

9 de junio de 2020

**UN CELULAR AJENO EN EL CUARTO DE MI HIJO:
¿FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO?**

*La reacción de una madre al revisar un teléfono celular ajeno en el cuarto de su hijo llevó a descubrir la comisión de un delito.
¿Sirve ese hallazgo como prueba?*

Ana lo cuenta indignada. Le tiembla la voz:

“Yo sabía que mi hijo Manuel no tenía celular. Al encontrar uno en su cuarto lo primero que hice fue abrirlo para averiguar a quién pertenecía. Pensé que alguna visita lo habría olvidado o que Manuel, que no estaba en casa en ese momento, lo habría encontrado en la calle”.

“Lo primero que vi fue que en el WhatsApp había una gran cantidad de fotos de criaturas desnudas, en las situaciones más chocantes. Asqueada, comprobé que era el teléfono de Eduardo, mi pareja. Seguí mirando y en la galería de la cámara fotográfica encontré muchas fotos más, todas con los mismos temas y los mismos sujetos. Ese mismo día llevé el teléfono (que, repito, estaba en el cuarto de mi hijo adolescente) a la Policía y eché a Eduardo de mi casa. No lo he vuelto a ver”.

Hasta aquí, el relato de una madre angustiada. Eduardo fue, efectivamente, procesado penalmente por la comisión de delitos contra la integridad sexual de las personas.

Pero el defensor público oficial pidió la nulidad del procesamiento, con el argumento de que la prueba (el contenido del teléfono) había sido obtenida ilegalmente, pues se

había violado el derecho a la privacidad de Eduardo.

La defensa basó su agravio en que Ana “se había apoderado *ilegítimamente* del celular de [Eduardo], y que desde el momento en que ella reconoció a quién le pertenecía el teléfono, no cesó en su conducta y realizó actos de apoderamiento y disposición sobre éste, *invadiendo de ese modo la privacidad del imputado*, sin que exista justificación alguna para hacerlo, en tanto no se hallaba autorizada a revisar el dispositivo”.

La defensa agregó que, por ese motivo, “la denunciante, al acceder al álbum de WhatsApp —donde observó imágenes de niñas desnudas, en posiciones sexuales y tocándose los genitales— y a la galería de la cámara —en la cual aparecían fotos tomadas a mujeres de similar edad, desde el automóvil de [Eduardo]—, violó las normas que regulan el derecho a la intimidad de las personas, amparadas en la Constitución Nacional y en los tratados allí incorporados”. Por eso “solicitó la nulidad de todo lo actuado en relación a su defendido y en consecuencia su sobreseimiento”.

Aunque sin usar este nombre, la defensa de Eduardo recurrió a un argumento de historia larga y noble: la llamada “doctrina —o *parábola*, como se la llama en los Estados Unidos— del fruto del árbol envenenado”: si el origen (“el árbol”) está envenenado, sus resultados (“el fruto”) también lo estarán. Según esa doctrina, no puede admitirse ninguna prueba (“fruto”) que haya sido obtenida por una vía ilegítima (o de “un árbol envenenado”), porque se contaminará el resultado. Entonces, a esa prueba no se la tiene en cuenta. A esto se le llama “exclusión probatoria”.

De lo contrario, es decir si esa evidencia fuera admitida, la justicia se estaría beneficiando de un hecho ilícito, como lo es una prueba obtenida ilegítimamente.

Aunque la teoría es anterior, la expresión “fruto del árbol envenenado” fue acuñada en los Estados Unidos, en el caso “Nardone”, en 1939¹. En la Argentina ha sido aplicada regularmente (y desde 1981 por la Corte Suprema) sobre todo en casos en los que, a raíz de un allanamiento ilegal, se obtienen pruebas de algún delito.

Volviendo a nuestro caso, el 8 de abril de 2020 el juez rechazó el pedido de nulidad presentado por el defensor de Eduardo. Entonces éste apeló.

Para la Cámara² el planteo de la defensa “resultó inadmisibles”, porque respecto de alguien como Ana, “no rige la regla de exclusión probatoria, pues ésta se dirige a evitar que las fuerzas estatales realicen actos en violación a un derecho constitucional y

evitar que [sea] el Estado [quien] se beneficie de ese accionar”.

El tribunal no sólo citó varios precedentes argentinos sino incluso casos y bibliografía extranjeros³.

Agregó el tribunal que “la exclusión de la prueba ilegal también posee un fundamento ético, de forma tal que el estado no se beneficie en los procesos penales de actos ilegales. [...] Es por ello que consideramos que no puede ser descalificado el proceder de [Ana] en tanto afirmó que encontró el celular en la habitación de su hijo menor de edad, y en el desconocimiento de quién era el propietario, accedió al teléfono, el cual no tenía ningún tipo de contraseña para impedirlo, y verificó de este modo que era de su expareja, advirtiéndole a su vez que en el álbum de WhatsApp y galería de fotos, guardaba las imágenes anteriormente detalladas”.

Para el tribunal, “el hallazgo casual de dichas imágenes” fue “bien catalogado por el juez”, pues fue “*inocente e inesperado*, ya que en ningún momento la denunciante sospechó de la comisión de algún delito por parte de su expareja, ni tampoco pretendió iniciar una pesquisa privada; simplemente al intentar tomar conocimiento de quién era el propietario del celular —el cual no contaba con ningún tipo de clave que impidiera el acceso—, se topó con las imágenes en cuestión, y advirtiéndole que podrían ser elementos constitutivos de un delito, aportó el teléfono a la autoridad policial”.

Por eso, dijo el Tribunal, “no se advierte violación a garantía constitucional alguna

¹ Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939), en el que se trató la validez de prueba incriminatorias obtenida a través de grabaciones telefónicas ilegales.

² In re “G., E.D.”, CApCrimCorrec. (1), 19 de mayo 2020; CCC 5836/2020/1/CA1.

³ Saltzburg, S.A., “The Supreme Court, Criminal Procedure and Judicial Integrity”, *American Criminal Law Review*, 40:2 Winter 2003, pp. 133 y 575, Georgetown Law Center

que sustente la invalidez de la prueba obtenida por el particular”.

El tribunal agregó otro argumento de interés: “[Ana] encontró el celular en el domicilio en el que aún convivía con [Eduardo]. De este modo consideramos que [...] la intimidad del imputado se encontraba en cierta medida *limitada*, dado que esa situación desdibuja los límites y restringe en cierta medida las expectativas de privacidad”. Dicho en lenguaje llano, el derecho a la privacidad se debilita dentro del ambiente doméstico ante quienes integran el núcleo familiar.

Por lo tanto, “en virtud de las consideraciones expuestas, y teniendo en cuenta el criterio restrictivo en la apreciación de las nulidades, es que corresponde homologar la

decisión que viene en revisión, en tanto no surge de lo actuado la irregularidad manifiesta por la defensa para descalificar la conducta desplegada por la denunciante”.

Traducido: se confirmó la decisión de primera instancia, porque no aparecía violada garantía constitucional alguna, por lo que Eduardo no fue sobreseído. Declarar la nulidad de un proceso penal es cosa seria y no se la otorga sin una razón de peso.

Una acotación interesante: a raíz de la emergencia sanitaria, todos los escritos para llegar a la sentencia de la Cámara, y la sentencia misma, fueron presentados y firmados electrónicamente. Lo mismo se hizo con la notificación de la sentencia. Bien hecho.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**