

Resolución dictada por la Dra Marisa Salvo, titular del Juzgado de garantías N° 5 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora en IPP N° 070003954910

///field, 27 de Agosto de 2010.

#### AUTOS Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

Las presentes actuaciones arriban a mi conocimiento a fin de que haga mérito de la aprehensión de Romina Giselle Bruno, en orden al hecho que el Sr. Fiscal califica provisoriamente como tenencia ilegítima de estupefacientes con fines de comercialización en concurso real con comercialización ilegítima de estupefacientes en los terminos del Arts 5 Inc. C de la Ley 23737 y modificatorias y 45 y 55 del Código Penal. Examinaré entonces si en el momento en que se ejecutó dicha aprehensión se configuraban los extremos del artículo 153 del Código Procesal Penal.-

De la lectura del acta de procedimiento obrante a fs 88/93 se desprende que dicha aprehensión fue el resultado del allanamiento practicado en el domicilio de la calle San Nicolas N° 3763 de la localidad de 9 de Abril.-

Ahora bien, estimo que la diligencia de mención fue ejecutada por los efectivos preventores en violación de garantías constitucionales, por lo que corresponde declarar la nulidad de la pieza procesal aludida y la de aquellos actos que guarden relación directa con la misma, por los argumentos que seguidamente expondré.-

El artículo 18 de nuestra constitución nacional, consagra entre otras garantías, la inviolabilidad del domicilio, al tiempo que prevé que una ley determinará en que casos y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Tal reglamentación viene dada por el código de procedimiento penal, que en lo pertinente establece, que será la autoridad judicial la encargada de emitir la orden de allanamiento. Excepcionalmente, el mismo cuerpo legal, autoriza a los funcionarios policiales a prescindir de la intervención del juez, en los supuestos de hecho taxativamente enumerados por el artículo 222 del ritual.-

Asimismo el artículo 219 del digesto ritual dispone que la orden de allanamiento, además de ser escrita, debe contener el lugar y el día en que la medida deberá efectuarse, y en su caso, la habilitación horaria que corresponda, entre otros elementos que aquella manda detalla. Por su parte, el párrafo 1° del artículo 220 del mismo cuerpo normativo establece que “Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá efectuarse desde que salga hasta que se ponga el sol”.-

Observado el caso a la luz de las citadas disposiciones, surge con claridad que el allanamiento documentado a fs. 88/93 y en virtud del cual se procedió a incautar, entre otros objetos, cocaína por un peso total de 4,1 gramos y asimismo se procedió a la aprehensión de la encausada, fue iniciado a las 19:20 hs. del día 26 de Agosto pasado, sin que la orden judicial que lo autorizara dispusiera su habilitación horaria a los fines de ser realizado en horario nocturno.

En efecto, según se desprende de la resolución de fs 85/86 de fecha 23 de Agosto pasado, hice lugar al pedido de allanamiento de la finca referida, requerido por el Sr. Agente Fiscal, el cual debía llevarse a cabo el día 24 o 25 o 26 o 31 de Agosto o 1 o 7 o 8 o 9 o 14 o 15 o 16 del mes de Septiembre del corriente año, dentro del horario previsto en el artículo 220 primer párrafo del ritual; denegando expresamente en la referida resolución, la solicitud

fiscal a fin de efectuar la diligencia en hora inhábil, desde que no encontré acreditados los supuestos previstos en el segundo párrafo de dicha norma.

Que conforme la página Oficial de Internet del Servicio de Hidrografía Naval de la Secretaría de Planeamiento dependiente del Ministerio de Defensa de La Nación, que tuve a mi vista, la puesta del sol en la fecha del procedimiento se produjo a las 18.30Hs.

Que el hecho de efectuarse el procedimiento, cuando ya se había puesto el sol, sin que la orden de allanamiento dispusiera la habilitación horaria, constituye un accionar de los funcionarios actuantes que importa un avasallamiento al derecho de inviolabilidad del domicilio (arts. 18, Constitución Nacional, 17 y 24 Constitución Provincial), toda vez que queda de manifiesto que en el momento en que el personal policial efectuó el ingreso no se encontraba habilitado para ello, alterándose así, las garantías constitucionales de la inviolabilidad del domicilio, como así también las reglas del debido proceso.

Así, comentando las garantías consagradas en nuestra Carta Magna, bien señala Maier que "“Nuestra Constitución nada expresa sobre las formas de llevar a cabo la medida ordenada (allanamiento de morada). Pero de sus antecedentes cabe concluir que la injerencia se satisface con el logro del fin determinado en el mandamiento, de la manera más moderada posible, esto es, sin infligir a quien la soporta otros daños accesorios y evitables. Siempre ha sido una medida de esta moderación –y no sólo entre nosotros, sino universalmente-, por ejemplo, evitar los allanamientos nocturnos, sólo posibles cuando son autorizados expresamente o en situaciones de necesidad.” (Cfr. Maier, J.B.J., “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos”, 2da. edic., Edit. Editores del Puerto, Bs. As., 2002, pág. 683).

Asimismo en un caso análogo, la sala III del Tribunal de Casación Penal ha afirmado: "El allanamiento de morada iniciado cuando ya se había puesto el sol y sin que la orden judicial que lo autorizara dispusiera su habilitación horaria a los fines de ser realizado en horario nocturno, deviene nulo. Ello así pues, al momento de practicarse, la orden de allanamiento se hallaba caduca y, a su vez, no concurrían en el caso los supuestos previstos en el párrafo 2º del artículo 220 del Código Procesal Penal. (CPPB Art. 220 2º párrafo TC0003 LP 38766 RSD-1020-9 S 22-12-2009 , Juez CARRAL (MA) CARATULA: G.,C. s/ Recurso de casación PUBLICACIONES: LL 7.3.2010, p. 7, con Nota de C.I. Ríos. APBA, 2010-3, p. 358. MAG. VOTANTES: Carral - Violini - Borinsky TRIB. DE ORIGEN: TR0400ME ).

Por otro lado no puedo dejar de señalar que si por alguna razón la autoridad policial se vió impedida ese día de llevar a cabo el allanamiento mencionado en el horario ordenado, nada obstaba, para evitar ulteriores consecuencias, a efectuar el mismo en alguna otra de las numerosas fechas que a pedido del Sr. Agente Fiscal, la orden autorizaba.

En el caso que nos ocupa, el vicio que se analiza, trae aparejada la necesidad de disponer la nulidad del acta de procedimiento obrante a fs 88/93, correspondiendo su declaración de oficio, por revestir el carácter de absoluta (conf. arts. 201, 203 y 219, Cód. Procesal Penal). Sentado ello corresponde analizar hasta dónde se extiende la ilegalidad de dicha pieza procesal, de conformidad con lo previsto por el art. 207 del C.P.P. que regula los efectos que se proyectan sobre el proceso al declarar la nulidad de un acto y la teoría de los frutos del árbol venenoso, perfilada en diversos pronunciamientos por la Corte Suprema de Justicia Nacional - tomada de la corte estadounidense, donde recibe el nombre de "fruit of the poisonous tree" - y establece la exclusión del proceso de todo elemento probatorio obtenido por medios ilegítimos. La Cámara Nacional de Casación Penal ha sostenido al respecto "La regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías

ilegítimas, porque de lo contrario se desconoce el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo a las garantías otorgadas por nuestra constitución nacional" (Cam. Nac. Cas. Penal, S-II-1995- reg. 543). El código de rito prevé expresamente dicha regla en su art. 211, que establece que carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida, con afectación de garantías constitucionales. Esta invalidez de todo procedimiento o evidencia efectuado u obtenido contrariando garantías constitucionales se extiende a aquellos actos que si bien pudieron haber sido incorporados al proceso regularmente, son consecuencia directa de aquellos - así también emerge del art. 207 del C.P.P. precedentemente citado, en la medida que este establece que la nulidad de un acto, declarada que fuera, hará nulos los actos consecutivos que de el dependan -. Sin embargo, la propia Corte formuló una excepción a dicha doctrina: la existencia de un cauce de investigación independiente del ilegítimo, de manera que pueda afirmarse, a través de un juicio hipotético, la posibilidad de adquirir la evidencia cuestionada a través de una fuente autónoma. Ahora bien, en el presente, no existe dicha fuente independiente posterior al procedimiento de allanamiento ilegal, que me permita la aplicación de la citada excepción. Así la incautación de la sustancia estupefaciente en cuestión, el test orientativo efectuada sobre la misma, el informe ambiental, los fotogramas que ilustran el procedimiento, las declaraciones de los testigos de actuación, y de los efectivos preventores que ejecutaron la medida y la detención de la imputada, guardan una relación necesaria y estrecha con la medida viciada, por lo que corresponde aplicar igualmente la nulidad respecto de aquellas. Así también lo sostuvo nuestro más Alto Tribunal "Si en el proceso existe un solo cauce de investigación y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquel"(Francomano, Alberto; CSJN, nov-1987, LL - 1988-B, 455).

En relación al pedido de detención de Maximiliano Bruno, de momento no corresponde hacer lugar al mismo, en tanto se funda en las piezas procesales que han devenido nulas, no encontrándose abastecidos los presupuestos exigidos por el artículo 151, primer párrafo del Código de Procedimiento Penal.-

Es entonces, que por las razones de hecho y de derecho esgrimidas,

**RESUELVO:**

I.- **DECRETAR LA NULIDAD** del acta de procedimiento de fs. 88/93 y de todo lo actuado en su consecuencia (art. 201 y 207 del C.P.P.).-

II.- **HACER CESAR LA DETENCIÓN** de Romina Giselle Bruno y en consecuencia, **DISPONER SU INMEDIATA LIBERTAD** en cuanto a estos autos se refiere, la que se hará efectiva desde la seccional preventora, una vez constatada la falta de impedimento legal y previa constitución de domicilio dentro del ámbito de la provincia. (art. 147 del C.P.P.).-

III.- **NO HACER LUGAR** a la detención solicitada por el Sr. Agente Fiscal (Art. 151 párrafo 1º "contrario sensu" del C.P.P.).-

Notifíquese. Una vez firme, remítase a la Unidad Funcional de Instrucción nro. 21, a sus efectos, sirviendo el presente de atenta nota de envío.