

La regla de exclusión probatoria: lineamientos jurisprudenciales

Santiago E. Maldonado

a) Introducción

El presente trabajo tiene por objeto establecer cuál ha sido el alcance de la regla de exclusión probatoria receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el precedente “Charles Hnos” (1891) y sus alcances hasta la actualidad. El propósito del trabajo es indagar sobre los fundamentos para declarar la invalidez probatoria y sus excepciones por el máximo tribunal del país.

Para cumplir con esa finalidad, necesariamente, se estudiaron los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Estados Unidos de América.

b) La prueba en el proceso penal

El fin del proceso penal es la decisión judicial sobre la punibilidad del imputado. Para ello, con la llegada del constitucionalismo moderno y de las organizaciones republicanas, el Estado de Derecho -en su misión por ejercer el control social- asumió el monopolio persecutorio. Con ese propósito se han elaborado los sistemas normativos que regulan el proceso de enjuiciamiento penal, pero no sin dotar de entidad a las garantías para la seguridad individual.

Podríamos definir, aunque intuitivamente, que la prueba es aquello con lo que pretende acercarse a la verdad, y que resulta indispensable para la reconstrucción de un suceso histórico.

Ahora bien, siempre que ese acontecimiento reúna algunas características delictivas e importe el interés estatal de la persecución penal, la actividad probatoria estará circunscripta a un contorno constitucional. Se presentan así el bloque de garantías individuales que actúa limitando la actividad de las agencias penales a través de imperativos: prohibición de autoincriminación, inviolabilidad del domicilio, prohibición de confiscaciones irrazonables, prohibición de tratos crueles, debido proceso, etc.

c) La regla de exclusión probatoria y las pruebas ilícitas por efecto reflejo

Un trabajo serio de actividad probatoria se enfrentará siempre a la obligación de resguardar, en cada acto, las garantías individuales frente a la consecuencia de que sean ilícitas. La regla de exclusión probatoria opera en los procesos de enjuiciamiento para apartar y descartar aquellos elementos de prueba que han sido obtenidos violando o contradiciendo una norma o principios constitucionales. Y por tratarse de pruebas ilícitas, se la tiene por inadmisibles o inexistentes.

Existen casos en que la ilicitud de una prueba se proyecta y contamina otros actos del proceso que fueron consecuencia de aquella irregularidad inicial, es lo que se entiende por *pruebas ilícitas por efecto reflejo*, también denominadas “fruto del árbol envenenado” o pruebas ilícitas por derivación¹.

Los fundamentos para aplicar la regla de exclusión son variados. Se ha invocado la confiabilidad de la evidencia y su idoneidad para reflejar la verdad, lo que nos permitiría establecer con precisión su valor. También, la idea de integridad judicial y la disuasión de conductas policiales irregulares. Desde una mirada preventiva, se pretende advertir a los funcionarios sobre prohibiciones constitucionales para obtener pruebas y en la necesidad de ir “educando” sus prácticas en la obtención de evidencia. Otro argumento se ciñe al hecho de colocar al perjudicado en una posición lo más parecida al momento anterior a la irregularidad observada. Por último, se sostiene que la regla de exclusión es la protección de los derechos de los individuos contra la inconducta policial.

Esos fundamentos se interrelacionan y dan sustento a la aplicación de la regla de exclusión probatoria.

d) Casos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América

El interés en relevar fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos responde a la necesidad de buscar un punto de referencia. La Constitución de ese país es reconocida como modelo de la nuestra y el objeto del trabajo tiene anclaje en las garantías constitucionales. De allí que, con el alcance limitado de este trabajo, recurrí a la lectura

¹ La CSJN la invocó en el fallo “Montenegro”.

de diversos autores que han estudiado la temática. Existe coincidencia en los precedentes más destacados de la Corte de Estados Unidos, sin embargo, encontré en las obras de Maximiliano Hairabedián² y de Rubén Chaia³ el precedente más lejano y reconocido como el primer fallo de interés en la materia: *Boyd v. US* de 1886.

Antes de repasar los precedentes jurisprudenciales, cabe lugar a otra explicación sobre el sistema estadounidense. La Corte Suprema de Estado Unidos tiene una facultad de tipo legislativa, propia del sistema del *Common Law*, que requiere de la aprobación del Congreso, denominada *Rule Making Power*. A través de esta vía se establecen normas de alcance general, *rules*, que se equiparan a un código procesal. Fruto de ello son las *Federal Rules of Evidence*, que fueron aprobadas por el Congreso en el año 1975. En materia de exclusión probatoria establecen: “aunque sean relevantes, las pruebas pueden excluirse si su valor probatorio es sustancialmente rebasado por el peligro de que produzcan un prejuicio injusto, una confusión de los asuntos o sean tendenciosas para el jurado; o bien, por consideraciones de retraso indebido, pérdida de tiempo o innecesaria presentación de pruebas acumulativas”⁴.

Ahora sí, pasemos al desarrollo de la regla de exclusión en la jurisprudencia norteamericana.

Caso “*Boyd v. US*”⁵ (1886): se cuestionaba que el acusado había sido obligado a entregar, contra su voluntad, una factura. La Corte encontró una íntima relación entre la IV⁶ y la V⁷ Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y sostuvo que la

² Hairabedián, Maximiliano, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”, Ed. Ad-Hoc, 2ª Edición, 2010.

³ Chaia, Rubén A., “La prueba en el proceso penal”, Ed. Hammurabi, 2ª edición, 2016.

⁴ *Federal Rules of Evidence*, Regla 403.

⁵ 116 US 616 (1886).

⁶ IV Enmienda: el derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

⁷ V Enmienda: ninguna persona estará obligada a responder de un delito castigado con la pena capital, o con cualquier otra pena, salvo en la presencia o acusación de un Gran Jurado, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia, cuando se encuentre en servicio activo en tiempo de guerra o peligro público; ni ninguna persona estará sujeta, por la misma ofensa, a ser puesta dos veces en peligro de perder la vida o la integridad física; ni se le forzará a declarar contra sí misma en

aportación compulsiva de libros y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quien fue obligado a hacerlo conculcaba ambas enmiendas. La exclusión de prueba se imponía cuando se hubiesen violado los derechos que garantizan ambas enmiendas, no estando dispuesta la Corte a aceptar – por aquel entonces- la extensión de la regla de exclusión a otros supuestos, y menos aún si no estaba de por medio la infracción a la V Enmienda⁸.

Caso “Adams v. New York”⁹ (1904): se cuestionaba la utilización de papeles privados que habían sido obtenidos en un allanamiento que se había ordenado sin reunir los requisitos legales. En línea con el caso “Boyd”, la Corte no excluyó la prueba por entender que estaba de por medio una violación a la V Enmienda¹⁰.

Caso “Weeks v. US”¹¹ (1914): la Corte avanzó e invalidó prueba obtenida en violación sólo a la IV Enmienda, limitándola al procedimiento federal (la aclaración del alcance es importante porque devino en que los agentes federales que obtenían prueba en forma ilegal se la pasaban a sus pares de los estados; esa práctica se denominó “bandeja de plata”). En “Weeks” el fundamento fue que la regla de exclusión estaba impuesta implícitamente en la Constitución federal para garantizar la vigencia de los derechos en ellos establecidos, ya que “si cartas y documentos privados pueden ser incorrectamente secuestrados, mantenidos y utilizados como prueba en contra de un ciudadano acusado de un delito... la protección de la IV Enmienda declarando el derecho a estar seguro tanto contra secuestros y registros irrazonables, queda sin valor...”¹².

ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

⁸ Hairabedián, Maximiliano, ob. cit.

⁹ 192 US 585 (1904).

¹⁰ Hairabedián, Maximiliano, ob. cit.

¹¹ 232 US 383 (1914).

¹² Hairabedián, Maximiliano, ob. cit.

Caso “Silverthorne Lumber Co. V. US”¹³ (1920): el acusado había solicitado la devolución de documentos que le fueron secuestrados, basándose en “Weeks”. El tribunal hizo lugar, pero el Ministerio Fiscal copió los documentos e intentó presentarlos en juicio. La Corte Suprema prohibió que se utilizara la prueba, salvo que se estableciera que se obtuvo por un medio independiente a la violación constitucional original. Este razonamiento dio lugar a la doctrina del fruto del árbol envenenado.

Caso “Olmstead v. US”¹⁴ (1928): “Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno” (voto en disidencia del Juez Oliver Wendell Holmes).

Caso “Mapp v. Ohio”¹⁵ (1961): se extendió la aplicación obligatoria a todos los estados de la regla de exclusión cuando se hubiese violado la IV Enmienda. “Mantenemos que toda prueba obtenida mediante registros y ocupaciones con violación de la Constitución es, por la Constitución misma, inadmisibile... Nuestra decisión basada en la razón y la verdad, da al individuo no más que lo que la Constitución garantiza, al funcionario de policía no menos que aquello a lo que la función policial honesta tiene derecho, y, a los Tribunales, esa integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de justicia”.

Caso “Miranda v. Arizona” (1966): la Corte impuso a la policía la obligación de advertir los derechos constitucionales a las personas que va a interrogar bajo su custodia como sospechosas de haber cometido un delito, con exclusión de las confesiones tomadas sin esos recaudos.

¹³ 251 US 385 (1920)

¹⁴ 277 US 438 (1928)

¹⁵ 367 US 643 (1961)

Caso “Gilbert v. California”¹⁶ (1967): la Corte invalidó un reconocimiento en rueda de personas sin la presencia del abogado defensor por ser violatorio a la V Enmienda. Se extendió el ámbito de aplicación.

Caso “Terry v. Ohio”¹⁷ (1968): la Corte convalidó la requisita y detención sin orden judicial efectuada por un policía al advertir que extraños actuaban de “manera sospechosa”. La policía se les aproximó y luego de identificarse y girar alrededor, palpó sus ropas y encontró una pistola en el bolsillo del individuo sospechoso. Luego fue condenado y se admitió el arma como prueba, pese a las objeciones de la defensa.

El tribunal sostuvo que “cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas, y en el curso de la investigación se identifica como policía y formula preguntas razonables, sin que nada en las etapas iniciales del procedimiento contribuya a disipar el temor razonable por su seguridad o la de los demás, tiene derecho para su propia protección y la de los demás en la zona a efectuar una revisión limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podían usarse para asaltarlo. Conforme con la Cuarta Enmienda, tal es una revisión razonable y las armas que se incauten pueden ser presentadas como prueba en contra de esas personas”.

Caso “US v. Janis”¹⁸ (1976): Por imperio de la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en término generales, no puede admitirse judicialmente la prueba obtenida en violación a dicha enmienda. La regla así gestada tiende a preservar la vigencia de la garantía a través de un acto disuasorio (de la violación de la misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada.

¹⁶ 388 US 263 (1967)

¹⁷ 392 US 1 (1968)

¹⁸ 428 U.S. 433 (1976)

e) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Nuestra Corte Suprema fue pionera en la materia. Encontramos su primer pronunciamiento en un fallo nada lejano al caso Boyd (1886) de la Corte norteamericana.

La organización cronológica de los fallos que se describen ofrece la posibilidad de observar la aplicación de distintos criterios a la solución del conflicto entre actividad probatoria y garantías individuales.

Fallo “Charles Hnos”¹⁹ (1891): en el marco de una investigación de contrabando, la autoridad aduanera (Administración de Rentas), de oficio, ordenó el secuestro de documentos privados en casas particulares. Se trataba de facturas, correspondencias, hojas de libros y otros documentos, que el organismo no había explicado su origen ni cómo las había obtenido.

La Corte sostuvo que si eran el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, más allá del propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa, la ley –en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales- los declara inadmisibles. Por otro lado, si los documentos fueron falsificados por las personas que dicen haberlos suministrados, por su naturaleza misma carecen de valor y mérito alguno.

Fallo “Montenegro”²⁰ (1981): se cuestionó la validez de una condena a la que se arribó como consecuencia de hechos que se consideraron probados a través de una investigación basada en la confesión extrajudicial obtenida del reo mediante los apremios ilegales a que fuera sometido. Se corroboró que el prevenido había sufrido lesiones de haber sido apremiado.

¹⁹ CSJN, “Charles Hnos y otros”, Sentencia del 5/9/1891, <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-charles-hermanos-otro-fa91998118-1891-09-05/123456789-811-8991-9ots-eupmocsollaf>

²⁰ CSJN, “Montenegro, Luciano Bernardino s/ robo”, 10/12/1981.

La Corte sostuvo que si la aplicación de la tortura fue decisiva para la solución de la causa, corresponde revocar la sentencia condenatoria. Agregaron que el acatamiento por parte de los jueces sobre la prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito.

Fallo “Fiorentino”²¹ (1984): La policía había detenido, en 1981, a Diego Fiorentino al ingresar a su domicilio, y al ser interrogado reconoció espontáneamente poseer estupefacientes en la vivienda que compartía con sus padres, por lo que se autorizó el registro domiciliario. De allí se secuestraron cinco cigarrillos de marihuana, cinco colillas de marihuana y varias semillas de marihuana. Fiorentino fue condenado a un año de prisión en suspenso y multa de un millón de pesos. La defensa cuestionó la validez de la diligencia policial, sosteniendo su ilegitimidad por resultar violatoria de la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

En el voto de la mayoría, la Corte explicó que no se había configurado ninguna de las excepciones (extremos de necesidad) para que el allanamiento se realizase sin orden judicial, ni había mediado consentimiento válido que permitiera el ingreso de los funcionarios policiales. Con relación a esto último, destacó que el permiso que podría haber otorgado carecería de efectos por las circunstancias en que se prestó, al haber sido aprehendido e interrogado sorpresivamente por una comisión de cuatro hombres mientras ingresaba con su novia al *hall* del edificio donde habitaba, quedando detenido.

Con relación al comportamiento del imputado, explicaron que tampoco alcanzaría una resistencia verbal que fuera oída por los testigos, y valoró como determinante la edad de Fiorentino y la falta de antecedentes. En definitiva, sostuvieron que la ausencia de oposición expresa no habilita el registro.

²¹ CSJN, “Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes”, Sentencia del 27/10/84.

El voto individual del juez Petracchi es más rico. Propone que, si se va a admitir el consentimiento, debe ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de la autoridad pública a la vivienda; no debe mediar fuerza o intimidación; y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento.

En el caso “Cichero”²² (1985), la misma integración de la Corte afirmó que, a pesar de que había testimonios que confirmarían el permiso o anuencia del ingreso, “es obvio que la mera ausencia de reparo al ingreso no puede equipararse a la autorización pertinente”. En el fallo se explicó que el allanamiento inició a las 23 horas, sin orden judicial y mediante una comisión policial que podría haber estado integrada hasta por cinco miembros, casi todos vestidos de civil. Con remisión a “Fiorentino”, señaló que esperar una actitud de resistencia importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas.

Esta idea se reproduce también en el caso “Rayford”²³ (1986), aunque con un agregado: se tuvo en consideración que el imputado (extranjero) el idioma castellano y que, ante la falta de auxilio de un intérprete, resultaba extremadamente dudoso que pudiera comprender cabalmente el alcance del procedimiento que se realizaba y, en concreto, la posibilidad que tenía de oponerse a su ejecución.

Fallo “Ruiz”²⁴ (1986): en 1983 Roque Arturo Ruiz fue detenido por la Policía de la Provincia de Buenos Aires cuando asaltaba una farmacia junto con dos cómplices que se movilizaban en un taxi. Se produjo un tiroteo que causó la muerte de uno de los cómplices mientras que el otro se dio a la fuga. La policía secuestró el vehículo. En declaración indagatoria ante el personal policial, Ruiz mencionó que en los días previos a su detención había conocido a sus cómplices, Miguel y Acevedo, y que habían salido en el taxi que conducía Miguel. Fue entonces cuando asaltaron primero dos panaderías de la zona, en una de las cuales Acevedo disparó a un comerciante. Luego, en la farmacia Ruiz fue detenido y Acevedo murió en el tiroteo.

²² CSJN, “Cichero, Ariel Ignacio y otros”, sentencia del 09/04/1985, Fallos 307:440.

²³ CSJN, “Rayford, Reginald”, sentencia del 13/5/1986, Fallos 308:733.

²⁴ CSJN, Fallos 310:1847.

De las ropas del muerto, los policías hallaron un DNI perteneciente a Jorge Candido, a quien la policía interrogó y declaró ser taxista y que tres pasajeros lo habían asaltado, llevándose el DNI, una suma de dinero y el vehículo, que luego encontró abandonado. A partir de ahí los investigadores vincularon ese caso con otros dos robos a taxistas: Alberto Procopio, a quien los asaltantes le sustrajeron el vehículo y luego lo abandonaron, y Alberto Izquierdo, también despojado de su rodado, que fue con el que se conducían Ruiz y sus cómplices. Los tres taxistas declararon en forma coincidente haber sido asaltados por tres jóvenes, y en rueda de reconocimiento reconocieron a Ruiz.

Ruiz negó los hechos. El juez lo condenó a siete años de prisión, más la unificación con otra pena. Ruiz apeló y como había denunciado que había sufrido apremios ilegales durante su permanencia en la sede de la prevención, la Cámara de Apelaciones solicitó informes. Se constató que el acusado presentaba signos de haber padecido pasaje de corriente eléctrica en las zonas que el mismo indicara.

Así el caso, se planteó el alcance de la garantía constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

La Corte ratificó, en primer lugar, la doctrina de “Montengro” y “Fiorentino”, en el sentido de que otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.

Pero, dejó en claro que Ruiz había sido condenado sin tener en cuenta su declaración prestada en sede policial. Entonces, descartado ello, la Corte se planteó si los restantes elementos de prueba justifican el reproche, porque debe determinarse en qué medida la ilegitimidad inicial del procedimiento afecta la validez de los subsiguientes, es decir, hasta qué punto el vicio de origen expande sus efectos nulificantes. Se explicó que la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, pero teniendo en cuenta el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional de aquella.

En el fallo emitieron los siguientes lineamientos: debe analizarse la concatenación causal de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional, que atiende a las reglas de la lógicas y de la experiencia social; de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados, teniendo en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. De tal modo, deberá descartarse por ineficaz la prueba habida en la causa, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de la garantía constitucional de que se trate, o bien cuando sea una consecuencia inmediata de dicha violación.

Así, se distinguieron dos casos: por un lado el hecho que perjudicó al taxista Alberto Procopio, y por otro, el que perjudicó a los taxistas Cándido e Izquierdo. El primero se descalificó porque la Corte entendió que se llegó a la condena gracias a la confesión del imputado. Sostuvo que si se suprimiese la intervención del imputado no había otras pruebas de apoyo, ya que los policías iniciaron ese único camino de investigación, cuya senda original estuvo viciada y se contaminó todo su curso: la declaración del damnificado, el reconocimiento en rueda, la declaración de un comerciante y el reconocimiento del comerciante.

La condena respecto del segundo hecho, el que perjudicó Cándido y a Izquierdo, en cambio sí fue validada por la Corte, porque podía sustentarse en otros medios de prueba que son independientes de las manifestaciones irregulares, y que habían sido obtenidos de manera objetiva y directa.

Fallo “Fiscal c. Fernández”²⁵ (1990): La Policía Federal, anoticiada por información confidencial, llevó a cabo un procedimiento en un bar donde detuvo al ciudadano boliviano Víctor Hugo Fernández y el secuestró de 380 gramos de cocaína. Por manifestaciones del detenido, del interior de un vehículo secuestraron más droga y de un domicilio al que se trasladaron junto con el imputado, otra tanta cantidad de droga. Éste último era una sede del Consulado de Bolivia, allí fueron atendidos por el cónsul, quien tenía una relación de amistad con Fernández. El diplomático, ignorando la

²⁵ CSJN, Sentencia del 11/12/90.

condición del funcionario policial y a requerimiento de Fernández, les entregó una caja con que tenía estupefacientes. Fernández y los policías se retiraron con todo el material secuestrado hacia la delegación policial.

En primer lugar, la Corte diferenció el caso de “Fiorentino”. Según entendió, el procedimiento fue resuelto por la autoridad policial sin afectación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio. El ingreso de Fernández y del oficial encubría un procedimiento policial, pero se produjo (el ingreso) gracias a la amistades de los imputados, por lo tanto, para la Corte no hubo engaño que viciara la voluntad del imputado, y además destacó que no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisita, ni el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento. En esas condiciones la Corte concluyó que no hubo interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad.

La Corte agregó que si está probado que el imputado, y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa, sin indagar los motivos del acompañamiento, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 CN.

Recordó que según criterio de la Corte, el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una interpretación prudencial de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho proscriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina, entre los cuales citó a los Estados Unidos y a la República Federal de Alemania. Que en estos casos hay que distinguir cuando los agentes simplemente aprovechan las oportunidades, de aquellos en que son “producto de la actividad creativa” en los que procede desechar pruebas obtenidas por la actividad “criminógena” de la policía bajo lo que se conoce como defensa de *entrapment* (incitación al delito). En ese entendimiento, descartó que la policía haya tenido una actitud creadora del crimen.

En síntesis, al imputado nada se le ocultó porque nada indagó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su morada, esta última no fue objeto de requisita y que, en definitiva, la presencia de terceros en su hogar se debió a la forma en que discrecionalmente ejerció su derecho como titular del domicilio. Por esa razón no estuvo comprometida la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Esas mismas circunstancias evidencian que el ingreso descalificado por el tribunal a quo -realizado en un domicilio jurídicamente imposible de allanar, pero con el consentimiento del jefe de la oficina consular- fue ejecutado con el máximo respeto de tan eminente garantía individual y de las obligaciones internacionales, concertándolas con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades estatales respectivas, que, al fin y al cabo, es el logro del delicado equilibrio entre tan preciados valores que esta Corte siempre ha procurado resguardar.

Fallo “Cabral”²⁶ (1992): Cabral fue detenido por una comisión policial en la intersección de las calles Brasil y Santiago del Estero. El procesado había descendido de un automóvil de alquiler y estaba de pie junto a dos cajas de cartón con la inscripción TECO, con un dibujo que indicaría que contenían televisores o monitores de computación. Ante su actitud inusual, la policía identificó, y preguntado acerca de su permanencia en el lugar respondió con evasivas y contradicciones, sin poder acreditar el origen de la mercadería que tenía en su poder. Durante el trayecto hacia la comisaría, Cabral habría manifestado espontáneamente a los policías que esos equipos, junto con otros que poseía en un domicilio, los había adquirido en un bar de la zona del bajo a una persona que los traía del puerto, y que al momento de ser detenido iba a venderlos a otra que tenía contactos con una empresa de computación a 100 dólares cada uno. Sobre la base de este dato, se requirió al juez interviniente la orden de allanamiento, procediéndose al secuestro, en la vivienda antes mencionada, de un visor de computación marca TECO N° 106261.

La Corte sostuvo que no se advierte que la manifestación de Cabral a la policía haya sido el fruto de un acto de coacción. No se desprende indicio alguno en tal sentido de

²⁶ Fallos 315:2505

las actuaciones de prevención; en el informe pericial no advierte ninguna alteración en su estado físico y psíquico, y tampoco ello fue manifestado por el procesado al prestar declaración indagatoria, en la que confesó la tenencia de los monitores en cuestión, incluido el que se secuestró en su casa. Finalmente, el recurrente no adujo que tal dato haya sido arrancado mediante algún tipo de coacción por parte de los policías. Teniendo en cuenta que el allanamiento se llevó a cabo por orden del juez competente, la Corte no advirtió en el caso una violación a la doctrina del tribunal según la cual no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales.

Fallo “Daray”²⁷ (1994): El proceso se inició con la detención de Garbin quien circulaba en un automóvil por la ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza. A pesar de presentar la documentación correspondiente, el detenido fue trasladado a la sede de la policía. En la comisaría, declaró que sus hijos poseían “vehículos de industria extranjera con patentes colocadas diplomáticas”. Los funcionarios se dirigieron entonces al lugar señalado por el detenido y se entrevistaron con los hijos del detenido, quienes reconocieron haber comprado autos importados por diplomáticos, y dieron detalles sobre las operaciones y del lugar donde ocultaban los vehículos. Luego de ello, se comunicó la detención al juez de la causa solicitando la orden de allanamiento al lugar donde se encontraban los automóviles.

La Corte analizó, en primer lugar, la legitimidad de la detención y llegó a la conclusión de que la policía federal “carecía de facultades legales para detener en el caso al señor Garbin”. A su vez, consideró que la “invitación” a concurrir a la dependencia policial fue en realidad una verdadera detención. Finalmente, entendió con cita del precedente “Rayford” que la detención de Garbin era ilegal por no emanar de autoridad competente en franca vulneración con el artículo 18 de la Constitución Nacional. En consecuencia, se decretó la nulidad de todo el procedimiento por encontrarse viciado y no existir un cauce de investigación independiente.

²⁷ Fallos 317:1985

Fallo "Fernández Prieto"²⁸ (1998): la Policía de la provincia de Buenos Aires había interceptado la circulación de un automóvil ocupado por tres personas a quienes luego de hacer que descendieran se les ordenó identificarse y, con posterioridad, los funcionarios policiales procedieron a revisar el interior del vehículo. La razón expresada por el personal policial como fundamento de esa detención fue una "actitud sospechosa" de los ocupantes del automóvil. Como consecuencia de la inspección llevada a cabo en el interior del vehículo, los funcionarios policiales hallaron en el baúl un paquete de marihuana y un bolso con un revólver y proyectiles y, en el asiento trasero, cinco paquetes de marihuana y una pistola.

La Corte sostuvo que el examen de las especiales circunstancias en que se desarrolló el acto impugnado resulta decisivo para considerar legítima la requisa del automóvil y detención de los ocupantes practicada por los funcionarios policiales. Ello debido a que éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en "actitud sospechosa" de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez.

Para así decidir, repasó forzosamente la opinión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en cuanto había fijado pautas tendientes a precisar los conceptos de "causa probable", "sospecha razonable", "situaciones de urgencia" y la "totalidad de las circunstancias del caso". Con la relación a la "causa probable" desarrollada en el precedente "Terry v. Ohio" (1968), la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica había convalidado la requisa y detención sin orden judicial efectuada por un policía al advertir que extraños actuaban de "manera sospechosa", ocasión en que se les aproximó y luego de identificarse y girar alrededor, palpó sus ropas y encontró una pistola en el bolsillo del accionante, habiendo sido condenado y admitiéndose el arma como prueba, pese a las objeciones de la defensa. El tribunal sostuvo que "cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que

²⁸ Fallos, 321:2947

razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas, y en el curso de su investigación se identifica como policía y formula preguntas razonables, sin que nada en las etapas iniciales del procedimiento contribuya a disipar el temor razonable por su seguridad o la de los demás, tiene derecho para su propia protección y la de los demás en la zona, a efectuar una revisión limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podrían usarse para asaltarlo. Conforme con la Cuarta Enmienda, tal es una revisión razonable y las armas que se incauten pueden ser presentadas como prueba en contra de esas personas".-

Fallo "Tumbeiro"²⁹ (2002): el 15 de enero de 1998 personal policial identificó a Carlos Alejandro Tumbeiro al considerar que su actitud en la vía pública resultaba sospechosa, porque su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero. No obstante acreditar su identidad con el documento que llevaba en su poder, ante el nerviosismo que exhibía se lo condujo al interior del vehículo policial a fin de establecer, a través del sistema dígito radial, si registraba pedido de captura, lo que arrojó resultado negativo.

Mientras se obtenía ese informe, se detectó que había una bolsita con cocaína a su lado. Ante este hallazgo, se convocó a testigos, se labró acta de estilo y se procedió a la detención.

La Corte entendió que las pautas señaladas en el caso "Fernandez Prieto" resultan decisivas para considerar legítimo el trámite de identificación llevado a cabo por los funcionarios policiales a la luz de las normas que regulan su accionar. Ello es así, toda vez que éstos han sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevenir el delito y, en ese contexto, interceptaron al encartado en actitud sospechosa, que fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes, y comunicaron de inmediato la detención al juez.

²⁹ Fallos, 325:2485

Fallo “Monzón”³⁰ (2002): se cuestionó la identificación y requisa personal del encartado realizada por parte de funcionarios policiales frente a la estación del Ferrocarril Mitre, oportunidad en la que le habrían sido secuestrados tres cigarrillos de armado casero que contenían cannabis sativa-marihuana.-

La Corte reprodujo la doctrina de “Fernández Prieto” y sostuvo que no había irregularidad alguna en el procedimiento del que pueda inferirse violación alguna al debido proceso legal, sino que el pronunciamiento impugnado ignora la legitimidad de lo actuado en prevención del delito, en circunstancias de urgencia y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas.

Fallo “Szmilowsky”³¹ (2003): se cuestionó la requisa personal del encartado realizada por parte de funcionarios policiales en la vía pública en horas de la noche, oportunidad en que se le habría secuestrado casi 10 gramos de marihuana.

La Corte siguió aplicando la doctrina “Fernandez Prieto”, en línea con “Monzón”, y sostuvo que no se advertía una violación a la doctrina del Tribunal según la cual no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales (Fallos: 303:1938; 306:1752;; 311:2045, entre otros). Además reiteró que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado "el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio", ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (doctrina citada en Fallos: 313:1305). Es por ello que una solución diferente no implicaría un aseguramiento de la defensa en juicio, sino desconocer la verdad material revelada en el proceso, toda vez que se trata de medios probatorios que no exhiben tacha original alguna (Fallos: 321:2947).

³⁰ Fallos, 325:3322

³¹ Fallos, 326:41

Fallo “Ventura”³² (2005): se había condenado a Vicente Salvador Ventura como autor de un hecho de contrabando de treinta pallets de cuero con destino a la ciudad de Nueva York (EE.UU.).

El agravio se vinculaba al secuestro realizado en una oficina de la cual se incautó una factura emitida por Marcabo S.R.L. a nombre de Convercod S.A. por el traslado de un contenedor (ver copia fs. 10/11 de los autos principales). Esa diligencia fue practicada por personal de la Administración Nacional de Aduanas sin contar con orden de allanamiento. Del acta labrada en esa ocasión surge que los tres inspectores fueron atendidos por Francisco Eladio Taus, quien había manifestado no tener impedimento para que accedieran al lugar. Se dejó constancia que estaban allí otras cuatro personas, entre las que se encontraban Vicente S. Ventura, que dijo estar a cargo de la oficina, y Antonio G. Nicolini. Al finalizar el procedimiento, todos los presentes ratificaron lo actuado y firmaron.

La Corte revocó la condena. Destacó el voto en minoría de la instancia anterior al sostener que “del acta confeccionada por los funcionarios que efectuaron el registro, concebida con la habitual terminología que suele emplearse en esos casos, consigna que la persona que atendió a los inspectores, enterada del motivo de la presencia de estos últimos manifiesta no tener impedimento en acceder el acceso al lugar. Nada dice el acta de cuáles fueran esos motivos ni de cómo le habrían sido explicados al circunstancial morador. Consigna luego la presencia del acusado Ventura, quien sería titular de la oficina visitada y expresa posteriormente que, con la presencia del primero de los moradores Ces decir no con la de Ventura, se procede a revisar un escritorio en el que se encontró el documento que resultó sospechoso y dio lugar a la investigación posterior. Está claro que hasta ese momento no había ninguna indagación en curso relativa a la exportación con la que se vinculó el documento...” (SIC).

Entendió que de las constancias surge que el allanamiento -que en sí mismo constituye una severa intervención del Estado en el ámbito de la libertad individual- llevado a cabo en el domicilio con el consentimiento de la persona que atendió a los inspectores, y ejecutado pese a que no fue dispuesto en las actuaciones que dieron origen a esta

³² Fallos, 328:149

causa, se apartó claramente de la ley reglamentaria del art. 18 de la Constitución Nacional, quebrantando de ese modo, la garantía constitucional protectora del domicilio.

Fallo “Waltta”³³ (2004): personal policial interceptó a cinco personas, a quienes procedió a requisarlas. A Waltta se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana y una bolsita con restos de dicha sustancia, en el procedimiento también se encontró papel para armar cigarrillos. Los preventores explicaron que habían observado la presencia de varias personas que se hallaban sentadas en el umbral de una vivienda “amparados por la penumbra de la noche, en actitud sospechosa”, razón por el cual se procedió a la identificación.

La Corte entendió que la detención de Waltta se apartó del marco legal: la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido –el hallazgo de dos cigarrillos de marihuana- pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo. Ello es así pues, de lo contrario, razones de conveniencia se impondrán por sobre los derechos individuales previstos en la ley fundamental.

La Corte reconoció que en “Fernandez Prieto” y “Tumbeiro” había hecho una interpretación forzada de la jurisprudencia norteamericana en el caso “Terry v. Ohio” (1968), que de ningún modo otorga el poder a la policía para llevar arrestos al mayoreo al margen de la ley.

Fallo “Ciraolo”³⁴ (2009): Ciraolo había sido condenado por hechos de defraudación, hurto y encubrimiento. El procedimiento impugnado comenzó cuando la policía, mientras investigaba un homicidio en ocasión del asalto a un camión que transportaba correspondencia y recorría lugares donde se negociaría con documentación robada, entró con algunos subordinados a una confitería y se dirigió directamente a Jorge Ciraolo, momento en el cual éste “se mostró ofuscado y nervioso y de una forma

³³ Fallos, 327:3829

³⁴ Fallos, 332:2397

impropia dijo que no tenía documentos porque los había extraviado". Ante ello, la policía le requirió la exhibición de sus efectos personales entre los que se observaron cheques y fotocopias de cartulares, asimismo en forma espontánea refirió que eran cheques que le daban sus clientes en razón de que era asesor financiero y para, posteriormente, manifestar que eran de una asesora, exhibiéndole una tarjeta personal. Con datos recabados por la policía en oportunidad de su detención, y luego de obtenida una orden judicial, allanó e inspeccionó su domicilio, secuestrando documentación que le habían entregado las víctimas de sus engaños.

La Corte ratificó su postura en "Wallta", entendió que la detención y requisa que sufrió Ciruolo se apartó del marco legal y que no pueden imponerse razones de conveniencia por sobre los derechos individuales previstos en la ley fundamental.

f) Reflexiones finales

En el marco de la actividad investigativa existe el riesgo de que las diligencias probatorias estén afectadas por irregularidades emergentes del método en que fueron producidas. Esas irregularidades están asociadas a la transgresión de normas que resguardan garantías individuales. De allí que, como hemos visto en los distintos precedentes estudiados, el Estado no pueda disponer de elementos probatorios que hayan sido el resultado de una actividad irregular o ilícita.

Bajo esos presupuestos, resulta adecuada una regla que discipline la adquisición de la prueba, que aperciba las conductas irregulares destinadas a recolectarla e invalide sus resultados. Esta regulación nos provee, además, herramientas para mejorar la eficiencia de las investigaciones, advirtiendo a los agentes del Estado que las garantías prevalecen sobre el método de su actividad pesquisitiva.

De esta manera, se ha dicho que el Estado tampoco puede valerse de los efectos de la prueba ilícita, lo que dio lugar a la "teoría del árbol del fruto envenenado" ("Montenegro").

La Corte Suprema, para desistir de prueba irregular, invocó cuestiones éticas ("Charles Hermanos") y también el compromiso de una buena administración de justicia

("Montenegro" y "Fiorentino"). Desde entonces la jurisprudencia, en ese sentido, no sufrió variaciones significativas.

La Corte remite a precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos y, en ocasiones, peca en su interpretación. Es destacable que en "Walita" haya reconocido una interpretación poco fiel de "Terry v. Ohio" para decidir en el caso "Fernández Prieto", inclinándose sobre legitimar la actividad probatoria en función de sus resultados. Postura que se extendió a "Tumbeiro", "Monzón" y "Szmilowsky". Con el fallo "Walita" (del año 2004) viene a poner un freno a las detenciones injustificadas y al mayoreo practicadas por la policía, más allá del resultado obtenido en los procedimientos. Desde entonces esa postura es la que predomina en las decisiones, exigiendo a agentes de seguridad el deber de exteriorizar los motivos que condujeron a detener a una persona. Es posible que ese cambio de criterio respondiera al caso "Bulacio" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (del 18/9/2003), en el cual se condenó a la Argentina por abusos de los funcionarios policiales.

Por otro lado, la regla de exclusión conlleva una serie de excepciones que se presentan como herramientas para atenuar los alcances de la exclusión probatoria. Por ejemplo, cuando se trata de datos que benefician al imputado (*in bonam partem*), o cuando a pesar de observarse que las pruebas fueron obtenidas de manera ilegal, es posible conservarla porque se comprueba que se utilizaron fuentes independientes ("Rayford", "Ruiz" y "Daray"). Una derivación de la última podría ser cuando se compruebe que existe una investigación en la cual el Estado inevitablemente hubiera llegado al mismo resultado.

En definitiva, la regla de exclusión y sus excepciones conforman un estado en el que – dependiendo de las circunstancias- la prueba se anula o se valida, dando lugar a un equilibrio que provee garantías a los individuos y, a la vez, procura a las agencias estatales la persecución e investigación de delitos.

Seguramente con las nuevas tecnologías aplicadas a investigaciones penales este tema vuelva a ocupar la agenda judicial. Me refiero a las intrusiones en computadoras mediante la inyección de un virus, la apertura de teléfonos celulares sin autorización del propietario o drones que registren una actividad en vivienda privada, entre otros

casos posibles, que podrán constituir una violación a la intimidad de las personas y que exigirán la aplicación de los parámetros estudiados.