

LA TEORÍA DEL NEXO DE CAUSALIDAD ATENUADO O TINTE DILUIDO COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Por Pablo Andrés Bernardini

1. INTRODUCCIÓN

La prueba ilícita es uno de los temas de la dogmática procesal moderna que más discusiones despierta debido a la complejidad de su análisis¹, al interés que despierta en el ciudadano común que aspira a un servicio de justicia eficiente que no libere criminales y porque incluye cuestiones esenciales al derecho constitucional como es la importancia de que se excluyan las pruebas que se han conseguido violentando garantías constitucionales. En los últimos años, principalmente a partir de la década de 1980 empezaron a tomar mayor vigor excepciones a la regla de exclusión probatoria, tanto en el derecho norteamericano como en el europeo continental, las cuales fueron tomadas por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Una de esas excepciones, es la teoría del nexo causal atenuado o doctrina del purged taint, que ha su tenido su génesis en el derecho estadounidense y luego tomada en Europa continental. Esta doctrina, que fue adoptada por algunos tribunales de nuestro país, ha despertado un gran número de críticas, las que se analizarán en el presente trabajo. Primeramente se analizarán los casos jurisprudenciales que dieron origen a esta tesis y luego se elaborará una opinión de cada una de las críticas que se le realizan.

¹ MAIER, al referirse este tema sostiene "Las llamadas limitaciones o prohibiciones probatorias sirvieron en un principio, para designar la inadmisibilidad procesal de la incorporación al procedimiento (prohibiciones de recolección probatoria) y, como consecuencia, a la fundamentación del fallo (prohibiciones de valoración probatoria), de ciertos conocimientos e información con vulneración de reglas que vedan el objeto de conocimiento (limitaciones absolutas o referidas a la prohibición del tema probatorio) o el mecanismo de recolección de la información (limitaciones relativas referidas a la prohibición de medios de prueba) (...). Dentro de esta problemática, desarrollada históricamente sobre la base de los métodos de investigación tradicionales, aparece hoy agregado a ella un problema nuevo, perteneciente a la llamada "posmodernidad" y de la mayor gravedad, pues el alcance veloz y, al parecer, arrollador, del as ciencias naturales y de la técnica-frente a los tiempos de las ciencias culturales (una de las cuales es la ciencia jurídica), verdaderas tortugas en comparación con aquéllas ha concebido medios de indagación de la verdad y de información que superan geométricamente las posibilidades antiguas, desde escuchas a distancia con transmisores supersensibles, transmisiones audiovisuales o grabaciones ocultas, hasta el cruzamiento de informaciones almacenadas en bancos de dato, posible en tiempo útil sólo por ordenadores... Todo el tema es sin duda uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal..." MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, T. II, parte general, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2003, ps. 134 y ss.

1.2 BREVES NOCIONES

La invalidez de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales así como la transmisión de sus efectos ha tenido su origen en la jurisprudencia ya que no había legislaciones que previeran dichos presupuestos.

En el año 1903 Beiling inicia los estudios sobre el tema en Alemania con su obra “Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad”.

En materia jurisprudencial, Estados Unidos ha dado una prolífica jurisprudencia en la materia. En el año 1914 el Tribunal estadounidense emitió el fallo *Weeks vs US*² y este marcó el puntapié inicial para la teoría de la invalidez de las pruebas obtenidas en base a violaciones de derechos. A pesar de señalarse al país norteamericano como el precursor en esta teoría, en el año 1891 nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió el precedente "*Charles Hnos*"³, en el cual excluyó prueba ilegal proveniente de allanamientos ilegales.

La teoría de los frutos del árbol envenenado, por la cual se extienden los efectos de la ilegalidad inicial a los que sean consecuencia de ella, fue dada por la Corte Suprema estadounidense en el caso *Nardone*⁴. A finales de los 70 y principalmente en la década de 1980, la regla de exclusión dejó de ser una regla rígida y se comenzaron a aceptar distintas excepciones. Las doctrinas de la fuente independiente, descubrimiento inevitable, teoría del riesgo, la buena fe, son algunas de las excepciones que nacieron en la jurisprudencia de los Estados Unidos y se tomaron en distintos países.

Una de esas excepciones es la teoría del nexo causal atenuado o tinte diluido, la cual se aplica a violaciones constitucionales que han tenido derivaciones en actos posteriores, pero la propagación del vicio se ha ido atenuando, diluyendo o se ha eliminado por la falta de intermediación entre los últimos actos y el original que se obtuvo en forma ilegal⁵.

² 232 U.S. 383 (1914).

³ CSJN, Fallos 46:36.

⁴ 308 U.S. 338 (1939).

⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, pág. 106, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.

Según Díaz Cantón, la exclusión de frutos probatorios “no es necesaria si la relación entre la ilegalidad y la prueba actualmente cuestionada es tal que el veneno de la ilicitud fue atenuado al momento en que la evidencia fue obtenida⁶

2.JURISPRUDENCIA

2.1.ESTADOS UNIDOS

Fue en este país donde nació la excepción a la regla de exclusión probatoria que motiva el presente trabajo. Tal excepción se predica, a partir de la sentencia recaída en el caso *Wong Sun vs US*⁷ de 1963, en el cual el máximo tribunal estadounidense sostuvo que la confesión voluntaria la independiza jurídicamente de la prueba obtenida con lesión de un derecho fundamental. El caso es el siguiente: la policía de narcóticos registró ilícitamente la lavandería de un Sr. Llamado Toy, en cuyo registro Toy indicó que el Sr. Yee estaba vendiendo narcóticos. Los agentes registraron a continuación el domicilio de Yee y encontraron la droga. Yee hizo un trato para denunciador a su proveedor Wong Sun, que resultó ser un importante empresario, al que se le recibió declaración, negando los hechos. Tras abandonar la Comisaría Wong Sun regresó voluntariamente para hacer un trato con la policía, confesando la infracción. En el juicio la declaración de Toy y el descubrimiento de las drogas fueron excluidos como frutos del árbol envenenado, porque el registro fue hecho sin mandamiento judicial. El Abogado de Wong Sun argumentó que su confesión también debería ser excluida por tal razón, pero el Tribunal afirmó que en este caso la regla de exclusión tenía una excepción, porque Wong Sun había regresado voluntariamente a la Comisaría de Policía para hacer su confesión, un acto que atenuaba o rompía la cadena de evidencia, por lo que tal confesión era admisible como prueba.

A pesar de que el caso Wong Sun es el paradigma de la teoría del purged taint, muchos años antes de que se emitiera dicha resolución, la Corte Suprema estadounidense, en el caso Nardone, señaló, a través del voto del Juez Franfurter, que aceptaba que como

⁶ DÍAZ CANTÓN, Fernando, pág. 341, citado por HAIRABEDIÁN, Maximiliano, obra citada, pág. 106.

⁷ 371 U.S. 471 (1963).

materia de buen sentido la conexión puede volverse tan atenuada, de forma tal que se disipe el veneno⁸

Otro caso en el cual el mismo Tribunal tuvo en consideración la atenuación del vínculo causal con la prueba ilícita originaria fue *Brown vs. Illinois*⁹ de 1975. Brown estaba en la mira de los detectives de Illinois por el asesinato de un ciudadano llamado Corpus. En una de las diligencias investigativas, los investigadores se constituyeron en la casa del sospechoso y sin orden judicial lo detuvieron en el ingreso a su vivienda. Posteriormente, lo llevaron hacia una dependencia policial y, en presencia de abogado defensor, confesó la comisión del crimen. El abogado de Brown planteó que no tenía valor la confesión del imputado porque había nacido como consecuencia de una detención ilegal. El máximo Tribunal estadounidense confirmó la sentencia condenatoria de Brown, considerando los argumentos vertidos en *Wong Sun vs. US*, pero hizo una especial reflexión: *“En alguna circunstancia seguir la regla de exclusión de la cuarta enmienda implica mayor coste para las legítimas aspiraciones de la ley que las que se pueden justificar por los propósitos de disuasión”*. Es decir consideró que la aplicación de la Cuarta Enmienda a ciegas puede poner en jaque las legítimas aspiraciones de la ley y de ese modo generar una sensación de impunidad en la sociedad, sin tener en la práctica un efecto disuasorio de prácticas policiales ilegales.

Otro fallo de la máxima instancia judicial estadounidense que trata el tema en análisis es el caso *US vs Ceccolini*¹⁰. Un oficial de policía había hecho un registro de un comercio sin orden judicial previa, secuestrando ciertos sobres que halló en un mostrador. En uno de los sobres había evidencias de la realización de apuestas ilegales. El policía le preguntó al empleado del comercio a quien pertenecía el sobre en cuestión. El empleado suministró el nombre del acusado, quien era un cliente del referido comercio. Durante el proceso, el acusado buscó la supresión como prueba tanto del sobre conteniendo la documentación incriminatoria, como del testimonio del empleado de comercio. La Corte estadounidense, en votación dividida, consideró al testimonio del empleado como

⁸ STRONG, John y otros, *Mc Cormick on Evidence*, West Publishing Co, Minnessota, 1992, pág. 317, citado por HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, pág. 106, Ed Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.

⁹ 422 U.S. 590 (1975).

¹⁰ 435 US 268 (1978).

una prueba válida, considerando que la conexión entre la violación originaria y la posterior confesión de uno de los imputados, era demasiado tenue como para sostener la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado. El Tribunal estableció algunos criterios para determinar cuando se produce la atenuación del vínculo:

-Tiempo transcurrido entre la prueba ilícita entre obtenida y la prueba ilícita derivada.

-Gravedad de la violación originaria.

-Elemento de voluntariedad que debe predicarse de las confesiones practicadas con todas las garantías.

La minoría, que votó por la absolución de Ceccolini, sostuvo que no podía ser tomada la declaración del empleado porque había una conexión ilegal, que hubiese podido ser válida si el oficial de policía no hubiese interrogado al empleado del comercio acerca de la identidad del titular del sobre, presentándose luego el empleado a declarar espontáneamente sobre tales hechos. En este caso sí podría decirse que existe un hecho interviniente -la aparición espontánea del empleado- que atenúa considerablemente la conexión entre su testimonio y el allanamiento inicial.

En el caso *US vs León*¹¹, que es el que consagra la excepción de la buena fe, la Corte se pronunció por sostener la validez de una orden de allanamiento, por más que dicha autorización para ingresar a un domicilio no estaba sustentada en causa probable para su emisión, situación que era desconocida por los policías que diligenciaron la orden y obtuvieron prueba para la investigación judicial. En dicho precedente, la mayoría de la Corte sostuvo que admitir prueba en la cual el veneno es tan mínimo no compromete la integridad judicial.

En el año 2006 encontramos el fallo “*Hudson vs. Michigan*”¹², que implicó una ampliación de la excepción a la regla de exclusión probatoria reseñada. Los agentes de policía obtuvieron una orden de entrada y registro en búsqueda de estupefacientes y armas de fuego en la vivienda del Sr. Hudson. Pese a que los agentes anunciaron su presencia, sólo esperaron de tres a cinco segundos antes de entrar en la vivienda, que no estaba cerrada, de modo que violaron la previsión de *know and announce* que exige la

¹¹ 468 U.S. 897 (1984).

¹² 547 U.S. 586 (2006).

Cuarta Enmienda. Una vez dentro, encontraron grandes cantidades de estupefacientes y un arma de fuego cargada. El Sr. Hudson adujo que dicha entrada prematura había vulnerado sus derechos constitucionales contenidos en la cuarta enmienda y presentó una solicitud de exclusión de pruebas que se encontraron en el registro. El Juzgado acordó de conformidad con su solicitud, pero la Corte de Apelaciones de Michigan revocó el fallo anterior sosteniendo que incluso cuando se vulnera la regla de know and announce, no se tienen por qué excluir las pruebas si el registro se ha efectuado de conformidad con una orden de registro válida. El Sr. Hudson fue condenado entonces por la posesión ilegal de estupefacientes y apeló a la Corte Suprema de EEUU, ya que la Corte de Apelaciones de Michigan confirmó su condena e inadmitió la casación estatal. La Corte Suprema de Estados Unidos admitió a trámite el recurso de casación y reafirmando el criterio de la Corte de Apelaciones estimó que las vulneraciones de la regla de know and announce no provocan la aplicación de la regla de exclusión.

A diferencia de los casos anteriores, donde se tuvieron en cuenta el tiempo transcurrido, la gravedad de la violación originaria y las distintas etapas que habían transcurrido entre la prueba ilícita y la derivada, en el caso Hudson se agregó un criterio que según Gómez Jara Diez¹³, podría denominarse “fin de protección de la norma”. El Juez Scalia, en el voto de la mayoría, sostuvo “la atenuación no sólo puede ocurrir cuando la conexión causal es remota, sino cuando la exclusión no sirve a los intereses protegidos por la garantía constitucional que ha sido vulnerada. Los intereses tutelados por la regla de “llamar antes de entrar” incluyen la vida y la integridad física, la propiedad y la intimidad y dignidad de las personas en la medida en la que pueden verse afectados por una irrupción súbita. Pero esta regla nunca ha protegido el interés privado en que el gobierno no vea u obtenga las pruebas que aparecen en la orden de registro. Puesto que los intereses vulnerados no tienen nada que ver con la obtención de pruebas, la regla de exclusión resulta inaplicable”.

2.2. ESPAÑA

La regla de exclusión probatoria, creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, fue extendiéndose por el derecho europeo continental. Las excepciones a dicha regla

¹³ GÓMEZ JARA DIEZ, Carlos “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso Hudson vs Michigan y el ocaso de la exclusionary rule en los EEUU, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 5, Lexis Nexis, Buenos Aires, Mayo 2008.

también se han expandido, lo cual ha desatado en diversos países europeos diferentes tipos de críticas. En España existe el art. 11 de la LOPJ, el cual establece “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa e indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Para atenuar los efectos de una prueba ilícita, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español creó la doctrina de la conexión de antijuridicidad, cuya razón para afirmar la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras, reside en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental; por lo tanto, no puede entenderse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un juicio con todas las garantías.

Para la jurisprudencia constitucional la falta de conexión de antijuridicidad es especialmente predicable de las declaraciones realizadas por el imputado, con todas las garantías, una vez que ha sido informado de sus derechos, y con asistencia de Letrado. De manera singular puede proclamarse esa desconexión de las manifestaciones efectuadas mucho después de la detención (por ejemplo en la declaración indagatoria), cuando se conocen plenamente todas las actuaciones y se cuenta con una asistencia jurídica sin condicionante alguno que permite una defensa eficaz. Si el imputado renuncia a hacer valer una eventual o hipotética causa de nulidad o, pese a su constancia, desea asumir sus responsabilidades y declarar sobre los hechos, tal material probatorio estará incontaminado y será susceptible de ser plenamente valorado.

Así, por ejemplo, la sentencia 239/99 del Tribunal Supremo Español consideró que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la confesión del acusado en el acto del juicio sobre la realidad de la ocupación del arma en el domicilio, y la nulidad del registro domiciliario en que fue hallada; no debiéndose indagar las razones del porqué el recurrente en el Plenario, debidamente instruido, decidió reconocer la ocupación del arma, cuando pudo simplemente negarse a declarar o guardar silencio. También la sentencia 86/95 del mismo Tribunal, que mucho antes ya había declarado que la validez de tal confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo.

Más recientemente, la sentencia 136/2006 dispuso que "La libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una

perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental"

La tesis minoritaria, en este sentido, la tiene el autor español Andrés Ibáñez, que expresó su opinión en el voto particular a la sentencia de *9 de enero de 2006* del caso Operación Pontevedra (caso de tráfico de estupefacientes), que considera que la ilegitimidad de la intervención telefónica debió transmitir sus efectos a la confesión de la posesión de la droga incautada, que es consecuencia de la misma y no puede ser valorada como medio de prueba autónomo. Los argumentos que sostuvo el catedrático español fueron: Primeramente que la observancia de las exigencias de tutela judicial del declarante tiene un efecto actual, es decir, en el acto concreto, pero no retroactúan sobre la naturaleza de los antecedentes de la propia declaración. Segundo, que no está al alcance del declarante -ni de nadie- convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo. Y por último visto el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones. Lo que, sin duda, sugiere un déficit objetivo de defensa, por falta de prevención frente a una pregunta del Fiscal que fue claramente capciosa en el marco en que se hizo¹⁴.

2.3. ARGENTINA

La Corte Suprema de Justicia, en el precedente *Rayford*¹⁵, confirmó la teoría de los frutos del árbol envenenado, pero admitió algunas excepciones a dicha doctrina. *Rayford* era un ciudadano norteamericano cuya casa había sido allanada sin orden judicial por la policía y del registro se había incautado marihuana. Al ser trasladado a sede policial, *Rayford* entregó la tarjeta del menor que le había vendido la marihuana y

¹⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "La función de las garantías en la actividad probatoria", AAVV La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, "Cuadernos de Derecho Judicial". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 240, citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel "La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones, extraído sitio web www.raco.cat/index.php/RCSP/article/viewFile/194215/260389.

¹⁵ CSJN Fallos 308:733.

había contado que dicha persona era la que le suministraba los estupefacientes. La pesquisa derivó en las detenciones de dos menores, a quienes se terminó condenando por suministro. El abogado de uno de los menores presentó recurso extraordinario ante la máxima instancia judicial, alegando que del registro ilegal inicial se habían derivado el secuestro de las evidencias y la confesión, que habían sido la prueba fundamental para lograr la condena de sus defendidos.

En fallo dividido, la Corte hizo lugar al recurso extraordinario sosteniendo que todo había partido del allanamiento ilegal realizado a Rayford y de las declaraciones brindadas por éste mientras era trasladado a sede policial, por lo tanto no se las podía considerar. A pesar de ello, este precedente dejó valiosas conclusiones de nuestro máximo Tribunal, al sostener que la conexión entre la legalidad inicial y la prueba cuestionada puede asimismo reconocer factores de atenuación. Uno de ellos estaría dado por la aparición de un testimonio incriminante. “La prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación de la regla”, “el grado de libertad de quien declara no es irrelevante para juzgar sobre la libertad de sus manifestaciones, de modo que la exclusión requiere, en estos supuestos, un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio que el exigido para descalificar la prueba material”. Como se puede apreciar, la mayoría del Tribunal hace una distinción entre la prueba material (secuestro de elementos), que ante una ilegalidad pierden su valor automáticamente y testimonios dotados de voluntad autónoma, los cuales tienen mayores posibilidades de contribuir a la dilución de la ilegalidad originaria.

Por último realiza, la mayoría del Tribunal, una reflexión para tener en cuenta al tratar sobre casos de exclusión probatoria “apreciar la proyección de ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quien en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto. Resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, mas no sujeta a las leyes de la física sino a las de la lógica, de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados. Debe tenerse en cuenta, asimismo, la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas.

En la causa Ruiz¹⁶, la CSJN sostuvo, al considerar la importancia de la regla de exclusión, que “dicha regla, no obstante su categórica formulación, admite también el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional”.

El Tribunal Oral N° 1 de Mar del Plata, aplicó la excepción del nexo causal atenuado, en un caso donde el abogado defensor planteaba la nulidad de un primer testimonio brindado por el imputado sin las previsiones constitucionales. Posteriormente, en diversos actos procesales se le hizo saber al imputado que podía abstenerse de declarar y en una oportunidad declaró con la debida asistencia letrada, sin objetar en ninguno de esos actos el testimonio inicial que consideraba viciado. Al considerar, que el nexo causal estaba atenuado, el Tribunal marplatense sostuvo “...Entre tales factores, en la especie, cabe aludir a los que siguen: -i- El acto viciado tuvo lugar, como quedara expuesto, el 6 de marzo de 2.002. -ii- Apenas tres días después se produjo la detención del involucrado (CPP, 151), imponiéndosele en ese mismo acto de las garantías mínimas incluidas en el art. 60 del CPP (además, de recibir copia de la orden judicial respectiva; CPP, 126); entre ellas, aquí interesa destacar aquella referida a *‘que no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable’* (n° 3), firmando al pie del instrumento el detenido, su progenitora, un testigo hábil del acto y los funcionarios policiales intervinientes. -iii- Otro tanto se protocolizó, siempre con fecha 9 de marzo de 2.002, en un acta diversa que también cuenta con la rúbrica del causante. -iv- Aún antes de comparecer ante el Fiscal Instructor, el imputado mantuvo una entrevista con su defensa profesional de entonces. -v- Luego, el imputado concurrió a la audiencia del art. 308 del CPP, delante del representante del Ministerio Público, quien le hizo saber que *‘puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique presunción de culpabilidad’* (textual), optando el causante por esta posibilidad. -vi- En fin, y a poco de cumplirse un año del acto procesal que aquí se invalida (es decir, el mentado como -i-), más precisamente, el día 28 de marzo de 2.003, el imputado declaró a tenor del art. 308 del CPP ante el Agente Fiscal asistido, en esta ocasión, por dos de sus tres defensores de confianza, que convalidaron tácitamente esa actuación, refrendando el acta sin formular objeción o reserva alguna. Una vez más (y van...), antes de comenzar el acto, se dejó expresa constancia que el compareciente *‘puede abstenerse de declarar, sin que su*

¹⁶ CSJN 310:1847 (1987).

silencio implique presunción de culpabilidad' (textual), tras lo cual ejerció -rodeado de todas las garantías- el descargo material, ofreciendo su versión del suceso que se le atribuye en esta causa..."¹⁷ "...Ergo, estimamos que no sólo por el prolongado lapso transcurrido (más de un año), entre el indebido testimonio que el causante prestara al inicio de la investigación, y el relato judicial impugnado, sino también por la serie de actuaciones y circunstancias interferentes, y no obstante haberse omitido relevarlo del originario juramento de expedirse con la verdad, los efectos de este último han sido licuados, tornando de aplicación al caso la doctrina americana del *'purged taint'*, lo que conlleva una razonable neutralización de *'the fruit of the poisonous tree'* y, por eso mismo, el rechazo de la pretensión invalidante que ejercitara la defensa profesional del reo en la audiencia preliminar".

3. ANÁLISIS DE LAS CRÍTICAS PRINCIPALES QUE SE REALIZAN A ESTA TEORÍA

A continuación se analizan las críticas principales que se le han realizado a esta teoría acuñada en el derecho estadounidense a partir del caso Wong Sun vs US.

3.1. SE HACE VALER ALGO SUPUESTAMENTE INEXISTENTE

El autor español Andrés Ibáñez¹⁸ sostiene que se incurre en una inevitable contradicción. Refiriéndose a una sentencia del Tribunal Supremo español en la que se declaró la validez de la confesión del imputado, aunque el procedimiento policial haya comenzado con un registro ilegal, refiere que, por una parte se sostiene que el registro es nulo, y en consecuencia no produce efectos probatorios de ninguna clase; pero, por otra parte, al concluir que la confesión del inculpado basta para admitir la comisión del delito, se le está dando validez al registro. Esto último es así por varias razones, primero porque en su declaración, al acusado se le está preguntando por una pieza de convicción que sólo podría existir (jurídicamente) gracias al registro, luego se está dando validez porque de no darle validez al registro "no se entiende con base a qué fuente de

¹⁷ T.O. N°1 Mar del Plata, (Por unanimidad, causa n° 1.889, "Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio", [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

¹⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. obra citada.

información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente”.

En este punto, hay que analizar el caso en concreto. Si la única prueba que se cuenta contra el imputado es la que nace de la violación originaria y a partir de ahí se obtienen directamente el resto de las evidencias (caso del registro ilegal y posterior secuestro de elementos delictivos), obviamente la confesión del inculpado va nacer a partir de la atribución de un hecho, que está viciado desde el origen. Ahora bien, si existen otras pruebas independientes, o las conseguidas pasaron por diferentes etapas con respecto a la vulneración inicial, la confesión se va tener por válida.

El caso Wong Sun, descrito en la primera parte del trabajo, es paradigmático en este sentido, ya que luego del primer allanamiento ilegal, confluyeron una serie de actos legales que hicieron olvidar a la violación constitucional originaria. El segundo allanamiento que se practicó en este caso fue legal y al secuestrar estupefacientes en dicho registro, el imputado, luego de llegar a un acuerdo con la policía, mencionó a Wong Sun como el proveedor.

Si bien analizando fríamente la cuestión, el origen del procedimiento tiene un vicio, las distintas escalas por las que va pasando la investigación y las diferentes pruebas recolectadas (con todas las precauciones establecidas legalmente) conducen al recuerdo la violación originaria. En este punto radica la esencia de esta excepción, ya que no tiene sentido hacer caer todo un proceso judicial, que ha ido pasando por distintas etapas en las cuales, los distintos policías u operadores de la justicia, respetaron cada una de las prerrogativas legales, por el solo argumento de argüir un vicio original que al momento del análisis ya ha quedado olvidado. En este sentido, Alberto Binder sostiene que "los efectos nulificadores se pueden ir debilitando en la medida que los actos subsiguientes se vayan apoyando en otros encadenamientos de hechos carentes de invalidez"¹⁹

3.2. MOTIVO DE INDEFENSIÓN

La profesora Gascón Abellán afirma que si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría

¹⁹ BINDER, Alberto, El incumplimiento de las formas procesales, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 116.

confesado; por tanto, la supuesta voluntariedad de la confesión debe ser puesta en cuarentena²⁰.

Andrés Ibáñez sostiene lo mismo, dado que se ha hecho abuso de la circunstancia que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias fácticas y los de carácter jurídico formal²¹.

El Tribunal supremo español respondió a dicha cuestión sosteniendo que tal confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo.

No parece que haya una violación al derecho de defensa como se presentó en los casos señalados anteriormente, tanto en el derecho estadounidense como en el español. En tales casos, el imputado al momento de prestar declaración estuvo en presencia de su abogado defensor. Como puede obtener el consejo del letrado y consultarle ante cualquier duda, no se observa que se esté ante una indefensión como sostienen Ibáñez y Gascón Abellán.

Los códigos procesales penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba, exigen que se haga conocer al imputado las pruebas que obran en su contra. Si al encartado se le hicieron saber las distintas diligencias probatorias que conducían hacia la atribución de un hecho delictivo, no se advierte que haya violación constitucional alguna.

3.3. ALIENTO PARA PRÁCTICAS ILEGALES

Otro de los cuestionamientos que se realiza a esta doctrina es que se alentarían prácticas como escuchas ilegales, apremios y cualesquiera otras afectaciones de garantías constitucionales, a fin de obtener información mediante el artificio o sencillo expediente de validar las pruebas obtenidas con la mera cita de normas que en abstracto facultarían el ejercicio de funciones de contralor.

En el mismo orden de ideas, Alejandro Carrió sostiene que "los funcionarios policiales podrán seguir apremiando individuos o allanando sus domicilios sin orden judicial, a la

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom or proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de prueba ilícita. Jueces para la Democracia, núm.52, marzo, pág. 82, 2005.

²¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., Obra citada.

espera de que ese proceder ilegal los conduzca, alguna vez, a un testimonio incriminante prestado por un tercero.²²

Tampoco se comparte este argumento. El personal policial al momento de allanar un domicilio, practicar una requisita o intervenir una comunicación, siempre va tomar todas las precauciones del caso para que en caso de que la medida probatoria tomada dé resultados positivos, la investigación pueda concurrir a buen puerto. Hoy en día la regla de exclusión está lo suficientemente extendida y se tiene una clara conciencia de ello. El personal policial no se va arriesgar a practicar una medida ilegal que dé información de importancia para la investigación y después eso se caiga por una declaración de ineficacia. Tampoco un investigador se va poner a analizar, haciendo futurología, sobre los beneficios que le puede llegar a producir violar una disposición constitucional para obtener datos provechosos para una investigación.

No obstante, creo que se tiene que analizar el caso en concreto porque en determinados supuestos, se puede llegar a hacer una utilización maliciosa del primer elemento obtenido. Hay que tener en cuenta que la policía no haya hecho una aplicación maliciosa de la prueba obtenida y que la prueba viciada original se haya diluido por el curso natural y no por algo pensado para conducirla hacia ese destino. Esto fue tenido en cuenta por la corte suprema estadounidense, que en el caso Wong Sun (1963) sostuvo al fundamentar la teoría del purged taint, que había que valorar que "los agentes no hicieron ningún esfuerzo por obtener la orden de arresto".

4. ¿ESTAMOS ANTE UNA CLASE DE FUENTE INDEPENDIENTE?

Manuel Miranda Estampes y Marina Gascón Abellán²³, al analizar los fallos del Tribunal Supremo Español que se mencionaron precedentemente, sostienen que la excepción del "tinte diluido" es una clase de la excepción de fuente independiente.

El juez Brennan, al realizar el voto en el precedente Wong Sun, citaba "Nardone" y distinguía la excepción de la fuente independiente con la tratada en este punto, al

²² CARRIÓ, Alejandro, Garantías constitucionales en el proceso penal, 3ra. Edición actualizada y ampliada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 178.

²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, obra citada.

señalar que esta última se aplica una vez que haya sido descartada la primera. En el caso "State vs. O'Brensky", una chica de 14 años fue encontrada en un allanamiento ilegal en la casa del imputado. La menor declaró que había tenido relaciones sexuales con el acusado. En este caso no fue la atenuación del tinte de ilegalidad lo que permitió valorar el testimonio, sino que antes del registro ilegal había un origen independiente ya que los padres de la menor habían denunciado la desaparición y la policía ya contaba con datos sobre donde podía estar la menor²⁴.

Me parece que las excepciones de fuente independiente y nexos causales atenuados nacen de un punto de vista distinto. En el caso de la fuente independiente, hay un dato objetivo legal que conduce la investigación al mismo lugar que si se utilizara la prueba viciada. Para llegar al mismo punto hay dos caminos distintos, el de la ilegalidad y el de la legalidad, pero son dos vías que no se conectan para nada la una con la otra.

En el caso de la excepción del "tinte diluido", se tienen que analizar otras circunstancias como el tiempo transcurrido, las diversas etapas por las que se ha pasado para verificar si ha existido efectivamente una atenuación, la gravedad de la violación inicial y si hay un componente de elección voluntaria de cooperar con la investigación. Haciendo un análisis de los factores mencionados, se va a determinar si tiene algún sentido (disuasorio para las prácticas policiales o de protección de garantías constitucionales) hacer extensivo los efectos de la irregularidad inicial a los demás actos del proceso.

A diferencia de la fuente independiente, no hay dos caminos distintos, sino una sola vía, en la cual se tienen que considerar diversos elementos para llegar a una conclusión.

5. CIRCUNSTANCIAS QUE DETERMINAN SI SE ESTÁ ANTE LA EXCEPCIÓN DEL NEXO DE CAUSALIDAD ATENUADO

Esta doctrina presenta un punto realmente complicado de desentrañar que son los límites de su procedencia. Como dijo la Corte en el caso Rayford, no es posible resolver estas cuestiones de una manera matemática sino que hay que atender a las reglas de la lógica y al sentido común. Al no poder establecerse pautas objetivas de los casos en que habrá atenuación del veneno, la aplicación queda librada a la apreciación de los

²⁴ Citado por HAIRABEDIÁN, Maximiliano, obra citada, pág. 107.

magistrados que resuelvan. Strong²⁵ señala "a pesar de su amplia aceptación e histórico pedigree, tanto la racionalidad como el alcance de la excepción no queda claro".

Como se mencionó, en la primera parte del trabajo, La Corte de los Estados Unidos señaló en el caso US vs Ceccollini, diversos criterios a considerar para analizar la presencia de la teoría en análisis. Strong agrega además los siguientes:

a) Secuencia de tiempo: un prolongado lapso temporal entre la ilegalidad primaria y la evidencia cuestionada en último término.

b) Circunstancias interferentes: La cantidad y naturaleza de los factores ilícitos que intervienen entre la ilicitud original y la última prueba pueden ser tenidos en cuenta para la procedencia de la limitación a la regla de exclusión por disipación del tinte de ilegalidad. Algunos sugieren que si en algunas de las circunstancias interferentes autónomamente legales ha obrado la autoridad judicial, ello también es una base importante para el funcionamiento de la excepción.

c) Magnitud de la inconducta funcional: el propósito y la intensidad de la primera ilegalidad es relevante para tomar en cuenta la "dosis de veneno" que puede transmitir a la evidencia subsecuente. Ello está medido en función de la utilidad de la exclusión para disuadir la mala conducta policial.

d) Elección voluntaria: Se da cuando la cadena de hechos involucra una decisión voluntaria de alguno de cooperar con la investigación generalmente en casos de arrestos incorrectos.

Según mi parecer, además de lo mencionado por Strong, se tiene que considerar

-Naturaleza de la prueba derivada: esta cuestión está vinculada, además de la reflexión sobre las circunstancias interferentes, a hacer un análisis sobre qué clase de prueba es la derivada. De esto modo, se va poder desentrañar si guarda relación inmediata con la ilegalidad inicial.

-Fundamento de la exclusión probatoria: Si bien este es un punto discutido en la doctrina y en la jurisprudencia, los argumentos principales que se tienen en cuenta para

²⁵ STRONG, John y otros, Mc Cormick on Evidence, West Publishing Co, Minnesota, 1992, pág. 318, 319, citado por HAIRABEDIÁN, Maximiliano, obra citada, pág. 107, 108.

fundamentar la exclusiones son una cuestión ética y de integridad judicial²⁶ y el argumento de la función preventiva²⁷ (deterrent effect según lo bautizó la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos). Desde cualquiera de los dos puntos de vista hay que analizar si tiene algún sentido excluir una prueba cuando han pasado diversas etapas en el marco de un procedimiento penal y la ilegalidad inicial ha quedado en el olvido. En el caso del argumento ético, de nada sirve excluir una prueba, si el personal policial o funcionarios estatales que realizaron los actos posteriores observaron con minuciosidad los requisitos establecidos legalmente para los distintos actos procesales. Si uno encuentra razón de ser a las exclusiones probatorias en la disuasión de prácticas policiales ilegales o educación de los policías, tampoco tiene algún asidero excluir una prueba cuando el personal policial que actuó luego de la ilegalidad inicial, tomó todos los recaudos establecidos por la ley, al contrario se estaría castigando el accionar correcto de los funcionarios estatales que actuaron luego del acto inicial y no se estaría enviando ningún mensaje preventivo. .

Todos estos criterios tienen que ser analizados en conjunto y si confluyen y no se justifica la exclusión de la prueba, darle curso a esta teoría del nexo causal atenuado.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de los últimos años se han ido ampliando las distintas excepciones a la regla de exclusión probatoria en el derecho estadounidense, las cuales han sido tomadas en distintos países, entre los cuales se encuentra el nuestro. El motivo de dichas excepciones es que una aplicación rígida de la regla de exclusión probatoria llevaría en algunos casos a tomar decisiones fuera del sentido común o las reglas de la lógica y que atentarían contra la confianza depositada en el sistema judicial. Un ejemplo de ello es la teoría del tinte diluido o nexo de causalidad atenuado, ya que en una investigación que

²⁶ BROCCA, Marcelo, “¿Es la exclusión probatoria una garantía constitucional?”, publicado en www.pensamientopenal.com.ar/01052010/procesal07.pdf. El autor sostiene que la regla de exclusión probatoria es una garantía constitucional, a diferencia de los EEUU donde tiene un efecto disuasorio de conductas policiales ilegales.

²⁷ Este argumento es el utilizado en los Estados Unidos. A pesar de que la mayoría de los autores consideran que en nuestro sistema constitucional el anterior fundamento es el que le da base a las exclusiones probatorias, la disuasión fue mencionada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Fiorentino (Fallos 306:1752) (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, obra citada, pág. 57 y ss.

tiene varias etapas, hacer caer todo a consecuencia de una ilegalidad inicial, que por la conjunción de distintas circunstancias se ha transformado en insignificante y sin ningún efecto práctico su declaración de ilegalidad, llevaría a tomar una decisión apartada de los cánones normales. Pero, para decidir sobre la existencia de dicha excepción no alcanza con un conjunto de reglas, como las que se enunciaron anteriormente, sino que hay que atender al caso específico. Cada caso en particular es un mundo aparte y hay que considerar varias circunstancias para tomar una decisión que proteja los intereses constitucionales para que no convierta a la regla de exclusión en una máxima sin atenuantes que socavaría la confianza en el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

¹ BINDER, Alberto, “El incumplimiento de las formas procesales”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000

BROCCA, Marcelo, “¿Es la exclusión probatoria una garantía constitucional?”, publicado en www.pensamientopenal.com.ar/01052010/procesal07.pdf.

CARRIÓ, Alejandro, “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 3ra. edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom or proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de prueba ilícita*”. Jueces para la Democracia, núm.52, marzo, 2005.

GÓMEZ JARA DIEZ, Carlos “*Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso Hudson vs Michigan y el ocaso de la exclusionary rule en los EEUU*”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 5, Lexis Nexis, Buenos Aires, Mayo 2008.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.

MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, T. II, parte general, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2003.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel “*La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, extraído sitio web www.raco.cat/index.php/RCSP/article/viewFile/194215/260389.