

Causa nº 8.375; "AUCE, Raúl Eduardo s/ Encubrimiento".

///la ciudad de Mar del Plata, a los 31 días del mes de agosto de dos mil cinco, se reúne la Sala III de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal en acuerdo ordinario, con el objeto de dictar sentencia en los autos: "**AUCE, Raúl Eduardo s/ Encubrimiento**", y habiéndose practicado oportunamente el sorteo de ley, del mismo resultó que la votación deberá efectuarse en el orden siguiente: Señores Jueces Daniel Mario Laborde, Ricardo S. Favarotto, y Marcelo Alfredo Riquert (art. 168 de la C.P.B.A.).

El Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

**CUESTIONES:**

**1º)** ¿Tiene aptitud jurídica el consentimiento del interesado, titular del derecho de exclusión, para autorizar el registro policial de su domicilio?

**2º)** En su caso, ¿lo tiene en la situación particular del "sub judice"?

**3º)** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**Cuestión primera: ¿tiene aptitud jurídica el consentimiento del interesado, titular del derecho de exclusión, para autorizar el registro policial de su domicilio?**

**A la cuestión planteada el Señor Juez Daniel Mario Laborde dijo:**

Es sabido -y padecido- que las sucesivas y mutantes formulaciones de la compilación adjetiva que rige en nuestra Provincia, han originado algunos trastornos en cuanto a su aplicación. A través de una discreta contemporización judicial, pareciera que algunos ejercicios van ganando asentamiento y, por ende, eficacia procesal.

Ello ha originado una encarnizada gimnasia interpretativa que, según mi sencilla opinión, en este caso no se justifica. Porque creo que la ley vigente es clara en materia de allanamiento.

No ignoro -con obligada modestia- que la cuestión relativa al consentimiento del interesado para el ingreso y registro policial de un inmueble (tal el caso de autos) ha dado lugar -desde hace tiempo- a opiniones dogmáticas controvertidas y enfrentada jurisprudencia. Ello, sobre una casuística cuya verdad material no siempre fluye con certeza de las actas labradas en cada oportunidad.

En la actualidad, el asunto oscila -preponderantemente- entre dos extremos. Por un lado, la anuencia expresa, libremente otorgada por el morador informado y esclarecido con anterioridad, traída como legitimante del proceder que perdería así su esencia de allanamiento (aunque, en rigor, no se sepa en qué instituto procesal previamente previsto se convierte). Por el otro, el sostenimiento de la tutela judicial efectiva y continua, que, como regla (admitiéndose excepciones específicamente consagradas), enfrenta toda posibilidad de inspección domiciliaria sin orden de magistrado competente.

Ésta última es la solución que, a mi modo de ver, fluye prístina del criterio que informa el articulado (ritual, libro I, título VIII, capítulo III). El único texto que refiere la mentada conformidad es el numeral 220, ceñido como excepción al horario diurno que en principio debe respetarse. No es ése el esquema fáctico bajo examen.

La directriz fundamental está brindada por el 219, restringiendo a la fundada decisión judicial el quebrantamiento de la inviolabilidad del domicilio que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional. Sin esa orden, sólo valen para la Policía los casos de justificación contemplados en el 222. No se les reconoce a los

funcionarios de la dependencia actuarial la comodidad de preguntar al ocupante si los deja entrar; ni siquiera su actuación oficiosa sin intervención del Fiscal, a cuyo análisis queda supeditada la factibilidad del requerimiento (cit. 219).

Con este análisis literal, intrasistemático, y con el alcance indicado, expido mi voto en sentido negativo.

**A la misma cuestión planteada el Señor Juez Ricardo S. Favarotto dijo:**

Disiento con el voto del colega preopinante.

Más allá de las razones invocadas por el magistrado que me precede en el orden de votación, quien -fuera de los casos normativamente previstos- no admite el ingreso de efectivos policiales a una vivienda, sin la orden judicial respectiva (CN, 18; CPP, 222 "a contrario sensu"), entiendo, por mi parte, que la explícita, libre e informada aquiescencia del interesado (esto es, no sólo exenta de coacciones, engaños, errores, o presiones ilegales, sino también ilustrada), en tanto titular del derecho de exclusión, legitima el procedimiento de requisa domiciliaria.

Lo expuesto se condice con la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que -ya sea legal o moralmente vinculante- desde antiguo viene sosteniendo, en forma pacífica y reiterada, que *"implica allanamiento el ingreso mediante la fuerza a un domicilio contra la voluntad del morador. Si éste ha prestado su conformidad, no existe allanamiento y, obviamente, no se hace necesaria la orden respectiva"* (SCBA., P. 36.024, *"Guerrero Ocampo, Arnulfo Eladio"*, sent. del 26/07/88; P. 37.609, *"Davies, Milton Edri"*, sent. del 22/11/88; P. 37.869, *"Giménez, Roberto Julio"*, entre muchos otros).

En forma semejante se ha expedido la Corte Suprema de la Nación, quien conceptuó que *"si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas..., y, pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, descorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar..., no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación"* (CSN., causa *"Fernández, Víctor Hugo"*, sent. del 11/12/90).

Va de suyo que, según el criterio expuesto por el intérprete final de la Carta Magna, en plena sintonía con la doctrina de la Corte Provincial, el ingreso domiciliario consentido por el titular de la morada no erosiona la garantía constitucional del art. 18.

Desde un punto de vista lingüístico, la voz allanamiento presupone la ausencia de autorización del interesado. Para la Real Academia Española allanar es *"entrar a la fuerza en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño"* (cfr. 19ª edición, Madrid, 1.970, pág. 74); mientras que en el Gran Diccionario Salvat puede leerse que el vocablo quiere decir *"entrar en casa ajena sin permiso y forzando la entrada"* (cfr. Salvat Editores, Bs. As., 1.992, pág. 61).

Me pregunto si será posible que las acepciones etimológica y jurídica puedan no coincidir entre sí.

Entiendo que no. Como lo ha resuelto la Sala Primera de la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional, en el caso *"Monticelli de Prozillo"*, el allanamiento mencionado en el texto constitucional significa *"entrar por la fuerza a una casa ajena o contra la voluntad de su dueño. Por consiguiente, si existe voluntad de permitir el*

*ingreso, no hay allanamiento, ni necesidad de orden que lo disponga"* (cfr. "La Ley", 1.984-D, pág. 373).

Adhiriéndome al criterio expuesto por Carlos A. Chiara Díaz, considero que *"el consentimiento del interesado y el allanamiento serían entonces, las dos caras de una misma moneda: el ingreso a una morada ajena; que puede realizarse o por la voluntad del titular o contra ella (allanamiento)"* (cfr. *"Repercusión de los allanamientos ilegales en el proceso penal"*, publ. en "J.A.", del 19/11/86).

Así lo voto, por la afirmativa, al ser el producto de mi convicción razonada y sincera (CPP, 209/10).

**A la misma cuestión planteada el Señor Juez Marcelo Alfredo Riquert dijo:**

Aunque con divergencias de matices, como se verá "infra", coincido en general con lo expuesto por el Dr. Favarotto.

En efecto, recientemente, en resolución por Sala I recaída en causa N° 7.961 *"Silva, Maximiliano Alberto. Encubrimiento agravado"* (res. de febrero 17 de 2.005, reg. 207 LR, Dres. Laborde-Riquert), en la que se revocó la resolución de la instancia de origen que había declarado la nulidad del acta de procedimiento y secuestro por no reconocer valor al consentimiento prestado por el titular del derecho de exclusión en casos de registro domiciliario realizados por funcionarios públicos o agentes de la autoridad, se dijo que *"...este Tribunal comparte el razonamiento efectuado por el recurrente que se apoya, a su vez, en la jurisprudencia mayoritaria (federal y local). Así confrontar casos resueltos por la CSJN: "Fiorentino" (Fallos, 306:1752), "Fato" (Fallos, 311:836) y por el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As. in re "Arocena", Sala III, sent. del 14/12/2000 en c. nro.4.007 (citados y analizados, respectivamente, en "Garantías constitucionales en el proceso penal",*

*Alejandro D. Carrió, Hammurabi, 4º ed., 2.003, págs.318/323; "Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires", Horacio Daniel Piombo, Volumen II, Lexis Nexis-Depalma, 2.002, pág. 291). En efecto, resulta difícil sostener la presencia de un conflicto cuando el titular del bien ha consentido...".* Extractos pertinentes de los casos "Fiorentino" y "Fato" han sido también compilados por María Cecilia Maiza en su trabajo *"Garantías constitucionales y nulidades procesales"*, pub. en "Revista de Derecho Penal", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe/Buenos Aires, Tomo 2001-1, págs. 503/504 y 510, respectivamente.

Sin perjuicio de ello, en casos intervención de alguna fuerza de seguridad preventiva, como regla general, me parece oportuno destacar que acompaño la idea expuesta por el Dr. Laborde en orden a que no debe reconocerse a los funcionarios *"la comodidad de preguntar al ocupante si los deja entrar"*. Hago la salvedad de que pudiera mediar algún caso de urgencia que, excepcionalmente, "obligara" (en sentido figurado) al agente policial a optar por esa vía de acción (aunque tiendo a pensar que, en realidad, este orden de casos estarían seguramente amparados por la regla del art. 222 del ritual), y prescindir de la actividad inherente a obtener la orden pertinente emanada de juez competente. En síntesis, por vía de hipótesis, podría plantearse algún caso excepcional (sin dudas, no es este ya que no se advierte de lo actuado que ningún motivo razonable concurriera a justificar que se prescindiera de requerir la orden judicial; por ej., es claro que el rodado no iba a "desaparecer" de la escena en el lapso de tiempo que el trámite consumiera, bastaba con establecer una consigna que controlara un eventual intento de salida).

Voto por la afirmativa.

**Cuestión segunda: ¿lo tiene en la situación particular del "sub judice"?**

**A la cuestión planteada el Señor Juez Daniel Mario Laborde dijo:**

Sin perjuicio que en el caso particular nada le impedía al personal policial requerir la indispensable intervención judicial que lo autorizara a proceder conforme a derecho (CN, 18), al no habersele impuesto al causante del derecho que le asistía a negarse a la diligencia, considero que el consentimiento prestado por Raúl Eduardo Auce carece de significación jurídica para validar la anómala intervención policial de fs. 1/3.

Sólo me resta señalar que el antecedente invocado por el Sr. Juez Dr. Marcelo Riquert -que me incluye entre los firmantes- responde a un distinto esquema fáctico.

Voto por la negativa.

**A la misma cuestión planteada el Señor Juez Ricardo S. Favarotto dijo:**

Contra el auto que denegó no sólo el planteo de nulidad de todo lo actuado en autos, sino también el sobreseimiento del expedientado Raúl Eduardo Auce, disponiendo, por ende, que el caso sea elevado a la instancia de juicio (fs. 94/8 vta.), la defensa técnica del causante -solventemente ejercida por la Defensora Oficial Adjunta, Dra. María Victoria Sosa-, interpuso recurso de apelación a fs. 100/1 vta. (CPP, 337), reeditando, en lo sustancial, sus impugnaciones de fs. 88/90 vta. y renovando su solicitud en favor de la invalidación del registro domiciliario de la calle Chacabuco nº 8.228 de esta ciudad, y con él la incautación del "*corpus criminis et probatorium*"; es decir, tanto del automóvil "*Peugeot 505*", patente RHX-624, color azul, modelo 1.988,

como de las herramientas con las que se lo estaba desguazando en los fondos de ese inmueble (fs. 1/3).

En tal sentido, la defensa insistió en que, en la especie, *"la presencia de cinco efectivos policiales en un domicilio, suscita en la mayoría de los individuos una sensación de intranquilidad, que hace que difícilmente sepan cómo reaccionar si solicitan 'el consentimiento' para ingresar a su vivienda..."*(fs. 90).

Obsérvese que aun antes de obtener la anuencia de Auce, los preventores le informaron las precisas razones que motivaban sus presencias en el lugar, así como el específico ámbito del inmueble que sería examinado, tal como resulta del armónico ensamble del documento público de fs. 1/3 (CC, 993), con lo que testimoniaran en la fase instructoria los funcionarios y empleados preventores (a fs. 10, el Of. Ppal. Fabio Miguel Astor; a fs. 11, el Agte. Claudio Machin; a fs. 12, el Of. Ayte. Mauricio Véliz; a fs. 13, el Sgto. Víctor Oscar Albarracín; y a fs. 14, el Cabo 1º Carlos Oddone), y, principalmente, con lo que depusiera el testigo civil del procedimiento, Daniel Oscar Glassman, quien además de ratificar el contenido del acta inicial, por ser fiel reflejo de lo sucedido ante su presencia, expuso que Auce, luego de presentarse como dueño de la propiedad, dijo *"a viva voz y así lo escucho el declarante, que prestaba su conformidad para que la Policía ingresara al patio de la vivienda, lo cual así hizo"* (fs. 15).

De ello se desprende que, en la especie, el consentimiento del titular de la morada no sólo fue libre, sino también informado, es decir, con precisa noticia del cometido de la dotación policial y del sector del inmueble a registrar (fs. 1/3 y 15/vta., e/o).

A diferencia de la apelante, no creo que el número de efectivos policiales intervinientes en la diligencia cuestionada, cumplida

en horas del mediodía, fuera un factor de "intranquilidad" capaz de enervar o neutralizar las consecuencias jurídicas del acto propio. En todo caso, atribuyo ese presunto desasosiego (ni siquiera invocado por Auce, quien refrendó a fs. 3 el acta que se pretende anular) a la actividad ilícita a la que éste se hallaba abocado, al tiempo de recibir la inoportuna visita de la comisión investigadora.

En definitiva, no sólo por los impecables argumentos del Juez Errandonea, a fs. 94/8 vta., sino -además- por los propios de este sufragio, opino que la declaración de nulidad del acta policial de fs. 1/3, suscripta de conformidad hasta por el mismísimo interesado, deberá ser rechazada, a la vez que confirmada la desestimación del sobreseimiento que auspiciara la calificada defensa de Auce.

Así lo voto, por la afirmativa al ser el producto de mi convicción razonada y sincera (CPP, 209/10).

**A la misma cuestión planteada el Señor Juez Marcelo Alfredo Riquert dijo:**

Si bien al tratar la cuestión primera he coincidido en general con el Dr. Favarotto, en la especie le asigno una significación jurídica distinta a la que el colega propone, al consentimiento que exteriorizara el imputado Auce.

Sentado el punto, que marca la coincidencia con el segundo votante en cuanto a la posibilidad de verificar un consentimiento válido por el titular del derecho de exclusión, avanzo recordando un segundo aspecto resaltado en el precedente de esta Sala citado: *"Otra cuestión, independiente de ésta, será la de establecer en el caso concreto la validez de dicho consentimiento... Así como el derecho individual a la privacidad del domicilio resguardado en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y la consecuente garantía de su inviolabilidad*

*resulta oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público, no puede desconocerse la facultad que tiene el titular de dicho derecho de renunciar a la garantía constitucional establecida en su favor y permitir el ingreso de personas (sea cual fuere su calidad) a su recinto. Lo contrario implicaría reconocer un paternalismo estatal, impuesto a través de un análisis dogmático, toda vez que de la exégesis de la norma implicada (art. 220 del CPP., ley 11.922 y sus modificatorias), no se desprende la existencia del supuesto relevado por el "a-quo"... **La segunda cuestión** a revisar finca en **establecer si, en la especie, el consentimiento prestado por el titular del derecho de exclusión ante el registro de su domicilio resulta válido. La voluntad de quien consiente no debe estar viciada, se requiere en la persona una completa capacidad de comprensión de la situación y que no haya engaño, violencia, ni coacción o error** (cfr. Zaffaroni-Alagia-Slokar, en "Derecho Penal Parte General", Ediar, Ed.2002, pág.502)..."(el resaltado es personal).*

Este segundo aspecto destacado fluye elocuente del fallo de nuestro más Alto Tribunal in re "*Romero, Hector Hugo y otros s/inf.ley 20.771*" (del 1/12/88, R.1.XXII, Fallos:311:2507). Allí dijo que no cabe construir una regla abstracta que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisa domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que **es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto**, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido (cit. por Maiza, pág. 509. Ccte.: también de la CSJN, causa "Ferrer", 10/7/90, pub. en J.A. 1990-IV-237). No es otra cosa que la

reiterada exigencia de la CSJN de la "autorización válida" para prescindir de la orden de allanamiento (v., entre otros, caso "Hansen", 11/12/86).

En el voto que antecede, contrariamente a lo sostenido por la nulidicente (véase fs. 90), se concluye que *"el imputado dio su explícita aquiescencia con libertad (esto es, sin coacciones, errores, o presiones ilegales)"*. Repasando el acta cabeza de actuaciones, reza a fs. 1vta./2 que se llamó a la puerta del domicilio, atendió el imputado Auce, *"a quien se lo interioriza sobre nuestra presencia en el lugar y preguntado para que expresamente manifieste si autoriza a esta comisión (cinco agentes policiales) en presencia del testigo a acceder al patio posterior de la finca con la finalidad de verificar el automotor que allí se encuentra, contesta en forma afirmativa. En tales circunstancias accedemos..."*.

En los términos literales expuestos, entiendo que la falta de información suficiente opera como vicio de entidad para afectar la libre voluntad del titular del derecho de exclusión. No asigno a la cantidad de efectivos, en sí misma, la entidad propuesta por la defensa, aunque reconozco pueda haber generado algún grado de inquietud en su defendido. Centro la objeción invalidante en la falta de puesta en conocimiento al eventual imputado de las diversas opciones que al momento del requerimiento gozaba. Hoy día goza de un alto grado de consenso la idea de que el consentimiento, para ser válido, debe ser un "consentimiento informado". Esto, en pocas palabras, significa que sólo cuando se dispone de la posibilidad de evaluar todas las posibles alternativas y consecuencias, puede entenderse que realmente se brinda un consentimiento válido (en el proceso penal, esto se halla normativizado, por ejemplo, al formalizar la declaración del imputado, quien en forma previa debe ser puesto en conocimiento de que puede

negarse a ello). En el caso concreto que ahora nos ocupa, la objeción general señalada de inicio (nada excepcional concurría que aconsejara prescindir del pedido de orden de allanamiento), pudiera haber sido salvada por el consentimiento válido del titular del derecho de exclusión pero la omisión destacada entiendo que resta eficacia al reflejado en el acta de procedimiento puesta en crisis. En síntesis, la numerosa prevención policial que, sin brindar razón alguna, decidió llevar adelante la diligencia sin orden judicial optando por requerir en forma directa a quien eventualmente sería el imputado su consentimiento para ingresar al domicilio, al menos, debió informar adecuadamente a este que disponía de la alternativa de negarse a ello (y sus eventuales consecuencias). La falta de puesta en conocimiento de las posibilidades ciertas de otro modo de ejercer su derecho, la falta de información, afecta la validez del consentimiento en aquellas condiciones brindado.

En igual sentido lo postula Donna, con cita expresa al ya referido fallo "Fiorentino", diciendo que *"la Corte señaló que el consentimiento para legitimar la invasión a la intimidad de una morada ha de ser expreso, anterior a la entrada de la autoridad pública a la vivienda, sin mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar tal autorización"* (en su obra "Derecho Penal. Parte Especial" pág. 322, el resaltado en negrita es personal).

Por estos fundamentos, adhiero a la propuesta sometida al acuerdo por el Dr. Laborde.

**Cuesión Tercera: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?**

**A la cuestión planteada el Señor Juez Daniel Mario Laborde dijo:**

Propongo declarar la nulidad de lo obrado a fs. 1/3 y de las piezas consecuentes. Además, no existiendo constancias jurídicamente válidas para tener por acreditada la existencia del hecho investigado, corresponde y postulo dictar el sobreseimiento (CPP, 203, 204, 205 inc. 1, 207, 323 apartado 2, 324 y 327).

**A la misma cuestión planteada el Señor Juez Ricardo S. Favarotto dijo:**

Dejando a salvo mi opinión, por los fundamentos expuestos en la cuestión segunda, considero que frente al criterio de la mayoría deberá arbitrarse la solución propuesta por el magistrado preopinante.

Así lo voto.

**A la misma cuestión planteada el Señor Juez Marcelo Alfredo Riquert dijo:**

Voto en idéntico sentido que el Sr. Juez Laborde.

Con lo que finalizó el acuerdo, en mérito de cuyos fundamentos, el Tribunal, por mayoría de opiniones, **resuelve**: revocar el decisorio de fs. 94/8 vta., declarando la nulidad del procedimiento de fs. 1/3 y de los demás actos procesales que son su consecuencia (CPP, 201, 203, 207 y 211), y sobreseyendo a Raúl Eduardo Auce, ya filiado en autos, respecto del delito de encubrimiento (CP, 277 n° 1, letra "c"; CPP, 323 n° 2, 324 y 327), por el que se dispusiera su elevación a juicio.

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

Fdo. Daniel Mario Laborde, Marcelo Alfredo Riquert y Ricardo S. Favarotto, Jueces de Cámara

Ante mí: Marcelo Esteban Zarlenga, Secretario