

**LIBRO HOMENAJE AL
PROFESOR
JOSÉ HURTADO POZO
El penalista de dos mundos**



Lima - Perú

LIBRO HOMENAJE AL
PROFESOR JOSÉ HURTADO POZO
EL PENALISTA DE DOS MUNDOS

Derechos reservados conforme a ley
Primera edición marzo 2013

© IDEMSA

Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

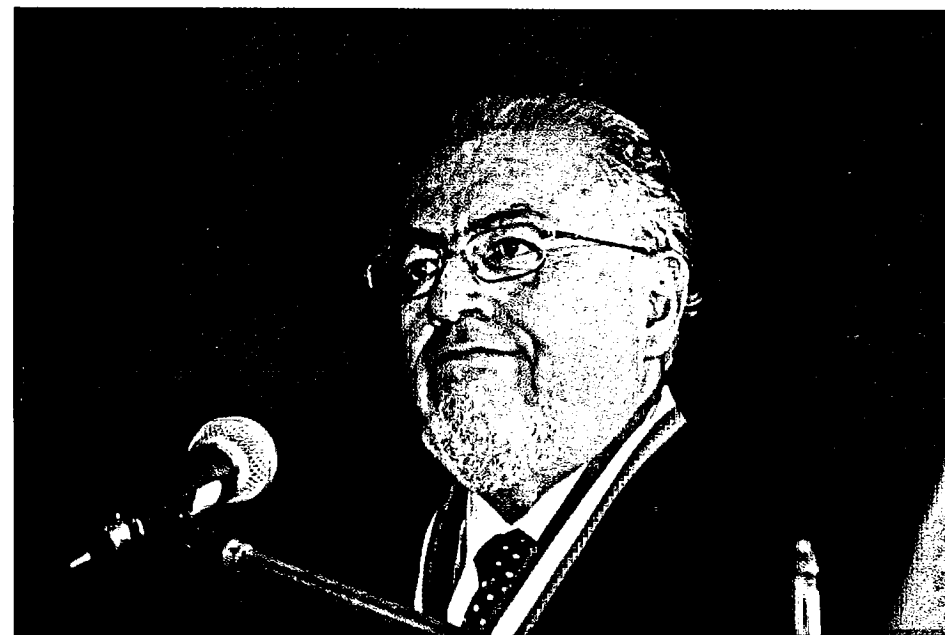
Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-03961
ISBN: 978-612-4037-64-1

Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408

Ejemplares: 1000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU



LA TEORÍA DEL EFECTO EXTENSIVO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ESTADOUNIDENSE Y SU TRASLADO AL PROCESO PENAL ALEMÁN

Kai Ambos⁽¹⁾

José HURTADO POZO ha sido siempre un puente de unión entre el derecho penal latinoamericano y el europeo. Desde su cátedra en Fribourg, Suiza, ha influido decisivamente en la discusión doctrinal en América Latina, especialmente en su país de origen, Perú. Su *Manual de Derecho Penal*, publicado en su última edición en 2012 con la colaboración de Víctor Prado Saldarriaga en Lima, es una obra fundamental y de consulta indispensable. Lo mismo cabe decir de manual en lengua francesa (*Droit Pénal*, en dos tomos, Parte General: última edición de 2008, Parte Especial: de 2009). Su portal web "Derecho Penal" ha servido como banco de datos importante y fuente de investigación indispensable para colegas en América Latina. Espero que el presente texto sobre un problema particular del derecho procesal penal encuentre el interés de este gran profesor de los dos mundos.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La cuestión acerca del efecto extensivo consiste en dilucidar si la prohibición de valoración que bloquea a un medio de prueba inmediato, desarrolla también, con relación a un medio de prueba *mediato* (que se encuentra alejado) un efecto de bloqueo. El efecto extensivo presupone, por lo tanto, una

⁽¹⁾ Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg-August, Gotinga; Juez del Tribunal Provincial (*Landgericht*) Gotinga. (Traducción de María DE LAS MERCEDES GALLI [UBA] y Guillermo ORCE [UBA].)

prohibición de valoración con relación a un medio de prueba inmediato; se trata de su alcance ("tener efectos extensivos") en vista de la prueba mediata como objeto de una eventual prohibición de valoración. Efecto extensivo y prueba mediata son, por lo tanto, conceptos correspondientes⁽²⁾. A modo de ejemplo: ¿no podrá valorarse, junto a la confesión obtenida mediante tortura (§ 136a) (medio de prueba inmediato) tampoco el arma utilizada en el hecho, que fue encontrada gracias a la confesión (medio de prueba mediato)? ¿No podrá valorarse, junto a la declaración (medio de prueba inmediato) del testigo no advertido de que podía negarse a declarar (§ 52), tampoco los documentos hallados mediante la declaración (medio de prueba mediato)? En cambio, en el caso del *efecto continuado*, se trata de la continuación del efecto de las circunstancias que fundamentan la prohibición de valoración respecto de los *mismos* medios de prueba⁽³⁾. A modo de ejemplo: efecto continuado de un método prohibido de interrogar sobre una confesión (nuevamente) prestada⁽⁴⁾. El efecto continuado es un "quasi-efecto extensivo"⁽⁵⁾, porque se trata, —como en el efecto extensivo— del alcance temporal de una prohibición de valoración.

En Alemania se encuentran sobre todo, junto a algunos puntos de vista conciliadores, posiciones extremas; la doctrina, esencialmente, acepta el efecto extensivo y la jurisprudencia lo rechaza (sobre ello infra 3). Al respecto, los partidarios del efecto extensivo hacen referencia siempre a la extendida *fruit of the poisonous tree doctrine*⁽⁶⁾ del ámbito jurídico angloamericano,

⁽²⁾ Instructivo PITSCH, *Strafprozessuale Beweisverbote*, 2009, p. 89.

⁽³⁾ Acerca de la diferenciación JÄGER, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, 2003, p. 112; MURMANN, *Prüfungswissen Strafprozessrecht*, 2. ed., 2010, nm. 242. En el caso del efecto continuado ha de asumirse una prohibición de valoración, en tanto no se le ponga un fin mediante una advertencia calificada (ibid.; JAHN, "Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag (DJT)", en: *Verhandlungen des 67. DJT*, 2008, C 91; el mismo, en: *Strafrechtspraxis und Reform: Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*, 2010, p. 282 s.; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 26. ed., 2009, § 24 nm. 61; PITSCH, supra, nota al pie 1, p. 331 ss.; acerca de la advertencia calificada ya AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, 2010, p. 128). — Acerca del "efecto anticipado" de la prohibición de valoración en la prohibición de producción, cf. JAHN, lug. cit., 2008, C 84 ss.; *el mismo*, lug. cit., 2010, p. 282.

⁽⁴⁾ La situación psicológica es descrita acertadamente en U.S. v. BAYER, 331 U.S. 532, 540 (1947): "Of course, after an accused has once let the cat out of the bag by confessing ... he is never thereafter free of the psychological and practical disadvantages of having confessed. He can never get the cat back in the bag. The secret is out for good. In such a sense, a later confession always may be looked upon as fruit of the first." (en sentido aprobatorio, STATE v. SMITH, 834 S.W. 2d 915, 919, Supreme Court of Tennessee, 1992).

⁽⁵⁾ LR-GÖSSEL, *StPO*, 2006, T. 1, introducción, párrafo L, nm. 107 ss.; igualmente PITSCH, supra, nota al pie 1, p. 105 ("subtipo de efecto extensivo").

⁽⁶⁾ El concepto se remonta al *Justice Frankfurter en Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338 (1939), 341; sobre su surgimiento también LA FAVE/ISRAEL/KING, *Criminal Procedure* Vol. 3, 2. ed.,

como si esta doctrina propagara la exclusión a todo medio de prueba (mediato) "envenenado". Que esto no es tan así⁽⁷⁾, se mostrará a continuación, para sobre esta base poder proponer una solución apoyada en el derecho comparado.

II. EFECTO EXTENSIVO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

a) Fundamentos y ámbito de aplicación

En los Estados Unidos, las prohibiciones probatorias fueron reconocidas ya desde 1887⁽⁸⁾ como "reglas de exclusión" ("*exclusionary rules*") por la jurisprudencia de la *Supreme Court*⁽⁹⁾. Fueron admitidas principalmente en casos de violaciones (policiales) a los derechos fundamentales contenidos en las diferentes enmiendas (*amendments*) a la Constitución estadounidense⁽¹⁰⁾, especialmente en las Enmiendas IV (protección contra las detenciones, los secuestros y los registros ilegales), V (entre otros, protección contra la doble persecución y la autoincriminación), VI (derecho a un proceso rápido, público y justo, especialmente, la asistencia de un defensor) y XIV párrafo 1 (privación de la vida, la libertad y la propiedad sólo como consecuencia de proceso justo)⁽¹¹⁾. Además, entran en consideración reglas de exclusión

1999, p. 345; BRANSDORFER, *Indiana Law Journal* (Ind.L.J.) 62 (1986/87), 1069. Cf. También ya BELING, *Beweisverbote*, 1903, p. 25 (con relación al anterior § 251 y actual § 252): "consecuentemente, la declaración anterior que ha dado el testigo es un fruto del cual el tribunal no puede comer". Sobre el paralelo bíblico (Génesis, Capítulo 2, Versículo 16, 17 y Capítulo 3, Versículo 6, 7); PITSCH, supra, nota al pie 1, p. 7.

⁽⁷⁾ Con razón crítico también PITSCH, supra, nota al pie 1, p. 11, 94, 373, 413 s. (ninguna solución "todo o nada").

⁽⁸⁾ HOPT v. UTAH, 110 U.S. 574 (1884), 581 s. (exclusión de hearsay evidence), 583 s. (acerca de la admisión y exclusión de pruebas), 587 s. (exclusión de testigos); acerca de la validez en los tribunales federales WEEKS v. U.S., 232 U.S. 383, 398 (1914) así como también en los estados en particular MAPP v. OHIO, 367 U.S. 643, 660 (1961).

⁽⁹⁾ Acerca del concepto como "prohibición de introducir pruebas" cf. AMBOS, supra, nota al pie 2, p. 19 con nota al pie 16. Cf. también MERGNER, *Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten*, 2005, p. 70. Sobre ello también SCHMID, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, 2. ed., 1993, p. 118; HERRMANN, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, 1985, p. 1297 ss.; HESSLER, *Michigan Law Review* (Mich.L.Rev.) 99 (2000), 239 con nota al pie 4 con ulteriores referencias; sobre el desarrollo OAKS, *University of Chicago Law Review* (U.Chic.L.Rev.) 37 (1970), 665, 667 ss. Acerca de la crítica HARRIS, *Strafverteidiger* (StV) 1991, 314 con ulteriores referencias; SCHMID, lug. cit., 1993, p. 120 con nota al pie 87; HERRMANN, lug. cit., 1985, p. 1301 con nota al pie 55 con ulteriores referencias.

⁽¹⁰⁾ HARRIS, StV, 1991, 313 s.; MERGNER, supra, nota al pie 8, p. 72; KAMISAR/LA FAVE/ISRAEL/KING/KERR, *Basic Criminal Procedure*, 12. ed., 2008, p. 886.

⁽¹¹⁾ MERGNER, supra, nota al pie 8, p. 72.

también en el caso de lesiones al derecho estadual⁽¹²⁾. Empero, la fundamentación material de las *exclusionary rules* que se ha mencionado desde siempre, es el necesario *disciplinamiento* de los órganos de la persecución penal⁽¹³⁾; mediante la exclusión del medio de prueba obtenido ilícitamente se deben evitar violaciones futuras; los órganos de la persecución penal, por lo tanto, procederán de conformidad con la ley o bien serán disuadidos de comportarse de manera contraria a ley⁽¹⁴⁾. Naturalmente, la *Supreme Court*, en armonía con las *Amendments* a la Constitución estadounidense mencionadas, enfatizó también la integridad del procedimiento penal y los derechos de los individuos⁽¹⁵⁾.

En el año 1920, en *SILVERTHORNE LUMBER v U.S.*⁽¹⁶⁾, la *Supreme Court* sostuvo por primera vez la opinión de que la exclusión de medios de prueba debía conducir no solo a la prohibición de su valoración directa, sino a una prohibición de utilización más comprensiva, que alcanzara también a los frutos de ese medio de prueba antijurídico:

"The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all."⁽¹⁷⁾

⁽¹²⁾ PITLER, *California Law Review* (Cal.L.Rev.) 56 (1968), 581 ("may derive from a constitutional, statutory, or judicial source").

⁽¹³⁾ Acerca de esta idea cf. AMBOS, supra, nota al pie 2, p. 19 s.

⁽¹⁴⁾ TEHAN v. U.S., ex. rel. Shott, 382 U.S. 406, 413 (1966): Disciplinamiento como "single and distinct purpose" de las prohibiciones probatorias; cf. también Nix v. WILLIAMS, 467 U.S. 431, 442-43 (1984). Cf. también PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 586 ss., 650; WASSERSTROM/MERTENS, *American Criminal Law Review* (Am.Crim.L.Rev.) 22 (1984), 151 ss.; BRADLEY, "Goldammer's Archiv für Strafrecht" (GA) 1985, 99, 101; HARRIS, *StV* 1991, 313 s. con ulteriores referencias en la nota al pie 5 ss., 11; BLOOM, *American Journal of Criminal Law* (Am.J.Crim.L.) 20 (1992), 79; MERGNER, supra, nota al pie 8, p. 74 s.; GIDDINGS, *Iowa Law Review* (Iowa L. Rev.) 91 (2006), 1082 ss.; ALSCHULER, *Iowa L.Rev.* 93 (2007/2008), 1750 s. Menciona a este entendimiento como "instrumental" y critica en esa medida al concepto de intimidación.

⁽¹⁵⁾ MAPP v. OHIO, supra, nota al pie 7, 658 s.; TERRY v. OHIO, 392 U.S. 1, 12 (1968); últimamente HUDSON v. MICHIGAN, 126 S. Ct 2159, 2165, 2168 (2006). Cf. *Alschuler*, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1748 ss., que distingue entre "rights" e "instrumental justificaciones" (1748 ss.); también GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1063, 1067 ss., 1085 con nota al pie 158 con ulteriores referencias; al respecto también HERRMANN, supra, nota al pie 8, p. 1298 s. con nota al pie 40 con ulteriores referencias; OAKS, *U.Chi.L.Rev.* 37 (1970), 668 ss.

⁽¹⁶⁾ SILVERTHORNE LUMBER CO. v. U.S., 251 U.S. 385 (1920).

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*, 392. Cf. también HARRIS, *StV*, 1991, 315; BAIN/KELLY, *University of Miami Law Review* (U.Miami L.Rev.) 31 (1977), 615, 616; BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1067 ss.; sobre el desarrollo histórico KILLIAN, *Idaho Law Review* (Idaho L.Rev.) 18 (1981), 154 ss.; ROGALL, en: WOLTER (editor), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts: Sympo-*

Esencialmente, la *fruit doctrine* amplía por lo tanto el ámbito de aplicación de la *exclusionary rule* en el sentido de que todo medio de prueba —ya sea un objeto o no⁽¹⁸⁾— que pueda reconducirse a la violación mediante la que se obtuvo el medio de prueba originario (el "árbol venenoso"), no puede, como fruto de ese árbol venenoso, ser valorado⁽¹⁹⁾. La doctrina, que en primer lugar se desarrolló en el contexto de violaciones de la *Amendment IV*⁽²⁰⁾ fue luego extendida a otros ámbitos de protección más simples desde el punto de vista constitucional y meramente legal⁽²¹⁾.

Sin embargo, la relación entre los medios de prueba obtenidos inmediata y mediatamente, es decir, para seguir con la metáfora, entre el árbol y el fruto, no siempre es fácil de determinar⁽²²⁾. En especial, resulta muy discutido qué tan lejos puede extenderse el efecto de la obtención antijurídica de la prueba original (el veneno del árbol) en vista de la obtención derivada (el fruto o los frutos)⁽²³⁾. Independientemente de la cuestión de la, en este sentido, necesaria conexión causal o nexo entre el medio de prueba primario y el secundario (o terciario, etc.), pueden resultar limitaciones del efecto extensivo también con relación al tipo de violación primaria que esté en consideración; tampoco según la teoría del efecto extensivo cualquier violación mínima conduce automáticamente a la exclusión del medio de prueba obtenido a razón de ella [cf. infra b, dd (1)]. Ya con ello se demuestra, que el efecto extensivo de ninguna manera rige de manera ilimitada y absoluta. Las excepciones y limitaciones que se tratarán a continuación completan el cuadro.

sium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi, 1995, p. 132; PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 589 ss.

⁽¹⁸⁾ WONG SUN v. U.S., 371 U.S. 471 (1963) reconoció por primera vez que "verbal evidence which derives so immediately" de una medida de investigación antijurídica "is no less the 'fruit' of official illegality than the more common tangible fruits of the unwarranted intrusion" (p. 485), p. ej. medios para la comisión del hecho encontrados (*in casu* estu- pefacientes).

⁽¹⁹⁾ KILLIAN, *Idaho L.Rev.* 18 (1981), 151, 153.

⁽²⁰⁾ Así todavía MAGUIRE, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* (J.Crim.L.C.&P.S.) 55, 1964, 307 s.; JONES, *So.Tex.L.J.* 9 (1966-1967), 17 ss.

⁽²¹⁾ MERGNER, supra, nota al pie 8, p. 72; ROGALL, supra, nota al pie 16, p. 132; BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1096 (con referencia a Nix v. WILLIAMS); PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 581 ss.; PITSCH, supra, nota al pie 1, p. 375.

⁽²²⁾ Cf. PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 581 ("difficult ... to determine whether derivative evidence ... is fruit of the poisonous tree").

⁽²³⁾ Acerca de la diferencia entre "first" y "second, and remoter generation derivative evidence" cf. p. ej. BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1061 s., según el cual es una cuestión abierta cuán lejos alcanza el efecto extensivo. Para la situación "confusa" (confusion) son hechas responsables también las excepciones desarrolladas por la *Supreme Court* (HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000), 240 con nota al pie 10 con ulteriores referencias).

b) Limitaciones del efecto extensivo

aa) La prueba obtenida de manera independiente a la infracción. La excepción de la "independent source"

La prohibición que implica el efecto extensivo había sido ya limitada por la fundamental decisión mencionada anteriormente: SILVERTHORNE LUMBER⁽²⁴⁾. Según ella, debe ser admisible la valoración de un medio de prueba secundario cuando éste se pueda derivar de otra fuente diferente, independiente de la originalmente manchada (*independent source*):

"Of course this does not mean that the facts thus obtained [mediante una medida de investigación antijurídica, K.A.] become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others ..."⁽²⁵⁾

Porque en este caso falta desde un comienzo toda conexión causal entre el medio de prueba obtenido antijurídicamente y el medio de prueba secundario que ha de ser valorado, que surge de otra fuente:

"It is one thing to say that officers shall gain no advantage from violating the individual's rights; it is quite another to declare that such a violation shall put him beyond the law's reach even if his guilt can be proved by evidence that has been obtained lawfully."⁽²⁶⁾

La excepción de la *independent source* resulta evidente sin más cuando la fuente independiente existía ya antes de la medida investigativa antijurí-

⁽²⁴⁾ Cf. HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000), 240 con nota al pie 13; GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1073.

⁽²⁵⁾ SILVERTHORNE, *supra*, nota al pie 15, 392. V. también BAIN/ KELLY, *U.Miami L.Rev.* 31 (1977), 622 ss.; ERDMANN, *Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten*, 1969, p. 202; McCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, 4. ed., 1992, p. 313 ss.; SCHMID, *supra*, nota al pie 8, p. 120; 348 ss.; KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, *supra*, nota al pie 9, p. 888; SALTZBURG, , 8. ed., 2007, p. 358 ss.; *American Criminal Procedure*, HARRIS, *StV*, 1991, 316 ss.; SK-StPO-ROGALL, 2010, § 136a, nm. 115, *el mismo*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1988, 385 (392); *el mismo*, en: *supra*, nota al pie 16, p. 132 con nota al pie 139 s.; ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1800; PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 624 ss. con numerosas referencias de la jurisprudencia; PITSCH, *supra*, nota al pie 1, p. 397 ss.

⁽²⁶⁾ SUTTON v. U.S., 267 F.2d 271 (4th Circuit 1959), 272; cf. también BURKE v. U.S., 328 F.2d 399 (1st Cir. 1964); SEGURA v. U.S., 468 U.S. 796, 104 S. Ct. 3380 (1984). Acerca de la falta de relación causal también ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1795; PITSCH, *supra*, nota al pie 1, p. 378.

dica y le era conocida a las autoridades que conducen la investigación⁽²⁷⁾. Así sucedió en el caso STATE v. O'BREMSKI⁽²⁸⁾, en el cual una muchacha de 14 años fue hallada en ocasión del registro antijurídico del domicilio de un sospechoso de un delito sexual, pero la condena se basó en la declaración de la muchacha y su paradero le era conocido a la policía antes del registro, en razón de la información dada por un informante.

Sin embargo, son discutidos los casos en los que la policía obtiene la información independiente recién *después* de la medida investigativa antijurídica. Porque se plantea la cuestión de si realmente se trata de una fuente independiente o si, más bien, la información se basa en la medida investigativa antijurídica primaria y por ello, no puede ser valorada⁽²⁹⁾. Así en U.S. v. BACALL⁽³⁰⁾, funcionarios de la aduana estadounidense secuestraron de manera antijurídica objetos del inventario del imputado y con base en ellos solicitaron a funcionarios de la aduana francesa que hicieran investigaciones. Estas investigaciones condujeron al secuestro, conforme a derecho, de cartas y cheques que incriminaban al imputado. La *Appeals Court* afirmó la relación de causalidad entre la primera medida de investigación (antijurídica) y la segunda (conforme a derecho), pero tomó en consideración con más exactitud si las autoridades francesas se habrían topado justa y específicamente con las cartas y cheques mediante las medidas de investigación estadounidenses:

The question to be answered is not whether the (...) letters and checks would have been discovered in the absence of the seizure. It is, rather, whether anything seized or any leads gained from the seizure tended significantly to direct the foreign investigation toward those specific letters and checks - whether the Customs officers had after seizure a substantially greater reason to seek those specific items than they had had before the seizure."⁽³¹⁾

El tribunal negó esta relación específica y se pronunció por lo tanto a favor de la valorar la prueba. Las cosas fueron diferentes en U.S. v. MURRAY⁽³²⁾: la policía detuvo reglamentariamente a dos sospechosos y encontró estu-

⁽²⁷⁾ PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 626: "When the independent source exists, and it is known prior to the police illegality, then a stronger case for admission is presented." Cf. también LAFAVE/ ISRAEL/ KING, *supra*, nota al pie 5, p. 349.

⁽²⁸⁾ 70 Wash.2d 425, 423 P.2d 530 (1967); para otro caso de este tipo véase HARRIS, *StV*, 1991, 316 con nota al pie 37.

⁽²⁹⁾ PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 626 ("prevent the independent source requirement from becoming an 'illusory source requirement'"); HARRIS, *StV*, 1991, 316 re. Sp.

⁽³⁰⁾ U.S. v. BACALL, 443 F.2d 1050 (9th Circuit 1971).

⁽³¹⁾ *Ibid.*, 1057.

⁽³²⁾ U.S. v. MURRAY, 487 U.S. 533 (1988).

pefacientes en su automóvil. Entraron entonces —sin orden de registro— al depósito de los dos sospechosos y vieron allí grandes paquetes. En razón de este descubrimiento, solicitaron una orden de registro y secuestraron los paquetes, que contenían estupefacientes. El tribunal de apelaciones aplicó la excepción de la *independent source* y afirmó por lo tanto que el hallazgo podía ser valorado. La *Supreme Court* reenvió el caso para ulteriores aclaraciones y pretendió que la valoración *qua* aplicación de la excepción de la *independent source* fuera dependiente del hecho de si el descubrimiento realmente provino de una “auténtica fuente independiente” que no haya sido “motivada” por el primer registro antijurídico del domicilio:

“The ultimate question, therefore, is whether the search pursuant to warrant was in fact a genuinely independent source of the information and tangible evidence at issue here. This would not have been the case if the agents’ decision to seek the warrant was prompted by what they had seen during the initial entry, or if information obtained during that entry was presented to the Magistrate and affected his decision to issue the warrant.”⁽³³⁾

El problema de una “fuente independiente” posterior radica evidentemente en que apenas puede descartarse con seguridad su dependencia de una medida antijurídica primaria de investigación. La posibilidad de valorar la prueba depende por lo tanto en último lugar de los requisitos que se le pongan a la relación causal. Si se considera que es suficiente la *conditio sine qua non* o bien la causalidad *but for*, entonces, en general, habrá de afirmarse la relación causal⁽³⁴⁾, es decir, que habrá que excluir la valoración de la prueba. A modo de ejemplo: en *MURRAY*, no puede suprimirse mentalmente el ingreso antijurídico al depósito sin que la consecuencia —la solicitud de una orden de registro para secuestrar los paquetes de drogas descubiertos— desaparezca. Si se aplica un parámetro más estricto en el sentido de un enfoque o de una determinada especificación de la investigación en virtud de la medida primaria, se podría negar la causalidad, como lo hizo la *Appeals Court* en *U.S. v. BACALL* y por lo tanto afirmar la independencia de la segunda fuente. El problema de esta solución, claro está, radica en que con ello la policía se ve alentada a llevar a cabo en primer lugar investigaciones antijurídicas para obtener información, ya que su antijuridicidad (primaria) se verá saneada mediante la obtención (secundaria) de prueba conforme a derecho⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ *Ibid.*, 542.

⁽³⁴⁾ Cf. también *U.S. v. BACALL*, *supra*, nota al pie 29, 1057 (“illegal seizure was a ‘but for’ cause of the foreign investigation”).

⁽³⁵⁾ En este sentido crítico *BAIN/KELLY*, *U.Miami L.Rev.* 31 (1977), 625 (“initial illegality can be covered up later by legal police work”). Crítico también *LA FAVE/ISRAEL/KING*, *supra*, nota al pie 5, p. 350 s.

bb) Consideración de causas hipotéticas del resultado: inevitable discovery exception

La cuestión de las exigencias a la relación causal entre la violación y el medio de prueba obtenido (derivadamente) gana en complejidad cuando los factores a ser considerados no son de naturaleza histórica, sino que han de ser determinados hipotéticamente en el marco de una prognósis eventualmente tomada en consideración de hechos históricos y de los valores empíricos relativos a ellos. Este es el caso en la así llamada excepción del *inevitable discovery*⁽³⁶⁾, que en la práctica extiende la excepción de la *independent source* también a medios de prueba que en realidad (todavía) no se pueden reconducir causalmente a una fuente independiente de una violación originaria pero en los que, sin embargo, en el sentido de la consideración de un curso de investigación hipotético, se puede partir de la base de que igualmente se habrían encontrado o bien obtenido de conformidad al derecho⁽³⁷⁾. A modo de ejemplo: el imputado revela, en el marco de un interrogatorio llevado a cabo sin abogado y por ello antijurídico, el lugar en el que se encuentra el cuerpo de la víctima, pero éste resultaría de todos modos descubierto unas horas después, ya que las tropas de búsqueda de

⁽³⁶⁾ *Nix v. WILLIAMS* 467 U.S. 440 (1984); crítico *HESSLER*, *Mich.L.Rev.* 99 (2000), 241 ss. Esta doctrina fue utilizada ya mucho antes de *Nix*. Según *WASSERSTROM/MERTENS*, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 137 tiene su punto de partida en *SILVERTHORNE*, *supra*, nota al pie 15. Según *BLOOM*, *Am.J.Crim.L.* 20 (1992), 82 con nota al pie 19 el concepto “inevitable discovery” se remonta a la decisión *U.S. ex rel. Owens v. Twomey*, F.2d 858, 865 s. (7. Cir. 1974). Véase en general sobre la excepción *inevitable discovery* también *PITLER*, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 627 ss.; *BAIN/KELLY*, *U.Miami L.Rev.* 31 (1977), 625 ss.; *WASSERSTROM/MERTENS*, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 137 ss.; *BLOOM*, *Am.J.Crim.L.* 20 (1992), 79 ss.; *GOLDEN*, *Brigham Young University Journal of Public Law* (B.Y.U.J.Pub.L.) 97 (1998-1999), 97 ss.; *GIDDINGS*, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1072 ss.; *ALSCHULER*, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1804 ss.; *LA FAVE/ISRAEL/KING*, *supra*, nota al pie 5, p. 351 ss.; *KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR*, *supra*, nota al pie 9, p. 896 ss., 902 ss.; *ROGALL*, *supra*, nota al pie 16, p. 133 con nota al pie 141 s. con ulteriores referencias.

⁽³⁷⁾ La doctrina del *inevitable discovery* debe considerarse por ello como una “extrapolation” o bien una “extension” de la excepción de la *independent source* (*MURRAY*, *supra*, nota al pie 31, 539; *GIDDINGS*, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1072; *LA FAVE/ISRAEL/KING*, *supra*, nota al pie 5, p. 351 s.) y es llamada correspondientemente también excepción de la *hypothetical independent source* (*ALSCHULER*, *Iowa L. Rev.* 93 [2008], 1800 con ulteriores referencias) o bien “hypothetical clean path doctrine” (cf. *FAHL*, *Juristische Schulung* (JuS) 1996, 1018 li. Sp.; *BEULKE*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 103 (1991), 667) (cf. también *PITSCH*, *supra*, nota al pie 1, p. 401, 409). Acerca del significado de la conformidad al derecho de la búsqueda de medios de prueba independientes y alternativos, véase *GIDDINGS*, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1087 ss. Acerca del equivalente funcional cf. *infra*, nota al pie 64.

la policía ya se dirigían al lugar del hallazgo; la búsqueda terminará anticipadamente sólo en razón de la declaración del imputado⁽³⁸⁾.

A esta excepción le subyace el pensamiento consistente en que las autoridades de investigación deben quedar en igual posición a la que tendrían si la lesión al derecho no hubiera ocurrido; si la prueba (igualmente) habría sido encontrada, también puede ser valorada⁽³⁹⁾. Esta excepción es con ello estructuralmente semejante a la de la *independent source* pero, a diferencia de ésta, el medio de prueba se apoya sólo hipotéticamente y no realmente en una medida de investigación conforme al derecho⁽⁴⁰⁾. Si se puede explicar convincentemente que el medio de prueba también habría sido obtenido por otro camino (acorde al derecho), falta la causalidad entre la medida de investigación antijurídica y la obtención secundaria de la prueba, ya que aquella no es justamente una *conditio sine qua non* (condición *but for*) de ésta. Así consideradas, la excepción del *inevitable discovery* y la causalidad *conditio sine qua non* son las dos caras de la misma medalla⁽⁴¹⁾. Si se considera, sin embargo, que para la afirmación de la relación causal basta cualquier facilitación de la obtención de la prueba mediante la medida de investigación antijurídica primaria, por ejemplo en el sentido de una *contributory causation*⁽⁴²⁾, entonces ello conduce al rechazo de la *inevitable discovery doctrine*, porque el descubrimiento inevitable de la prueba no cambia básicamente nada de la causalidad, entendida así, de la medida de investigación primaria⁽⁴³⁾.

⁽³⁸⁾ Tal es la situación de hecho en *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 435 ss., 448 ss. (1984); sobre ello GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1074 con nota al pie 68; WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 130 ss.; *Fahl*, *JuS* 1996, 1018 li. Sp.

⁽³⁹⁾ Cf. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 432 ("the interest of society in deterring unlawful police conduct and the public interest in having juries receive all probative evidence of a crime are properly balanced by putting the police in the same, not a worse, position than they would have been in if no police error or misconduct had occurred."); 443 ("analysis ensures that the prosecution is not put in a worse position simply because of some earlier police error or misconduct."). Cf. también GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1074 con nota al pie 70, 74 ("status quo ante rationale"); MURRAY, *supra*, nota al pie 31, 538-43; PITSCH, *supra*, nota al pie 1, p. 409. Crítico con "no worse off principle" en consideración del efecto intimidatorio WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 158 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cf. JUSTICE BRENNAN, en *Nix v. Williams*, 467 U.S. 459 ("... the evidence sought to be introduced at trial has not actually been obtained from an independent source, but rather would have been discovered as a matter of course if independent investigations were allowed to proceed.")

⁽⁴¹⁾ ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1809.

⁽⁴²⁾ Acerca de ello *infra*, nota al pie 83 y texto principal.

⁽⁴³⁾ ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1814 pretende limitar el *inevitable discovery* a los casos en los que una persona privada u otro órgano estatal que no sea el que actuó antijurídicamente haya descubierto las pruebas de conformidad al derecho. Además pre-

Cuando sucede que la investigación que fundamenta el curso hipotético, como en el ejemplo anterior, se puso en marcha ya *antes* de las medidas antijurídicas, el hallazgo hipotético del medio de prueba resulta más fácil de fundamentar que en el caso en el que esas investigaciones comiencen recién después⁽⁴⁴⁾. Por ello, el inicio anterior de tales investigaciones que producen el resultado es en ocasiones puesto como requisito de la valoración de la prueba (el llamado requisito de la *active pursuit*)⁽⁴⁵⁾, para lo cual en el caso particular puede resultar dificultoso la determinación del inicio real de las investigaciones⁽⁴⁶⁾. Esta problemática puede verse con claridad en relación con los casos de reserva judicial de la *Amendment IV* (detención, secuestro, registro). Si mientras la policía, como en *U.S. vs. Griffin*⁽⁴⁷⁾ en primer lugar lleva a cabo un registro domiciliario sin orden judicial, pero ya antes o en todo caso simultáneamente se esfuerza por conseguir la orden y ésta llega todavía durante la ejecución del registro, se puede considerar a ello como una *active pursuit* y argumentar que las pruebas también se podrían haber encontrado en el marco de un registro conforme a derecho⁽⁴⁸⁾. Sin embargo, con ello se desbarataría la jurisprudencia tradicional acerca de la exclusión de las pruebas obtenidas en un registro antijurídico y se favorecería a la elusión, por parte de la policía, del requisito de la reserva judicial⁽⁴⁹⁾. Ello sería así especialmente si se permitiera la valoración cuando la policía no se ha esforzado en absoluto en obtener la orden judicial, sino que solamente *podría* haberla obtenido. ¿Por qué motivo la policía se molestaría en obtener una orden si luego le bastara con afirmar que *podría* haberla obtenido?⁽⁵⁰⁾ En este caso, la necesidad de una prohibición de valoración resulta por lo

tende que se permita la valoración de la "publicly available information" aun en casos de actuación antijurídica de parte de las autoridades de investigación (1815).

⁽⁴⁴⁾ LA FAVE/ISRAEL/KING, *supra*, nota al pie 5, p. 357 con ulteriores referencias.

⁽⁴⁵⁾ Cf. por ejemplo *U.S. v. Brooking*, 614 F.2d 1037, 1042 (5. Circuit 1980); *U.S. v. Satterfield*, 743 F.2d 827, 845 s. (11. Cir.1984). Acerca de la "active pursuit doctrine", crítico, HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000), 243 ss., 247 ss.; GOLDEN, *B.Y.U.J.Pub.L.* 97 (1998-1999), 119 ss. con ulteriores referencias.; BLOOM, *Am.J.Crim.L.* 20 (1992), 98 ss. con ulteriores referencias.; ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1811 ss.

⁽⁴⁶⁾ Crítico ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1812.

⁽⁴⁷⁾ 502 F. 2d 959 (6th Cir. 1974).

⁽⁴⁸⁾ LA FAVE/ISRAEL/KING, *supra*, nota al pie 5, p. 356.

⁽⁴⁹⁾ Cf. ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1808 ("incompatibility of the inevitable discovery doctrine... and the Court's traditional treatment of warrantless searches."); anteriormente ya PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 606 s. ("incentive for police to search unlawfully with the hope that the suspect will incriminate himself, and the pressure inherent in the search makes such a result more probable...").

⁽⁵⁰⁾ En este sentido, crítico BLOOM, *Am.J.Crim.L.* 20 (1992), 95, 102 s.; ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1807 ("no incentive to obtain warrants"); LA FAVE/ISRAEL/KING, *supra*, nota al pie 5, p. 354; HARRIS, *StV*, 1991, 317.

tanto de la conservación del efecto de intimidación de la *exclusionary rule*⁽⁶¹⁾. Resulta justamente insuficiente el que la policía *podría* haber obtenido la prueba lícitamente (*could have*), sino que es necesario que ellas también realmente hubieran sido descubiertas como consecuencia del curso de investigación hipotético (*would have been discovered*)⁽⁶²⁾. En consideración de la reserva judicial se deriva que las autoridades de investigación deben probar que han solicitado la orden judicial y que la habrían obtenido⁽⁶³⁾. La exigencia adicional de que los funcionarios policiales actúen de buena fe⁽⁶⁴⁾ ha sido rechazada por la *Supreme Court*, porque consideró que la demostración de la buena fe es demasiado dificultosa y que el requisito constituye un detrimento demasiado grande para las autoridades de investigación⁽⁶⁵⁾.

También se ha de afirmar la valorabilidad cuando la prueba en todo caso habría sido descubierta en el marco de una investigación de rutina (en especial en el marco de un control de las existencias en un depósito, *inventory search*)⁽⁶⁶⁾ o en virtud de circunstancias independientes de la obtención antijurídica de la prueba (el llamado *independence circumstances test*)⁽⁶⁷⁾. En este sentido se ve el parecido estructural con la excepción de la *independen-*

⁽⁶¹⁾ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 438, 445 s. duda sin embargo de que la exclusión de todas maneras de la prueba descubierta tenga un efecto intimidatorio ("... when an officer is aware that the evidence will inevitably be discovered, he will try to avoid engaging in any questionable practice. In that situation, there will be little to gain from taking any dubious 'shortcuts' to obtain the evidence."). Crítico WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 166 ss.

⁽⁶²⁾ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 438, 444. Cf. también KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, supra, nota al pie 9, p. 900; HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 262.

⁽⁶³⁾ Cf. la diferencia entre "warrantless searches followed by a warrant" y "not followed by a warrant" en HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 273 ss., 275 ss. En el último caso, la excepción del *inevitable discovery* no sería aplicable.

⁽⁶⁴⁾ LAFAVE/ISRAEL/KING, supra, nota al pie 5, p. 354 con ulteriores referencias de la (antigua) jurisprudencia en nota al pie 50 s.; KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, supra, nota al pie 9, p. 888 con ulteriores referencias. Acerca de la llamada "good faith exception" como excepción de la *exclusionary rule* en profundidad (crítico) WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 94 ss. con ulteriores referencias sobre todo en la nota al pie 57; también PITSCH, supra, nota al pie 1, p. 381. Crítico acerca de una (mayor) subjetivización mediante el criterio de la "purposefulness" BAIN/KELLY, *U.Miami L.Rev.* 31 (1977), 647 ss. con ulteriores referencias.

⁽⁶⁵⁾ *Nix v. Williams*, 467 U.S., 445 (1984); KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, supra, nota al pie 9, p. 888, 896; PITSCH, supra, nota al pie 1, p. 410; crítico en razón de la falta de determinabilidad ya PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 583 s.

⁽⁶⁶⁾ LAFAVE/ISRAEL/KING, supra, nota al pie 5, p. 355 con ulteriores referencias. Crítico ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1813, quien en estos casos ve también el peligro de una "invitation to shortcuts".

⁽⁶⁷⁾ *U.S. v. Boatwright*, 822 F.2d 862, 864 s. (9th Cir. 1987): suficiente "that the fact or likelihood that makes the discovery inevitable arise from circumstances other than those

disclosed source⁽⁶⁸⁾; se trata de casos en los cuales, de manera similar que en *MURRAY*⁽⁶⁹⁾, la policía obtendría las pruebas también de manera conforme al derecho, independientemente de las medidas de investigación antijurídicas, pero en las que sin embargo, el tribunal tiene que llevar a cabo una comprobación hipotética correspondiente⁽⁶⁰⁾. Además hay que considerar que el test de las *independent circumstances* ha sido propuesto como alternativa a la doctrina de la *active pursuit*, porque ésta fue considerada como demasiado formal y poco útil en vista de las lesiones a la *Fourth Amendment*⁽⁶¹⁾. El énfasis consecuente en la inevitabilidad (*inevitability*) del descubrimiento de la prueba conduciría a una limitación sensata⁽⁶²⁾.

Con respecto al parámetro de la prueba, la *Supreme Court* ha aplicado el relativo a la probabilidad (*preponderance of evidence*) según el cual se debería decidir con base en hechos históricos y verificables (¡!)⁽⁶³⁾; naturalmente no se podría especular⁽⁶⁴⁾. Otras voces pretenden, enfatizando la "inevitability" del descubrimiento alternativo de la prueba, aplicar un parámetro más estricto, a saber, una carga de la prueba aumentada para el Estado que sólo podría ser satisfecho con "pruebas claras y convincentes" de que el medio de prueba en cuestión realmente habría sido encontrado⁽⁶⁵⁾. Sea

disclosed by the illegal search itself"; cf. también HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 261 ss.; LAFAVE/ISRAEL/KING, supra, nota al pie 5, p. 357.

⁽⁶⁸⁾ De ello se sigue también la aplicación a los medios de prueba primarios: la declaración del imputado obtenida antijurídicamente o el medio de prueba obtenido en el marco de un registro antijurídico son igualmente valorables como lo son los medios de prueba secundarios que resulten de ellos (por ejemplo, el cuerpo de la víctima) cuando éstos habrían sido encontrados también por un camino conforme a derecho (cf. KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, supra, nota al pie 9, p. 899 con ulteriores referencias; GOLDEN, *B.Y.U.J.Pub.L.* 97 (1998-1999), 102 ss.; BLOOM, *Am.J.Crim.L.* 20 (1992), 87 ss.).

⁽⁶⁹⁾ Supra, nota al pie 31.

⁽⁶⁰⁾ Acerca de la diferencia entre ambos tests HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 262 en nota al pie 111.

⁽⁶¹⁾ LER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 246, 261 ss. (265: "inevitability may be legitimately established in the absence of active pursuit, and ... the independent circumstances test permit[s] courts the necessary flexibility ..."), 270 ("provides only negligible additional safeguarding of Fourth Amendment rights"), 272 ("unnecessary as an additional safeguard to the warrant requirement"), 275 ss.; crítico también ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1813.

⁽⁶²⁾ Cf. HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 261 ss.

⁽⁶³⁾ Con razón crítico HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 261 s., porque sí se trata de una comprobación hipotética.

⁽⁶⁴⁾ "inevitable discovery involves no speculative elements but focuses on demonstrated historical facts capable of ready verification or impeachment ..." (*Nix v. Williams*, 467 U.S., at 444 (1984)).

⁽⁶⁵⁾ Así el juez Brennan en *Nix v. Williams*, 467 U.S., 459 ("... heightened burden of proof before it is allowed to use such evidence. ... To ensure that this hypothetical finding is narrowly confined to circumstances that are functionally equivalent to an independent source, and to protect fully the fundamental rights served by the exclusionary rule, I

como fuere, la crítica a la excepción del *inevitable discovery* se dirige menos en contra de la excepción como tal⁽⁶⁶⁾ como en contra de su aplicación contradictoria y poco clara⁽⁶⁷⁾.

cc) Causalidad atenuada entre medio de prueba e infracción – “purgad taint” o “attenuated connection”

En *Nardone v. U.S.*, si bien la Corte Suprema admitió la existencia de un nexo causal entre la medida de investigación (ilícita) y la prueba obtenida, rechazó sin embargo un efecto extensivo si por la concurrencia de otros factores ese nexo se reduce considerablemente y, de esa manera, se “atenúa” o “afina” tanto, que la mancha se diluye, es decir, que los medios de prueba obtenidos ya no pueden ser razonablemente vinculados con aquélla:

“Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wire-tapping and the Government’s proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint.”⁽⁶⁸⁾

De manera similar, años después, la Corte abogó en *Wong Sun v. U.S.*⁽⁶⁹⁾ por el rechazo del efecto extensivo, si la obtención de la prueba no puede ser principalmente explicada como una consecuencia de la infracción policial o, expresado de manera positiva, si se basa en medios que parecen haberse limpiado lo suficiente de la primera mancha: “means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint”⁽⁷⁰⁾. A modo de ejemplo⁽⁷¹⁾: mientras que una confesión prestada por un imputado que fue detenido luego de un registro domiciliario ilícito se encuentra excluida como fruto del árbol pro-

would require clear and convincing evidence”; en sentido aprobatorio, Richter Marshall). A favor de requisitos más severos (“certainty”) también WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 172 ss.; ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1808.

⁽⁶⁶⁾ Hasta WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 179 reconocen que esta excepción no sería “wrong in principle”.

⁽⁶⁷⁾ LA FAVE, *Search and seizure*, 2007, p. 243 s.; en sentido aprobatorio, HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 278; crítico también WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 179 (“unbelievably broad”); BAIN/KELLY, *U.Miami L.Rev.* 31 (1977), 627 s.; GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2005/2006), 1075 s.

⁽⁶⁸⁾ *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 341, (1939); al respecto, PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 641 ss.; BAIN/KELLY, *U.Miami L.Rev.* 31 (1977), 616; WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 140 ss. (quienes ven en ello un ulterior desarrollo de la *independent source doctrine* de *Silverthorne*, 143); HESSLER, *Mich.L.Rev.* 99 (2000), 240.

⁽⁶⁹⁾ *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1963); al respecto, WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 146 ss.; BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1071 ss.

⁽⁷⁰⁾ *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 488 (1963).

⁽⁷¹⁾ Reconstrucción de WONG SUN, cf. ERDMANN, *supra*, nota al pie 24, p. 203 s.

hibido (registro domiciliario ilícito), una ulterior confesión de otro imputado, detenido en razón de la primera confesión, que la llevó a cabo *voluntariamente* unos días después de su puesta en libertad provisional, puede ser valorada⁽⁷²⁾. Es que la “connection between the arrest and the statement has become so attenuated as to dissipate the taint.”⁽⁷³⁾ En consecuencia, y esa medida, también interesa decisivamente la libertad del declarante, si bien es poco claro bajo qué presupuestos se puede partir de ello.⁽⁷⁴⁾

A diferencia de la excepción de la *independent source*, en caso de la *attenuation doctrine* no se trata de una obtención alternativa, conforme a Derecho, del medio de prueba manchado (“tainted”) en razón de una fuente independiente, sino del grado de conexión causal entre la acción ilegítima y el medio de prueba.⁽⁷⁵⁾ En consecuencia, no es decisivo el “but for causality”, sino la cuestión de con qué extensión se ha atenuado (“attenuated”) la relación causal debido a la aparición de otros factores; con otras palabras, es determinante el rol que efectivamente ha jugado la infracción, vinculada a otros factores, para obtener el medio de prueba, es decir, en qué extensión éste puede seguir siendo visto como si hubiese sido obtenido mediante la violación.⁽⁷⁶⁾ Dicho con más precisión, el enfoque de la “attenuation” com-

⁽⁷²⁾ Cf. HARRIS, *StV*, 1991, 315. También en el siguiente caso se admitió la existencia de una atenuación en una medida suficiente del nexo causal y, de esa manera, la posibilidad de valorar el medio de prueba: la vecina del imputado, que había sido detenido ilegítimamente, dio referencias —al preguntársele si se podía ocupar de la mascota de éste— respecto de otro posible hecho punible; de manera que se realizó un (nuevo) registro domiciliario en el que fue encontrado material de cargo referido al nuevo hecho a ser imputado; no se consideró que la detención ilegítima haya sido, al fin y al cabo, causa del hallazgo de material probatorio (*U.S. v. Williams*, citado según BAIN/KELLY, *U.Miami L.Rev.* 31 [1977], 620 con nota al pie 22).

⁽⁷³⁾ *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 491.

⁽⁷⁴⁾ Acerca de la voluntariedad como criterio determinante, también MAGUIRE, *J.Crim.L.C. & P.S.* 55, 1964, 317 ss.; en favor de una clase de advertencia calificada como presupuesto para que una (ulterior) confesión pueda ser valorada, PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 611 ss. (617 ss.); acerca del consentimiento (voluntario) para el acceso (de esa manera, conforme a Derecho) de las autoridades de investigación en la habitación de hotel como presupuesto para que las pruebas allí descubiertas puedan ser valoradas, *People v. Bostic*, 148 P. 3d 250, 253 ss. (Colorado Court of Appeals 2006); v. también *State v. Garcia*, *infra*, nota al pie 97. Crítico acerca del tratamiento diferencial de los dos acusados en *Wong Sun* y acerca de la definición imprecisa del “voluntariness”, WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 148 s.; sobre todo esto, también PITSCH, *supra*, nota al pie, p. 385 s.

⁽⁷⁵⁾ Acerca de la *attenuation doctrine*, v. BAIN/KELLY, *U.Miami L.Rev.* 31 (1977), 617 ss.; BLOOM, *Am.J.Crim.L.* 20 (1992), 80 s.; en detalle, con ulteriores referencias, PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 641 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cf. GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1073 con nota al pie 62; v. también Rogall, *supra*, nota al pie 16, p. 133 con nota al pie 145, con ulteriores referencias; cf. también BGH 35, 32 (34).

prende a la "excepción de la independent source" en la medida en que, en la obtención de la prueba, el nexo causal no sólo se encuentra atenuado, sino incluso interrumpido⁽⁷⁷⁾. Por consiguiente, en sus puntos de partida, se trata en ambos casos de doctrinas causales, si bien la doctrina de la atenuación conduce a una normativización en el sentido de una doctrina de imputación⁽⁷⁸⁾.

Si en sentencias tempranas, para admitir una prohibición de valoración, la Corte Suprema hubiera permitido que fuera suficiente un nexo causal en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non* ("but for test")⁽⁷⁹⁾, en *Wong Sun*⁽⁸⁰⁾ ello hubiera sido rechazado y en *Hudson v. Michigan* se hubiera decidido que el nexo causal sería sólo una condición necesaria de una prohibición de valoración pero no una suficiente.⁽⁸¹⁾ *In casu*, un registro policial fue ilegítimo porque los funcionarios de la policía no se anunciaron llamando a la puerta ni de otra manera ("knock-and-announce requirement"); sin embargo, el Tribunal consideró admisible la valoración⁽⁸²⁾. Según *Alschuler* en este caso se plantea la cuestión de con

⁽⁷⁷⁾ La "attenuation doctrine" es entonces más que la excepción de la *independent source* (cf. *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338, 341 [1939]; KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, *supra*, nota al pie, p. 887, 900 s.) y en parte es denominada, como complemento de ésta, "attenuated connection" (cf. LAFAVE/ISRAEL/KING, *supra*, nota al pie, p. 347). Acerca del nexo causal entre las primeras y posteriores generaciones de medios de prueba, en especial, considerando los parámetros instaurados por la jurisprudencia (de entonces), v. ya MAGUIRE, *J.Crim.L.C. & P.S.* 55, 1964, 310 ss.

⁽⁷⁸⁾ ROGALL, *supra*, nota al pie 16, p. 133, habla de una "desarticulación normativa" del nexo causal; destacando lo normativo, también PITTSCH, *supra*, nota al pie, p. 402.

⁽⁷⁹⁾ Cf. *Mapp v. Ohio*, *supra*, nota al pie, 655 ("all evidence obtained by searches and seizures in violation of the constitution"); *U.S. v. Peltier*, 422 U.S. 531 (1975) 539 ("gained as a result of"). En sentido aprobatorio, Maguire, *J.Crim.L.C. & P.S.* 55, 1964, 313 ss.; Pitter, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 597, 585, 650 ("deterrence-causation"); al respecto, también Pitsch, *supra*, nota al pie, p. 393 s.

⁽⁸⁰⁾ Cf. *Wong Sun v. U.S.*, 487 s. (no todas las pruebas "fruit of the poisonous tree" simply because it would not have come to light but for the illegal action of the police."). Al respecto, también LAFAVE/ISRAEL/KING, *supra*, nota al pie, p. 346; KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, *supra*, nota al pie, p. 888.

⁽⁸¹⁾ *Hudson v. Michigan*, *supra*, nota al pie, 2164 ("... exclusion may not be premised on the mere fact that a constitutional violation was a 'but-for' cause of obtaining evidence. Our cases show that but-for causality is only a necessary, not a sufficient, condition for suppression.").

⁽⁸²⁾ *Ibid.* ("In this case, of course, the constitutional violation of an illegal manner of entry was not a but-for cause of obtaining the evidence. Whether that preliminary misstep had occurred or not, the police would have executed the warrant they had obtained, and would have discovered the gun and drugs inside the house."; el destacado pertenece al original). La votación fue de 5:4; según el punto de vista de la opinión minoritaria, la

qué extensión hay que considerar a la falta de aviso *sine qua non*, si bien no para la obtención de la prueba —pues esto habría tenido lugar también en caso de aviso—, sí al menos probablemente para la presencia ilegítima en el lugar como presupuesto para el hallazgo probatorio⁽⁸³⁾. En las consecuencias, él propone un parámetro normativo de la causalidad que es mayor, en el sentido de una "contributory causation", según el cual debería ser suficiente "whether the constitutional violation facilitated the discovery of this evidence."⁽⁸⁴⁾ Si éste fuera el caso, entonces las pruebas obtenidas no serían valorables. Esto se correspondería con la jurisprudencia preponderante de la Corte Suprema (1817), mientras que la excepción "but for causality", postulada en *Hudson v. U.S.*, sería una excepción.⁽⁸⁵⁾ No obstante, una normativización tal del parámetro causal fue rechazada con anterioridad porque, de ese modo, demasiadas pruebas serían alcanzadas por el efecto extensivo⁽⁸⁶⁾.

La verdadera finalidad de la "tesis de la atenuación" consiste abiertamente en una relajación del dogma del efecto extensivo. Por último, posibilita una ponderación casuística entre disciplinamiento preventivo e intereses públicos en la persecución penal:

"In a problem such as that before us now, two opposing concerns must be harmonized: on the one hand, the stern enforcement of the criminal law; on the other, protection of that realm of privacy left free by Constitution and laws but capable of infringement either through zeal or design."⁽⁸⁷⁾

Sin embargo, la teoría ha sido rechazada, con razón, por indeterminada⁽⁸⁸⁾; la decisión de realizar una valoración depende en última instancia de las circunstancias del caso particular respectivo⁽⁸⁹⁾. A modo de ejemplo: hasta el año 1975 la jurisprudencia había defendido que la advertencia en

mayoría comprendió mal la *inevitable doctrine*. También crítico, LAFAVE, *supra*, nota al pie, p. 24 ss.

⁽⁸³⁾ ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1745.

⁽⁸⁴⁾ ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1745, 1775 ss. (1776).

⁽⁸⁵⁾ ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1746, 1748, 1778 ss.

⁽⁸⁶⁾ Cf. MAGUIRE, *J.Crim.L.C. & P.S.* 55, 1964, 311 ss.

⁽⁸⁷⁾ *Nardone*, 308 U.S. at 340. Cf. también LAFAVE/ISRAEL/KING, *supra*, nota al pie, p. 347 s.; HARRIS, *StV*, 1991, 315 con nota al pie 25; PITTSCH, *supra*, nota al pie, p. 402 ss., 407.

⁽⁸⁸⁾ Cf. LAFAVE/ISRAEL/KING, *supra*, nota al pie (nota al pie 853), p. 347 ("rather uncertain exactly what lower courts were expected to look for ..."), 348 ("judges may bring widely different perspectives"); POWELL J., en sentido aprobatorio del voto en *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, p. 609: "question of attenuation inevitably is largely a matter of degree".

⁽⁸⁹⁾ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, p. 603 ("facts of each case"); BAIN/KELLY, *U.MiamiL.Rev.* 31 (1977), 619 ("facts of each case must be examined"), 620 ("dependent upon the particular facts of each case"); PITTSCH, *supra*, nota al pie, p. 403, 408.

el sentido de las *Miranda warnings*⁽⁹⁰⁾ sería suficiente para atenuar el nexo causal entre la medida de investigación ilegítima y una posterior confesión según la *attenuation doctrine*⁽⁹¹⁾. Luego, en *Brown v. Illinois*⁽⁹²⁾, la Corte Suprema puso en claro que esto ponía en peligro la función de disuasión de la *exclusionary rule* en vista de la *IV. Amendment (in casu: arresto ilegítimo)*⁽⁹³⁾ y que diluiría considerablemente su efecto⁽⁹⁴⁾, puesto que la policía se vería precisamente estimulada a llevar a cabo arrestos ilegítimos, si mediante una mera advertencia pudieran ser valoradas las pruebas obtenidas de ese modo⁽⁹⁵⁾. Esto hace recordar la argumentación relacionada con la subsanación de violaciones a la *Amendment IV* mediante la excepción del descubrimiento inevitable⁽⁹⁶⁾. Pero al mismo tiempo, la Corte *Brown* puso en claro que

⁽⁹⁰⁾ Las así llamadas *Miranda Rules* comprenden cuatro derechos, a saber: (1) el derecho a guardar silencio; (2) la advertencia de que toda declaración puede ser usada en contra del sospechoso; así como (3) el derecho a la presencia y; (4) dado el caso, financiamiento de un abogado: "Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed." (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1966], 443; v. también 471). Al respecto, instructivo, FAHL, *JuS*, 1996, 1014. Crítico acerca de la delimitación imprecisa entre meras disposiciones procesales ("prophylactic rights") y derechos constitucionales ("constitutional rights") en el sentido de las *Amendments*, *Bransdorfer*, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1082 ss.

⁽⁹¹⁾ Así, por ejemplo, *State v. LaRosa*, 112 R.I. 571, 313 A. 2d 375 (1974), 575 ("We are persuaded that an illegal arrest does not render a subsequent confession inadmissible per se, but that confessions may be admitted after the accused has been advised of his constitutional rights, and has knowingly and voluntarily executed a waiver of said rights.").

⁽⁹²⁾ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590. Cf. también al respecto, *KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR*, supra, nota al pie, p. 888 s.

⁽⁹³⁾ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 601 ("Miranda warnings, and the exclusion of a confession made without them, do not alone sufficiently deter a Fourth Amendment violation.").

⁽⁹⁴⁾ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 602 ("If Miranda warnings, by themselves, were held to attenuate the taint of an unconstitutional arrest, regardless of how wanton and purposeful the Fourth Amendment violation, the effect of the exclusionary rule would be substantially diluted.").

⁽⁹⁵⁾ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 602 s. ("Arrests made without warrant or without probable cause, for questioning or 'investigation', would be encouraged by the knowledge that evidence derived there from could well be made admissible at trial by the simple expedient of giving Miranda warnings. Any incentive to avoid Fourth Amendment violations would be eviscerated by making the warnings, in effect, a 'cure-all' and the constitutional guarantee against unlawful searches and seizures could be said to be reduced to 'a form of words'.") En las consecuencias, en sentido aprobatorio, *LAFAVE/ISRAEL/KING*, supra, nota al pie, p. 347; *WASSERSTROM/MERTENS*, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 154 s.; *HARRIS*, *StV*, 1991, 315; "Thaman", en: *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, p. 1050; *ALSCHULER*, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1816 s.; igualmente crítico, también ya *PITLER*, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 603 s., 619, 620.

⁽⁹⁶⁾ Supra, nota al pie.

la observancia de las *Miranda warnings* sólo sería uno entre muchos otros factores que tienen que ser tenidos en cuenta en la constatación de una eventual prohibición de valoración⁽⁹⁷⁾. De esta manera, en tiempos recientes se decidió que en caso de una violación de las *Miranda-rules* sólo debe ser invalorable la confesión primaria, basada en la falta de advertencia, pero no el medio de prueba adquirido mediatamente (derivado) (p. ej., el arma del hecho encontrada en razón de la confesión)⁽⁹⁸⁾.

Además sería relevante la cercanía temporal entre la infracción y la obtención del medio de prueba, la clase (finalidad y flagrancia) de la infracción policial (al respecto, inmediatamente infra), la voluntariedad del declarante y eventuales circunstancias acompañantes, p. ej., el regreso voluntario a la policía como en *Wong Sun*⁽⁹⁹⁾. Al respecto, el presupuesto para admitir un efecto extensivo y con ello la no valoración es siempre —en el sentido de la función de disciplinamiento de la prohibición de valoración— su posible efecto disuasivo en vista de la conducta de las autoridades de investiga-

⁽⁹⁷⁾ En este sentido, también *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979) (no hay atenuación por el poco tiempo transcurrido entre la detención ilegítima y la confesión); *Taylor v. Alabama*, 457 U.S. 687 (1982) (decisión ajustada de 5:4 votos en la que se determinó que la confesión, como fruto prohibido de una detención ilegítima, no sería valorable, aunque habían transcurrido seis horas desde la detención, el afectado había sido advertido tres veces y, antes de la declaración, había hablado con su novia y vecino; por ello, los cuatro *dissenting judges* no consideraron "proximately caused by his illegal arrest", sino como "product of a decisión based both on knowledge of his constitutional rights and on the discussion with this friends", *ibid.*, 700). A diferencia de esto, en *Rawlings vs. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980), la Corte Suprema decidió que existiría una atenuación, admitiendo en consecuencia la posibilidad de valorar, porque la detención (antijurídica) había tenido lugar en una "congenial atmosphere" (*ibid.*, 99) y las declaraciones de los afectados —prestadas poco después— no habrían sido un producto de esta detención, sino "apparently spontaneous reactions" (*ibid.*, 108); por lo demás, el procedimiento policial no habría alcanzado "the level of conscious or flagrant misconduct requiring prophylactic exclusion of petitioner's statements" (*ibid.*, 110).

⁽⁹⁸⁾ Cf. *U.S. v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); cf. también *State v. Garcia*, 152 P.3d 645, 653 (*Idaho Court of Appeals*, 2006): posibilidad de valorar las drogas encontradas en un registro realizado en el automóvil del acusado, a pesar de la falta de las *Miranda warnings*, porque el consentimiento para el registro fue "voluntary and not the product of police coercion". Cf. también *ALSCHULER*, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1803, con ulteriores referencias; *PITSCH*, supra, nota al pie, p. 383 s.; en sentido limitativo también ya *BRANSDORFER*, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1099 ("not... all second-generation derivative evidence ... automatically ... inadmissible. Only evidence that comes from police exploitation or police illegality should be inadmissible.").

⁽⁹⁹⁾ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 603 s.; *BAIN/KELLY*, *U.MiamiL.Rev.* 31 (1977), 619 s.; *PITSCH*, supra, nota al pie, p. 404 ss. Acerca del criterio de la voluntariedad, también ya supra, nota al pie 73.

ción⁽¹⁰⁰⁾. Si su conducta ilícita se dirigió a la obtención de la prueba posterior en el sentido de una "motivating force", debe tener lugar una prohibición de valoración para despojarlos de esa motivación en el futuro⁽¹⁰¹⁾.

dd) Otras limitaciones

1) Según la clase de violación

Con prescindencia de la cuestión —relevante para las excepciones mencionadas hasta aquí— acerca del nexo causal entre la producción ilícita de prueba y la valoración probatoria (basada en aquella), también se hacen diferencias según la clase de violación⁽¹⁰²⁾. Según esto, en principio, no toda violación debe conducir automáticamente a la exclusión de todo otro medio de prueba obtenido mediatamente, sino que tal efecto extensivo sólo debe producirse en caso de violaciones graves a derechos constitucionales, pero no de meras reglas "técnicas" (disposiciones de forma)⁽¹⁰³⁾. La violación de una norma procesal, que sólo regla la clase y el modo de llevar a cabo una medida de investigación o que sirve a la salvaguarda de garantías constitucionales tiene un peso diferente que la lesión de garantías constitucionales propiamente dicha. A modo de ejemplo: en relación con un registro domiciliario, y en vista de los derechos del afectado, constituye una diferencia esencial el hecho de que la ejecución del registro haya sido antijurídico sólo desde el punto de vista formal (p. ej. porque no se llamó a la puerta) o de que ella en absoluto

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. la síntesis en LA FAVE/ ISRAEL/ KING, supra, nota al pie, p. 348.

⁽¹⁰¹⁾ Sin autor, *University of Pennsylvania Law Review* (U.Pa.L.Rev.) 115 (1967) 1136, 1148 s.

⁽¹⁰²⁾ Cf. BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1099 ("character of the police impropriety"); HARRIS, *StV*, 1991, 313.

⁽¹⁰³⁾ Cf. p. ej. *Tucker v. U.S.*, 417 U.S. 439: sólo lesión de una "prophylactic rule" (advertencia *Miranda* respecto del derecho a un defensor, supra, nota al pie 89) para proteger el (verdadero) derecho constitucional a un defensor, conocido por el acusado; al respecto, BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1075 s. También *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985), 308: Test sobre lesión de un "constitutional privilege" o "prophylactic standard" (al respecto, BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 [1986/87], 1079 s., 1098); *Wong Sun*, 485: Efecto extensivo "to enforce the basic constitutional policies" (al respecto, BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 [1986/87], 1073). También diferencia en este sentido Richter Powell, en *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 610 f., según el cual, en caso de una "flagrantly abusive violation of Fourth Amendment rights" tendría que ser admitida una prohibición de valoración, pero no en caso de meras "technical violations", p. ej. actuar de buena fe en caso de detención sobre la base de una orden de detención declarada recién después ilegal. Cf. también PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 583; ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1803 con nota al pie 297.

tendría que haber sido llevada a cabo por falta de configuración de los presupuestos materiales⁽¹⁰⁴⁾.

2) Standing rule

La *standing rule* limita el efecto extensivo si el acusado que la hace valer no fue él mismo destinatario de la medida de investigación ilícita primaria, sino si ésta se ha dirigido en contra de un tercero⁽¹⁰⁵⁾. Según *Jones v. U.S.* el acusado *no* tiene *standing*, porque no es él en contra de quien se ha dirigido la medida de investigación⁽¹⁰⁶⁾. Esto es expresión del principio general según el cual para invocar la *exclusionary rule* se presupone la posesión de una posición jurídica propia que sea lesionada por la violación. La persona afectada tiene que tener entonces un "primary right to object to the 'tree' itself"⁽¹⁰⁷⁾. En virtud de esta regla, la jurisprudencia niega el efecto extensivo a favor del acusado incluso si las autoridades de la persecución producen intencionalmente pruebas ilícitas de terceros en el marco de una así llamada "third-party search"⁽¹⁰⁸⁾. Esto fue criticado con razón, pues de esa manera la policía es precisamente motivada a recolectar pruebas ilícitas de terceros allegados al sospechoso⁽¹⁰⁹⁾.

3) El testigo como fruto

Un testigo es fruto del árbol prohibido si su descubrimiento es resultado de un actuar de investigación ilegítimo. A modo de ejemplo: la policía lleva a cabo un registro domiciliario ilícito y, en ese marco, da con los nombres de posibles testigos, que con posterioridad también son en efecto interrogados⁽¹¹⁰⁾. La aplicación estricta de la *fruit doctrine* conduciría a una exclusión de la posterior declaración testimonial; sin embargo, en tales casos, la jurisprudencia ha intentado con frecuencia valorar una prueba testimonial confiable, sea porque una exclusión no se tuvo por necesaria en vista del disciplinamiento o disuasión de las autoridades de

⁽¹⁰⁴⁾ *Alschuler*, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1756 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. *Giddings*, *Iowa L. Rev.* 91 (2005/2006), 1070; *Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr*, supra, nota al pie, p. 902 s.; *Rogall*, *Juristenzeitung* (JZ) 1996, 949; *Pitsch*, supra, nota al pie, p. 376 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ *Jones v. U.S.*, 362 U.S. 257 (1960), 261; de la misma manera, *Alderman v. U.S.*, 394 U.S. 165 (1969).

⁽¹⁰⁷⁾ PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 594.

⁽¹⁰⁸⁾ GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2005/2006), 1071.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2005/2006), 1072, con ulteriores referencias; también crítico acerca de la conexión entre la *standing rule* y la excepción del *inevitable discovery*, ibíd., 1076 ss. (discusión que en esa medida dio lugar a decisiones contradictorias del *First y Seventh Circuit*); también ya crítico, PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 649 s.

⁽¹¹⁰⁾ Cf. BAIN/KELLY, *U.MiamiL.Rev.* 31 (1977), 629; PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 621.

investigación o porque se consideró que el nexo causal entre la infracción jurídica originaria y la declaración en el sentido de las excepciones mencionadas supra [bb, cc] faltaba o se encontraba atenuado⁽¹¹¹⁾. En vista del ejemplo mencionado supra se podría argumentar, p. ej., que de todos modos el testigo habría sido encontrado (de manera conforme a Derecho) en el curso de las investigaciones o que la ilicitud originaria habría sido superada por la declaración voluntaria del testigo. En *U.S. v. Ceccolin*⁽¹¹²⁾ se consideró a la posible libertad de decisión del testigo como diferencia decisiva respecto de la prueba documental:

"The greater the willingness of the witness to freely testify, the greater the likelihood that he or she will be discovered by legal means and, concomitantly, the smaller the incentive to conduct an illegal search to discover the witness. Witnesses are not like guns or documents which remain hidden from view until one turns over a sofa or opens a filing cabinet. Witnesses can, and often do, come forward and offer evidence entirely of their own volition. And evaluated properly, the degree of free will necessary to dissipate the taint will very likely be found more often in the case of live-witness testimony than other kinds of evidence. The time, place and manner of the initial questioning of the witness may be such that any statements are truly the product of detached reflection and a desire to be cooperative on the part of the witness. And the illegality which led to the discovery of the witness very often will not play any meaningful part in the witness' willingness to testify."⁽¹¹³⁾

En este contexto también merece ser mencionado el hecho de que — como excepción fundamental a la *exclusionary rule* y, de esta manera, también a la *fruit doctrine*—, medios de prueba obtenidos ilícitamente pueden ser valorados para conmovir la credibilidad del testigo (que, a su vez, puede ser acusado)⁽¹¹⁴⁾.

c) Consecuencia intermedia

Ya estas explicaciones superficiales muestran que la ampliación de principio de la *exclusionary rule* a medios de prueba obtenidos de manera mediata mediante la *fruit of the poisonous tree doctrine* se encuentra perforada

⁽¹¹¹⁾ Cf. BAIN/KELLY, *U.MiamiL.Rev.*31 (1977), 630 s.; PITLER, *Cal.L.Rev.*56 (1968), 621 ss.

⁽¹¹²⁾ 435 U.S. 268, 98 S. Ct. 1054, 55 L. Ed. 2d 268 (1978); al respecto, KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, supra, nota al pie, p. 895 s.

⁽¹¹³⁾ 435 U.S. 268, 276 s. Crítico acerca del tratamiento especial del "live testimony", BAIN/KELLY, *U.MiamiL.Rev.* 31 (1977), 632 s.; todavía en contra, PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 624.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. BAIN/KELLY, *U.MiamiL.Rev.* 31 (1977), 636 ss.; PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 630 ss.; acerca de otras limitaciones en caso de otras medidas de investigación, 636 ss.

por numerosas excepciones que en lo central se basan en una interrupción o atenuación del nexo causal entre la prueba primaria ilícita y la prueba secundaria mediata⁽¹¹⁵⁾. En consecuencia, el principio del efecto extensivo no conduce a una exclusión general de pruebas mediatas⁽¹¹⁶⁾; antes bien se trata de una *presunción* de no valoración, que puede ser (fácilmente) *rebatida* mediante las numerosas excepciones mencionadas.

III. EL EFECTO EXTENSIVO EN EL DERECHO ALEMÁN

Con prescindencia de la discusión puramente conceptual e infructífera, relativa a si la valoración mediata de un medio de prueba primario obtenido ilícitamente —p. ej. de la declaración obtenida antijurídicamente en el sentido del § 136a—, introduciendo un medio de prueba secundario (basado en ella), como podría ser el medio típico encontrado en razón de esa declaración constituye en absoluto una valoración en el sentido de la ley⁽¹¹⁷⁾; la decisión a favor o en contra de la teoría del efecto extensivo depende en sí de cuál sea la finalidad perseguida por medio de las prohibiciones de valoración o de qué valor se le otorgue a las respectivas finalidades. Así, hasta ahora, la jurisprudencia y una parte de la doctrina se han aferrado al punto de vista tradicional, que consiste en un rechazo de principio⁽¹¹⁸⁾ del efecto extensivo por razones de eficiencia del proceso penal (amenaza de "paralización") y de búsqueda de la verdad⁽¹¹⁹⁾; mientras que la doctrina

⁽¹¹⁵⁾ Cf. BEULKE, *ZStW*, 103 (1991), 667.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. HARRIS, *StV*, 1991, 316; confuso OTTO, *GA*, 1970, 302, quien indica que en caso de una recepción en el Derecho alemán serían necesarias excepciones; si bien, como ya se demostró, éstas ya existen.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. al respecto JAHN, *DJT Gutachten*, 2008, C 92, con una acertada aceptación de la valoración porque sólo interesa el aporte al proceso del conocimiento obtenido (ilícitamente) ("Valorar significa aportar conocimiento al proceso"). Anteriormente, ya en este sentido, HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2. ed., 1968, p. 271.

⁽¹¹⁸⁾ Excepción en *BGHSt* 29, 244, 247: aceptación del efecto extensivo en el caso de una lesión al § 7, párr. 3 (actualmente § 6, párr. 2, oración. 3, en conexión con § 7, párr. 6) de la ley acerca del art. 10, Ley Fundamental (G 10 Gesetz) en relación con hechos no catalogados; cf. también LG HANNOVER, *StV*, 1986, 521, 522; LG *Stuttgart*, *NSZ* 1985, 568, 569; cf. MEYER-GOSSNER, *StPO*, 2009, Introducción, nm. 57; SIEBER, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2008, 886. Cf. además para el caso de las lesiones nucleares, §§ 160a, párr. 1, oración 2, 100a, párr. 4, oración 2; al respecto, ROXIN/SCHÜNEMANN, supra, nota al pie, § 24, nm. 63.

⁽¹¹⁹⁾ *BGHSt* 27, 355, 358; 32, 68, 71; 34, 362, 364; 35, 32, 34, así como *BGH JZ* 1987, 936, con comentario de FEZER; *BGH NJW* 2006, 1361 (amenaza de "paralización del proceso penal"); *BverfG, NSZ* 2006, 46; *OLG Oldenburg, NJW* 1955, 683; *OLG Stuttgart, NJW* 1973, 1941; *OLG Hamburg, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 1976, 601; resumidamente PITTSCH, supra, nota al pie, p. 311 ss.; en las particularidades,

(probablemente) dominante ha afirmado el efecto extensivo en vista del principio de formalidad del proceso y del disciplinamiento de las autoridades de persecución penal⁽¹²⁰⁾. Como siempre, sin embargo tampoco aquí parece adecuada una valoración rígida de "todo o nada" de los diversos casos que se presentan en la praxis; antes bien, hay mucho que habla a

de la misma manera, DALLINGER, *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1950, 734; BAUMANN, *GA*, 1959, 33 (41 s.); KLEINKNECHT, *NJW* 1966, 1537 (1544) con nota al pie 74, con ulteriores referencias; PETERS, *Strafprozeß: Ein Lehrbuch*, 4. ed., 1985, p. 337 s.; "Ranft", en: *Festschrift für Günther Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, p. 719 (735); LESCH, *Strafprozessrecht*, 2. ed., 2001, § 3, nm. 170 (ver, empero, sus explicaciones en el Libro en Homenaje a Volk, reproducidas en la próxima nota al pie); FÜLLKRUG, *MDR* 1989, 122 con nota al pie 35; ROGALL, *JZ* 1996, 948 con nota al pie 64; ROXIN/SCHÜNEMANN, supra, nota al pie, § 24, nm. 60, 64 ("Rastros"). Cf. también en este sentido las decisiones DJT del Deutschen Juristentags, Departamento de Derecho penal, que en su mayor parte rechazan un efecto extensivo o que admiten expresamente el uso mediato (p. ej., para la fundamentación de una sospecha inicial) (67.º DJT in Erfurt, 2008), N.º 7. a), 8 a) y b) (con 65:1 votos, 11 abstenciones y 39:31:5). También en sentido afirmativo, respecto de la valoración transnacional en caso de una producción de prueba ilícita llevada a cabo en el estado requerido (Decisión 16 a), 35:13:5). Acerca del efecto extensivo (denegado) en caso de una violación del art. 3, Convención Europea de Derechos Humanos, v. *Wamking, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, 2009, p. 60, 85 ss.

⁽¹²⁰⁾ DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozess*, 1977, p. 79 s.; SPENDEL, *Beweisverbote im Strafprozeß*, *NJW* 1966, 1102 (1105) con nota al pie 22, con ulteriores referencias; *el mismo*, *JuS* 1964, 471; MAIWALD, *JuS* 1978, 384 s.; FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, 1995, p. 224; *el mismo*, *JZ* 1987, 939 con nota al pie 18; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25. ed., 1998, § 24, nm. 47, con ulteriores referencias; KÜHNE, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 8. ed., 2010, nm. 912; VOLK, *Grundkurs StPO*, 7. ed., 2010, § 28, nm. 43; HAFFKE, *GA* 1973, 65, 80; JAHN, *DJT Gutachten*, 2008, C 92 ss.; LESCH, en: *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009, p. 320 s., sobre la base de su reconstrucción funcional de las prohibiciones probatorias orientada según los derechos del imputado y la integridad del Estado de Derecho y admitiendo la función de disciplinamiento; en las particularidades también BEULKE, *Strafprozessrecht*, 11. ed., 2010, nm. 482, que se basa en el ámbito de protección de la norma procesal lesionada, así como AMELUNG en: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2011*, 2001, p. 1259 (1262) en virtud de su teoría de los derechos del dominio de la información. Ulteriores referencias en FÜLLKRUG, *MDR* 1989, 122 con nota al pie 34; ROGALL, *JZ* 1996, 948 con nota al pie 63; MERGNER, supra, nota al pie 8, p. 46, nota al pie 66; KRAMER, *Juristische Ausbildung (Jura)* 1988, 520, 524 con nota al pie 42; PITSCH, supra, nota al pie, p. 314 ss. (quien incluso pretende ponderar diferenciadamente, p. 316). De tiempos recientes, SCHLOTHAUER/WEIDER, *StV* 2009, 605 li. Sp. Para el efecto extensivo en caso de una prohibición de valoración de una confesión prestada en el marco de una notificación (§ 257c, párr. 4, oración 3), "si la responsabilidad por la desaparición del efecto vinculante recae exclusivamente en la esfera de la justicia"; también VOLKMER, *NStZ* 2010, 319 a causa de falta de base jurídica para el almacenamiento de datos por prevención.

favor de una *ponderación casuística* en el sentido de la teoría de la ponderación defendida por la jurisprudencia⁽¹²¹⁾. De esa manera, el efecto extensivo depende esencialmente de la "situación de hecho y de la clase de infracción" —en especial, con relación a la clase de prueba producida, la gravedad de la infracción y del reproche de hecho—⁽¹²²⁾; el efecto tiene que ser admitido —en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽¹²³⁾— en caso de una violación de derechos humanos que produzca que el proceso sea injusto como un todo⁽¹²⁴⁾. Por lo demás,

⁽¹²¹⁾ Acerca de esta teoría, AMBOS, supra, nota al pie, p. 43. Respecto de ello, también KK-SENGE, *StPO*, 2008, previo al § 48, nm. 45 ss.; KK-DIEMER, *StPO*, 2008, § 136a, nm. 42; LR-GLESS, *StPO*, 2007, § 136a, nm. 66; MAIWALD, *JuS* 1978, 384 s.; JOERDEN, *JuS* 1978, 931; FÜLLKRUG, *MDR* 1989, 122 s.; ROGALL, *JZ* 1997, 944, 948; HENTSCHKE, en: HELLMANN (Hrsg.), *Fallsammlung zum Strafprozessrecht*, 3. ed., 2008, nm. 611; MURMANN, supra, nota al pie, nm. 245; HALLER/CONZEN, *Das Strafverfahren: eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen*, 6. ed., 2011, nm. 625; HEINE, en: *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren*, 2009, p. 937 s. = HRRS 2009, 546 s. Acerca del fundamento dogmático de la teoría de ponderación en este contexto MERGNER, supra, nota al pie, p. 84 ss.

⁽¹²²⁾ Acerca de los criterios, en detalle, MERGNER, supra, nota al pie, p. 135 ss.; cf. también SIEBER, *NJW* 2008, 886 con nota al pie 42 s.; ROGALL, *JZ* 2008, 827 ("no es posible una determinación abstracta"; "en caso de violaciones jurídicas conscientes y graves [...] clara prohibición de efecto extensivo"); JOERDEN, *JuS* 1993, 931; FÜLLKRUG, *MDR* 1989, 122 s., con ulteriores referencias, quien se pronuncia en favor de admitir, p. ej. en el caso de tortura, "indiscutiblemente" un efecto extensivo; ROGALL, *JZ* 1996, 948 s.; *el mismo*, SK-StPO-ROGALL, 2010, § 136a, nm. 112 ss., con ulteriores referencias; NEUHAUS, *NJW* 1990, 1221 s.; KRAMER, *Jura* 1988, 524 s. (en todo caso en supuestos de violaciones procesales deliberadas).

⁽¹²³⁾ Ver AMBOS, *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación Filosofía y Derecho. Colección de Estudios No. 31, Bogotá (Colombia) 2005; ver también AMBOS/BÖHM, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Tribunal tímido y tribunal audaz? En: K. AMBOS/E. MALARINO/G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* – Tomo II, Montevideo (Konrad-Adenauer-Stiftung, Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen) 2011, 43-69.

⁽¹²⁴⁾ Eso también se sigue de la sentencia "Gäfgen v. Deutschland" (sentencia del 30/6/2008 - N.º 22978/05 = NStZ 2008, 699), en relación con el medio de prueba (mediato) hallado en razón de la confesión forzada, v. para. 105 ("fuerte sospecha de que la valoración de medios de prueba que fueron obtenidos como 'fruto' de una confesión arrancada por la fuerza mediante los medios lesivos del art. 3, hace que el proceso sea "injusto" como un todo, de la misma manera que lo haría la valoración de la confesión forzada misma."). V. también para. 108, en donde se indica que el Tribunal Provincial también había excluido las declaraciones hechas en razón de la confesión forzada.

la proporcionalidad sólo puede ser considerada mediante una ponderación realizada en el caso concreto⁽¹²⁵⁾.

También JÄGER argumenta en esta dirección, cuando él, admitiendo por principio la prohibición del efecto extensivo, aboga por limitaciones normativas en la medida en que la producción de prueba defectuosa no haya incidido en la situación probatoria (mediata); es decir, que el nexo de imputación entre el acto de producción prohibido y la prueba mediata se encuentre excluido⁽¹²⁶⁾. También JAHN quiere diferenciar casuísticamente —casi en el sentido de una teoría probatoria dispositiva— según el efecto de la violación, y en caso de violaciones a la dignidad humana admitir siempre un efecto extensivo⁽¹²⁷⁾. Para LÖFFELMANN no se trata de la conexidad, sino sólo de la cuestión de si la valoración "satisface el parámetro constitucional de los intereses en pugna"⁽¹²⁸⁾.

Por lo demás, también en la discusión alemana la admisibilidad de una valoración se fundamenta con la falta o atenuación del *nexo causal* entre la violación jurídica originaria y el medio de prueba mediato —totalmente en el sentido de la doctrina estadounidense de la *attenuation* [supra 2, b, cc]—⁽¹²⁹⁾. Dicho de manera positiva, en consecuencia, un efecto extensivo que impida una valoración sólo entra en consideración cuando el medio de prueba obtenido de modo mediato se base *exclusivamente* en la obtención ilícita del medio de prueba inmediato⁽¹³⁰⁾, es decir que, en esa medida, exista una

unidad probatoria en el sentido de una *identidad probatoria* normativa⁽¹³¹⁾. Expresado de otra manera, la prueba mediata tiene que estar implicada en la producción de la prueba primaria como consecuencia de una actividad investigativa orientada hacia una meta y consciente⁽¹³²⁾. De esa manera, son valorables en todo caso los medios de prueba hallados de manera meramente casual (verdaderos hallazgos casuales)⁽¹³³⁾. Igualmente, hay que admitir la posibilidad de valoración cuando el medio de prueba habría sido hallado sin más (también de manera conforme a Derecho) —teoría del curso hipotético de investigación⁽¹³⁴⁾—⁽¹³⁵⁾. Así p. ej., —en correspondencia con las excepciones relativas a la posibilidad de valorar una declaración del imputado en caso de falta de advertencia⁽¹³⁶⁾ y, por completo, en el sentido de la teoría estadounidense del "testigo como fruto" mencionada más arriba [supra 2, b, dd, (3)]— la declaración de un testigo, con el que se dio en primer lugar a causa de medidas de investigación ilegítimas, no debe dejar de ser valorable mediante el efecto extensivo, si él regresa a la policía voluntariamente para declarar⁽¹³⁷⁾. En este sentido y por consiguiente, hay que rechazar un efecto extensivo si la prueba (mediata) en nada se encuentra influenciada por la producción de prueba ilegítima originaria⁽¹³⁸⁾ y de esa manera se basa en última instancia en un *proceso de conocimiento autónomo*. En sentido estricto, aquí no existe un efecto extensivo ya desde el punto de vista conceptual, dado que el resultado probatorio alcanzado no se encuentra ligado

⁽¹²⁵⁾ Cf. MAIWALD, *JuS* 1978, 384 s.; WOLTER, *NSiZ* 1984, 276; JOERDEN, *JuS* 1993, 931; referencias en MERGNER, supra, nota al pie, p. 46, nota al pie 68.

⁽¹²⁶⁾ JÄGER, nota al pie, p. 226 ss.; *el mismo*, GA 2008, 494. Acerca de Jäger, AMBOS, supra, nota al pie, p. 46.

⁽¹²⁷⁾ JAHN, *DJT Gutachten*, 2008, C 94 s., 127; *el mismo*, supra, nota al pie, 2010, p. 284 s. Acerca de JAHN, AMBOS, supra, nota al pie, p. 47 s.

⁽¹²⁸⁾ LÖFFELMANN, *Die normativen Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafverfahren*, 2008, p. 221, rechaza por errado el efecto extensivo por razones normológicas. Acerca de LÖFFELMANN, AMBOS, supra, nota al pie, p. 46.

⁽¹²⁹⁾ En esa medida, acerca de la falta de un (verdadero) efecto extensivo en caso de un mero "contacto probatorio", JÄGER, GA 2008, 495 s.; acerca de la causalidad atenuada, en el mismo sentido, PITSCH, supra, nota al pie, p. 93.

⁽¹³⁰⁾ Así ya DENCKER, supra, nota al pie 119, p. 80; también REICHERT-HAMMER, *JuS* 1989, 450; JÄGER, GA 2008, 494; en las particularidades, de la misma manera, MÜSSIG, GA 1999, 119, 137, quien sobre la base de la teoría de Amelung del dominio de la información y en caso de una "injerencia en derechos a disponer información" parte básicamente de una "pretensión informacional a que sean eliminadas las consecuencias", que —ante el correspondiente nexo de imputación— también abarca prueba mediata. Acerca de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia como presupuesto mínimo, PITSCH, supra, nota al pie, p. 89 s.

⁽¹³¹⁾ JÄGER, GA 2008, 496; en sentido aprobatorio PITSCH, supra, nota al pie, p. 90 ss.

⁽¹³²⁾ PITSCH, supra, nota al pie, p. 90 ("función de dirección técnico-investigativa").

⁽¹³³⁾ Cf. PITSCH, supra, nota al pie, p. 92, 95 ss., con una diferenciación convincente entre hallazgos azarosos auténticos e inauténticos: mientras que éstos efectivamente son hallados por azar (98), aquéllos son el resultado de labor investigativa deliberada y, en consecuencia, caen por principio en el efecto extensivo (101 s., 325 ss.; acerca de la especial relevancia en el Derecho penal tributario, *ibid.*, p. 327 ss.).

⁽¹³⁴⁾ Acerca de esta teoría, con ulteriores referencias, AMBOS, supra, nota al pie, p. 50 s.

⁽¹³⁵⁾ FEZER, *Strafprozessrecht*, 2. ed., 1995, p. 224; ROXIN, supra, nota al pie 119, § 24, nm. 47; tendencialmente también BEULKE, supra, nota al pie 119, nm. 483. Cf. también BGHS/32, 68; JOERDEN, *JuS* 1993, 931; FÜLLKRUG, *MDR* 1989, 123; WOLTER, *NSiZ* 1984, 277; ROGALL, *JZ* 1996, 949 con nota al pie 69; crítico DENCKER, supra, nota al pie 119, p. 81 ss.; ROXIN/SCHÜNEMANN, supra, nota al pie, § 24, nm. 62; JÄGER, GA 2008, 494 s. justifica en el marco del efecto extensivo la teoría del curso hipotético de investigación —de otro modo, por él rechazada—, con el argumento de que, en esa medida, se trataría de medios de prueba (mediatos), que en el momento de la producción defectuosa ya "existen de manera valorable", p. ej., el cadáver de la víctima del hecho.

⁽¹³⁶⁾ Cf. AMBOS, supra, nota al pie, p. 52 s.

⁽¹³⁷⁾ BGHS/32, 68, 70 S.; 34, 362, 364; en este sentido, también JÄGER, GA 2008, 494; PITSCH, supra, nota al pie, p. 92.

⁽¹³⁸⁾ Cf. BGH 27, 355, 358; cf. también BGHS/35, 32, 34.

a la violación procesal mediante leyes causales⁽¹³⁹⁾. Sin embargo, también es discutida la cuestión —como lo es por regla general en el caso de la teoría del curso hipotético de investigación— relativa a qué exigencias hay que considerar para la construcción de hipótesis⁽¹⁴⁰⁾.

IV. CONSECUENCIAS

1. Las posiciones básicas de los Derechos alemán y estadounidense se encuentran muy relacionadas con la *construcción teórica y fundamentación de las prohibiciones de valoración probatorias* (supra I), de manera que nos volvemos a encontrar en el punto de partida de nuestras reflexiones. Si se ve a la finalidad principal de las prohibiciones probatorias en la *función de disciplinamiento* de las autoridades de persecución, entonces, hay mucho que habla a favor de admitir un efecto extensivo, puesto que ¿de qué otro modo se debería impedir que las autoridades de persecución penal, en especial la policía, produzcan prueba ilícita, si no es mediante la consiguiente orden (inmediata y mediata) de que la prueba así obtenida no sea valorada? Por otra parte, el argumento del disciplinamiento no puede ser rechazado *a limine* por ser contrario al sistema a causa de la diversa estructura procesal del proceso de partes angloamericano⁽¹⁴¹⁾, dado que también en un proceso acusatorio inquisitivo o de instrucción de cuño alemán, con una fiscalía objetiva, la policía en todo caso actúa con tendencia a sobrepasar los límites y esto los induce con frecuencia a abrogar los derechos del imputado. Por ello, en la discusión alemana también se admite, con razón, la idea del disciplinamiento⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, la finalidad de disciplina no presupone necesariamente un nexo causal o de imputación entre la medida de investigación primaria ilícita y la prueba mediata. Es que la necesidad de disciplinamiento se deriva en primer lugar del actuar ilícito de la policía, con prescindencia de la cuestión de si ese actuar fue causa de la prueba obtenida con posterioridad⁽¹⁴³⁾.

⁽¹³⁹⁾ Cf. ROGALL, *JZ* 1996, 944, 948.

⁽¹⁴⁰⁾ Al respecto, cf. AMBOS, supra, nota al pie, p. 50. La literatura allí citada sigue tendencialmente al parámetro de la probabilidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

⁽¹⁴¹⁾ Así, empero, KLEINKNECHT, *NJW* 1966, 1544; *el mismo*, *NJW* 1964, 2185; KRAMER, *Jura* 1988, 524 con nota al pie 46; KELNHOFER/KRUG, *StV* 2008, 667; ROXIN/SCHÜNEMANN, supra, nota al pie, § 24, nm. 60.

⁽¹⁴²⁾ Cf. AMBOS, supra, nota al pie, p. 19 s.; en este contexto, v. MAIWALD, *JuS* 1978, 384; DENCKER, supra, nota al pie 119, p. 79 con nota al pie 250; REICHERT-HAMMER, *JuS* 1989, 450.

⁽¹⁴³⁾ Cf. ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1752: no hay causalidad en caso de una concepción puramente instrumental de la *exclusionary rule*.

2. Por lo demás, el efecto extensivo también puede fundamentarse en el *principio de formalidad del proceso*, puesto que una prueba basada en una medida de investigación ilícita se encuentra manchada y, en esa medida, daña la integridad del proceso penal. También puede fundamentar el veredicto de un *proceso injusto* en un todo. No obstante, todo esto rige si la prueba mediata efectivamente se basa en la medida primaria de investigación. En consecuencia, interesa el nexo causal entre las medidas primarias y las subsiguientes, y —como lo muestra la discusión estadounidense— este nexo puede estar interrumpido o considerablemente atenuado.
3. Si se mira detrás de la admisión superficial de la prohibición del efecto extensivo en los Estados Unidos y su rechazo en Alemania se hará rápidamente evidente que los *puntos en común* habidos entre ambos sistemas *preponderan* por sobre aquellos que los separan⁽¹⁴⁴⁾. Aun cuando la praxis estadounidense muestre que el miedo ante una “paralización del proceso”⁽¹⁴⁵⁾ es infundado⁽¹⁴⁶⁾, el interés en una persecución penal eficiente conduce también en los Estados Unidos a una limitación considerable del efecto extensivo mediante las excepciones presentadas. El remanente son sólo pocos casos, que también en Alemania podrían conducir a una prohibición de valoración *qua* efecto extensivo por consideraciones relativas al derecho constitucional o a los derechos humanos.
4. Más allá de eso, en ambos sistemas se decide en virtud de una *ponderación realizada según el caso concreto*, puesto que se cree —de forma perfectamente comprensible— que sólo de esa manera es posible evitar decisiones demasiado sistemáticas, que no se adecuen a las particularidades del caso concreto. Así, también en el proceso penal estadounidense se trata de una *ponderación* referida al caso concreto entre el interés público en una administración de justicia criminal que funcione, por un lado, y el disciplinamiento de las autoridades de persecución penal y la protección de los derechos constitucionales del individuo, por el otro⁽¹⁴⁷⁾. También la jurisprudencia estadounidense ve

⁽¹⁴⁴⁾ Acerca de la idea básica común relativa a la exclusión de pruebas obtenidas de manera contraria a la Constitución, también BRADLEY, *GA* 1985, 111.

⁽¹⁴⁵⁾ Supra, nota al pie 118.

⁽¹⁴⁶⁾ Así también PITSCH, supra, nota al pie, p. 414.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. ya NARDONE, como fue citado supra, en la nota al pie 86 y texto principal. Cf. también BAIN/KELLY, *U.MiamiL.Rev.* 31 (1977), 636; BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1069 s.; GIDDINGS, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1068 s., 1075; ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1775; PITSCH, supra, nota al pie, p. 390 ss.

en la pérdida de prueba producida a consecuencia de la teoría del efecto extensivo un "handicap" para la persecución penal, que sólo puede ser justificado mediante "an over-riding public policy expressed in the Constitution or the law of the land"⁽¹⁴⁸⁾; desde siempre se han puesto de relieve, por lo demás, los "costos sociales" de la regla de exclusión⁽¹⁴⁹⁾. La solución relativa a una ponderación se corresponde con el enfoque casuístico, pragmático, del Derecho procesal estadounidense⁽¹⁵⁰⁾. En el marco de esta ponderación, y junto con los Derechos fundamentales del individuo, juega un rol importante el mantenimiento del efecto de la regla de exclusión, precisamente también en vista del disciplinamiento de las autoridades de persecución. Por ello, la Corte Suprema no le ha atribuido efecto subsanante, p. ej., a una advertencia posterior en el sentido de las *Miranda warnings*, en relación con la primera infracción jurídica (detención ilegítima); de ese modo se diluiría considerablemente la "exclusionary rule"⁽¹⁵¹⁾. *In casu*, el resultado de la ponderación depende entonces de los factores a ser ajustados: a favor de excluir el medio de prueba habla p. ej. la gravedad de la lesión jurídica [supra 2, d, (1)] y la necesidad de disciplinar a las autoridades de persecución; en contra de una exclusión, el interés —fundado en la gravedad del reproche de hecho— en la persecución penal⁽¹⁵²⁾.

JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICA DEL SISTEMA DE RATIFICACIÓN JUDICIAL⁽¹⁾

Yolanda Doig Díaz⁽²⁾

I. PRESENTACIÓN

El funcionamiento y la calidad de un sistema jurídico suele corresponderse con el grado de independencia que mantienen sus jueces con el poder político, pues de la posición que el ordenamiento les otorga se deducirá si serán proclives a actuar con ajenidad y neutralidad cuando sus nombramientos obedezcan a reglas objetivas o cuando las decisiones sobre el ingreso, ascenso y provisión correspondan a un órgano de gobierno autónomo; y por el contrario, se inclinarán por orientar sus decisiones para conquistar o mantener el favor de aquellos exponentes del poder que podrían decidir o condicionar sus nombramientos, cuando dichos procesos tengan espacio para la intervención, los favoritismos o las arbitrariedades.

En el Perú, el sistema de ingreso no guarda diferencias sustanciales con las modalidades vigentes en países de la misma tradición jurídica, como España o Italia, con un proceso de selección repartido en varios exámenes, a menudo seguido o precedido por un período de prácticas, cuya finalidad primordial es comprobar el conocimiento de las principales materias jurídicas⁽³⁾. La gestión de esta fase de selección se atribuye en el Perú al Consejo

⁽¹⁴⁸⁾ NARDONE, 308 U.S. 338, 340; cf. también *Brown v. Illinois*, 422 U.S. (1975), 590, con factores de ponderación concretos; al respecto KAMISAR/ISRAEL/LAFAVE/KING/KERR, supra, nota al pie, p. 889.

⁽¹⁴⁹⁾ De la jurisprudencia, cf. p. ej. *Hudson v. Michigan*, 2160 s. y pássim; crítico, WASSERSTROM/MERTENS, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 88 s., con ulteriores referencias; cf. también ya PITLER, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 587 s. ("absolute immunity from prosecution is too high a price to pay to deter illegal police conduct.")

⁽¹⁵⁰⁾ Destacado por NARDONE, 308 U.S. 338, 342 ("The civilized conduct of criminal trials cannot be confined within mechanical rules. ... Such a system as ours must, within the limits here indicated, rely on the learning, good sense, fairness and courage of federal trial judges."). V. también, BRANSDORFER, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1070: "reasonable approach to criminal procedure" (los destacados pertenecen al original).

⁽¹⁵¹⁾ Cf. ya supra, nota al pie 89 ss. y texto principal.

⁽¹⁵²⁾ Cf. ALSCHULER, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1747, 1754 ss., con ulteriores referencias, 1765 ss.

⁽¹⁾ Al Profesor HURTADO Pozo, cuya trayectoria académica y profesional constituye un ejemplo para todo jurista.

⁽²⁾ Profesora Titular de Derecho Procesal Universidad de Castilla-La Mancha

⁽³⁾ Sobre los problemas en el Consiglio della Magistratura véase GUARNIERI, C., "El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado", en *El acceso a la función*