

Hernández, Héctor H., *Violación de Derechos en cadena. (La doctrina del fruto del árbol envenenado)*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018, 273 pp.

La doctrina del fruto del árbol envenenado (bautizada con la sigla DOFAV por Hernández) es un tópico de especial interés, dada su relación con las exclusiones probatorias en el proceso penal, recurso táctico que es propulsado a través de la prédica de Eugenio R. Zaffaroni –autor tipo del abolicionismo en nuestro país–, quien en traza de demoler el Derecho Penal con sus propias categorías, propone apelar a las nulidades procesales en ese continuo devenir hacia el abolicionismo (pp. 14-15).

Cuestión y principios

La primera parte de la obra (caps. 1-3) plantea el interrogante de si es justo, que tal como lo propone la DOFAV, ante el irregular desempeño de las fuerzas de seguridad en un procedimiento (denominado “delito de proceso”) se declare la nulidad de todo lo actuado y la secuencia de medidas probatorias posteriores; como así también se sobresea o absuelva al imputado por el “delito de fondo”, amén del conjunto de probanzas recabadas en su contra.

Tras alentar al lector en la búsqueda de una respuesta a la cuestión disputada, Hernández se aferra al faro de los primeros principios de la Ciencia Penal, cuyo epítome se encuentra sintetizado en las máximas de prevenir los delitos, investigarlos con el debido respeto de todas las garantías, y sancionarlos en pos del bien común político.

De esta manera, contrariamente a la *forma mentis* de los cultores del garanto-abolicionismo, y con la libertad propia de todo filósofo del Derecho, el jurista invalida la moderna concepción del Derecho Penal como carta magna del delincuente, al rubricar precisamente que “el Derecho Penal no está para proteger el delito”, sino a todas sus víctimas, entre las cuales incluye a la “víctima comunidad política” (p. 13).

Así, con clarividencia, el estudio demuestra que la justicia concretada en la pragmática de “dar a quien delinque su pena” se afinsa en un Derecho Sub-

jetivo natural a la legalidad de ejercicio imperativo, por cuanto sin su actualización no puede preservarse la sociedad política, ni alcanzarse la concordia.

De ahí que con buen tino se aluda a “un artículo 0” del Código Penal y la Constitución Nacional, en tanto este principio de ley jurídica natural se encuentra supuesto, es decir, se da por sobreentendido (pp. 11-13). Tal es así, que la misma Constitución impera al Congreso a dictar, en nombre de la “víctima comunidad política”, un Código Penal destinado a resguardar a las víctimas actuales y potenciales de la violencia delictiva.

Completa este ágil tramo del libro, la desmitificación de una relación agonal entre estos principios del Derecho Penal y las garantías procesales; la reivindicación del *ius puniendi*, en tanto Derecho Humano del Estado ejercido en beneficio de todos los hombres que lo conforman; y finalmente, una serie de reflexiones esenciales en derredor a la presunción de inocencia, particularmente aptas para propiciar “el despertar del hombre jurídico penal argentino”.

Exposición crítica de la doctrina del fruto del árbol venenoso (DOFAV)

Seguidamente, la amena lectura de la primera parte del libro nos invita a descubrir el alcance de la regla de la DOFAV y cómo es inducida desde la jurisprudencia (caps. 4-6). Acrisolado por la pedagogía de un maestro oficioso, generoso y experimentado, en solo siete puntos el preclaro autor consigue describir con facilidad cómo el árbol envenenado es resultado de la utilización de una de las ramas envenenadas en el proceso penal. Acercando al lector, así, a la premisa de que si existe un eslabón ilegítimo (léase envenenado) y su supresión mental conduce a la no producción de las siguientes secuencias probatorias; luego, debe tenérselo por inexistente junto a los consiguientes eslabones para acreditar el delito de fondo, por cuanto de lo contrario, el veneno se trasvasaría a los restantes actos.

Ahora bien, expuesta la regla de exclusión probatoria, se descubren sus diferentes fundamentos, los cuales giran en torno a una tríada de ejes argumentales. Uno de estos se encuentra precisado por una finalidad con aparente sustrato moral, pues se afincaría en la idea de que si se echara mano a los elementos envenenados, se usaría un medio malo para un fin bueno, horadando así la máxima paulina (también conocida vulgarmente como anti-maquivélica) y la Constitución Nacional. En tanto las demás razones se reducen principalmente a dos: 1) un propósito utilitario, asentado en la convicción de que aplicar la regla es un medio idóneo para disuadir a los agentes del Estado a respetar el orden jurídico y mejorar el servicio de justicia; y 2) una finalidad docente, tendente a instruir cívicamente a la comunidad.

Profundizando la *via inventionis* y guiados por el ánimo de veracidad, luego nos topamos con una exhaustiva exposición de las excepciones a la

regla (cap. 8), paradójicamente admitidas por los preconizadores de la DOFAV. De esta manera, pivotando con dinamismo en fuentes doctrinarias especializadas en la materia y jurisprudencia específica del orden nacional e internacional, se obtiene una cabal comprensión de los disímiles supuestos de excepción sobre los cuales enseña cierta aquiescencia la literatura reformista (v. gr.: vía independiente, falta de conexión de antijuridicidad, infracción accidental del orden constitucional, descubrimiento inevitable, buena fe, tinte diluido, *clearing* de valores, etc.).

Prosiguen los caps. 10-31, donde el camino desandado permite concluir que la razonabilidad de la DOFAV y las exclusiones probatorias promovidas por esta errada doctrina zozobran, cuando detenemos la mirada en las variopintas excepciones reproducidas a granel por sus cultores, respecto a una regla tan exceptuada en la práctica, que deja de constituirse en tal.

Más aún, son tantas las aporías de la DOFAV enseñadas, que necesariamente conducen a la implosión de la trama argumental desarrollada en derredor a la irracional, inmoral e injusta máxima de absolver a quien cometió un delito, pese a contar con pruebas suficientes de su culpabilidad, en desmedro del bien común político de todos los argentinos.

En definitiva, lo escrito devela cómo la recepción de esta doctrina y el maremágnum provocado por sus mil y una excepciones ha sido capitalizados por el movimiento instituido “en favor del delincuente” (p. 143), que replicando sus habituales estratagemas ha transformado a la DOFAV, junto a otros tantos institutos (como, por ej., las excarcelaciones, el principio de oportunidad, etc.), en un medio más para concretar la anhelada aspiración de un garanto-abolicionismo convocado a cancelar el Derecho Penal, al punto de erigir al delito en un bien jurídico protegido (cap. 14).

De este modo, el estudio afrontado con caridad intelectual permite entrever cómo se aplica el adagio “el fin no justifica los medios” (principio moral efectivamente cierto, pero por demás inaplicable aquí, tal cual se explica en el cap. 17¹); o con el pretexto de un argumento utilitario huérfano de utilidad (*vide* cap. 28)², u otras razones también refutadas con

1 Al tratarse de actos realizados por sujetos distintos y no distinguir los bienes o males morales-jurídicos de los físicos.

2 La obra demuestra que en términos pragmáticos es más redituable sancionar ambos delitos –léase el de proceso y el de fondo–, sin revictimizar a nadie. También se enseña que de esta forma se puede corregir y educar a las fuerzas de seguridad; más aún, de este modo se alcanza con más eficacia el fin docente propuesto. Pues de lo contrario, la no sanción del delito de proceso (según el autor, habitual en esta clase de casos, e incluso aconsejada por parte de la doctrina) y la impunidad del delito de fondo tornarían infructuoso tanto el cumplimiento del propósito utilitario, como el del objetivo pedagógico.

suma solvencia³, se genera el entuerto axiológico de un delito de proceso consumado por un funcionario inferior que conduce a proteger un delito de fondo; e impide al juez (funcionario superior) el ejercicio imperativo del Derecho Subjetivo de dar a quien delinque su pena, en beneficio de toda la comunidad (caps. 14, 19 y 26).

La tesis

Los últimos capítulos (32-34) contienen la tesis de que la aplicación de la DOFAV acarrea inexorablemente la impunidad del delito de proceso cometido por las fuerzas de seguridad, la impunidad del delito de fondo consumado por quien delinquirió, y la impunidad del delito cometido por el juez al no dar a quien delinque su pena (según los arts. 71 y 274 del Código Penal). A lo que debe añadirse, la posible aplicación de la justicia por mano propia, a partir de una razonabilidad constitucional quebrantada, al volverse la ley en arcilla moldeable por los jueces, no respetarse la división de poderes y conculcar criterios elementales de igualdad (caps. 11 y 16).

Se hace evidente, entonces, que al rendir fruto el delito y expropiarse la seguridad de la justicia penal se produce una violación en cadena de Derechos Humanos, además de anonadarse el cumplimiento de los fines de la pena, en detrimento de toda la sociedad política.

Sin conformarse con construir una mera crítica, cierra este amigo del buen mirar su obra con una respuesta superadora, que nos permite reconciliarnos con el sentido común y se encuentra imperada por la tradicional “[...] máxima de la primacía de la verdad convincente y probada según la sana crítica por sobre la ficción del árbol envenenado” (p. 199). Proponiendo, así, una solución que conlleva a la justa sanción del delito de proceso y el delito de fondo, de consuno al cumplimiento de los fines de la pena, en procura del bien de todos los integrantes de una comunidad surcada por un espiral de conductas delictivas.

Conclusiones

La obra reseñada presenta una doble razón de mérito, que ineludiblemente la constituye en una referencia de obligada consulta. Primero, justifica su encomio la rigurosa investigación aprontada por el autor y la sólida

3 Tales como a modo de ej., entre otros, la proposición de que “El Estado no puede beneficiarse del delito” (cap. 25) u otros argumentos vertidos por doctrinarios como Guariglia (cap. 29) y Carrió (cap. 31).

reconstrucción de una doctrina foránea, que carece de una elaboración orgánica, pese a su acrítica recepción en los foros nacionales. Y en segundo lugar, su loa se ve aún más resignificada por una categórica refutación de la DOFAV, que es complementada con una tesis original e inédita, a partir de la cual se abre paso a una auténtica solución de la cuestión planteada, pero partiendo de los fundamentos del realismo clásico y el sentido común.

Por lo demás, este libro presenta el valor agregado de que Hernández es reconocido como una autoridad en esta temática⁴, la cual se ha entregado a estudiar sin medida y con aquella actitud de “total imparcialidad del corazón frente a la verdad de las cosas”, que otrora fuera caracterizada por Pieper⁵. En efecto, esta fecunda obra es el fruto de más de dos décadas de un afanoso trabajo intelectual, que comprende múltiples debates, disertaciones e infinidad de publicaciones⁶ citadas hacia el final de *Violación de Derechos en cadena* (pp. 268-273).

En fin, sin traicionar la fluidez de su clásico estilo (siempre caracterizado por la frescura de sus expresiones y una sencillez de dicción que allanan la comprensión de toda clase de lector, sea lego o no), este verdadero maestro del Derecho ha logrado alumbrar una obra que, a mi juicio, es fundamental, en tanto contiene la llave de bóveda para brindar un aporte más al bien común de todos los argentinos, al derribar el mitológico castillo de naipes de la “doctrina del fruto del árbol venenoso” (DOFAV), que en justicia debería llamarse “doctrina de la impunidad, fruto de la exclusión venenosa de inculminatorias pruebas” (DOIFEVIP).

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS

4 Tal como se puede recoger en Carrió, A. D. (2015). *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª ed. Buenos Aires. Hammurabi, 309.

5 Pieper, J. (2005). *Introducción a Tomás de Aquino*. Madrid. Rialp, 100.

6 Entre las cuales vale destacar, Hernández, H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, cap. 14; Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons, cap. 41; y Hernández, H. H. (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*, AA. VV. (dirigido por Hernández, H. H.). Buenos Aires. Cathedra Jurídica, caps. XXIV-XXVI.