

1191/12. “M., J. M. D.”. Nulidad. Encubrimiento. Instr. 2/107. Sala VII.

*Poder Judicial de la Nación*

///nos Aires, 14 de septiembre de 2012.

Y VISTOS:

Luego de celebrarse la audiencia prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal convoca a la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de J. M. D. M. contra el auto pasado a fs. 11/15 de este incidente, en cuanto rechazó el planteo de nulidad deducido por esa parte.

**El juez Mauro A. Divito dijo:**

Al no haberse verificado en el caso las excepciones previstas en el artículo 227 del Código Procesal Penal de la Nación ni aquéllas contempladas en el artículo 222 en sus incisos 1, 2 y 3 del Código de la Provincia de Buenos Aires, es claro que los funcionarios de policía debían contar con la orden de registro respectiva (artículos 224 del ordenamiento nacional y 219 del provincial).

A partir de ello y en el marco del examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto (Fallos: 328:149), el portón de madera que describe la testigo M. C. (fs. 105/106), con un alambrado en el frente (fs. 70) opera como una verdadera delimitación de la finca, al punto que el personal de policía al describir el sitio en el que fue hallado el vehículo ....., dominio ..... señaló que se encontraba dentro del terreno, en el que se observaba una precaria vivienda al fondo (cfr. fs. 1, 69/70 y 71).

Sentado ello, es decir, que en el caso se trató del secuestro de un automóvil que se encontraba en el interior de un inmueble al que se accedió sin una orden judicial que así lo autorizara -y bajo circunstancias que no impedían ni dificultaban obtenerla- ni razones de urgencia que motivaran la actuación sin ella, debe estudiarse el tópico vinculado al consentimiento que habría prestado J. M. D. M. respecto de la actuación del personal policial.

En torno de esta cuestión, se aprecia que en el acta correspondiente al procedimiento (fs. 1) no se volcaron los motivos que supuestamente le fueran comunicados al morador, ni cómo le habrían sido explicados, en su caso.

Así, conforme a los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Ventura”, la ausencia en el *sub examen* de la necesaria orden judicial y la inobservancia de los recaudos señalados en el párrafo anterior conduce a anular la actuación cumplida, pues la severa intromisión y afectación del derecho individual a la privacidad del domicilio que se ha verificado no puede ser avalada,

ya que, en otro orden, siquiera se contó en el sumario con la intervención del agente fiscal, según prevé el artículo 219 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires -circunstancia que adquiere mayor relevancia si se lee el final de la transcripción de fs. 107/109- ni con la ratificación del juez de garantías (de esta Sala VII, causa n° 39.723, “López, Ricardo”, del 2 de noviembre de 2010).

Las falencias apuntadas no quedan subsanadas, a mi juicio, con los testimonios que ulteriormente prestaron los funcionarios ante el señor juez de instrucción (fs. 69/70 y 71/72), en los que hicieron alusión a la invitación que les formuló el imputado y la insistencia de éste para que retiraran el rodado, toda vez que –como se apuntó- dichas circunstancias no fueron volcadas en el acta respectiva y ni siquiera fueron avaladas por la testigo del procedimiento, quien expresamente refirió que “no escuché nada de lo que dijo J. ni lo que los policías pudieron haberle informado...” (fs. 106).

En consecuencia, sin perjuicio de la validez de la noticia que la policía de la provincia de Buenos Aires habría recibido mediante un llamado al teléfono 911, entiendo que debe anularse el allanamiento documentado en el acta extendida a fs. 1 sobre la vivienda ubicada en ....., de la localidad de ....., provincia de ....., el secuestro del automotor ....., dominio ..... y los actos consecuentes (declaración indagatoria extendida a fs. 60/61 y decisión asumida a fs. 116/121).

En ese sentido extiendo mi voto.

**El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:**

Los elementos objetivos que surgen de la causa y el análisis de todas las circunstancias con injerencia en la cuestión permiten sostener la validez del procedimiento en el cual se incautara el vehículo afectado a las actuaciones.

A tal fin, deben valorarse el acta agregada a fs. 1 y las declaraciones testimoniales de los agentes D. M. M. (fs. 69/70) y P. A. G. (fs. 71/72) de las que se desprenden las circunstancias que derivaron en el ingreso al predio donde se incautó el vehículo con pedido de secuestro vigente.

En ese entendimiento, de lo actuado por el personal policial bonaerense surge que a partir del llamado al teléfono de emergencia 911 fueron comisionados a la finca que habitaba el causante, porque allí “est[aba]n trayendo autos, los desarma[ba]n todos adentro de... una casa precaria...” (fs. 107).

*Poder Judicial de la Nación*

Ante ello, los efectivos policiales se dirigieron al lugar y observaron que se trataba de un terreno, al parecer baldío, con una construcción precaria en el fondo. En la parte delantera del lote, se visualizó un auto parcialmente desmantelado, cubierto por unas lonas y junto a éste, al imputado “realizando algún trabajo con cables”.

Agregaron los preventores que el imputado se les acercó y al comunicarle los motivos de su convocatoria, aquél refirió espontáneamente que ese automóvil no le pertenecía, que había sido dejado por unos conocidos días antes para que lo guardase y agregó que se había ausentado de su domicilio y que al volver advirtió que había sido desmantelado.

Así, las explicaciones que, según los funcionarios brindó M., evidencian no sólo que fue informado de las razones que convocaron al personal policial, sino que bajo ese conocimiento autorizó el ingreso de los policías a la finca a los fines de verificar la procedencia del vehículo (acta de fs.1).

A ello se agrega, que una vez advertido el causante de que el automóvil registraba un pedido de secuestro, solicitó a los preventores que lo retirasen inmediatamente del lugar, pues de otro modo él lo sacaría y lo haría desaparecer (fs. 70 vta.).

De lo expuesto, se advierte que desde la perspectiva del pronunciamiento dictado por la Corte Federal en el caso “Ventura” (Fallos: 328:149), el análisis de las propias circunstancias del caso revela que M. no sólo conoció específicamente el motivo de la presencia policial (la sospecha de la existencia de un vehículo sustraído), sino que surge de las actuaciones cómo le fueron explicados dichas razones y fundamentalmente que la expresión “autorizó al personal policial al ingreso de la propiedad” y su solicitud para que se retirara de inmediato el vehículo del lugar, se vincula a una clara comprensión de que la cuestión a dilucidar por los policías era conocer el origen del rodado y que a tales fines les permitió ingresar a su vivienda.

Este consentimiento expreso torna incuestionable el actuar de los preventores, pues fue prestado por quien tenía derecho a excluirlos, una vez que fuera impuesto del interés de obtener información sobre el rodado que según aludió el propio imputado, fue dejado allí por terceras personas que no volvieron a retirarlo antes de ser desmantelado y carecer de valor económico.

Así voto.

**El juez Gustavo Bruzzone dijo:**

Convocado a intervenir en este asunto en función del art. 36 *b* del RJCC, y habiendo escuchado la grabación del audio, no tengo preguntas que formular a las partes.

Luego del análisis del caso y de las diversas actas que componen el expediente, la discrepancia sobre la que debo expedirme se ciñe exclusivamente a los efectos que tiene el consentimiento que pudo haber prestado el imputado, como único titular del derecho de exclusión, para que los agentes de la fuerza de seguridad bonaerense ingresaran a su inmueble y llevaran a cabo el procedimiento que culminó con el secuestro del rodado que dio inicio a estas actuaciones en su contra.

Analizada la cuestión a la luz de los lineamientos trazados por la CSJN en el fallo "**Ventura**"<sup>1</sup>, adelanto que he de compartir la solución que para el caso propone el colega Divito, en el sentido de anular el acta de fs. 1 donde se ha documentado el allanamiento practicado en autos, y todos los actos que son su consecuencia.

Ello así pues, en la pieza de referencia no surge de manera inequívoca que se le haya explicado a M. sobre los motivos de la presencia del personal policial y cuáles fueron las razones de su requerimiento y, especialmente, cuáles eran sus derechos para resistir la ausencia de orden legítima y qué efectos jurídicos se podrían derivar de ello. De su mera lectura se desprende que nada dice el acta acerca de cuáles fueron esos motivos, ni de cómo le habrían sido explicados al imputado para permitirles el ingreso y el posterior registro del vehículo.

En virtud de ello, y más allá de las manifestaciones espontáneas que pudo haber realizado M. a los funcionarios policiales al momento en que se presentaron en su domicilio, no puedo deducir de manera tácita que al franquear el ingreso a su morada actuaba con voluntad libre y con pleno conocimiento de lo que hacía, pilares de un consentimiento válido, puesto que ante la inexistencia de orden judicial, y no dándose ninguno de los casos de urgencia previstos en las legislaciones procesales respectivas, bien podía oponerse al ingreso de los agentes a su morada.

---

<sup>1</sup> Fallos 328:149; rto. 22/02/05.

*Poder Judicial de la Nación*

En este sentido, el fallo de la CSJN al que se hace referencia *ut supra* ha venido a establecer sobre este tópico que “*si se pretende dar al ‘consentimiento’ semejante alcance, entonces será necesario que las fuerzas del orden expliquen bien cual es el motivo concreto del ingreso que buscan llevar a cabo, de manera que resulte claro para el interesado saber qué está consintiendo*”<sup>2</sup>, circunstancia que, a mi entender, no se presenta en el caso, máxime si se tienen en cuenta los dichos de la testigo de actuación C., quien aclaró en su testimonio de fs. 106 que no había escuchado nada acerca de lo que los policías pudieran haberle informado al imputado.

Por otro lado, debo dejar en claro que no se trata aquí de poner en tela de juicio las declaraciones testimoniales que brindaron los preventores en sede judicial, quienes manifestaron que contaban con la expresa anuencia del imputado para el ingreso al inmueble, pero lo cierto es que ello no ha quedado debidamente documentado en tiempo y forma en el acta de fs. 1 y es a partir de allí que se genera la controversia, sembrando un manto de duda en relación a la legitimidad del procedimiento que no puede ser resuelto en contra del imputado, en virtud de la garantía constitucional del estado de inocencia y del *in dubio pro reo* que de ello se deriva.

En este orden, la mera ausencia de reparo al ingreso de los oficiales frente a la lógica coacción que pudo haberle generado la presencia de aquellos en el lugar, en modo alguno constituye una autorización suficiente que legitime su proceder.

Es que una medida de semejante intromisión estatal en el ámbito de privacidad de los particulares debe ser practicada bajo todas las precauciones necesarias a fin de no afectar principios elementales consagrados en nuestra Carta Magna desde antaño, y en el caso que aquí se nos presenta no se advierte, con la claridad correspondiente, que se haya velado por esos recaudos previstos en la ley y expresamente reconocidos por el Alto Tribunal en “**Ventura**”, ya que, como dije, la única testigo del hecho nada escuchó y el imputado ha guardado silencio.

De lo expuesto se colige entonces que el acto de registro practicado resultó irregular y afectó el debido proceso legal, al no mediar en el caso orden

---

<sup>2</sup> Carrió, Alejandro, “*Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*”, 5ª edición actualizada y ampliada, págs. 420 y ss, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.-

judicial, situación de urgencia ni consentimiento del titular del derecho de exclusión para que la medida se lleve a cabo, por lo que considero que se debe anular el acta de fs. 1 y todos los actos posteriores que derivan de ella.

Así voto.-

En virtud del acuerdo que antecede, esta Sala del Tribunal  
RESUELVE:

REVOCAR el auto extendido a fs. 11/15 de este incidente y DECLARAR LA NULIDAD del allanamiento documentado a fs. 1, del secuestro del automotor ....., dominio ....., de la declaración indagatoria de fs. 60/61 y del temperamento asumido a fs. 116/121.

Devuélvase y sirva lo aquí proveído de respetuosa nota de remisión.

El juez Rodolfo Pociello Argerich integra esta Sala VII por disposición de la Presidencia de esta Cámara del 5 de agosto de 2009, en tanto el juez Juan Esteban Cicciaro no suscribe esta resolución al no haber intervenido en la audiencia celebrada por hallarse en uso de licencia. Por su parte, el juez Gustavo Bruzzone interviene de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36, inciso “b” del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional.

Mauro A. Divito

Rodolfo Pociello Argerich  
(en disidencia)

Gustavo A. Bruzzone

Ante mí: Marcelo Alejandro Sánchez