

Poder Judicial de la Nación

Sala I – 41.582 – R., E. J.

Rechazo de planteo de nulidad

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 45, Secretaría N° 122

///nos Aires, 6 de diciembre de 2011.-

AUTOS Y VISTOS:

Convoca la atención de la Sala el recurso de apelación deducido oportunamente por el Dr. Carlos Garay, titular de la Defensoría Pública Oficial N° 9 en lo Criminal de Instrucción, por la asistencia técnica de E. J. R., contra el punto dispositivo I de la resolución glosada a fs. 5/7, por cuanto por éste se rechazó el planteo de nulidad promovido por la parte.

A la audiencia prevista por el art. 454 del CPPN (texto según ley 26.374) compareció la Dra. Candelaria Migoya, funcionaria del Ministerio Público de la Defensa, a fin de exponer los fundamentos del recurso.

Habiendo deliberado el tribunal en los términos del art. 455 del mismo cuerpo legal, la cuestión debatida se encuentra en condiciones de ser resuelta.-

Y CONSIDERANDO:

I. Circunstancias del caso

La defensa oficial planteó la nulidad del acta de fs. 1/2, mediante la cual se documentó el secuestro de la mercadería que fue objeto del ilícito aquí investigado en el entendimiento de que en ese procedimiento, personal policial ingresó al domicilio de la calle a la altura catastral (San Antonio de Padua, Merlo, Provincia de Buenos Aires) sin orden de allanamiento ni motivos de urgencia para realizarlo, siendo que “*el consentimiento aparente no puede sanear el acto*”.

La juez de instrucción analizó la validez de la diligencia puesta en crisis en los términos del código de procedimientos de la Provincia de Buenos Aires (arts. 220 y 222 de ese cuerpo legal), ya que fue en esa jurisdicción donde se llevó a cabo, y concluyó que no se vieron afectadas las garantías al debido proceso ni el real ejercicio del derecho de defensa.

II. Fondo del asunto

Luego del análisis del asunto, concluimos que los argumentos desarrollados por la defensa resultan atendibles, por lo cual habremos de revocar el auto apelado.

Consideramos que al no haberse verificado en el caso las excepciones previstas en los artículos 220 y 222 del Código de Procedimientos en Materia Penal de la provincia de Buenos Aires, los funcionarios de policía actuaron excediendo sus atribuciones legales.

En ese sentido y como es sabido, el art. 18 de la Constitución Nacional consagra el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante correlativo del principio general del art. 19 en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público, sin perjuicio de lo cual se han establecido algunos supuestos, expresamente contemplados, que le reconocen a los funcionarios de la prevención la posibilidad de obviar la orden allanamiento librada por el juez a cargo de la causa.

Del acta que se pretende impugnar se desprende que los policías indicaron que A. B. O. *“prestó su anuencia para nuestro ingreso al lugar con el fin de certificar las cajas que mencionara (...)”* y en su declaración de fs. 30 la nombrada refirió que al salir a la puerta de su casa junto con su hija *“para ir a buscar a E. para que se llevara las cosas, se encuentran con personal policial los que le informan que dentro de su casa tenían mercadería ilícita. Que la dicente les informó cómo sucedieron los hechos y los autorizó a ingresar a la vivienda”*.

Ahora bien, en el marco del examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto y de lo reseñado precedentemente surge que no se ha dejado constancia de que O. haya sido informada de su derecho a negar la autorización a tal procedimiento. Así entonces, resulta aplicable al caso lo expuesto por el juez Petracchi en el fallo *“Fiorentino”* de la CSJN (306:1752), *“Si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento”* (el destacado nos pertenece).

Por otro lado, no compartimos lo expuesto por la juez *a quo* en cuanto a que han habido motivos de urgencia que habilitaron el procedimiento dado que entendemos que se pudieron haber implementado medidas menos lesivas que la que se cuestiona. Nótese al respecto que, tal como sostiene la defensa, si se temía que la mercadería sustraída fuera sacada del lugar, bien podría haberse implementado consigna policial en la finca hasta que se obtuviera la orden judicial para ingresar al lugar o se podrían haber secuestrado los elementos si hubiesen intentado sacarlos del domicilio, especialmente teniendo en cuenta que los preventores estaban en comunicación telefónica con la empresa que monitoreaba el trayecto de una de las cajas mediante el rastreador colocado en ella. Es de destacar, en este sentido, que R. no estaba siendo perseguido, ni los ocupantes de la vivienda clamaban por socorro (art. 222, CPP de la provincia de Buenos Aires), ya que el imputado había abandonado previamente el lugar. De este modo, más allá de la invalidez de la autorización supuestamente prestada

Poder Judicial de la Nación

Sala I – 41.582 – R., E. J.

Rechazo de planteo de nulidad

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 45, Secretaría N° 122

por O., únicamente hubiera habilitado el ingreso en horario nocturno (art. 220 *ibidem*) pero nunca sin orden judicial.

Así entonces, consideramos que debe anularse el acta de procedimiento de fs. 1/2, sin perjuicio del curso de prueba independiente que pueda existir de acuerdo a las demás constancias de autos, lo cual deberá ser evaluado por la juez de instrucción a cargo del caso.

Por lo expuesto, el tribunal **RESUELVE**:

I. REVOCAR la resolución de fs. 6/8 en todo cuanto ha sido materia de recurso (art. 455 *a contrario sensu* del CPPN).

II. DECLARAR LA NULIDAD del acta de procedimiento de fs. 1/2 de los autos principales (arts. 168 y 172 *ibidem*).

Se deja constancia de que el juez Barbarosch no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

Devuélvase, debiendo efectuarse las notificaciones correspondientes en la instancia de origen. Sirva lo proveído de atenta nota de envío.-

USO OFICIAL

JORGE LUIS RIMONDI

LUIS MARÍA BUNGE CAMPOS

Ante mí:

Sebastián Castrillón
Prosecretario de Cámara