengan que, en verdad, existe un derecho a la exclusión de la prueba viciada.⁴⁹ Sin embargo, sin pretender agotar las argumentaciones posibles sobre tal posibilidad, de la lectura del material recogido considero posible sostener, a título de propuesta, que la regla de exclusión y la teoría de los frutos del árbol venenoso deberían considerarse garantías necesarias a fin de que los derechos consagrados en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos resulten operativos.

En primer lugar, como sostiene la mejor doctrina, en orden al examen de la responsabilidad internacional del Estado respecto del individuo protegido por aquellos instrumentos, resulta útil distinguir dos tipos de obligaciones en cabeza del primero: de respeto y de garantía.

La segunda de esas categorías presupone la existencia de la primera y la complementa, en función de lo cual se ha consolidado ya la idea de que los Estados deben organizar

⁴⁷ Ernst Beling: "Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal" (1903), en Kai Ambos et al.: *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis, 2009.

⁴⁸ Para ambas cuestiones véase Akmal Niyazmatov: "Evidence obtained by cruel, inhuman or degrading treatment: why de Convention against torture's exclusionary rule should be inclusive", en *Cornell Law School Inter-University Student Conference Papers*, 2011. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=lps_clacp&sei-redir=1#search=%22Akmal%20Niyazmatov%3A%20%20C3%A2%20%2080%20%209CEvidence%20obtained%20by%20cruel%22> (19/7/2011).

⁴⁹ En doctrina, por ejemplo, Ashworth: *Human rights...*, o. cit., pp. 35-36. En jurisprudencia corresponde destacar el voto mayoritario en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, relativa a Alberto Químper Herrera (expediente 00655-2010-PHC/TC) del 27 de octubre de 2010 (fundamento 7.º).

toda la estructura a través de la cual se manifieste su poder de modo tal de asegurar el pleno ejercicio de los derechos consagrados en el plano internacional.⁵⁰

De allí que la consagración del derecho a no ser torturado demanda de cada Estado el cumplimiento del deber de asegurar (garantizar) que ello no ocurra, obligación que no se agota mediante medidas de prevención e investigación, sino que requiere la total inutilización del beneficio obtenido, para el propio Estado, de aquel proceder irregular de uno de sus agentes.

Este razonamiento, por lo demás, coincide con el sostenido por Ferrajoli en orden al concepto de las garantías secundarias, cuya existencia, a su vez, es complementaria de las primarias. En la concepción del autor citado, mientras las segundas hacen a las expectativas de los individuos relativas a las obligaciones y prohibiciones que recaen en el Estado, las primeras hacen “a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones a los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primeras”.⁵¹

En prieta, y por ende deficiente, síntesis del pensamiento de tan genial jurista, la vigencia de los derechos fundamentales no puede ser avalada o justificada por la ausencia de las garantías necesarias para tal fin, lo que supondrá que exista una laguna que deberá ser colmada por el legislador y, en lo que aquí interesa, existirá una antinomia, que deberá ser sancionada con la anulación de los actos —como inválidos— cuando fueran los mismos poderes públicos los que incurrieran en violaciones de los derechos de sus ciudadanos.⁵²

En resumen: la prohibición de la tortura debe ser garantizada mediante la provisión por el Estado de los medios legales para que su violación sea remediada y la exclusión sus productos. Ello se concreta mediante la clara y precisa delimitación del alcance de la *regla de exclusión*, como propone Guariglia, a fin de evitar la incertidumbre que favorece el recurso a la ponderación. En su defecto, a fin de evitar la antinomia que supone que el Estado se comprometa a respetar una prohibición que luego desoye, la *regla de exclusión* también resulta operativa para privar de validez el acto que quebranta tal manda.

Bibliografía

ALEXY, Robert: *El concepto y validez del derecho*, Buenos Aires: Gedisa, 2008 (1992).

AMBOS, Kai: “El uso transnacional de la prueba obtenida por medio de tortura”, en Kai AMBOS et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, 2010. Disponible en <http://www.kas.de/wf/doc/kas_21284-1522-4-30.pdf?110324191124> (19/7/2011).

ARROYO JIMÉNEZ, Luis: “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, 2009. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf> (19/7/2011).

⁵⁰ Mónica Pinto: *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009, p. 48, con cita del caso *Velásquez Rodríguez*, del registro de la Corte IDH (serie C, n.º 4).

⁵¹ Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías: la ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez —para este capítulo—), Madrid: Trotta, 2009, 6.ª ed., p. 43.

⁵² *Ibidem*, p. 63.

- ASHWORTH, Andrew: *Human rights, serious crime and criminal procedure*, Londres: Sweet & Maxwell, 2002. Disponible en <http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolof-humanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Human_Rights_Serious_Crime_and_Criminal_Procedure.pdf> (19/7/2011).
- “Self-incrimination in European human Rights Law_A pregnant pragmatism”, *Cardozo Law Review*, vol. 30, n.º 3, 2008. Disponible en <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf>> (19/7/2011).
- BOROWSKI, Martin: *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CHIESA, Luis E.: “Beyond torture: the *Nemo Tenetur* principle in borderline cases”, *Boston College Third World Law Journal*, vol. 30, 2009, p. 45. Disponible en <<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1642&context=lawfaculty&sei-redir=1#search=%22Luis%20E.%20Chiesa%3A%20%C3%A2%C2%80%C2%9CBeyond%20torture%22>> (19/7/2011).
- CROQUET, Nicolas A. J.: “The right of silence and not to self-incriminate under the European Convention on Human Rights: to what extent are they qualified?”, *Cambridge Student Law Review*, vol. 4, n.º 2, 2008, p. 220. Disponible en <http://www.srcf.ucam.org/cslr/index.php?option=com_journal&task=article&mode=pdf&format=raw&id=60> (19/7/2011).
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta-Agostini, 1993 (1977).
- EISELE, Jörg: “Derecho y tortura. Entre la defensa policial contra peligros y la persecución penal. Hacia la utilización en el proceso penal de una declaración obtenida bajo amenaza de tortura”, en *Iusta*, n.º 28, 2008, Universidad de Santo Tomás (Colombia). Disponible en <http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_28/contenido.pdf> (19/7/2011).
- FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías: la ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Madrid: Trotta, 6.ª ed., 2009.
- GÖSSEL, Karl Heinz: “¿Contiene el derecho alemán prohibiciones ‘absolutas’ de tortura, que rigen sin excepción?” (traducción de Dirk Styra), *Revista de Derecho Procesal Penal* (“La injerencia en los derechos fundamentales del imputado, III”), tomo 2007-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- GRECO, Luis: “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, Madrid, 2007. Disponible en <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78592/102668>> (19/7/2011).
- GUARIGLIA, Fabricio: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- JESSBERGER, Florian: “Bad torture - Good Torture: What international criminal lawyers may learn from the recent trial of police officers in Germany”, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, n.º 3, 2005.
- NIYAZMATOV, Akmal: “Evidence obtained by cruel, inhuman or degrading treatment: why de Convention against torture’s exclusionary rule should be inclusive”, *Cornell Law School Inter-University Student Conference Papers*, 2011. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=lps_clap&sei-redir=1#search=%22Akmal%20Niyazmatov%3A%20%C3%A2%C2%80%C2%9CEvidence%20obtained%20by%20cruel%22> (19/7/2011).
- PINTO, Mónica: *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: “*Principia iuris*: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, Madrid-Alicante: Marcial Pons - Universidad de Alicante, 2008.

- ROCHA DE ASSIS MOURA, Maria Thereza, et al. (Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais [IBCCRIM]): “Provas ilícitas e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Relatório-Brasil 2009”, en Kai AMBOS et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, 2010. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_21284-1522-4-30.pdf?110324191124 (19/7/2011).
- THAMAN, Stephen C.: “Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de Derecho”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, vol. 30, n.º 89, 2009. Disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/522/500> (19/7/2011).
- “La situación precaria de los derechos humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, vol. 30, n.º 89, 2009. Disponible en http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero89/Stephen%20Thaman%202.pdf (19/7/2011).
- THIENEL, Tobias: “The admissibility of evidence obtained by torture under international law”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, n.º 2, 2006.