

**Causa N° 29651/III**

**“MARCHESANO HERNÁNDEZ, JUAN ANDRÉS S/ SOBRESEIMIENTO”**

San Isidro, 1 de octubre de 2015.

**AUTOS Y VISTOS:**

Para resolver en el presente incidente el recurso de apelación interpuesto a fs. 16/27 por el Sr. Agente Fiscal que fuera concedido a fs. 28. Practicado en su oportunidad el sorteo que rige la Ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Celia M. Vazquez, Gustavo A. Herbel y, para el caso de disidencia, Carlos F. Blanco (conf. art. 440 del C.P.P.).

**Y CONSIDERANDO:**

**La Juez Celia M. Vazquez dijo:**

I.- Que el recurso de apelación interpuesto a fs. 16/27 contra el auto de fs. 6/14 ha sido presentado en término, el impugnante posee legitimación personal, el caso se trata de uno de los supuestos legales en los cuales se otorga la vía recursiva, y se observaron las formas para su interposición, por lo que considero que debe declararse admisible (arts. 337, 421, 433, 439, 442, 443, ss. y cc. del C.P.P.).

II. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto contra el auto de fs. 6/14 por el cual el Sr. Juez de Garantías, Dr. Walter Saetone, resolvió sobreseer a Juan Andrés Marchesano por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercio en los términos del art. 5 inc. “c” de la ley 23.737 del Código Penal.

Al momento de requerir la elevación a juicio, el Sr. Agente Fiscal delimitó la imputación en los siguientes términos “...que el día 30 de diciembre de 2014, a eso de las 11:30 hs., personal policial y de esta Fiscalía constató que en el interior del domicilio sito en calle Cabrera 2452 de la localidad de Villa Rosa, partido de Pilar, el encartado tenía ilegalmente sustancias estupefacientes -clorhidrato de cocaína- con fines de

*comercialización, ya que dicho tóxico se encontraba fraccionado en nueve (9) envoltorios y, además, el incuso detentaba ilícitamente sustancias destinadas al estiramiento del narcótico (ácido bórico, ciprofloxacina, cefalicina), utensilios para su fraccionamiento (cuchillo y tijeras) y un teléfono celular..."*

Para disponer el sobreseimiento, el "a quo" consideró, el hecho investigado no constituye delito (art. 323 inc. 2º del CPP), pues estimó que la tenencia del material estupefaciente tenía por finalidad el consumo personal.

Destacó la cantidad ínfima de estupefaciente secuestrado (3 gr.) y *"si bien la cocaína se encontraba fraccionada, este elemento por sí sólo de ningún modo puede permitir sostener que la tenía para ser comercializada, siendo la cantidad secuestrada de blisters de pastillas y ácido, tampoco permiten inferir que ellas tengan relación con el estupefaciente secuestrado"*. En cuanto a las declaraciones de los testigos Jaime y Miño, sostuvo que deben ser valoradas de manera restrictiva, pues la primera posee una relación en malos términos con el causante y el segundo *"habría sido familiar de la denunciante [y] tampoco se puede descartar si aquel tendría vinculación con el estupefaciente"*. Sobre la declaración de Merlino, testigo de actuación, quien *"no tenía relación con el imputado"* estimó que *"para formarme de entera convicción sobre lo allí acontecido (...) habría sido vital escucharlo en sede de la Unidad Funcional de Instrucción"*. De todos modos, resaltó que *"más allá de lo que podrían haber escuchado los testigos (...) para acreditar la hipótesis materia de acusación (...) se necesita contar con elementos objetivos, claros, precisos y contundentes que señalen la finalidad de comercio de la tenencia de estupefaciente"*. En cuanto al análisis de los mensajes del celular del causante advirtió que *"las conversaciones (...) son de aquellas que prevalecen entre un grupo de personas (...) que consumen de manera regular estupefacientes, y no de aquellas, donde existe una relación producto del comercio"*.

III. En su escrito de apelación, el Agente Fiscal critica la valoración del

“a quo” sobre la prueba objetiva incorporada. Sostuvo que los mensajes *“son encargos de material tóxico a la persona que los provee (...) de allí que se haga mención “al encargo para las fiestas” y “la falta de moneda para pagar una para probar”, cuestión a la que en el auto en crisis (...) se la redujo a una simple charla telefónica entre jóvenes amigos o conocidos consumidores de narcóticos”*. En este sentido, destacó la coincidencia entre lo afirmado por Merlino -testigo de actuación- *“cuando dice que en momentos del allanamiento el imputado expresó “compré una tiza y la iba a vender para comprar las cosas para las fiestas” y el contenido de los mensajes de texto. A ello sumó lo manifestado por los testigos Jaime y Miño en tanto “más allá del vínculo que hayan tenido con el procesado, se complementan con los datos objetivos”*. Indicó también que en el allanamiento *“se hallaron utensilios de punta y filo (...) conteniendo vestigios de una sustancia pulverenta de color blanca y (...) sustancias químicas utilizadas para el estiramiento”, y argumentó que “existe coincidencia entre esos hallazgos y el contenido de los mensajes de texto que rezan “diego nuevo, tene esa n me la ds cortada la piola amigo n la umeda” - diego nuevo, gordo se te van aumedecer con el tafiro5 pelotudoooo jaja”*.

Concluyó que -a su juicio- *“este caso está en condiciones procesales para pasar a la siguiente etapa de debate oral y público”*.

**IV.** Con el alcance que confiere el art. 434 del Código Ritual, respecto del conocimiento que atribuyen los recursos de apelación a esta Alzada, debe ceñirse el presente al tratamiento de los puntos de la resolución del “a quo” alcanzados por los agravios que motivaran la impugnación interpuesta sin perjuicio de conocer más allá de ellos cuando eso permita mejorar la situación de los imputados y de declarar las nulidades absolutas que hubiere.

En este sentido, estimo que corresponde, en primer término, declarar la nulidad del registro obrante a fs. 4/5 (allanamiento de la morada del aquí imputado) en el que se sustenta la imputación fiscal, en tanto de allí derivó el hallazgo del material estupefaciente cuya tenencia se le atribuye,

independientemente de la finalidad de tal posesión. Ello en tanto se trata de una inobservancia que implicó violación de normas constitucionales (conf. art. 203 del CPP), conforme explicaré a continuación.

Es que las presentes actuaciones se inician con la denuncia de Verónica Jaime quien manifiesta en sede policial que *“la misma se domicilia en el lugar junto con su concubino Marchesano [y] sufre agresiones verbales continuamente y amenazas debido a que el mismo vende drogas en la casa, que anoche estaba junto a otro sujeto y estaban cortando cocaína y prepararon 18 paquetes con la droga. Que el mismo fuma porros delante de los hijos de la dicente, por lo que ya no puede más con la situación. Que la droga la guarda en una campera de gabardina color marrón clara en el ropero”* (fs. 1/vta.). Establecida la comunicación con el Fiscal interviniente, se deja constancia que *“si la denunciante resulta ser la propietaria del lugar y que si ella autoriza el ingreso a la finca, hará comparecer a su secretaria a fin de que junto con testigo hábil se proceda al traslado hasta su domicilio y actuar en consecuencia”* (fs. 3). Constituidos en la finca *“preguntada nuevamente en presencia del testigo a la Sra. Jaime... si nos autoriza el ingreso a la finca de su propiedad (...) manifiesta que sí nos autoriza”*, produciéndose, en consecuencia, el registro que culmina con el hallazgo *“en uno de los dormitorios, en una campera de jeans color marrón en un bolsillo de la misma bolsa de nylon de color blanco conteniendo en su interior nueve (9) envoltorios de nylon mismo color conteniendo sustancia polvorienta blancuzca [y] en un cajón envoltorio de ácido bórico de 25 gramos, un blister de ciprofloxacina, 500 mg. con cuatro pastillas intactas; dos pastillas de cefalicina 500 intactos en su blister y tres blisters del mismo medicamento vacíos (...) [E]n un cajón del comedor, un cúter (...) tijera (...) un cuchillo (...) [donde] se observa sustancia color blanca en las hojas de los mismos...”* (acta de fs. 4/5).

Ahora bien, tal como señalara en casos anteriores (entre ellos, C. 14.810/III “Villarreal Hugo Alejandro s/Robo”, 27.707/III “Perello, Jorge Alberto s/ nulidad”), son las leyes procedimentales las encargadas de

reglamentar las garantías constitucionales y, en el supuesto del domicilio establecer los casos y recaudos para proceder al allanamiento como el modo de realizarlo, sin alterar la garantía reconocida en la Constitución (art. 28 de la C.N.).

A este respecto, en nuestra provincia, además del dispositivo constitucional que exige orden escrita de juez para allanar (arts. 17 y 24 Const. Prov.), rigen los preceptos del capítulo III del título VIII del Código Procesal Penal, cuyo art. 219 dispone que *“...si hubieren motivos para presumir que en determinado lugar existen personas o cosas relacionadas con el delito, a requerimiento del agente fiscal, el Juez ordenará por auto fundado, el registro de ese lugar...”*. La orden en cuestión *“...será escrita y contendrá el lugar y el día en que la medida deberá efectuarse, así como la descripción de las cosas a secuestrar y personas a detener...”*. Paralelamente, dispone el ritual que *“...cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol [...] sin embargo se podrá proceder a cualquier hora cuando el morador o su representante lo consientan o en los casos sumamente graves y urgentes o cuando peligre el orden público, sin perjuicio de su ratificación posterior por el Juez...”* (art. 220 del C.P.P.). Es decir, el consentimiento del titular es al solo efecto del ingreso a su propiedad fuera del horario legalmente habilitado.

En este sentido se pregunta Julio Maier si las exigencias mencionadas a manera de reglamentación de la garantía en el procedimiento penal, en especial, la autorización por decisión judicial fundada y por orden escrita, con determinado contenido, en caso de delegación, constituyen necesidades mínimas indispensables para su afirmación general, que no pueden ser desconocidas por las leyes que reglamentan su ejercicio (CN.28) so pena de alterarla, siendo que *“...[l]a respuesta afirmativa es, para nosotros clara [...] [y], sin embargo, nuestra Corte Suprema es de otra opinión: “[a]unque en rigor no resulta exigencia del art. 18 que la orden de allanamiento emane de los jueces...”* [se refiere a lo

sostenido en el considerando 5º del precedente “Fiorentino, Diego Enrique del 27-11-84”]. *La doctrina expresada por nuestro máximo tribunal es peligrosa en extremo, pues, en definitiva, desnaturaliza el sistema de división de poderes y, con ello, la función que cumplen los tribunales del Poder Judicial como depositarios de la custodia del cumplimiento de las garantías individuales -fundamentalmente de aquellas sometidas a una autorización para tolerar la injerencia estatal- puestas en juego en un caso concreto...”* (Derecho procesal penal, Editores del puerto, 1996, Tomo I, pp. 684/685).

El mismo autor analiza inmediatamente la discusión sobre el valor del consentimiento para prescindir de las formalidades legales diciendo: *“nuestras leyes procesales se han referido al consentimiento del agredido por el allanamiento sólo para otorgarle efecto autorizante del horario nocturno, ordinariamente excluido para practicar esa medida; no otorgan al consentimiento otro valor, por lo que resulta sencillo formular la regla de que el consentimiento carece de valor para prescindir de las formalidades previstas por la ley reglamentaria, salvo el efecto de excepción mencionado...”*. Luego, agrega que la ley penal parece jugar también un papel que afirma esta regla cuando prohíbe la violación de domicilio (art. 150 del CP) y *“concede al consentimiento -expreso o presunto- valor primordial para eliminar la prohibición, mientras que, cuando a continuación (CP,151) prohíbe el allanamiento de una autoridad pública, contrario a la ley reglamentaria, no repite la fórmula y calla por completo sobre el consentimiento y su efecto de excluir la prohibición [...] Este derecho [...] que implica el poder del individuo para establecer el alcance de su ámbito privado [...], tiene sentido como límite frente a las personas que no ejercen el poder estatal, pero parece insuficiente, en la vida práctica, frente a órganos dotados de la fuerza que supone el poder estatal...”*.

En este norte, *“la Constitución contiene (...) una garantía frente al poder estatal, que reside en prohibir la injerencia de los órganos del Estado, por regla general, y sólo permitirla en los casos y bajo la observancia estricta de las formalidades que la ley prevé al reglamentar racionalmente la garantía*

*[...] En cumplimiento de esta última misión la ley exige, razonablemente, [...] una decisión judicial fundada y, además, la orden escrita de contenido determinado cuando se delega la ejecución. A excepción de los casos de necesidad que ella misma establece [...] De esta manera, la ley aclara que el consentimiento carece de valor legitimante, que no es cuestión de pedirle permiso al interesado para eludir la decisión y la orden judicial, sino, por el contrario, de recabar previamente la autorización de un juez...”. A ello suma que “No se observa la necesidad [...] de prever efectos autorizantes para el consentimiento, pues los casos de urgencia no precisan, según la misma reglamentación, de la orden judicial previa [...] Piénsese también, en la cláusula general de autorización que proviene del estado de necesidad (CP, 34 inc. 3)...”. En suma, el Derecho procesal penal positivo “sólo concede al consentimiento del afectado un lugar minúsculo: [...] permite dejar de lado el horario diurno no especificado en la orden judicial” (obra citada, p. 685/693).*

Igual opinión sustenta Alejandro Carrió al señalar las consecuencias del criterio sustentado por la Corte Suprema Nacional en el caso “Fato”, fallado el 24-3-88, donde el más Alto Tribunal, adhiriendo al dictamen del Procurador, considera que mediando consentimiento para el ingreso no hay allanamiento y por ende, no rigen sus reglas ni las situaciones de excepción que autorizan el ingreso sin orden.

Sostiene allí Carrió que el principio consagrado en el fallo es “...altamente criticable. Por lo pronto, el mismo parte de una premisa discutible, como es el caracterizar el allanamiento de morada como “una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular” cuando [...] a lo que cualquier allanamiento apunta [...] es a la incautación de prueba demostrativa de un delito o a la captura de un sospechoso [...] Lo que a partir del fallo de mención se está diciendo, no es simplemente que un ingreso domiciliario consentido hace desaparecer la necesidad de orden judicial [...] implica que un allanamiento consentido no es ya un allanamiento, de manera que un policía que ingresa “consentidamente” no se encuentra sujeto en su accionar a las restricciones o a los límites propios de un

*allanamiento [...] las normas constitucionales y legales que lo rigen dejaron de aplicarse...*” (Garantías constitucionales en el proceso penal, Edit. Hammurabi, 4ª. Edición, 2º reimpresión, 203, ps. 320/321).

Coincido con la postura adoptada por Maier y Carrió en cuanto entienden -a diferencia de lo sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos indicados- que el consentimiento para ingresar a un domicilio por parte de quienes tienen derecho a ejercer el derecho de exclusión no supe la necesidad de orden judicial.

La solución que propicio se impone, además, en tanto lo contrario implicaría el absurdo de considerar que el Juez efectúa el allanamiento se encuentra atado a las mandas legales -presencia de indicios suficientes para presumir que puede hallar a la persona o cosa del delito que investiga, derivados de las pruebas de autos en los que ha de fundar su resolución, por un preciso hecho punible, con especificación de la persona u objeto de la pesquisa, debiendo hacerlo desde las 7 de la mañana hasta las 7 de la noche, salvo las excepciones de ley-, mientras que los agentes policiales no se ven constreñidos por ninguna de ellas pudiendo con “la autorización” ingresar y prescindir de su presencia.

Debo agregar, entonces, que en el caso traído a estudio, no existían elementos para solicitar el registro del domicilio, en tanto hasta aquel momento sólo se contaba con los dichos de la denunciante y no se había recabado ningún otro elemento probatorio. En esa inteligencia, no observo presentes en el caso las exigencias del art. 219 del CPP, reglamentario de la norma constitucional citada, en cuanto requiere que existan *“motivos para presumir que en determinado lugar existen personas o cosas relacionadas con el delito”*. Además, ninguno de los funcionarios policiales actuantes alega la presencia de motivos de urgencia que justificaran prescindir de tal orden para ingresar al domicilio del imputado y registrar sus objetos personales, de conformidad con lo establecido en el art. 222 del C.P.P.

Lo expuesto conduce a concluir que acorde a la normativa constitucional nacional y provincial como a las disposiciones procesales

penales de la provincia que las reglamentan, en mi criterio, el allanamiento de fs. 4/5vta. llevado a cabo sin orden judicial resulta inválido, así como la incautación de los objetos que en consecuencia se produjo.

Además, entiendo -por las consideraciones que seguidamente expondré- que aún analizando el caso de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Nacional antes citada que sostiene que existiendo consentimiento por parte de quien ejerce el derecho de exclusión, el ingreso domiciliario por parte de la autoridad estatal no reviste el carácter de allanamiento y por ende no debe cumplir las formalidades de éste; que la diligencia de cualquier modo debe ser excluida en el análisis del caso aquí en trato. Es que si pretende otorgarse al consentimiento el valor de suplir una orden judicial, deben exigirse ciertos requisitos formales ineludibles para garantizar que el mismo sea dado en forma libre.

En esta línea deben citarse algunos precedentes en los cuales nuestra jurisprudencia ha tratado el tema del consentimiento que habilita a practicar un registro domiciliario. Entiendo que sistematizando estos precedentes y la interpretación que los mismos hacen de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, es posible establecer una lista de recaudos que deben tomarse para considerar válido un consentimiento de este tipo.

Así se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en la causa Nro. 83.570 "Fiorentino Diego E." (83.570-C.S., Noviembre 27-1984- En La Ley t. 1985-A pags. 161/171), donde el máximo tribunal estableció que: *"[s]i 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..."* (del voto del Dr. Petracchi). En el mismo sentido al fallar el superior tribunal en la causa "Reginald Rayford y otros" del 13 de Mayo de 1986, sostuvo que: *"...la ausencia de objeciones por parte del interesado respecto de la inspección domiciliaria que pretenda llevar a cabo*

*el personal policial, no resulta por sí sola equivalente al consentimiento de aquél, en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización...*" (E.D. 118-474). Con fecha 22 de febrero de 2005 en la causa Ventura nuestra Corte ha dicho que: "...el allanamiento, en sí mismo, constituye una severa intervención del Estado en el ámbito de la libertad individual, llevado a cabo en el domicilio de la calle Maipú 464, 6 º piso, oficina 608, con el consentimiento de la persona que atendió a los inspectores, y ejecutado pese a que no fue dispuesto en las actuaciones que dieron origen a esta causa, se apartó claramente de la ley reglamentaria del art. 18 de la Constitución Nacional, quebrantando de ese modo, la garantía constitucional protectora del domicilio." V. 208. XXXVI. RECURSO DE HECHO. Ventura, Vicente Salvador y otro s/contrabando, causa nº 9255.

De ello resulta que el consentimiento para invadir la intimidad de la morada ha de ser: a) expreso; b) libremente prestado sin ningún tipo de coacción expresa o presunta; c) anterior al ingreso de los representantes de la autoridad pública a la vivienda; d) posterior a hacerle saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento; e) con pleno conocimiento de los alcances del acto a realizarse; f) otorgado por la persona que ejerce el derecho de exclusión sobre el domicilio a allanar y en caso de que sean varios, por todos ellos, o al menos por todos lo que puedan verse perjudicados por la medida (Cfr. Doctrina del Fallo Monticelli de Prozillo).

En el caso de autos el registro del domicilio y de sus pertenencias personales no fue consentido por la persona a la cual la medida podía afectar (el aquí imputado, Marchesano), sino por otra persona cohabitante del domicilio (la denunciante), quien al no resultar perjudicada por tal medida, carecía de la respectiva facultad de exclusión -en cabeza del encausado-.

Cabe preguntarse en este caso, si el hecho de que ambas partes tengan intereses contrapuestos podría autorizar la injerencia, mas estimo

que la respuesta debe ser negativa, en tanto una medida de tamaña trascendencia procesal como un registro domiciliario, en la cual colisionan el derecho a la privacidad con la potestad investigativa del estado para esclarecer un delito, debe ser efectuada con el máximo rigor a efectos de evitar que garantías de orden constitucional se vean conculcadas.

Sin embargo, aún de considerarse válido el allanamiento de la morada donde cohabitan denunciante e imputado, en función del consentimiento de la primera, estimo que de ningún modo ello podía autorizar el registro de elementos personales de Marchesano. En este sentido, advierto que los elementos incautados en los que se sustenta la imputación fiscal fueron hallados dentro del bolsillo de la campera del encausado y no se encontraban a la vista ni estaban guardados en áreas comunes de la vivienda.

Ante esta situación, la nulidad aparece como el remedio apropiado atento a que si bien no se encuentra expresamente prevista, al afectarse garantías constitucionales, es de aplicación 203 del C.P.P. Debe aclararse que existe perjuicio desde que se realizó una injerencia no autorizada y con ella se obtuvo la única prueba cargosa de trascendencia. De tal modo, entiendo que el registro a fs. 4/5vta. del presente legajo en el que se incautaron los elementos que dan sustento a la presente I.P.P. resulta nulo, y todos los actos producidos en consecuencia y así debe declararse.

Ahora bien, tengo en cuenta que se imputa a Marchesano: *“...que el día 30 de diciembre de 2014, a eso de las 11:30 hs., personal policial y de esta Fiscalía constató que en el interior del domicilio... el encartado tenía ilegalmente sustancias estupefacientes -clorhidrato de cocaína- con fines de comercialización...”* y que a su respecto, la única prueba de cargo resulta del procedimiento cuya nulidad se propicia y no existe en el proceso un cauce de investigación distinto del que se tiene por ilegítimo.

Así, en consecuencia, de conformidad con lo sustentado por nuestro Máximo Tribunal en causas “Rayford” (Fallos 308:733), “Ruiz” (Fallos 310:1847), “Daray” (Fallos 317:1985) en cuanto a que *“si en el proceso*

*existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél” con la exigencia de que “Para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente no es suficiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio, sino que es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad “independiente” que habría llevado inevitablemente al mismo resultado”;* estimo que se impone el sobreseimiento del encausado Marchesano.

Por los motivos expuestos, debe confirmarse el auto de 6/14 del presente incidente, mediante el cual el Juez a cargo del Juzgado de Garantías N° 7 dispuso el sobreseimiento de Javier Andrés Marchesano en orden al delito de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercio en los términos del art. 5 inc. “c” de la ley 23.737 (arts. 18, 19, 28, 75 inc. 22 de la CN, art. 12 de la DUDH, art. 5 de la DADDH, art. 17 incs. 1 y 2 del PIDCP, art. 11 incs. 2 y 3 de la CADH, arts. 11, 12 ap. 5º, 17 y 24 de la Constitución provincial, 201, 203, 211, 219, 220, 222 y 323 del C.P.P).

Es mi voto.

**El Juez Gustavo A. Herbel dijo:**

Que adhiere al voto de la Dra. Vázquez en cuanto declara la nulidad del registro de fs. 4/5vta. del presente legajo en el que se incautaron los elementos que dan sustento a la presente I.P.P., toda vez que a ese respecto no se han cumplido con los requisitos del registro legítimo.

En efecto, en virtud de la denuncia presentada por la concubina del imputado indicando que éste tenía en su domicilio sustancias estupefacientes para vender, y que, específicamente, las guardaba en una campera de gabardina color marrón clara en el ropero, se produce la comunicación telefónica con el Fiscal, Dr. Rogriguez, quien manifestó que *“...si la denunciante resulta ser la propietaria del lugar y que si ella autoriza el ingreso en la finca, hará comparecer a su secretaria a fin de que junto con*

*testigo hábil se proceda al traslado hasta su domicilio y actuar en consecuencia.”*

Cabe advertir que ninguno de los funcionarios policiales actuantes ni el Fiscal alegan la existencia de autorización legal, es decir, la presencia de motivos de urgencia que justificaran prescindir de tal orden para ingresar al domicilio del imputado y registrar sus objetos personales, de conformidad con lo establecido en el art. 222 del C.P.P., como así tampoco lo dispuesto en el art. 59.1 del C.P.P.

A fs. 4/5 luce el acta de procedimiento donde se da cuenta de la llegada policial e ingreso al domicilio en el que la denunciante cohabitaba con el imputado Marchesano, “...*en presencia del testigo a la Señora Jaime Verónica Andrea, si nos autoriza el ingreso a la finca de su propiedad a fin de proceder a la incautación de cualquier tipo de sustancia estupefaciente, así como elementos destinados a su fraccionamiento en el interior de la misma manifiesta que SI NOS AUTORIZA...*”

Sin embargo, no se recabó consentimiento alguno por parte el imputado, sino que una vez ingresado el personal policial al domicilio se lo redujo, y en una de las habitaciones se revisa una campera marrón en la que se encuentran los estupefacientes.

Conforme lo expresa la Dra. Vázquez aludiendo a la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia en su voto, para que el consentimiento para invadir la intimidad de la morada sea válido, ha de ser: a) expreso; b) libremente prestado sin ningún tipo de coacción expresa o presunta; c) anterior al ingreso de los representantes de la autoridad pública a la vivienda; d) posterior a hacerle saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento; e) con pleno conocimiento de los alcances del acto a realizarse; f) otorgado por la persona que ejerce el derecho de exclusión sobre el domicilio a allanar y en caso de que sean varios, por todos ellos, o al menos por todos lo que puedan verse perjudicados por la medida (Cfr. Doctrina del Fallo Monticelli de Prozillo).

En mi opinión, en función del consentimiento de la denunciante para

el caso que este reuniera los requisitos enumerados en el párrafo precedente, a lo sumo se podían registrar los lugares comunes y los de injerencia exclusiva de ésta, incluyendo lo que se encontrara a simple vista, pero de ningún modo ello podía autorizar el registro de elementos personales de Marchesano. A diferencia del allanamiento autorizado constitucionalmente por la autoridad competente (art. 18 de la Constitución Nacional) mediante el cual es posible el registro domiciliario con la exhaustividad necesaria para la búsqueda del objeto o la persona que presuntamente se halla en el lugar; el consentimiento otorgado por uno de los titulares del derecho a exclusión de una morada, sólo puede autorizar el ingreso y la búsqueda por los ámbitos vinculados solo a su intimidad, sin que pueda con tal consentimiento, disponer de ámbitos de intimidad ajenos, como en el caso ocurre con el indebido registro de ropas pertenecientes exclusivamente al imputado.

En este sentido, advierto que los elementos incautados en los que se sustenta la imputación fiscal fueron hallados dentro del bolsillo de la campera del encausado y no se encontraban a la vista ni estaban guardados en áreas comunes de la vivienda.

Ante esta situación, la nulidad de ese registro no autorizado aparece como el remedio apropiado atento a que si bien no se encuentra expresamente prevista, al afectarse garantías constitucionales, es de aplicación 203 del C.P.P. Debe aclararse que existe perjuicio desde que se realizó una injerencia no autorizada y con ella se obtuvo la única prueba cargosa de trascendencia.

Así, concuerdo en que el registro de fs. 4/5vta. del presente legajo en el que se incautaron los elementos que dan sustento a la presente I.P.P. en una modalidad cercana al allanamiento sin consentimiento válido del titular del ámbito de injerencia violado, resulta nulo, desarreglo que ha ilegitimado la adquisición de la prueba colectada. Adhiero asimismo en cuanto confirma el sobreseimiento dispuesto por los mismos motivos.

Así lo voto (arts. 168 de la Constitución Bonaerense y 106 del Código

de Procedimiento Penal).

Por lo expuesto, el Tribunal,

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR ADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto a fs. 16/27 por el Sr. Agente Fiscal contra el auto de fs. 6/14, de conformidad con los motivos expuestos en los Considerandos (arts. 337, 421, 433, 439, 442, 443 y ccdtes. del C.P.P.).

**II.- DECLARAR LA NULIDAD** del registro de fs. 4/5vta. del presente legajo en el que se incautaron los elementos que dan sustento a la presente I.P.P. y **CONFIRMAR** el auto recurrido en cuanto dispuso el sobreseimiento de Javier Andrés Marchesano en orden al delito de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercio en los términos del art. 5 inc. "c" de la ley 23.737, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 18, 19, 28, 75 inc. 22 de la CN, art. 12 de la DUDH, art. 5 de la DADDH, art. 17 incs. 1 y 2 del PIDCP, art. 11 incs. 2 y 3 de la CADH, arts. 11, 12 ap. 5º, 17 y 24 de la Constitución provincial, 201, 203, 211, 219, 220, 222 y 323 del C.P.P.).

**III.-** Regístrese, previo a notificar devuélvase los autos principales requeridos. Fecho, notifíquese al Sr. Fiscal de Cámaras y a la Defensa de intervención (art. 125 C.P.P.) y devuélvase. |

Sirva la presente de atenta nota de envío.

**Fdo: Celia M. Vazquez - Gustavo A. Herbel**

**Ante mí: Gabriela Gamulín**