

Título: La admisión de prueba ilícita en delitos graves

Autor: Hairabedián, Maximiliano

Publicado en: Sup. Penal2015(junio), 29 - LA LEY2015-C, 335 - DPyC 2015 (julio), 06/08/2015, 193

Cita Online: AR/DOC/1644/2015

Sumario: I. Introducción. — II. La decisión del tribunal de apelaciones. — III. ¿Prueba lícita o ilícita? — IV. La infracción constitucional privada. V. La buena fe. — VI. El principio de proporcionalidad. — VII. Conclusiones.

I. Introducción

El caso que se anota es sencillo desde el punto de vista fáctico, pero complejo en su dimensión jurídica y axiológica. Una persona olvidó su celular en un comercio al que había concurrido como cliente. El comerciante que lo encontró revisó su contenido, descubriendo algo terrible: un menor de seis años obligado por un adulto a practicarle sexo oral. Radicada la denuncia se desencadenó una investigación, en la que se determinó que el autor del aberrante hecho aprovechaba la situación de convivencia para cometerlo.

Siempre se ha reconocido que las exclusiones probatorias constituyen uno de los temas del derecho constitucional y procesal penal en los que se advierte con mayor claridad la tensión existente entre el interés social en la persecución y represión del delito y la preservación de los derechos y garantías individuales consagrados por el sistema constitucional. Y el fallo a comentar lamentablemente ilustra esta contradicción. Se trata de un caso trágico, no sólo desde el punto de vista del drama humano, también desde la situación del juzgador, porque no hay solución posible sin sacrificar algún interés tutelado por el ordenamiento jurídico.

II. La decisión del tribunal de apelaciones

La defensa solicitó la declaración de nulidad de la denuncia y del aporte del denunciante. El planteo fue rechazado. Recurrida, la resolución fue confirmada por la Cámara de Apelaciones, pronunciándose por la validez del procedimiento. Sintéticamente los argumentos fueron:

1) Se reconoce que la protección del artículo 18 de la CN a la correspondencia y papeles privados comprende también los correos electrónicos, llamados telefónicos o mensajes de texto porque tiene por finalidad garantizar el respeto a la vida privada de la persona en sus ámbitos más íntimos, "por lo que resulta difícil excluir a los registros audiovisuales que un individuo conserva en su computadora personal, sea en una memoria de almacenamiento (pendrive) o, como en este supuesto, en un teléfono móvil". El resguardo se extiende a los objetos que se encuentran "dentro de la esfera de custodia de cada individuo" y que contengan datos de su vida privada, reveladores de su personalidad que desea preservar (1) (voto del Dr. Lucini).

2) Quien olvida sus pertenencias en la vía pública las coloca en una situación de exposición a terceros que condiciona su expectativa de privacidad. De esta manera, resulta difícil sostener la existencia de una invasión al ámbito privado cuando el objeto fue dejado en un lugar de acceso público. Por ende, la actitud de quien lo encuentra y lo revisa en aras de identificar a su titular para reintegrarlo no resulta ilegítima, máxime si se tiene en cuenta que el teléfono se hallaba en su local y, por consiguiente eventualmente bajo su égida (voto del Dr. Lucini) (2).

3) El acceso a los archivos del teléfono fue de buena fe ya que se dirigía a tratar de identificar al cliente que se lo olvidó y luego fue puesto a disposición de la autoridad. Se destaca que el teléfono perdido carecía de un chip de la compañía telefónica, lo que posiblemente dificultaba aún más contactar al usuario. Y si bien el artículo 2534 del CC dispone que el que hallare una cosa perdida y no supiere la identidad de su titular debe entregarlo al juez más cercano o a la policía del lugar, lo cierto es que es usual que primero intente dar con su dueño y lo restituya, para lo cual obviamente antes debe examinarlo (voto del Dr. Lucini). En consecuencia, no hubo injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada del imputado porque la revisión del equipo tuvo como finalidad "concretar el reintegro", mediante la comparación de "alguna fotografía que pudiera contener el dispositivo con aquellas personas" que estuvieron en el local, identificando así a una persona que aparecía en las fotos (voto del Dr. Cicciaro) (3).

4) Tratándose de un acto de un particular, no se aplican las reglas de exclusión probatoria (4).

En síntesis, la información que el Estado obtenga de un particular en situación como la aquí estudiada no puede ser excluida como indicio válido para iniciar un proceso penal y, en consecuencia, no advirtiéndose una violación a las garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional, votó por homologar la decisión recurrida.

5) Se trata de una imputación grave por abuso sexual en perjuicio de un menor. "Sucesos de tales características evocan las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya aplicación cabe a

las autoridades judiciales (arts. 6, 16, 19 y concordantes)" (voto del Dr. Cicciaro).

III. ¿Prueba lícita o ilícita?

La primera cuestión que plantea el análisis del caso es si la actitud del dueño del local comercial de hurgar los archivos del teléfono móvil olvidado por un cliente constituye una intromisión en la esfera de privacidad. En el fallo que se comenta no aparece una respuesta acabada. Por un lado, se acepta que la protección constitucional se extiende al contenido de las comunicaciones electrónicas, computadoras, celulares, etc. Al mismo tiempo, se concluye que con el fisgoneo del teléfono no hubo invasión indebida al ámbito de reserva, o que "resulta difícil" sostenerla. Por otra parte, fundan la validez en tres conocidas excepciones a las exclusiones probatorias, como son la prueba ilícita obtenida por particulares, la buena fe y el principio de proporcionalidad. Esto de alguna manera encierra alguna debilidad en el razonamiento. Porque si la conducta de hurgar el celular encontrado no constituyó una vulneración al derecho a la intimidad del que lo perdió, era innecesario aplicar o argumentar sobre la base de tales excepciones. Precisamente, éstas versan sobre situaciones en las que frente a una prueba obtenida en infracción a garantías constitucionales, se admite que éstas o sus derivaciones sean valoradas (5). En otras palabras, si no hay dudas de la legalidad, no hace falta aplicar las limitaciones a la doctrina de los frutos del árbol venenoso.

IV. La infracción constitucional privada

Como lo indica el fallo que se anota, la jurisprudencia norteamericana registra numerosos precedentes que se pronuncian por la no exclusión de la prueba ilícita cuando ha sido obtenida por particulares.

No compartimos esa posición porque los argumentos que justifican las prohibiciones probatorias se contraponen a la admisibilidad o la valoración. En cuanto a los de orden axiológico, no hay dudas de que una acción inmoral o contraria a la ética lo es tanto si la lleva a cabo el Estado por medio de sus agentes durante la investigación o si la comete una persona ajena a las agencias penales. Hay una diferencia: ciertos ilícitos son más graves o cuestionables si los ejecuta quien tiene el deber de defender la ley, pero el disvalor subsiste. Y si la regla de exclusión está inspirada en que la justicia no puede basar sus decisiones en actos contrarios a la Constitución y las leyes ni aprovechar sus resultados, da lo mismo que la génesis del proceso haya estado viciada por el actuar contrario a derecho de un particular o un funcionario. Ejemplo, si una persona sufre un robo, le da una golpiza a un sospechoso que confiesa e indica dónde escondió las cosas sustraídas y lo denuncia, la validez del procedimiento consiguiente no parece diferir demasiado para la hipótesis de que el golpeador haya sido un policía. Y sin embargo, este último caso es de manual para la doctrina de los frutos del árbol venenoso.

Si nos atenemos al fundamento preventivo o disuasorio, según el cual hay que dotar de ineficacia a la prueba ilícita y sus derivadas por la necesidad de evitar la obtención de pruebas por fuera de la ley, esto es tan aplicable para los dependientes del Estado, sean de las fuerzas de seguridad o de los órganos judiciales, como para los particulares. Al igual que ocurre con las motivaciones valorativas, quizás haya una diferencia de grado, porque aquellos que tienen la tarea de investigar pueden encontrarse con más posibilidades de desbordes de la legalidad o porque es más grave que cometan delitos o irregularidades en la recolección oficial de la prueba penal.

Algunos fenómenos actuales requieren especial atención por las formas en que ciertos sectores no gubernamentales obtienen pruebas. Actividades de la prensa, de empresas en cada vez mayor y más exigente carrera competitiva, el creciente comercio de la seguridad (6), los modernos artefactos de intromisión en la intimidad a disposición de cualquiera, han adquirido en los últimos tiempos un gran poder de vulneración de derechos, cuyos frutos no deberían ser utilizados por los tribunales por idénticos motivos que llevan a despreciar los igualmente logrados de manera irregular por el Estado en la actividad de persecución (7). Inclusive la valoración de evidencias tomadas ilegalmente por particulares puede constituir un atajo o invitación para que los agentes estatales utilicen a terceros en la adquisición de pruebas mediante mecanismos vedados, y así lograr ingresarlos al proceso. Es decir que, aun para quienes argumentan que la disuasión únicamente importa en la medida que esté dirigida a las fuerzas policiales, resulta difícil justificar la no aplicación de las exclusiones probatorias para los actos privados.

En un caso con similitudes al que nos ocupa, la Cámara Federal de La Plata (8) sostuvo la ineficacia probatoria de un secuestro de documentación delictiva que se hallaba dentro de un maletín apropiado indebidamente por un particular. El portafolio había sido olvidado en un domicilio y el morador lo abrió y revisó, observando que entre los papeles había instrumentos falsos, que basaron una denuncia. Al revocar el procesamiento, el tribunal de apelaciones descalificó la prueba obtenida por la ilegitimidad de su origen y todas sus consecuencias necesarias. Para ello, cuestionó puntualmente la conducta que derivó en la noticia criminis, distinguiendo claramente los actos del Estado en la investigación penal y de los particulares. La Alzada consideró que la reglamentación procesal de los intereses constitucionales en juego, al establecer el modo, tiempo, circunstancias, guarda y preservación de los efectos incautados y además las personas facultadas a

registrarlos y secuestrarlos, no permite a los particulares semejante injerencia en la privacidad.

V. La buena fe

La excepción de la "buena fe" consiste en la posibilidad de valorar pruebas contrapuestas a principios constitucionales si fueron obtenidas sin intención de quebrar la ley, generalmente por error o ignorancia de hecho. Fue creada con ese nombre por la Corte Suprema de Estados Unidos (9) al argumentar que "la regla está impuesta para disuadir conductas de la policía que deniegan a los acusados sus derechos constitucionales. Donde la policía actúa de buena fe, el propósito de la fuerza de disuasión no tiene aplicación".

De otro costado, la aplicación de la excepción tampoco es incompatible con el fundamento ético de las exclusiones probatorias, porque donde no hay mala fe generalmente no aparece afectado el valor ético del sistema.

En el orden local distintos fallos nacionales parecen aceptar implícitamente el argumento, como ocurrió cuando la Corte en su anterior integración ratificó el valor de un secuestro de drogas efectuado en un domicilio al que se entró con orden de un juez municipal de faltas sin jurisdicción, porque se desconocía tal situación (10); o al convalidarse un allanamiento y secuestro de droga efectuados en el interior de una pensión en una de sus unidades habitacionales que no estaba especificada en la orden, porque se ignoraba esa división interna (11); o cuando se rechazó nulificar una orden de allanamiento en la que se consignó un domicilio distinto al allanado, pero se debía a un error material (12).

VI. El principio de proporcionalidad

Este principio ha tenido mayor influencia en Europa continental que entre nosotros (13). Supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (p. ej., en un allanamiento ilegal sin orden se secuestraron bombas y se desbarata una célula terrorista y, de excluir la prueba, se derivaría la impunidad de los autores). Básicamente, no se aceptan las prohibiciones probatorias cuando el hecho objeto del proceso sea grave, la infracción constitucional probatoria leve y una eventual exclusión conduzca a la impunidad del caso.

En la jurisprudencia alemana, el principio de proporcionalidad se limita "a situaciones excepcionales e inusuales, siempre que, la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes"; "importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que, la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones" (14). Adhiere a este principio el Tribunal Federal de Casación Penal suizo, que en el caso "Schenk" (15) siguió la opinión de Walder, en el sentido de que "se debe examinar caso a caso si la violación legal es tan grave que no permite utilizar la prueba obtenida ilegalmente, para cuya determinación hay que ponderar los intereses y los derechos en juego". Un aspecto importante de este caso es que fija una pauta para establecer objetivamente cuándo una infracción constitucional puede ser tolerada, tomando en cuenta si la medida probatoria viciada es de las que puede ser dispuesta con orden judicial, como ocurre con los registros domiciliarios, a diferencia de una confesión forzada. Es decir, se está refiriendo a aquellos derechos y garantías constitucionales que no son absolutos porque admiten su quebrantamiento mediando ciertos requisitos (p. ej., el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio), sobre los cuales el proceso penal ofrece una "protección de segundo nivel" (16). No ocurre lo mismo con otros derechos absolutos, como el de no ser torturado.

En esta línea, un ejemplo de aplicación del principio es el tratado por la jurisprudencia española, al considerar desproporcionado declarar la nulidad de un registro en el que se secuestró un cargamento de hachís, por haberse practicado en las primeras horas de la noche en el marco de una orden sin la correspondiente habilitación (17).

La casación nacional efectuó consideraciones pertinentes para resolver un caso en que policías recibieron una llamada anónima anunciando el aterrizaje de una avioneta en zona rural con un cargamento de droga e ingresaron a un campo cortando alambrados sin orden judicial, secuestrando más de 400 kilogramos de droga. Sostuvo la sala interviniente que los magistrados actuantes omitieron ponderar los intereses en juego correspondientes al caso concreto al descalificar la validez del procedimiento policial. Así, tuvieron en cuenta que existía una mínima injerencia en la expectativa de privacidad del imputado que supone el ingreso a un predio rural de grandes dimensiones ubicado en una zona inhóspita, cuya titularidad siquiera le pertenecía; y que no resulta idéntica la expectativa de privacidad que se puede presuponer respecto de una morada, casa o local, que en el marco de un terreno rural de grandes dimensiones. También tuvo en cuenta particularmente que se trataba de un caso vinculado con el tráfico de drogas, donde el Estado Argentino ha asumido compromisos internacionales por medio de la ley 24.072, al ratificar la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y atendiendo al singular daño social que genera la comisión de

delitos análogos a los investigados, como así también el notable y evidente crecimiento de tales actividades criminales, de una actualidad y extrema potencialidad lesiva para el cuerpo social, por lo que consideraron "que un adecuado análisis de todas las circunstancias que rodearon el caso, imponían la necesidad de convalidar el ingreso del personal policial al predio en las condiciones en que efectivamente se produjo"[\(18\)](#).

VII. Conclusiones

Cuando el comerciante que encontró el celular se puso a examinar su contenido, incluyendo fotos y videos, indudablemente se metió en la esfera de intimidad, desde que ésta protege aquellos aspectos de la vida privada que las personas tienen interés en preservar del acceso de otras. En este sentido, actualmente un teléfono celular es un gran contenedor de elementos de la privacidad: detalles de comunicaciones, agendas, mensajes, correos, fotos, videos, etc. Es cierto que las imágenes de un acto delictivo no gozan del amparo de este derecho, porque son acciones ilegales trascendentes que no pueden tener protección legal, pero también lo es que difícilmente una casa, una computadora, un teléfono móvil o un pendrive, sólo tengan este tipo de información. Si se escoge una herramienta que sólo permite detectar lo delictivo, sin ingresar a lo no delictivo, sería más fácil su justificación [\(19\)](#), pero normalmente no sucede así.

Entonces, puede sonar forzado decir que fue conforme a derecho la revisión del celular porque el examinador que vio fotos y videos quería encontrar al titular en esas imágenes para ayudarlo en la recuperación del equipo. Al menos es dudosa la finalidad altruista, ya que no puede saberse si la inspección de las imágenes era idónea para devolver el celular y ni siquiera se había esperado un tiempo prudencial a que el olvidadizo cliente apareciera a buscar su equipo extraviado.

No resulta de recibo sostener que el comerciante actuó conforme a derecho porque el celular estaba en su negocio y no en poder del dueño o porque era un particular y no un policía, ya que las personas no pierden su derecho a la intimidad sobre los elementos que no están a su alcance y no fueron voluntariamente abandonados (v. gr., la basura).

Quizá podría haberse intentado una argumentación en contra de la antijuridicidad con base en la legítima defensa de un tercero (CP., 34 inc. 7°), pero igualmente hubiese tropezado con dificultades, como el hecho de que al ponerse a ver el celular ajeno, el que lo hacía no estaba en conocimiento del peligro que se cernía sobre el menor.

La solución a favor de la convalidación del caso encuentra su mejor apoyo en la aplicación del principio de proporcionalidad como excepción a la exclusión probatoria, aspecto que desliza o toca uno de los fundamentos contenidos en el fallo analizado.

En el caso que nos ocupa claramente hay colisión de intereses del mismo origen normativo: el derecho a la intimidad del dueño del celular frente a la preservación de un niño víctima de un delito atroz y la represión del culpable. "Se necesita pues la búsqueda de una solución superadora, porque cuando dos principios entran en colisión (...) uno de los dos principios tienen que ceder"[\(20\)](#). Para ello es una herramienta necesaria la utilización de este criterio, que resulta "en el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales"[\(21\)](#), ya que se aplica frente a pugnas de idéntica jerarquía legal, en general constitucionales, y cuando los principios contrapuestos -a diferencia de las reglas- tienen un alto grado de "generalidad"[\(22\)](#) por el bajo nivel de "determinabilidad de los casos de aplicación"[\(23\)](#).

La jurisprudencia alemana ha brindado un criterio referido a la ponderación, cuando sostiene que "sólo derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional están -en vista de la unidad de la Constitución y de todo el orden de valores protegido por ella- excepcionalmente en condiciones de restringir en algunas relaciones hasta los derechos fundamentales ilimitables"[\(24\)](#).

Para resolver la crisis de principios, fundamental es establecer "cuál disposición constitucional tiene un peso mayor para la cuestión que concretamente hay que decidir" ya que "la norma más débil puede ser desplazada sólo en la medida en que ello parezca necesario desde el punto de vista lógico y sistemático"[\(25\)](#).

En la temática que nos ocupa, la aplicación del principio expuesto aparece más clara y simple, porque cuando de minoridad se trata, el sistema legal supranacional establece expresamente el interés que debe prevalecer.

En nuestra legislación constitucional el criterio de proporcionalidad requerirá analizar el interés del menor, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto dicho tratado internacional incorporado a nuestra carta magna con la reforma de 1994 establece que en todas las medidas que se tomen concernientes a los niños, su "interés superior" deberá ser siempre una "consideración primordial a que se atenderá" (art. 3 inc. 1°). Esto implica que "el estándar jurídico del interés superior del niño representará la

valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares"⁽²⁶⁾.

Por aplicación de esta regla de interpretación, la jurisprudencia ha sostenido que en el marco de actuaciones sobre violencia familiar se debe tener primordialmente en cuenta la Convención, "conforme a la cual las decisiones que se adopten cuando haya menores involucrados deben consultar primordialmente su interés"⁽²⁷⁾ y que "la tutela de los derechos del niño es factor primordial de toda relación judicial", por lo que "ante cualquier conflicto de interés de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia, y toda decisión debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección"⁽²⁸⁾.

Si en el caso tratado, el comerciante que encontró y revisó el celular, en vez de un abuso sexual infantil, hubiese descubierto un video en el que aparece el portador tirándole una piedra a un cartel callejero, dañándolo, difícilmente se hubiera sostenido la validez de la persecución penal.

En suma, una vez que el examinador del teléfono móvil se inmiscuyó en la intimidad ajena y tomó conocimiento del crimen que se estaba cometiendo, se imponía la denuncia ante la autoridad para su protección. Primero hizo algo indebido (revisar) y luego lo correcto (denunciar). Es que una vez desguarnecida la privacidad, la disyuntiva generada por el descubrimiento se inclinaba claramente hacia una dirección: si no anoticiaba, un niño podría seguir siendo abusado y un depravado continuaría suelto. Los bienes en juego están bien delimitados y la superioridad de unos sobre otros también. Como dijo Einstein, "el mundo es un lugar peligroso, no por aquellos que hacen el mal, sino por aquellos que miran y no hacen nada".

(1) Cita en este sentido a la Sala II del TC de España: "si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados (...), están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún puede haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, videos etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte del mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano" (S. 173 del 7/11/2011).

(2) Invoca jurisprudencia extranjera según la cual la persona tiene una expectativa de privacidad respecto de los bienes que tiene dentro de su domicilio (CS de EE.UU., "Payton v. New York, 445 US 573, citado en "La investigación penal y las garantías constitucionales, Ricardo Matías Pinto, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009, p. 232), aclarando el magistrado que el vocablo "domicilio" que allí se utiliza debe ser entendido como la esfera de custodia o ámbito inmediato de protección.

(3) Valoró que en menos de 24 horas se constituyera en una comisaría para dar cuenta de tal hallazgo, evidenciando "un prudente y razonable proceder, de modo que puede inferirse su buena fe, pues como lo ha sostenido nuestra Corte Federal ya en el siglo XIX (1871), "es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le pruebe lo contrario" (Fallos: 10:338, citado en Fallos: 321:3630)".

(4) Se citan fallos de Estados Unidos y el texto del precedente local sosteniendo que "las reglas de exclusión de la prueba ilegalmente obtenida buscan evitar que el Estado se beneficie, o eventualmente construya sus sentencias, como consecuencia de un acto que los funcionarios hayan desplegado transgrediendo las normas" (CSJN., "C. H.", Fallos, 46:36; "M., L." Fallos: 303:1938).

(5) Hairabedián, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Ad Hoc, 2da. Ed., Buenos Aires, 2010.

(6) La doctrina norteamericana observa con razón que actualmente las agencias de seguridad privadas suplantando a la policía pública, por lo cual también deberían ser objeto de disuasión (La Fave, Wayne-Israel, Jerold, Criminal procedure, 2nd. Ed., West Publishing Co., Minnesota, 1992, p. 118).

(7) En suma, la evolución de la tecnología presenta serios desafíos para el derecho a la intimidad. Como se advertía hace varias décadas, "No parece que el progreso de la ciencia para proveer al gobierno con medios de espionaje vaya a detenerse con la grabación sobre alambre. Algún día podrán desarrollarse medios por los cuales el Estado, sin sacar papeles de cajones secretos, podrá reproducirlos ante un tribunal, y por medio de los cuales estará capacitado para exponer ante un jurado los más íntimos sucesos de un hogar. El avance en la física y las ciencias relacionadas con ella podrá traer medios para explorar las convicciones no expresadas, pensamiento y emociones. Eso pone la libertad de cada hombre en las manos de cualquier funcionario insignificante" (CS EE.UU., voto del juez Brandeis en "Olmstead vs. US", 277 US, 438, 474, citado por D'Alessio, Andrés, Privacidad y progreso tecnológico, Revista Lexis Nexis N° 7/2007, p. 1267).

(8) Sala III, 25/9/2001, L.L., Supl. Penal, diciembre 2001 con nota a favor de Lino Palacio, "Un fallo ejemplar sobre la regla de exclusión probatoria en materia penal", ps. 1 a 6. También en Nueva Doctrina Penal

2001-B, con comentario favorable del autor, "La prueba obtenida ilícitamente por particulares", ps. 663 y ss.

(9) "US v. Leon", 468 US 897, 104 S. Ct. 3405 1984. También "Arizona v. Evans" (NDP 1996-A-345), cuando se convalidó un procedimiento en el que la policía interceptó a una persona que conducía en contramano, sobre la cual la computadora informaba erróneamente que estaba vigente una orden de detención. Al esposarlo, se le cayó un cigarrillo armado manualmente que olía a marihuana. Requisado el automóvil, le encontraron una bolsa de esta sustancia debajo de su asiento.

(10) CSJN., 19/5/1992, Fallos, 315:1043, "Torres y Rasuk", 19/5/1992.

(11) CFedApelCba., A. 29/3/1999, "Bontá Morales"; CApelyGarantíasSan Isidro, Sala II, 16/3/2004, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 4/06, Lexis Nexis, p. 732.

(12) TSJCb., Sent. N° 119 del 26/12/2001 en "Martínez". En similar sentido, CNCP., Sala III, reg. 147, 23/4/1998, "Ramírez de Núñez". Igualmente la jurisprudencia española, al sostener que el cambio de denominación de un barco y del pabellón intencionalmente, no invalida el auto de abordaje y registro ya que dicha circunstancia no podía ser adivinado por los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad españolas, que, así, actuaron de buena fe con los datos que tenían (TSE., S. 4967, Res. 801, 23/9/2010).

(13) Sin llegar a aceptarlo como medio convalidante de prueba ilícita, nuestra Corte ha admitido que la gravedad del hecho es un factor a tener en cuenta para ponderar una nulidad "La sentencia que declaró la nulidad no cuenta con fundamentos mínimos suficientes y, por lo tanto, obstan a su calificación como acto judicial válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad. Máxime si se tiene en cuenta la magnitud del delito investigado en la que ha sido llamada la causa más compleja de la historia judicial del país con 85 muertos y 120 lesionados. Desde ya que dicha magnitud —obvio es decirlo— no debe ser entendida en modo alguno como salvoconducto para vulnerar los derechos de los imputados. Sin embargo ello no autoriza a descartar con ligereza parte de las pruebas acumuladas, sin que a su respecto se hubiera comprobado violación de garantía constitucional alguna, puesto que, en el caso, la extrema gravedad de los hechos así como su repercusión y desgraciadas consecuencias, imponen el mayor de los esfuerzos en la recolección de evidencias en pos de arribar a la verdad material" (CSJN., 27/5/2009, "Telleldín").

(14) Cfr. Minvielle, Bernardette, "La prueba ilícita en el derecho procesal penal", Lerner, Córdoba, 1987, ps. 106 y 107.

(15) Confirmado por el TEDH -12/7/1988- que en fallo dividido y sin entrar a considerar la admisión de la prueba cuestionada -empleo de grabación particular de conversaciones sobre el planeamiento de un asesinato por encargo-, entendió que la condena se había dictado tras un proceso globalmente justo.

(16) Según la denominación que usa García, Luis en "La intervención de las comunicaciones y otras telecomunicaciones", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 6, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 417.

(17) TSE., S. 867, 17/4/1993, cit. por Luzón Cuesta, José M., La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro, Colex, Madrid, 2000, p. 81.

(18) CNCP., Sala III, 2/8/2011, causa 13.132, "Mansilla". La sala IV implícitamente parece dispuesta a admitir, el principio de proporcionalidad, toda vez que cuando invalidó el resultado de un allanamiento durante el cual los moradores fueron obligados a permanecer reducidos y encapuchados durante el procedimiento, advirtió que "la exclusión de la prueba colectada en el procedimiento ilegal no puede evitarse por aplicación del 'principio de proporcionalidad', si se advierte fácilmente la desproporción entre la magnitud de la vulneración a los derechos del imputado y su mujer, frente a la ínfima cantidad de sustancia secuestrada" (136 grs. de marihuana) (C.N.C.P., Sala IV, 11/9/2012, "V., N.F."). A contrario sensu, podría interpretarse que otra hubiese sido la solución si la droga hallada fuese significativa.

(19) Aun así la solución no es pacífica. La Corte Suprema de Estados Unidos en fallo dividido consideró potencialmente peligrosa para la intimidad, por uso de tecnología, la práctica policial de emplear sobre una casa un aparato de detección de radiación térmica, para saber si adentro se utilizaban lámparas especiales para el cultivo interior de la marihuana. Con ese resultado como fundamento, un juez ordenó el allanamiento, confirmándose la hipótesis de la investigación (11/6/2001, "Kyllo vs. U.S.", traducido en Pensamiento Penal y Criminológico N° 7, Mediterránea, Córdoba, 2003).

(20) Cfr. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 88 y 89.

(21) TCFedAlemania, BVerfGE 19, 342 -348-, menc. por Alexy, ob. cit., p. 112.

(22) Cfr. Raz, Christie, Hughes, Simonius, menc. por Alexy, ob. cit., p. 83.

- (23) Cfr. Esser, cit. por Alexy, ob. cit., ps. 83 y 84.
- (24) BVerfGE 28, 243 (261) menc. por Alexy, ob. cit., cit., ps. 119 y 120.
- (25) BVerfGE 28, 243 (261) menc. por Alexy, ob. cit., ps. 119 y 120.
- (26) D'Antonio, Daniel Hugo, Convención sobre los Derechos del Niño, Astrea, 2001, p. 48.
- (27) CNCiv., Sala A, 28/5/96, DJ, 1997-I-228, menc. por D'Antonio, ob. y p. cit.
- (28) CNCiv., Sala I, 31/5/95, JA, 1995-I-322, menc. por D'Antonio, ob. y p. cit.