

//tencia No. 242

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, veinte de julio de dos mil veintiuno

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA - UN DELITO PREVISTO EN EL ART. 31 DE LA LEY 14.294 EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 17.016, EN LA MODALIDAD DE DEPÓSITO DE ESTUPEFACIENTES NO PARA CONSUMO - CASACIÓN PENAL"**, IUE: 90-203/2016.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° **472/2018**, del 20 de noviembre de 2018, el titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 29° Turno condenó: *"...a AA como autor penalmente responsable de un delito previsto en el art. 31 de la ley 14.294 en la redacción dada por la ley 17.016, en la modalidad de depósito de estupefacientes no para su consumo, a la pena de dos (2) años y seis (6) meses de penitenciaria con descuento de la detención sufrida y de su cargo los gastos carcelarios previstos en el art. 105 del código penal, disponiendo el comiso de la sustancia, poniéndolo a disposición de la Comisión Honoraria de Lucha contra las Toxicomanías, así como también el comiso del dinero incautado procediendo su traspaso a la Junta Nacional de Drogas.*

Téngase por compurgada la pena por cumplimiento, extinguida la pena y por definitiva su libertad.

Notifíquese, consentida o ejecutoriada, comuníquese, oportunamente consúltese si correspondiere y archívese” (fs. 183/188).

II) Por sentencia definitiva N° **157/2019**, del 18 de setiembre de 2019, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno confirmó la sentencia definitiva de primera instancia (fs. 227/231 vuelto).

III) En tiempo y forma compareció la Defensa del condenado e interpuso el recurso de casación bajo examen. Identificó como norma de Derecho infringida a la contenida en el artículo 102 del C.P.P. (Decreto-ley N° 15.032). Calificó dicha infracción, en el marco de lo dispuesto en el artículo 269 del C.P.P., como infracción a la ley en el fondo.

En lo medular, sostuvo lo siguiente:

(i) La Sala, al considerar entre los elementos probatorios que sustentaron la condena del Sr. AA al examen pericial de la sustancia incautada en un allanamiento nulo, incurrió en un error de Derecho.

Y ello porque: (a) la

sentencia definitiva de primera instancia ya había descartado tal medio probatorio y (b) porque es muy claro que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del C.P.P. ello le estaba vedado, por ser un medio probatorio dependiente del allanamiento declarado nulo.

Es justamente ese examen pericial el medio probatorio en el cual la Sala se apoyó, para fundar por qué la confesión del Sr. AA era un elemento probatorio suficiente para sostener su condena.

A su juicio es claro que si el examen pericial se realizó sobre sustancias obtenidas en el allanamiento nulo, es una prueba dependiente del allanamiento. Hay una conexión de antijuridicidad entre el allanamiento y el examen pericial.

(ii) Puntualizó que la Sala, al haber considerado a la confesión del Sr. AA como una prueba lícita por ser independiente del allanamiento nulo, incurrió en un error de Derecho. Es igualmente claro que tal confesión se brindó a consecuencia directa del allanamiento.

Resulta ilógico sostener que la confesión del Sr. AA no se produjo como consecuencia del allanamiento practicado ilícitamente en su domicilio. La confesión del imputado tiene como única causa el inconstitucional allanamiento nocturno, practi-

cado en su hogar antes de la salida del sol y sus resultancias.

De no haber habido allanamiento, no se hubiese producido la confesión. Sin el allanamiento nulo no se hubiesen incautado sustancias estupefacientes, sin sustancias estupefacientes no hubiese habido proceso penal y sin proceso penal no hubiese habido confesión.

En resumen, la Sala debió descartar la confesión por ser consecuencia directa de una prueba nula; al no haberlo hecho violó lo dispuesto en el artículo 102 del C.P.P.

Si se acepta que un allanamiento nulo no invalida la posterior confesión que un individuo realice respecto a los eventuales delitos acreditados mediante tal allanamiento, se estaría incentivando notablemente la práctica de allanamientos ilegales.

¿Por qué tomar las precauciones para respetar la Constitución si su violación no tiene consecuencias negativas, como en el caso del Sr. AA?

No hay nada en esta causa que no dependa del allanamiento nulo.

(iii) Aun cuando se obviara lo que viene de señalarse, en cuanto a la ilicitud de

la confesión y la prueba pericial de las sustancias incautadas, igualmente la sentencia recurrida debe ser revocada (SIC), por verificarse una clara insuficiencia de la prueba que sustenta la condena impuesta. En efecto, la mera confesión del hecho, por sí sola como surge en esta causa a raíz de la declarada nulidad del allanamiento, no configura plena prueba respecto del delito imputado.

Actualmente existe acuerdo en que la sola confesión del imputado no es prueba suficiente para sustentar una condena penal.

Sin el allanamiento, ni la prueba pericial de las sustancias incautadas -prueba que fue descartada en primera instancia- el único medio probatorio es la confesión, la cual *per se* es insuficiente para sustentar una condena, por no constituir plena prueba.

En definitiva, solicitó que se anulara el fallo de segunda instancia y que, en su lugar, se absolviera a su defendido.

IV) Por Sentencia N° **2416** del 2 de diciembre de 2019 (fs. 255) se ordenó dar ingreso al recurso de casación movilizado y conferir traslado por el término legal, que fue puntualmente evacuado por el Sr. Fiscal Penal de Montevideo de 4° Turno, quien bregó por la confirmatoria (fs. 261/263 vuelto).

V) Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte, quien en su dictamen concluyó que corresponde rechazar el recurso movilizado (Dictamen N° 014, del 20 de febrero de 2020 (fs. 267/270 vuelto)).

VI) Por Decreto N° 187, del 27 de febrero de 2020 (fs. 272), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia. La Corporación fue debidamente integrada con el Sr. Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno Dr. Ángel M. Cal Shabán, debido a la vacante producida por el cese del Sr. Ministro de esta Corporación Dr. Eduardo Turell.

VII) Al término del estudio se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) Que por las razones que se detallarán a continuación la Suprema Corte de Justicia, debidamente integrada y por unanimidad, amparará el recurso de casación movilizado.

En su mérito, anulará la sentencia de condena y dispondrá la absolución del imputado.

II) **Los hechos del caso.**

II.I) El 18 de mayo de 2016, la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 2° Turno (subrogante), libró una orden de

allanamiento, requerida por la autoridad policial según Oficio N° 1101/20 de la Jefatura de Zona Operacional III de Montevideo, a los efectos de allanar al día siguiente -19 de mayo- la finca sita en la calle Campichuelo N° 507, domicilio de una persona apodada "El Canario".

Como es de estilo, la orden de allanamiento indicó que el allanamiento: "*se llevará a cabo (...) en lugares y horas hábiles*" (fs. 2).

El Oficio N° 1101/20 no fue agregado al expediente.

II.II) Surge de autos que el allanamiento se practicó aproximadamente a las 7:15 de la mañana del día previsto, por un contingente de ocho efectivos policiales (tres oficiales, un sargento, dos cabos y dos agentes), (fs. 3, 18-21, 26-33, 114 vto. *in fine*-115).

Como resultado del allanamiento se detuvo a quien resultaría ser el encausado de autos, Sr. AA, quien residía en la finca con su pareja y cuatro menores (fs. 39).

Durante el allanamiento se incautaron diversos elementos, entre los que se encontraban sustancias que, según prueba de campo realizada el mismo día, resultaron ser estupefacientes (2,234 kilogramos de cocaína y 5 gramos de marihuana) (fs. 13).

II.III) La Defensa en el curso de la instrucción, el día 20 de mayo de 2016, agregó documentos en los cuales se indicaba que el día anterior el sol había salido a la hora 7:34 (fs. 24); más tarde, en oportunidad de la otrora llamada "audiencia ratificatoria" (artículo 126 del C.P.P. - Decreto-ley N° 15.032), la Defensa denunció la nulidad de todo lo actuado, habida cuenta de que el allanamiento se produjo antes de la salida del sol, en violación de lo previsto en el artículo 11 de la Constitución; amén de otras irregularidades que también denunció (fs. 39-40 vto.).

Sostuvo que el allanamiento fue contrario a la Constitución y a las normas legales sobre la materia. Al depender toda la prueba de esa actuación, no había mérito para someter a proceso a su defendido. El planteo de la Defensa en cuanto a la nulidad de lo actuado no prosperó en primera instancia.

Fue así que, por sentencia interlocutoria N° 1044, del 20 de mayo de 2016, el Juzgado Letrado actuante dispuso el procesamiento con prisión del Sr. AA, imputándosele la presunta comisión de un delito previsto en el artículo 31 del Decreto-ley N° 14.294, en la modalidad de depósito de sustancias estupefacientes prohibidas (fs. 41/42 vto.).

El auto de procesamiento

fue apelado por la Defensa.

II.IV) En segunda instancia intervino el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno (fs. 80).

Dicha Sala dispuso, como medida para mejor proveer, que se oficiara al Servicio de Oceanografía, Hidrografía y Meteorología de la Armada, a los efectos de que informara la hora de salida del sol el día del allanamiento (fs. 88). A fs. 103-104 obra la respuesta del mencionado Servicio, en el que informa que el 19 de mayo de 2016 el sol salió a la hora 7:36.

Por sentencia interlocutoria de segunda instancia N° 70, del 29 de marzo de 2017, la Sala Penal de 2° Turno dispuso: (i) declarar absolutamente nulo el allanamiento realizado por la autoridad administrativa por contradecir las leyes prohibitivas en la materia (léase: el art. 11 de la Carta que proscribe los allanamientos nocturnos); y (ii) confirmar el enjuiciamiento y prisión del Sr. Suárez Suárez (fs. 111/117).

La Sala consideró que pese a la nulidad del allanamiento "y sus hallazgos" (fs. 115), existía otro material probatorio independiente del allanamiento que revelaba el cuerpo del delito e imponía confirmar el procesamiento; a saber: (i) La detallada

confesión del encausado, libre y espontánea, tomada con la garantía de su Defensa presente y la previa advertencia de su derecho a mantenerse callado y a no auto-incriminarse. (ii) La confirmación de que se trataba de sustancias estupefacientes es independiente de lo incautado en el allanamiento, ya que Suárez confesó que entregó la droga voluntariamente y la identificó como estupefacientes prohibidos.

II.V) En ocasión de dictar sentencia definitiva, la argumentación de la Sala determinante de su fallo se consignó en los considerandos IV y V (fs. 229-230).

En lo medular, sostuvo que a contrario de lo sostenido por la Defensa, la confesión del encausado, en la cual explicó dónde escondió la droga y la identificó como tal (pasta base de cocaína) así como la posterior prueba de campo que corroboró que se trataba de estupefacientes prohibidos, constituyen un medio de prueba independiente del allanamiento declarado nulo. En tal sentido, la Sala señaló -reiterando lo expresado en ocasión de confirmar el auto de procesamiento- que la confesión fue brindada por el encausado en forma espontánea y libre, en presencia de su Defensa y previa información de su derecho a no auto-incriminarse, lo cual conduce a concluir que se trata de prueba "totalmente independiente" del allanamiento

declarado nulo (fs. 230, cuarto párrafo, *in fine*). Además, destacó: (i) que la prueba de campo de las sustancias no fue objetada por la Defensa, quien se encontraba presente en tal diligencia; y, (ii) que el encausado no se retractó nunca de su confesión (fs. 229 vto., segundo párrafo).

III) **Marco normativo.**

III.I) Tal como viene de referirse, el cerno de la controversia en examen estriba en establecer si la prueba de cargo tomada en consideración por el Tribunal de Apelaciones y ceñida a la confesión del encausado y a la prueba de laboratorio, es una prueba que debe considerarse ilícita como pretende el recurrente y, por ende, inválida para sustentar la condena impuesta.

III.II) Cabe partir de la base de que en nuestro Derecho, la prueba obtenida en violación a los derechos y garantías de orden constitucional, como por ejemplo y aplicable a lo concreto: la inviolabilidad de domicilio, constituyen pruebas ilícitas.

A criterio de la Suprema Corte de Justicia, corresponde entender por prueba ilícita aquella prueba obtenida en infracción a derechos y garantías constitucionales, base fundamental del ser humano y de su proyección libre y digna en una sociedad

democráticamente organizada, que a la vez de empoderar al individuo marca un límite infranqueable al quehacer del Poder Etático. De esta forma, las normas constitucionales que consagran derechos individuales y estatuyen garantías poseen una doble función: el derecho o la garantía en el plano sustancial; y en tanto límite al Poder Etático y en el plano del Derecho Procesal marca un límite infranqueable a la actuación jurisdiccional y de sus auxiliares, integrando la base mínima del concepto de "debido proceso" (Cfme. entre otros muchos autores: Minvielle, B: "La prueba ilícita y el debido proceso penal. Enfoque constitucional de la búsqueda de prueba en el proceso penal". Amalio M. Fernández, Montevideo, 1988, pág. 118; Miranda Estrampes, Manuel: "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal". J.M. Bosch Editor, 2ª edición, Barcelona, 2004, pág. 19; Gascón Abellán, Marina: "*¿Freedom of proof?* El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita"; en: "Jueces para la Democracia - Información y debate", N° 52, marzo de 2005; Martínez García, E: "Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite da la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito". Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 47; Hairabedián, M.: "Eficacia de la prueba ilícita y sus

derivadas en el proceso penal". Ad-Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, pág. 38; Robles Tolosa, José Luis: "Los nuevos fundamentos constitucionales del proceso penal y en especial de su régimen probatorio", en obra colectiva: F. Luna Salas y E. Del Río (Directores): "Compendio de derecho probatorio contemporáneo", Ibáñez, Bogotá, 2019, pág. 213).

En el caso, la ilicitud consistió y así se declaró por la Sala Penal, en el allanamiento de morada realizado en horas no habilitadas (antes de la salida del sol). Este acto de instrucción, supuso una violación al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, expresión particular del derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

La Corporación no puede sino estar más de acuerdo con la ilicitud del allanamiento y la exclusión probatoria (sustancia incautada en su devenir) declarada por el tribunal de mérito en segunda instancia. Tal declaración supuso el respeto incondicional al art. 11 de la Constitución, que también abarca a la prueba obtenida en el ilícito allanamiento.

III.III) Ahora bien, la cuestión central de la casación es el valor de las pruebas que tienen su fuente directa en el allanamiento

ilícito. Esto cabe tanto cómo preguntarse si la nulidad declarada tiene un **efecto reflejo** respecto de las sucesivas pruebas y hasta qué punto ello alcanza.

La Corporación reconoce dicho efecto reflejo respecto de las pruebas sucesivas y en la medida que sean claramente dependientes del acto ilícito declarado así.

La regla de exclusión de la prueba ilícita supone, entonces, la contrariedad jurídica (ilicitud) del acto de búsqueda (allanamiento) y la imposibilidad jurídica de admitir en el proceso la prueba obtenida a raíz de la misma. Tal tipo de prueba deviene en "inviabile" o en términos estrictamente procesales "inadmisibile" por virtud de hallar en su base una búsqueda ilícitamente practicada.

Esta regla de exclusión probatoria no requiere de ninguna norma procesal; dimana directamente de la Constitución y por la posición preferente e inviolables de los derechos fundamentales y a los efectos de que en el ámbito judicial pueda referirse a un "debido proceso".

El enunciado realizado precedentemente no obedece a ninguna concesión 'supergarantista' en términos empleados por M. Gascón Abella, sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan

en el ordenamiento jurídico y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia en todos los planos y niveles” (ob. cit.: M: “Freedom...”, cit., pág. 77).

No debe perderse el norte que en un Estado de Derecho todos los poderes públicos están al servicio y reconocen como límite (explícita e implícitamente) los derechos y garantías constitucionales (véase: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Schenk c. Suiza, sentencia del 12 de julio de 1988, fundamento de derecho 1.A] (...)); Tribunal Constitucional de Italia, el Tribunal Supremo Federal Alemán y el Tribunal Constitucional Español citados por Miranda Estrampes, M: “La prueba ilícita...”, cit., pág. 135).

III.IV) La mejor Teoría de la Prueba insiste en el hecho de que al lado del deber de obtención de la verdad material, los ordenamientos jurídicos actuales, tienen antes el deber de preservar otros valores que se consideran merecedores de mayor protección. Para decirlo de un modo gráfico: *hay que buscar la verdad, pero no de cualquier manera.*

Resulta muy sencillo de visualizar justamente en procesos como el penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza por virtud del nivel en que pueden verse comprometidos los derechos individuales, exigiendo que en la averiguación

de la verdad se protejan, en todo caso determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas, caros para la convivencia en una sociedad democráticamente organizada.

Va de suyo, entonces, que muchas de las normas limitativas en el orden procesal y que gobiernan la prueba se resuelven en definitivas como "entorpecedoras" de la averiguación de la verdad; mas ello se funda en la realización y protección de derechos individuales, base del Estado de Derecho.

Entonces, la verdad que puede obtenerse en el proceso jurisdiccional está condicionada por una serie de limitaciones de diverso orden, que son propios del contexto institucional en que se desarrollan.

En lo que hace a este caso, interesa el condicionamiento concerniente a las limitaciones probatorias que se presentan al Juez fundadas en la protección de otros valores relevantes para el ordenamiento jurídico. Se trata de reglas que, enderezándose primariamente a la tutela de determinados valores extraprocesales (la intimidad, la paz del hogar, privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, etc.), prevalecen en juicio ante las exigencias de averiguar la verdad.

Claro ejemplo de ello son

las pruebas obtenidas a partir de un allanamiento sin orden judicial previa o sin cumplir las limitantes que dicha orden establecía. En tales casos, aun cuando lleguemos a la verdad material de los hechos, dichas pruebas no pueden ingresarse válidamente al proceso por haber sido obtenidas violentando garantías propias del ser humano, optando el sistema jurídico por sacrificar el propósito de obtener la verdad material en salvaguarda de valores humanos más valiosos.

En suma: se priorizan ciertos derechos constitucionales por sobre la finalidad de obtener la verdad a la que tiende el proceso.

Los casos de las pruebas ilícitamente obtenidas, son casos en que las pruebas resultan inutilizables, porque se han conseguido violando las garantías institucionales de adquisición de la prueba (Cfme. Sentencia del TCA N° 187/2012).

Como lo consigna el Sr. Ministro Dr. Sosa Aguirre en su voto, en buena medida el meollo de la cuestión discutida pasa por establecer si el fin (ejercicio de la acción penal a los efectos de repeler conductas no queridas por nuestro ordenamiento jurídico) puede justificar los medios empleados para llegar a la constatación judicial de los hechos que penalmente tipifican la figura delictual.

III.V) La Suprema Corte

considera que infolios la prueba de cargo se obtuvo **íntegramente** a partir de un allanamiento nocturno, proscrito por la Constitución y, tal proceder como ya fue declarado, no puede ser admitido jurídicamente en un Estado de Derecho.

Como bien lo señaló el recurrente, en esta causa todas las pruebas incorporadas al proceso tienen su fuente y dependen directamente del allanamiento practicado el día 19 de mayo de 2016, antes de la salida del sol, en la finca de la calle Campichuelo 507, domicilio del encausado y su familia, en el cual se incautara una considerable cantidad de cocaína (más de dos kilogramos).

La Sala de Apelaciones consideró que pese a la declaración de nulidad del allanamiento y sus hallazgos, la posterior confesión del Sr. AA era una prueba totalmente independiente del allanamiento.

La mencionada Sala, a contrario de lo sostenido por la Defensa, argumentó que la confesión del encausado, en la cual este explicó dónde escondió la droga y la identificó como tal (pasta base de cocaína), así como la posterior prueba de campo que corroboró que se trataba de estupefacientes prohibidos, constituyen un medio de prueba independiente del allanamiento declarado nulo.

Reiterando lo expresado en ocasión de confirmar el procesamiento, sostuvo que la confesión fue brindada por el encausado en forma espontánea y libre, en presencia de su Defensa y previa información de su derecho a no auto-incriminarse, todo lo cual conduce a concluir que se trata de prueba "totalmente independiente" del allanamiento declarado nulo (fs. 230, cuarto párrafo, *in fine*). Además, destacó: (i) que la prueba de campo de las sustancias no fue objetada por la Defensa, quien se encontraba presente en tal diligencia; y, (ii) que el encausado no se retractó nunca de su confesión (fs. 229 vto., segundo párrafo).

La Corte no comparte en esta ocasión el temperamento adoptado por la Sala en lo Penal de 2° Turno.

El marco fáctico sobre el que se sustenta la condena de segunda instancia, permite concluir sin mayor hesitación que no puede hablarse de una prueba de campo o pericial fundante de una sanción penal, **si la sustancia periciada resultó excluida por la ilicitud en su obtención** (como ya previamente lo había resuelto el mismo Tribunal).

Tampoco puede hacerse caudal de las declaraciones del encausado **porque su detención se produce por virtud de la búsqueda y**

hallazgo ilícito y puntualmente se le interroga sobre el material ilícitamente obtenido.

No puede referirse a estas pruebas como "independientes" sino que se hallan **causal e inexorablemente conectadas con la búsqueda ilícita**. Es que si hacemos abstracción de la sustancia incautada ilícitamente nada podía reprochársele al encausado y sobre nada había que interrogar.

En otros términos, el presupuesto, tanto fáctico como jurídico del resultado pericial y de la declaración de AA, es el allanamiento inconstitucional. Se reitera, de otro modo el Sr. AA nunca hubiera sido detenido e interrogado, ni, claro está, tampoco la droga hubiese sido periciada.

En igual sentido, fuertemente crítico a una argumentación como la utilizada por la Sala en este caso, se manifestó el reconocido jurista Perfecto Andrés Ibáñez: *"En efecto, si la nulidad del registro es absoluta e insubsanable (v.gr. regla de exclusión probatoria por inadmisibilidad) ello quiere decir que dejarían de tener relevancia procesal los objetos hallados en el mismo. Y, siendo así, no se entiende con base en qué fuente de información podría ni siquiera formularse por el acusador al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente. Habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstan-*

te, a hacerse la pregunta, ésta no daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla: y, además, generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con prevalimiento de la circunstancia de que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal" (Andrés Ibáñez, P.: "La función de las garantías en la actividad probatoria", en obra colectiva "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, citado por Miranda Estrampes, M.: "La Prueba Ilícita...", cit., pág. 148).

Como se observa la ilicitud declarada en su momento por el Tribunal de Apelaciones de 2º Turno, tiene un **efecto reflejo o "dominó"** y, por ende también son ilícitas las pruebas **directamente** obtenidas a partir de la lesión de un derecho fundamental en tanto derivan en exclusividad de la primigenia búsqueda.

Como enseña Marina Gascón Abellán, "...este efecto reflejo o dominó de la prueba ilícita (o lo que es lo mismo, el reconocimiento de la prueba ilícita derivada) no es sino una manifestación

de lo que la doctrina norteamericana llama la teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), que expresa la nulidad de todo aquello que trae por causa de un acto nulo ...” (*Freedom...*, pág. 59).

Cabe traer a colación lo expuesto por el magistrado español Jorge Barreiro, en idéntico disenso con el modelo de decisión de la Sala - allanamiento nulo, confesión válida-:

“(...) parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia diligencia de registro. Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal

con sólo la declaración autoinculpatória del acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena..." (Barreiro, J.: "La prueba ilícita en el proceso penal". En: "Recopilación de Ponencias y Comunicaciones" Volumen II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 1237, citado por Miranda Estrampes, M: "La Prueba Ilícita...", cit., pág. 148).

En nuestra doctrina esta redactora ha sostenido la inadmisibilidad de la prueba derivada, toda vez que reconoce su origen en actos violatorios de derechos individuales. De otro modo, las reglas de exclusión y sus fundamentos podrían ser fácilmente burladas por el investigador.

Y dentro de la prueba derivada, me he colocado en la posición más estricta, exigiendo un **nexo causal** entre la fuente ilícita y la prueba derivada obtenida a partir de ella, siendo la segunda un resultado necesario de la primera (Cfme. Minvielle, B.: "La prueba ilícita...", cit., pág. 134), situación que la Corporación entiende acontece en el caso.

Como lo consigna el Sr. Ministro integrante Dr. Angel M. Cal Shabán en su voto y que se comparte plenamente, "...en el caso existe un *nexo causal directo entre la prueba ilícitamente*

obtenida declarada nula y la derivada, de la que se sirvió la sentencia impugnada para condenar; esto es, confesión y droga incautada en el allanamiento ilícito como corroborante de aquella (...) las dos pruebas derivadas son el fruto necesario de la primera.

Ello es así en un doble sentido: primero porque entre los hallazgos obtenidos en el 'allanamiento' nulo, se encontró por indicación del encausado la droga prohibida que tenía en su haber, hallazgo que tal como lo delimitó el Tribunal de Alzada desde el comienzo, debe ser considerado nulo por así corresponder.

En segundo lugar, porque resulta que la confesión prestada judicialmente con todas las garantías formales del debido proceso, fue provocada a partir del interrogatorio efectuado en medio de un acto nulo. Acto nulo y que conlleva la mayor violencia, pues por más que el imputado tuviera antecedentes judiciales y por ende puede inferirse mayor experiencia en el trato policial, no se puede negar la violencia padecida por quien ve caer la puerta de su casa cuando todavía no había amanecido, derribada por un grupo de policías que irrumpió cuando se hallaba durmiendo con su familia.

Es notorio que despertar en tales circunstancias implica un acto de violencia

mayor cualquiera sea la experiencia que se tenga al respecto, el que seguramente no fue seguido de palabras amables y gestos apacibles y tranquilizadores por parte de los agentes como se infiere de los dichos del encausado al expresar que sintió miedo por su familia y temió por su vida hasta que llegó al local policial de la Zona III.

La declaración vertida en sede administrativa no puede ser tenida en cuenta dada las circunstancias que rodearon sus manifestaciones; siquiera es idónea como base para formular un interrogatorio judicial.

En este marco, carece de valor la confesión judicial. Volviendo a las expresiones del Ministro Cal Shabán y que la Corte hace suyos, ...todo indica que dicha confesión (judicial) tomada a partir de una declaración y hallazgos obtenidos en un antecedente nulo, no pueden tener validez por si misma a efectos de una condena. El formalismo subsecuente de la declaración judicial no valida su confesión. En cualquier caso, resulta que la misma fue consecuencia natural en una lógica defensiva absurda de lo que había declarado administrativamente en coincidencia con los hallazgos del (no) 'allanamiento' que fueron desechados en la resolución inicial del Tribunal de Apelaciones, por lo que no

deben ni pueden servir de soporte probatorio para inducir el interro-gatorio judicial.

De tal forma, la confesión judicial se desmorona totalmente por ser consecuencia directa de la declaración administrativa arrancada ilícitamente antes y porque, además, se basa en todos los hallazgos del allanamiento nulo que le precedió”.

III.VI) En definitiva, la prueba de cargo que sustenta la condena en segunda instancia deriva inmediata y directamente de la obtenida en el allanamiento nulo, por lo que constituye un error de Derecho haberla tenido en cuenta. El nexo de ilícita causalidad con la diligencia madre anulada no se rompió, lo que determina la nulidad a efectos de valorarla como prueba de cargo. Nula es la diligencia que atentó insubsanablemente contra la Constitución (art. 11) y nulos los efectos derivados de la misma como la confesión y los resultados periciales de las sustancias incautadas.

En base a lo expuesto, corresponde hacer resplandecer la garantía constitucional que proscribe ser juzgado mediante pruebas obtenidas ilícitamente, que se reitera conforma el módulo necesario para poder referir a lo que se denomina “debido proceso”.

De resultas, corresponde

amparar el recurso de casación, anular la sentencia de condena y absolver al imputado.

IV) Sobre los argumentos manejados en el dictamen del Sr. Fiscal de Corte para desestimar el recurso de casación y confirmar la condena.

En su dictamen el Sr. Fiscal de Corte aconsejó el rechazo del recurso de casación interpuesto en base a dos argumentos: i) porque el descubrimiento probatorio era "inevitable" (excepción esta que es acuñada fundamentalmente por la jurisprudencia estadounidense); ii) porque -coincidiendo con la Sala de Apelación- la confesión del encausado sería un medio de prueba independiente del allanamiento.

Con respecto al segundo argumento, por las razones expuestas *ut supra* no es posible compartir la calificación de "fuente independiente". Y ello porque resulta ostensible que todas las pruebas de cargo que se consideraron en esta causa depende de la búsqueda ilícita primigenia. Se reitera: sin allanamiento no habría detenido, ni confesión, ni, menos aún, droga "en depósito" periciada. Nos remitimos a los argumentos que en extenso ya hemos brindado.

Tampoco puede compartirse la aplicación de la llamada "excepción del descubrimiento inevitable" (*inevitable discovery exception*)

al caso, por varias razones

La primera y fundamental es que no se ha explicitado en donde estribaría la inevitabilidad del descubrimiento. La sustancia estupefaciente estaba escondida en la morada de Suárez y la policía accede a su incautación porque el encausado devela el lugar de escondite, todo ello en medio de un allanamiento ilícito cuyo objeto no resulta explicitado en autos.

Por otra parte, cabe añadir que esta última regla que hace excepción a la exclusión probatoria, ha sido justamente criticada y resistida en su aplicación. Es que tal excepción, al basarse en un juicio meramente conjetural o hipotético (contra fáctico), es decir, en lo que pudo haber pasado y no pasó, resulta difícilmente admisible desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que exige ser desvirtuada con datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita (cf. Gascón Abellán, M.: "*Freedom...*", cit., pág. 83).

Como denuncian DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, en la práctica -y de seguirse el excepcional parámetro de la inevitabilidad- se irá sufriendo una continua degradación y al final ocurrirá lo de siempre: todo o casi todo estaba a punto de ser descubierto por la policía; es más lo habría sido sin

vulnerar derecho alguno" (Miranda Estrampes, M: "El concepto de prueba ilícita...", cit., págs. 128-129).

En definitiva, ninguna de las excepciones a la regla de exclusión (*exclusionary rule*) manejadas por el Sr. Fiscal de Corte -teoría de la "fuente independiente" y del "descubrimiento inevitable"- son compartidas por la Corporación e impiden en este caso salvar la legitimidad de la prueba de cargo considerada.

V) **En cuanto al deber de denunciar de delitos y su aplicabilidad en el caso.**

Por último, corresponde consignar que, en atención a lo establecido en el artículo 177 del Código Penal (Omisión de los funcionarios en proceder a denunciar los delitos), resulta insoslayable que la Corte, como tribunal que ha tenido conocimiento de esta causa, tiene el deber de formular denuncia ante el Fiscal que por turno corresponda de los dos hechos que se pasan a mencionar.

En primer término, de autos surge que un grupo de funcionarios policiales procedieron al ingreso a una finca particular, fuera del horario habilitado constitucionalmente a tal efecto. Tal ilicitud no pueda eventualmente repercutir en otros órdenes de responsabilidad (penal y administrativo).

En segundo término, no es

posible soslayar que el día del allanamiento, los funcionarios policiales actuantes labraron -como es de rigor- un "acta de incautación" (fs. 5), del cual surge que se incautó, entre otros elementos: "...un block de sustancia aparente pasta base de cocaína con un peso de 1540 grs., 1 bolsa de nylon con sustancia aparente pasta base de cocaína con un peso de 875 grs. (...) 1 bolsa con sustancia blanca con un peso de 4,9 grs. (...)", (fotografía a fs. 10).

Dichas sustancias, según el acta suscripta en sede de la autoridad policial (fs. 16-16 vto.), arrojaron un peso de 2419,9 gramos (1540+875+4.9). Sin embargo, el mismo día, al presentarse ante la Sede Letrada actuante y realizarse la prueba de campo que demostró que era cocaína, su peso era 2234 gramos (1522+707+5), (fs. 13, 14). La diferencia en el peso de ambas sustancias es de 185,9 gramos.

No existe en el expediente explicación alguna de la pérdida de 185,9 gramos en el lapso transcurrido entre que se labró el acta en sede policial y que las sustancias se trasladaron al Juzgado, lo cual amerita, también, la puesta en conocimiento del hecho ante el Fiscal que por turno corresponda a efectos de que se proceda a la indagatoria que cupiere en función de las reglas aplicables.

Por estos fundamentos, la

Suprema Corte de Justicia, por unanimidad

FALLA:

(I) AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO Y, EN SU MÉRITO, DISPÓNESE LA ABSOLUCIÓN DEL ENCAUSADO AA POR HABER SIDO CONDENADO EN UN PROCESO PENAL EN EL MARCO DEL CUAL SE VIOLENTÓ LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO (ART. 11 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA).

(II) PONER EN CONOCIMIENTO DE LA FISCALÍA QUE POR TURNO CORRESPONDA LOS HECHOS ENUMERADOS EN EL CONSIDERANDO VI), ACOMPAÑANDO A TAL EFECTO UN TESTIMONIO DE ESTOS OBRADOS.

(III) PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. ÁNGEL CAL
MINISTRO

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA