



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

ESCUELA DE POSGRADO EN DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

“ALLANAMIENTO Y CONSENTIMIENTO”

Alumno:

KITASHIMA, Sofía Hana –D.N.I. N°31.970.070- /

CARRERA N° 1507

MATRICULA N° 65

Correo electrónico: sofia_kitashima@hotmail.com

ÍNDICE TEMÁTICO

I.- INTRODUCCIÓN	pág. 1
II.- GENERALIDADES DE LA GARANTÍA DE LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO	
a) La protección del domicilio:.....	pág. 1
b) Reglamentación de la Garantía:	pág. 3
III. ¿QUÉ VALOR CORRESPONDE ASIGNARLE AL CONSENTIMIENTO PARA EL ALLANAMIENTO SIN ORDEN JUDICIAL?	
a) Posición restringida:	pág. 6
b) Posición amplia:	pág. 9
IV.- LA CUESTIÓN EN LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	
pág. 13	
V.- VINCULACIÓN CON EL ART. 151 DEL C.P.:	
pág. 23	
a) Bien jurídico:	pág. 23
b) Descripción del tipo:	pág. 25
c) Rol del consentimiento en la configuración del art. 151 del C.P.....	pág. 27
VI.- TOMA DE POSTURA	
pág. 32	
VII.-BIBLIOGRAFÍA GENERAL	
pág. 34	



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

ESCUELA DE POSGRADO EN DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

“ALLANAMIENTO Y CONSENTIMIENTO”

Alumno:

KITASHIMA, Sofía Hana –D.N.I. N°31.970.070- /

MATRICULA N°65

Correo electrónico: sofia_kitashima@hotmail.com

ALLANAMIENTO Y CONSENTIMIENTO

I.- INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo intentaré exponer la problemática relativa al allanamiento de domicilio sin orden judicial, cuando el morador, o titular del derecho de exclusión del mismo, presta su consentimiento para el ingreso de la autoridad pública y al consecuente registro del domicilio.

A tal efecto, luego de mencionar las implicancias de la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio que se encuentra en juego, desarrollaré brevemente las distintas posturas existentes sobre la cuestión, en cuanto a la posibilidad o no de prescindir de la orden judicial de allanamiento cuando exista dicha conformidad, todo ello a luz de la regulación legal penal vigente en el ámbito nacional.

Asimismo, mencionaré los precedentes de mayor relevancia en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tratado el tema, lo que además de explicitar la opinión que ha ido sosteniendo el más Alto Tribunal respecto del consentimiento como eximente o no de la orden de allanamiento, ilustra las dificultades que presentan los casos concretos.

Por otra parte, haré alusión a la relación existente entre la cuestión procesal planteada y el tipo penal de allanamiento ilegal ante la existencia de consentimiento; para finalmente arribar a una toma de postura al respecto.

II.- GENERALIDADES DE LA GARANTÍA DE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

a) La protección del domicilio:

La garantía de inviolabilidad de domicilio se encuentra contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional que establece concretamente que el domicilio es inviolable, como también la correspondencia y los papeles privados, y que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

Esta garantía se relaciona directamente con el ámbito de intimidad que posee todo individuo frente a la injerencia de terceros, que consagra nuestra Carta Magna en el art. 19, al disponer que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

En relación a esta disposición constitucional, Ekmkdjian sostiene que el derecho a la privacidad o a la intimidad es una consecuencia o derivación fundamental del derecho a la dignidad, y que consiste en la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera,

espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante intromisiones que pueden asumir muy diversos signos. El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones mínimas indispensables para que el hombre pueda desarrollar su individualidad en inteligencia y libertad.¹

Así, para proteger con fronteras ese interés las personas viven, al menos modernamente, en habitaciones cuyos límites están expresamente indicados y son percibibles a simple vista, frontera que demarca el derecho a excluir el ingreso de otros (*intimidad del domicilio*), entre otras acciones.²

De este modo, la garantía de inviolabilidad del domicilio resulta ser una consecuencia necesaria del derecho a la intimidad, tendiente a proteger uno de sus aspectos.

Sentado ello, debe establecerse qué debe entenderse por domicilio a los efectos de la operatividad de la garantía en estudio. Al respecto, el autor mencionado en primer término, considera que: "En el sentido constitucional, "domicilio" no es sólo la vivienda o el hogar de una persona, sino también el lugar donde ésta tiene el asiento de sus negocios, e incluso donde tiene residencia ocasional, como la habitación de un hotel. Es suficiente, para considerarlo amparado por la garantía del domicilio, que la persona tenga cierta disposición, así sea transitoria, del lugar que ocupa. Quedan excluidos, los lugares públicos y los lugares privados abiertos al público." ³

La importancia de la inmunidad del domicilio para el desarrollo de la vida del hombre en libertad es tal, que también se encuentra prevista expresamente en muchos de los pactos internacionales incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22 de la C.N.).

Concretamente, el art. 9 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que *toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio*; el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación* y que *toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 11.2 prevé que *nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación*; mientras que de modo similar el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza que *nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra*

¹ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Manual de la Constitución Argentina, 6ta edición, (Buenos Aires, 2007), Lexis Nexis, pág. 5.

² MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, 1ª edición, (Buenos Aires, 2001), Editores del Puerto, Tomo III Parte General - Actos Procesales, pág. 185.

³ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, op. cit., pág. 237.

y reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En consonancia con ello, dentro de nuestro derecho interno, la indemnidad del domicilio resulta ser un bien jurídico de gran magnitud que se encuentra protegido en la parte especial del Código Penal, conminando con pena determinadas conductas que afectan su inviolabilidad.

Así, dentro del Libro segundo, Título V relativo a los Delitos contra la libertad, en el Capítulo II titulado Violación de domicilio, salvo las excepciones contempladas en el art. 152, se reprime al que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo (art. 150 del C.P.); como también al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina (art. 151 del C.P.).

b) Reglamentación de la Garantía

Como bien es sabido, la garantía de inviolabilidad de domicilio como correlato del derecho a la intimidad no es absoluta, sino que puede ser reglamentada legislativamente y por ende limitada en su aplicación, lo que debe efectuarse de modo racional, encontrándose vedado al legislador su alteración o modificación, como la derogación de su significado como garantía para el ciudadano (arts. 14 y 28 de la C.N.).

En el ámbito del derecho procesal penal, en determinadas ocasiones resulta necesario, para garantizar el éxito de una investigación o para cumplir su fin último de aplicación del derecho penal, ingresar a un domicilio con el objeto de recabar pruebas o proceder a la detención de un imputado.

Así, aparece la figura del allanamiento o registro domiciliario (el legislador parece usar indistintamente ambos términos), definido como una búsqueda material dentro de un ámbito domiciliario constitucionalmente protegido, que persigue el hallazgo de cosas pertenecientes al delito o aún de la propia víctima de éste, o a la detención del imputado, de una persona prófuga o sospechosa de criminalidad, para su incautación (secuestro o captura), liberación o conservación con fines procesales y que se fundamenta en la existencia de motivos para presumir que se encuentran en determinado lugar.⁴

Corresponde entonces a la legislación procesal determinar, como ley reglamentaria de la garantía constitucional, los casos en que el allanamiento es procedente, los requisitos para el mismo, atendiendo a la necesidad de las circunstancias. Sólo el celoso cumplimiento de las

⁴ NAVARRO, Guillermo R. y DARAY, Roberto R., Código Procesal Penal de la Nación Análisis doctrinal y jurisprudencial, 1º edición, (Buenos Aires, 2004), Hammurabi, Tomo I arts. 1/278, pág. 548.

pautas que fija la ley procesal legitima el allanamiento de domicilio excluyendo la violación constitucional.⁵

En este sentido, la reglamentación de la garantía ha sido efectuada en general por los distintos códigos de procedimientos en la materia. En la órbita nacional, el tema se encuentra regulado por el Código Procesal Penal de la Nación, en el Libro II, Título III “Medios de Prueba”, Capítulo II denominado Registro domiciliario y requisita personal, a través de los arts. 224 al 229.

El art. 224, al tratar el registro dispone que si hubiere motivo para presumir que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar.

A continuación menciona que el juez podrá proceder personalmente o delegar la diligencia en el fiscal o en los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad, siendo que para este último caso que el juez deberá expedir una orden de allanamiento escrita, consignando los requisitos que ésta debe revestir (identificación de causa, indicación concreta del lugar/es a ser registrado, finalidad del registro y la autoridad que lo llevará a cabo) como también las formalidades que deberá cumplir la autoridad ejecutante en forma regular y para diversos supuestos de excepción.

Si bien este artículo no se refiere textualmente al domicilio, se dice que: “el “lugar determinado” a que refiere el art. 224, (...), abarca lo que en doctrina y jurisprudencia se interpreta como “domicilio”, en su concepto más amplio, comprensivo de todos aquellos espacios cerrados o delimitados a cuyo respecto su titular goza del poder de vedar el acceso de otros, esto es, el derecho de exclusión. Lo tutelado, en definitiva, y de allí la amplitud, no es sino una manifestación puntual del derecho constitucional a la libertad o a la privacidad que en este capítulo se reglamenta.”⁶

Al hablar luego del allanamiento de morada, el art. 225 del C.P.P.N. establece que cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol; aclarando en su segundo párrafo que se podrá proceder a cualquier hora cuando el interesado o su representante lo consienta, o en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público.

Seguidamente, a través del art. 226 del Código de rito se regula el allanamiento de otros locales, mientras que en el art. 227 se explicitan los cinco casos excepcionales en que se podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial.

⁵ JAUCHEN, Eduardo M., Tratado de la Prueba en Materia Penal, (Santa Fe, 2002) Rubinzal Culzoni, pág. 80

⁶ NAVARRO, Guillermo R. y DARAY, Roberto R., op. cit., pág. 561

Taxativamente, estos supuestos son: 1) Por incendio, explosión, inundación u otro estrago en que se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad; 2) Se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito; 3) Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión; 4) Voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro; y 5) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física.

Finalmente, se establecen las exigencias de notificación de la orden de allanamiento, de acuerdo a quien esté presente en el lugar a registrarse, y demás formalidades que deberán llevarse a cabo (art. 228); y se regula la solicitud de autorización de orden de allanamiento por parte de alguna autoridad competente cuando la necesidad así lo requiera (art. 229).

III.- ¿QUÉ VALOR CORRESPONDE ASIGNARLE AL CONSENTIMIENTO PARA EL ALLANAMIENTO SIN ORDEN JUDICIAL?

Ahora bien, más allá de la reglamentación existente de la garantía de la inviolabilidad del domicilio antes mencionada, se ha planteado el interrogante consistente en determinar si el titular de dicha garantía tiene o no la posibilidad de renunciar a ella, y si el consentimiento prestado por éste puede excluir la exigencia de la orden de allanamiento prevista legalmente, y en su caso qué requisitos deben verificarse para que dicho consentimiento pueda ser reputado como válido.

Doctrinaria y jurisprudencialmente pueden hallarse diversas posiciones relativas a la validez o no, y al alcance que puede otorgarse al consentimiento prestado por el interesado, o por terceros, para el ingreso a un domicilio sin orden escrita de autoridad competente.

En un extremo se encuentran quienes no admiten el consentimiento en ningún caso, sosteniendo que únicamente se podrá proceder al allanamiento de morada sin orden judicial en los casos de excepción taxativamente legislados.

Sin embargo, otros aceptan el consentimiento otorgándole valor legitimante para el ingreso de domicilio en las circunstancias mencionadas. Dentro de este último grupo, puede advertirse que se exigen diversos requisitos para que éste consentimiento sea válido.

Así, en cuanto a las formalidades, están quienes requieren que el consentimiento sea prestado en forma expresa, mientras que otros admiten que sea tácito. Respecto a quién debe otorgar el consentimiento, están para los que basta que sea prestado por cualquier morador, sea o no el directamente interesado, y quienes exigen que lo haga la persona directamente interesada en la medida, asimilándolo así a la confesión.

a) Posición restringida:

La postura que puede denominarse como restringida, parte del hecho de que la normativa procesal penal que reglamenta la garantía de inviolabilidad del domicilio, únicamente hace referencia al consentimiento como excepción al límite temporal que para el allanamiento de morada impone el art. 225 del C.P.P.N., que establece que cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol.

Así, dicha norma en su segundo párrafo aclara que se podrá proceder a cualquier hora cuando el interesado o su representante lo consienta, o en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público.

Al respecto, al comentar el art. 225 del C.P.P.N. y en relación a la finalidad de dicha norma se dice que “por tratarse de un lugar destinado a la vivienda de los particulares y con el propósito de proteger el descanso y la tranquilidad de sus habitantes, la norma estipula un termino temporal para ejecutar la medida. Dice el artículo, desde que salga hasta que se ponga el sol (...), también dispone que mediando consentimiento del interesado o su representante, se podrá ejecutar la diligencia en cualquier horario, es decir, tanto de día como de noche. Del mismo modo, se podrá proceder en cualquier momento cuando medien circunstancias graves y urgentes o cuando peligre el orden público, y tratándose de supuestos excepcionales cuya gravedad y urgencia deben ser ponderados con un criterio sumamente restrictivo y siguiendo pautas objetivas.”⁷

Desde esta perspectiva, se entiende que el legislador optó por no otorgar otros efectos al consentimiento que el ya mencionado, en virtud de las dificultades probatorias que presenta la cuestión y los posibles abusos en que podría incurrir la autoridad pública, para actuar sin restricciones bajo la fachada de una presunta conformidad prestada por el interesado; pero que, no obstante ello, la jurisprudencia y la doctrina se han ido encargando de asignarle consecuencias al consentimiento para el ingreso domiciliario sin orden, delineando los requisitos para que éste sea considerado “válido”.

Enrolado en esta postura, Jauchen sostiene así que “de la interpretación estricta de las leyes procesales se desprende que las mismas sólo han otorgado al “consentimiento” un valor limitado y de excepción para legitimar el registro fuera del horario diurno. Ningún otro alcance otorgan las leyes al consentimiento, ni se extrae de ellas que la expresión del mismo pueda relevar a la autoridad policial soslayar el correspondiente pedido de orden escrita al juez competente para legitimar el allanamiento.”⁸

⁷ ALMEYRA, Miguel Ángel –director- y BAEZ, Julio César –coordinador-, Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado, 1° edición, (Buenos Aires, 2007), La Ley, Tomo II –arts. 174 a 338-, pág. 329.

⁸ JAUCHEN, Eduardo M., op. cit., pág. 100.

En la misma línea Julio Maier rechaza que el consentimiento del morador habilite de por sí el registro domiciliario sin orden judicial. Expresa así que “(r)esulta curiosa la discusión, pues 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; por el contrario, 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.”

Además, al hablar de las implicancias de la garantía de inviolabilidad del domicilio y la relación con el consentimiento del interesado para su franqueamiento, dadas las posturas que le otorgan el efecto de eximir a la autoridad estatal de contar con la pertinente orden judicial para su registro, en una suerte de renuncia de la garantía, expresa que ello “(...) parece un contrasentido, pues el afectado libera, con su consentimiento, el ámbito privado que la ley intenta proteger (domicilio, papeles privados, comunicaciones), demostrando su falta de interés y permitiendo su trascendencia pública (esto es, definiendo desde él mismo, el ámbito de su privacidad particular). La garantía se agotaría, así, propiamente, en un derecho: la *facultad de exclusión* de las personas que él, voluntariamente, indique. Este derecho, que existe (de allí que el CP, 150, al definir la violación de domicilio de particulares lo tenga en cuenta para determinar la prohibición sobre la base del consentimiento), y que implica el poder del individuo para establecer el alcance de su ámbito privado (quiénes ingresan a mi casa, escuchan mis conversaciones, leen mis cartas, etc.), tiene sentido como límite, frente a 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 efecto, la sola presencia de la fuerza pública implica, en la vida real, coacción suficiente para producir un consentimiento viciado o, al menos, otorgado con error acerca de la facultad del requirente, y, por lo demás, a la misma fuerza pública le es posible emplear mecanismos sutiles de coacción, que no se reflejarán al juzgar el acto, o fáciles de ocultar al documentar el acto o para el caso de intentar su reconstrucción judicial.”⁹

De modo similar, José M. Orgeira señala que el domicilio es un ámbito de libertad disponible, por lo que no existe inconveniente en que un particular acepte voluntariamente el ingreso de otro particular a su casa o morada, pero cuando el que quiere entrar es un funcionario público en cumplimiento de su cometido, las reglas son otras. En estos casos la legalidad del allanamiento depende siempre de la orden judicial.¹⁰

⁹ MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, (Buenos Aires, 1989), Hammurabi, Ib, págs. 456/462.

¹⁰ ORGEIRA, José María, El allanamiento de domicilio sin orden judicial. Relevancia del consentimiento para convalidar la pesquisa..., en J.A. 1984-IV-414.

Por su parte, Alejandro Carrió al comentar los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admiten el consentimiento como fuente legitimante del allanamiento sin orden judicial -fallos a los que más adelante haré referencia- critica fuertemente los principios que se extraen de los mismos y rechaza en consecuencia la doctrina allí sentada, expresando que con ella el derecho a la privacidad de los ciudadanos se ve seriamente debilitado.

A su vez, al igual que Maier, señala los efectos que la sola presencia de la autoridad pública implica para los particulares, y la derivada imposibilidad de verificar un consentimiento válido para el ingreso a un domicilio. Expresa al respecto que “la presencia de la policía en un domicilio suscita en la mayoría de los habitantes una sensación como mínimo de intranquilidad, que hace que difícilmente sepamos cómo reaccionar si se nos pide que firmemos una constancia de que *consentimos* el procedimiento que se está por llevar a cabo. Con o sin orden judicial, además, parece que cualquier ampliación, transformación, etc, del objeto del ingreso es irrelevante, con lo que poco importa entonces que la orden judicial —en los casos en que se expida— determine con alguna precisión en qué consiste lo que la policía está autorizada a llevarse. Es más, para el oficial actuante en una investigación es mucho más seductor ir directamente al domicilio del sospechoso a requerir su consentimiento, que molestarse en tramitar la correspondiente orden judicial.”¹¹

De modo similar, Jauchen se refiere a este tema diciendo que la tesis que otorga al consentimiento valor relevante para obviar la orden escrita del juez “es la que conduce en la práctica a los comprobados abusos y desbordes en que incurre la policía en su cotidiano accionar, en la que con el mero expediente de que “...el interesado no opuso reparos a la diligencia...” se procede directamente soslayando el contralor judicial. Aun cuando se otorgue autenticidad a lo afirmado de ese modo en el acta policial, debido a que procede de funcionarios públicos que dan fe de su contenido, lo cierto es que en la práctica no siempre las cosas suceden así, pero aun suponiendo la mentada falta de reparos, ella obedece a que el ciudadano se encuentra en un trance semejante, ante la presencia de un grupo de personal policial, generalmente armado y apresurado, no tiene la suficiente presencia de ánimo para prestar *voluntariamente* un consentimiento, pues frente a la innegable coacción que tal entorno importa, se ve sensiblemente reducida su capacidad de autodeterminación. Pretender entonces otorgarle validez legítimamente al consentimiento, aun suponiendo que realmente se hubiese prestado, importa no sólo ampliar ilegalmente la permisividad para allanar domicilio desde que la ley no lo prevé, sino también abrir una gran puerta para que por esa vía tangencial se obvie fácilmente el contralor jurisdiccional y en consecuencia se distorsione y vulnere la garantía constitucional.”¹²

¹¹ CARRIÓ, Alejandro D., Garantías constitucionales en el proceso penal, 5ta edición actualizada y ampliada, (Buenos Aires, 2007), Hammurabi, págs. 412/413.

¹² JAUCHEN, Eduardo M., op. cit., págs. 101/102.

Como se observa, esta postura se basa entonces principalmente en que el consentimiento del afectado, legalmente, únicamente habilita el allanamiento en horario nocturno, tal como lo dispone la normativa procesal, y que la garantía de inviolabilidad del domicilio, que es justamente la que se reglamenta, no es renunciable, por lo que los agentes estatales se encuentran obligados a ajustar su accionar a las disposiciones legales sin importar la voluntad que el particular interesado manifieste al respecto, con el objeto de que la garantía no se vea desnaturalizada.

Por otra parte se hace hincapié en que, de aceptarse la posibilidad de admitir la validez del allanamiento de domicilio sin orden en virtud del consentimiento del interesado, existen innumerables dificultades prácticas y procesales para determinar fehacientemente si dicho consentimiento ha sido prestado en forma libre, dada la coacción que lleva implícita todo procedimiento policial y que en la práctica suelen utilizarse formulismos que se plasman en actas, tales como “no opuso reparos” o “autorizó el ingreso al domicilio”, que no siempre reflejan la realidad de los hechos.

Además, se advierte que al actuarse sin orden judicial, la autoridad pública puede actuar arbitraria y discrecionalmente sin posibilidad de posterior contralor judicial, ya que precisamente la orden de allanamiento debe explicitar el objeto de la medida, y al carecerse de ella, no hay límites para la requisa.

b) Posición amplia

Para la posición contraria a la antes comentada, el consentimiento válido prestado por el interesado para el ingreso de personal policial en su domicilio, exime de la exigencia de la orden judicial que faculta el allanamiento.

De este modo, si hay consentimiento por parte de quien detenta el derecho de exclusión del domicilio no hay allanamiento, y en consecuencia no deben aplicarse las normas que lo rigen.

Así, para algunos autores, la garantía prevista en el art. 18 de la C.N. es renunciable, por lo que cuando el titular de ésta presta su conformidad libremente para el ingreso de la autoridad pública en su domicilio, no puede discutirse la legalidad del procedimiento.

En este sentido, Roberto Daray expresa que: “Lo que en definitiva quiero resaltar es que por constituir la inviolabilidad de domicilio una garantía disponible, si esta disposición se verifica al margen de todo vicio en la voluntad de quien tiene el ejercicio del derecho de exclusión, no debe existir margen de discusión acerca de la legitimidad y eficacia de la autorización así brindada, sin que para arribar a esa conclusión deba necesitarse de una norma expresa adjetiva que reconozca el derecho, porque va implícito.” Y resalta que la Constitución, a través de los pactos internacionales incorporados a ella, no protege al domicilio de las

injerencias de la autoridad, sino solo a aquellas que resulten “arbitrarias”, y que por ende no podría calificarse de tales a las que han sido resultantes de un consentimiento dado en legal forma por el titular de aquél.¹³

Otra cuestión que se desprende de esta postura, es que se considera al “allanamiento” como al “ingreso forzado” a un domicilio por parte de la autoridad pública que sólo puede disponerse judicialmente, con el objeto y los requisitos previstos en las leyes procesales que reglamentan la garantía constitucional. En consecuencia, de existir voluntad por parte del morador de permitir el ingreso, se desvanece la noción de allanamiento -como ingreso forzado- y desaparece la necesidad de orden que lo disponga, ya que nos encontraríamos en presencia de un supuesto diferente al que regula el art. 18 de la C.N., consistente en el derecho del morador de franquear el ingreso de su domicilio.

Almeyra, al comentar la regulación del allanamiento prevista en el Código Procesal Penal de la Nación, señala que “desde antaño se ha interpretado que mediando el consentimiento del morador de la vivienda para que los funcionarios policiales puedan ingresar al lugar, no resulta necesaria una orden judicial ya que no se trataría de un allanamiento propiamente dicho al no existir una voluntad contraria al ingreso que deba ser superada a través de un mandato de la autoridad jurisdiccional.”¹⁴

En esta línea, para Bidart Campos, entrar a un domicilio con permiso del titular no es allanar, sino simplemente ingresar porque el titular deja entrar; y se pregunta así para qué haría falta la orden judicial si el titular del domicilio inviolable lo hace accesible a aquél a quien deja penetrar en él.¹⁵ Esta posición también es compartida por Sagües, para quien sólo puede hablarse de allanamiento cuando hay negativa al ingreso de la autoridad.¹⁶

A su vez, D’Albora¹⁷ al tratar el tema en un artículo, realiza la distinción entre visita domiciliaria y allanamiento, señalando que estamos frente a una “visita” cuando hay falta de oposición por parte del titular del derecho de exclusión a que se cumpla la diligencia de búsqueda. Indica que las “visitas” constituyen un género del cual el allanamiento es una especie que, a su vez, presenta varias modalidades, ya que debe cumplirse con imprescindible orden judicial, o sin ella en los casos de extrema necesidad; mientras que las visitas se llevan a

¹³ DARAY, Roberto Raúl, Del Consentimiento al registro Domiciliario por la Policía y de la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Revista de Derechos Procesal Penal” (Santa Fe, 2007), Rubinzal-Culzoni Editores, 2007-1, págs. 78/79.

¹⁴ ALMEYRA, Miguel Á. -director- y BAEZ, Julio C. -coordinador-, op. cit., pág. 253.

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., ¿Hay allanamiento cuando se consiente el ingreso al domicilio?, en “E. D. 129-215”.

¹⁶ SAGÜES, Pedro N., Elementos de Derecho Constitucional, 2º ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 2, pág. 321

¹⁷ D’ALBORA, Francisco J., Visitas domiciliarias y allanamientos en “La Ley 1990-C, 219-LLC 1990, 574”.

cabo cuando no hay oposición a la actividad por quien podría hacerlo: el titular del domicilio o morada, y éstas pueden cumplirse a requerimiento de los preventores.

Asimismo, al comentar en el mismo artículo el precedente “Romero” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -al que mencionaré más adelante-, reconoce que es indiscutible que en la normativa procesal se optó por omitir la consideración del permiso entre las excepciones a la exigencia de la orden de allanamiento, pero sostiene sin embargo que no se puede dissociar el consentimiento de la noción de domicilio; que en nuestro régimen constitucional integra la esfera propia de cada individuo y se halla sujeto a su exclusiva decisión, por lo que en consecuencia el legislador no podría prohibir que aquél permita ingresar a quien desee.

Por otra parte, entiende que la forma de conciliar las dificultades probatorias que pueden suscitarse en cuanto a la validez del consentimiento no pueden extenderse a privar de efectos al permiso, ya que al respecto se ha procurado establecer una presunción legal en cuya virtud el consentimiento prestado ante la requisitoria policial carece de efectos, a menos que se aprecie sin posibilidad de duda, que no existe vicio que afecte la voluntad de quien lo otorgó.

Expresa así que “se trata de saber si las características del ingreso de los agentes han sido semejantes a la de cualquier persona”, y menciona como una de las cuestiones a tener en cuenta para ello a la privación de libertad soportada por quien otorga el consentimiento, aunque considera que dicho extremo no puede ser la única razón para respaldar su invalidez, ya que en esa actitud del imputado puede mediar el arrepentimiento o la expectativa de obtener una condena atenuada por su comportamiento posterior al delito.

Concluye que “lo que la ley procesal dice es que en su régimen se admiten visitas y no se prohíbe que tales actos se cumplan merced a la voluntad del titular del domicilio o morada. Si nada existe para enturbiar la forma en que se manifestó el consentimiento, el procedimiento resulta ajustado a derecho”.

En cuanto a las objeciones relativas a la dificultad de comprobar la legitimidad del consentimiento, Daray¹⁸, al analizar cuestión, considera al respecto que la operatividad de una garantía no puede depender de la prueba de su eventual violación o sustentarse en ella; y expresa que el fundamento en que se basa la postura que rechaza el consentimiento, consistente en resguardar al ciudadano de posibles excesos, resulta ser una conclusión “de neto sesgo paternalista, subestima al individuo, peca de voluntarismo y deriva en definitiva en lo no querido, esto es, una intromisión absurda del Estado en el ámbito de la intimidad del individuo; entre la voluntad del juez y la del titular de la garantía termina privilegiando a la primera.”

Además, el autor afirma que la disponibilidad de la garantía se encuentra proclamada expresa o implícitamente por el propio ordenamiento jurídico, resaltando así que el Código

¹⁸ DARAY, Roberto Raúl, op. cit., págs. 76/81.

Penal, en su artículo 150 al tipificar la violación de domicilio, se refiere a quien lo hace “contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo”, y que seguidamente, en el artículo 151, ocurre otro tanto al tipificar al allanamiento ilegal, siendo que en este caso no se alude ya a esa voluntad en la literalidad del tipo porque el allanamiento la supone inexistente, como se ha visto.

Como se advierte, existe una estrecha relación entre la cuestión procesal del valor del consentimiento en el allanamiento y la interpretación de la figura penal de allanamiento ilegal de la parte especial. Sobre éste último punto se hablará en otra sección.

Concluye entonces Daray que debe aceptarse el consentimiento del titular de un domicilio como factor legitimante para su registro por la policía sin orden judicial y fuera de las excepciones legales, pero bajo cierta condición a la que subordina su validez, consistente en la no verificación de los vicios a que alude el art. 954 del Código Civil como causa de nulidad del consentimiento, por lo que éste devendrá ineficaz cuando haya sido prestado mediando error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

Sin perjuicio de ello, admite que será muy difícil suponer un consentimiento libre y valido cuando el titular del derecho se encuentra detenido por la coacción psíquica que ello supone, por lo que deberá hacerse un examen en conjunto de todas las circunstancias de hecho. Y concluye que “(e)l consentimiento constituye un acto jurídico válido para la Corte y por la doctrina, y por tanto relevante a la hora de juzgar la eficacia de un registro domiciliario policial. Pero sujeto a un severo y completo examen de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue brindado.”

Cafferata Nores y Hairabedián¹⁹, también tratan el tema explicando que mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia aceptan que el consentimiento del interesado puede obviar el requisito de la orden de allanamiento que la ley exige, pero que ello no agota la cuestión, puesto que a partir de allí resulta de fundamental importancia el establecimiento de los límites y condiciones de validez. Al respecto, sostienen que “(a)dmittido el consentimiento, para evitar su desnaturalización se impone que sea prestado por el interesado, plenamente capaz, antes del ingreso, de manera expresa, libre e indubitable.”

Finalmente, considero importante señalar una cuestión a la que hacen referencia y que resulta de gran relevancia al momento de analizar la legitimidad del consentimiento para el allanamiento sin orden judicial, consistente en determinar quién es la persona legalmente habilitada para prestar eficazmente el consentimiento.

¹⁹ CAFFERATA NORES, José Ignacio y HAIRABEDIÁN, Maximiliano, La prueba en el proceso penal: con especial referencia a los Códigos PPN y de la Prov. de Córdoba, 6ta edición, (Buenos Aires, 2008), Lexis Nexis, págs. 233/236 -debe mencionarse que los autores dejan a salvo que tienen posiciones encontradas sobre la cuestión, a favor de la admisión del consentimiento, Hairanedián, y en contra (salvo los casos del art. 227, CPPN; art. 206, CPP Córdoba) Cafferata Nores-.

En ese sentido, los autores mencionados expresan que "(...) puede hacerlo el titular del derecho de exclusión, que puede ser el propietario, o aquel que, tiene el dominio del predio. También aquél que tenga una vinculación importante con el lugar y la intimidad que en él se resguarda, de forma tal que se pueda ver perjudicado por el registro", en cuanto a esto último manifiestan su discrepancia con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo "Dalmao Montiel"²⁰ en el que se convalidó el allanamiento del camarote del imputado bajo la sola autorización del capitán de la embarcación.

Concluyen así, que "(l)a cuestión debe resolverse en relación con las personas tuteladas por la garantía; aquellas que estén vinculadas al lugar por una actividad que implique esfera de intimidad o que ostente derecho sobre el inmueble (v. gr. el propietario)."

IV.- LA CUESTIÓN EN LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último intérprete de la Constitución Nacional y encargada de velar por su vigencia y supremacía, se ha ocupado del tema ya que si bien los planteos que llegan a esa instancia atañen por lo general a cuestiones de hecho y de derecho procesal, traen aparejado la determinación del alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18 de la Carta Magna, suscitando en consecuencia cuestión federal suficiente para su tratamiento por la Corte.

a) El primer precedente de nuestro más Alto Tribunal relativo al valor del consentimiento para efectuar un allanamiento sin orden es el conocido fallo "**Fiorentino**"²¹, resuelto el 27 de noviembre de 1984.

Los hechos que dieron lugar al caso, consistieron en la detención del menor Fiorentino cuando ingresaba junto con su novia a su edificio, quien al ser interrogado por personal policial reconoció poseer marihuana para su consumo en el interior del departamento en que vivía con sus padres. Ya en el interior de la vivienda aparecieron los progenitores del menor a quienes se les habría anunciado lo que acontecía, siendo que efectivamente en el dormitorio de Fiorentino se halló marihuana.

Fiorentino fue condenado por el delito de tenencia de estupefacientes, mientras que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó dicha sentencia, rechazando los argumentos de la defensa al sostener que no se violentó garantía

²⁰ CSJN- Fallos, 311:2171.

²¹ CSJN- Fallos, 306:1752

constitucional alguna y por ende que el procedimiento resultó legítimo por haber autorizado Fiorentino la entrada al departamento, y que aun cuando pudiera cuestionarse la validez del permiso por ser el imputado menor de edad, los padres no se opusieron, pudiendo hacerlo ya que estaban presentes, expresando concretamente su voluntad de excluir al personal policial, consintiendo entonces la inspección en la habitación de su hijo.

Llegado el caso a la Corte, el Procurador General se pronunció por la invalidez del permiso otorgado por Fiorentino, agregando que existió una restricción a la libre expresión de voluntad generada de su previa detención.

Al momento de resolver, la Corte destacó que el art. 18 de la Constitución Nacional consagra el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante, en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público.

Seguidamente señaló que no se había configurado ninguna de las excepciones que habilitaban el allanamiento sin orden judicial, ni había mediado consentimiento válido que permitiera la admisión del personal policial en el domicilio del procesado, ya que la prueba así lo revelaba.

Se sostuvo además que aun de haber autorizado Fiorentino este ingreso, el permiso carecía de efectos por las circunstancias en que fue prestado, ya que fue aprehendido e interrogado sorpresivamente por una comisión de cuatro hombres en momentos en que ingresaba con su novia al edificio donde habitaba, entendiéndose entonces que resultaría irrazonable exigir que mediara de parte del procesado una resistencia verbal dada dicho contexto, sumado a la inexperiencia de aquél por su edad y la carencia de antecedentes.

Asimismo, ante la falta de autorización expresa de los padres, se destacó que resulta carente de lógica derivar la existencia de un supuesto consentimiento tácito por ausencia de oposición expresa al registro, cuando ya se había consumado el ingreso del personal policial; y que esperar una actitud de resistencia en ese caso importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas.

Consecuentemente se resolvió por la ilegitimidad del allanamiento y, por aplicación de la doctrina del fruto del árbol venenoso, se excluyó también el secuestro allí practicado

De este primer precedente se extrae que la Corte admite, en principio, el consentimiento para legitimar el ingreso a un domicilio sin orden, pero ello bajo ciertos requisitos para que el mismo sea reputado válido. Concretamente el consentimiento deberá ser producto de la libre voluntad, y ser prestado con anterioridad al ingreso y en forma expresa, no admitiéndose el consentimiento tácito derivado de la falta de oposición.

Ello no sucedió en “Fiorentino” dada las circunstancias en que el imputado fue aprehendido que llevaron a presumir que actuó coaccionado, y en virtud de que los padres no autorizaron expresamente el ingreso, sino que únicamente no habrían ofrecido reparos una vez que la comisión policial ya se encontraba en el interior del domicilio.

Mención aparte merece el voto del Dr. Petracchi, quien si bien también se expidió por la invalidez del allanamiento, profundizó el análisis sobre la cuestión del valor del consentimiento para el ingreso de morada sin orden judicial.

Así, en primera instancia, destacando la íntima conexión entre la inviolabilidad del domicilio con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad, señaló que la ley procesal debe interpretarse estrictamente a la luz de la garantía constitucional en juego, y que ésta únicamente otorga validez al consentimiento para el ingreso nocturno, por lo que en consecuencia no faculta a prescindir de la orden escrita de la autoridad judicial, salvo los supuestos excepcionales expresamente establecidos legalmente.

Sin embargo, expresó que del análisis de las condiciones mínimas para la validez del allanamiento que se desprende de la propia cláusula constitucional, se extrae que el consentimiento revestido de suficientes garantías de autenticidad no resulta incompatible por definición con el amparo de la inviolabilidad de la morada.

Entiende así que el legislador se encuentra autorizado, de *lege ferenda*, a dar efectos al consentimiento, correspondiendo a la jurisprudencia determinar su alcance y las condiciones mínimas que deberá reunir el mismo para que quepa admitirlo como justificante válido del ingreso domiciliario a los fines de no sobrepasar los límites impuestos por el art. 18.

Al respecto sostiene que el consentimiento deberá ser expreso, comprobadamente anterior al ingreso de los representantes de la autoridad a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y se le debe hacer saber a la persona que lo presta que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento, para que éste pueda admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada.

b) El siguiente precedente de la Corte Suprema de la Nación sobre el tema es el caso "**Cichero**"²² resuelto el 9 de abril de 1985, donde con similares argumentos que en "Fiorentino", se concluyó que no resulta razonable equiparar la mera ausencia de reparos a una autorización válida, dadas las circunstancias en que se produjo la pesquisa domiciliaria (que fue llevada a cabo a las 23 hs., sin la correspondiente orden de allanamiento, y por intermedio de una comisión policial de varios miembros, casi todos vestidos de civil).

c) Seguidamente, con fecha 13 de mayo de 1986, la Corte dictó el fallo "**Rayford**"²³, en el que por mayoría se decretó la ilegalidad de un allanamiento, reiterándose la doctrina ya sentada en "Fiorentino" y "Cichero", relativa a que la ausencia de objeciones del interesado respecto del registro domiciliaria no puede equipararse automáticamente al consentimiento, sino que dicho extremo debe ser expresado de manera que no queden dudas en cuanto a la

²² CSJN- Fallos, 307:440

²³ CSJN- Fallos, 308:733

plena libertad del individuo al formular la autorización, lo que requiere el examen de las circunstancias que han rodeado el procedimiento.

En este caso, se había detenido al imputado durante la madrugada en la vía pública y a escasos metros de su domicilio, donde ingresó el personal policial sin la respectiva orden, secuestrándose estupefactos. De mayor relevancia aún, resulta el dato de que se trataba de una persona extranjera desconocedora del idioma, por lo que resultaba extremadamente dudoso que pudiera comprender el alcance del procedimiento y la posibilidad de oponerse a éste.

d) De igual modo se resolvió en la causa "**Hansen**" ²⁴ del 11 de diciembre de 1986, en que se cuestionó la legitimidad del allanamiento policial efectuado sin la respectiva orden en el domicilio del imputado detenido.

e) Con posterioridad, la Corte volvió a expedirse sobre el tema en el fallo "**D'Acosta**"²⁵ resuelto el 9 de enero de 1987. Este caso, personal policial ingresó a un domicilio en razón de presumir que allí se encontraba D'Acosta prófugo de la justicia, al que finalmente detuvieron en el lugar. Horas después se produjo un nuevo ingreso de personal policial en el mismo, motivado en dichos de otro imputado sobre la existencia de armas en el lugar, las que fueron halladas. D'Acosta fue condenado por tenencia de armas en virtud de esa segunda inspección.

Aquí, si bien no se cuestionó el primer ingreso por tratarse de un supuesto de excepción que habilita el allanamiento sin orden, sí se lo hizo con la segunda entrada al domicilio dado que fue efectuada sin la respectiva orden y a que el motivo que habilitó la primera había fenecido.

La Corte destacó que en el caso se trataba de establecer si, concluida la primera diligencia, el domicilio había perdido la protección constitucional y se hallaba sujeto a cualquier nueva pesquisa sin necesidad de orden judicial, lo que rechazó sosteniendo que la protección constitucional del domicilio no se puede anular absolutamente, siendo que esto le estaría vedado aun a los jueces y que la orden de allanamiento sólo tiene por efecto franquear este domicilio con el único fin de realizar una diligencia concreta. Mientras dura la diligencia se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, pero que una vez que la pesquisa ha concluido, recupera su derecho de oponerse a la entrada de un tercero ajeno a la morada, aun en caso de encontrarse en la imposibilidad material de repeler la entrada.

Sentado ello, se trató la cuestión del consentimiento, señalándose que los jueces no habían hecho mérito de que hubiera mediado consentimiento válido, ni ese requisito podía extraerse de la causa, ya que los ocupantes se hallaban durmiendo cuando la policía ingresó, y la detenida que participó en el segundo allanamiento tampoco había admitido la autorización,

²⁴ CSJN- Fallos, 308:244

²⁵ CSJN- Fallos, 310:85

concluyéndose que la existencia de un consentimiento tácito al registro en esas circunstancias no podía presumirse por la mera ausencia de reparos, con cita de los precedentes anteriores.

f) En la causa "**López**"²⁶ del 10 de diciembre de 1987, se cuestionó el registro y el secuestro de elementos probatorios que dieron origen al proceso, remitiéndose íntegramente la Corte al dictamen del Procurador General.

Allí, el Procurador sostuvo que la valoración de las circunstancias fácticas efectuadas por la Cámara no era revisable en esa instancia, que tuvo por probado que el condenado había prestado su consentimiento a la inspección de su domicilio, lo que había quedado registrado en un acta inicial, descartando la versión posterior de éste al declarar.

De este modo, concluyó que no se advertía violación de la garantía constitucional ya que, previamente al registro, el imputado renunció al derecho a oponerse a la inspección de su domicilio al consentirla expresamente; y que las circunstancias que rodearon al hecho tal como se había tenido por acreditado, no autorizaban a presumir que el consentimiento prestado no fuera consecuencia de una voluntad plenamente libre y despojada de todo vicio.

Como se advierte, a diferencia de los casos anteriores, aquí no se analizan las circunstancias fácticas en que fue prestado el consentimiento para el ingreso al domicilio a fin de determinar si el mismo resultaba legítimo o presentaba algún vicio, sino que se estuvo a los hechos establecidos en la instancia anterior.

g) De igual modo la Corte se remitió a lo expuesto por el Procurador General en el fallo "**Fato**"²⁷, desestimando el recurso y confirmando la condena por almacenamiento de estupefacientes, en que la defensa había planteado que el secuestro de la droga resultaba violatorio de la garantía de la inviolabilidad del domicilio al sostener que el consentimiento prestado por su titular no eximía a la autoridad policial de la obligación de requerir la orden judicial de allanamiento.

Aquí, el procurador señaló que el allanamiento de domicilio supone una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular, lo que no había ocurrido ya que el condenado prestó su consentimiento para el ingreso del personal de seguridad, sin que se alegara que éste adoleciera de vicio alguno que hubiese afectado su validez, por lo que no existió violación a la garantía constitucional.

Del dictamen del Procurador, al cual adhiere la Corte, se advierte así la definición de allanamiento como ingreso forzado mencionada en la sección anterior, al considerarlo como una actividad procesal destinada a recabar pruebas o la detención en contra de la voluntad del interesado, por lo que según este criterio si hay consentimiento no se actúa en el marco de un allanamiento propiamente dicho.

²⁶ CSJN, L. 105-XXI.

²⁷ CSJN- Fallos, 311:836

El Profesor Carrió, critica el principio que parece consagrar este fallo, entendiendo que el mismo parte de una premisa discutible, como es el caracterizar al allanamiento de morada como “una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular”, y con cita del art. 224 del C.P.P.N. sostiene que a lo que cualquier allanamiento apunta, primordialmente, es a la incautación de prueba demostrativa de un delito o a la captura de un sospechoso. Agrega que un allanamiento es un procedimiento extremo que tiene por objeto la finalidad antes mencionada, que el juez dispone con total prescindencia de si su destinatario la va a consentir o no.²⁸

h) Por otra parte, debe mencionarse la causa "**Gordon**"²⁹ en la que si bien no se trató concretamente la cuestión del consentimiento para convalidación un allanamiento sin orden judicial, del fallo se extraen las posibles consecuencias que podría acarrear un ingreso basado en un consentimiento cuestionable.

En el caso, la autoridad policial ingresó a un domicilio sin orden judicial donde procedió a la detención de los Gordon, sobre los que pesaba una orden de captura previa. Una vez condenados, la defensa apeló la sentencia sosteniendo la nulidad del proceso en razón de la falta de orden de allanamiento, lo que fue rechazado por la Cámara en razón de que se trató de uno de los supuestos de excepción que autoriza el allanamiento sin orden, ya que se ingresó a la morada para la aprehensión de quienes se perseguía legalmente.

Por su parte, la Corte Suprema, en su decisorio de fecha 4 de octubre de 1988, no trató la cuestión como un supuesto de excepción para el ingreso sin orden de allanamiento, sino que consideró que, a diferencia del caso “Fiorentino” alegado por la defensa, lo que se encontraba en discusión era la legitimidad del sometimiento a juicio luego de la detención.

Al respecto, luego de recordar su doctrina según la cual no es posible aprovechar las pruebas obtenidas en desconocimiento de normas constitucionales, como ser un allanamiento ilegal, entendió que toda vez que en el acto de detención no se había incautado ninguna prueba en contra de los imputados, sino que la condena se sustentó en probanzas obtenidas por medios autónomos a dicha diligencia, por aplicación de la doctrina de la “fuente independiente” no resultaba aplicable al caso la regla de exclusión probatoria.

Entonces, en los casos de ingreso a un domicilio sin orden judicial en un supuesto de excepción o bajo el consentimiento del interesado que a la postre sea invalidado, no corresponde aplicar la llamada regla de exclusión, siempre que en la diligencia en cuestión no se colecten elementos de prueba que luego intenten hacerse valer en el proceso como elemento de convicción o cuando exista alguna fuente independiente del material probatorio.

Debe recordarse que: se denomina “regla de exclusión” a la doctrina que determina que deben ser excluidas las pruebas que se hubieran obtenido o incorporado al proceso en

²⁸ CARRIÓ, Alejandro D., op. cit., pág. 410.

²⁹ CSJN- Fallos, 311:2045

violación a una garantía constitucional o de las formas previstas en la legislación de rito para su producción. (..) En consecuencia, de conformidad con los postulados de esta regla, los elementos probatorios así llegados al proceso, no podrán ser valorados por el juzgador al momento de decidir la sentencia.³⁰

Por ello, aun ante la presencia de un procedimiento llevado a cabo en violación a garantías constitucionales, si no hay material probatorio que excluir, no hay posibilidad de aplicar la regla en cuestión.

i) A su vez, en la causa "**Romero**"³¹ resuelta el 1 de diciembre de 1988 se cuestionó el procedimiento de registro que culminó con el secuestro de material estupefaciente que dio lugar a la condena, sosteniendo la defensa que el hecho de encontrarse detenido el imputado constituía un obstáculo para considerar la autorización prestada por éste como una manifestación de su voluntad, dada la coerción que la detención implica.

El Procurador en su dictamen señaló que en el precedente "Fiorentino" que había sido invocado, la Corte no fundó su sentencia exclusivamente en la situación de detención del imputado para descalificar el consentimiento prestado para el registro domiciliario sin orden, sino que tuvo en cuenta todas las circunstancias que rodearon al hecho; y sostuvo que no es posible construir una regla abstracta que reste valor al consentimiento en todos los casos de privación de libertad, sino que es menester establecer si han existido vicios que pudieran haber afectado la voluntad del detenido.

Señaló sin embargo que si bien la detención de quien consiente una medida de prueba en su contra es un factor trascendental a fin de evaluar una posible afectación de su voluntad, lo cierto es que su actitud puede deberse al arrepentimiento o la expectativa de obtener una condena reducida por su comportamiento posterior al delito.

Al respecto, expresó que al ser escasos los casos en que una persona puede prestar su consentimiento para un registro domiciliario en forma totalmente libre y voluntaria, y difícil su prueba, el legislador optó omitir dichos casos al reglamentar los supuestos excepcionales de allanamiento sin orden.

Pero no obstante ello, consideró que no existe razón alguna para considerar ilícito el ingreso de las autoridades policiales al domicilio de un particular si éste lo consiente expresa y libremente, ya que, más allá de la reglamentación procesal, la vinculación entre la voluntad del morador -quien se encuentra plenamente facultado para decidir quién puede entrar y quién debe quedar excluido- y la garantía constitucional, pertenece a la naturaleza misma de las cosas.

En relación al caso, señaló que el imputado en sede judicial manifestó que había optado por cooperar con la policía y que no existió coerción.

³⁰ ALMEYRA, Miguel Á. -director- y BAEZ, Julio C. -coordinador-, op. cit., págs. 215/216.

³¹ CSJN- *Fallos*, 311:2507

Por su parte la Corte coincidió con lo expresado por el Procurador, en cuanto a que no es posible construir una regla abstracta conducente a tachar de nulidad el consentimiento 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 para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido.

Y se concluyó que dadas las constancias de la causa el consentimiento del condenado resultaba válido.

j) Otro precedente que debe mencionarse es la causa "**Ferrer**"³² en que la defensa sostuvo la invalidez del ingreso policial al domicilio del procesado por no contar con la orden de allanamiento correspondiente y la consiguiente utilización de la prueba obtenida en esa ocasión. Señaló que el imputado no había dado autorización válida para el ingreso, que no se daba el supuesto de urgencia habilitante ya que habían transcurrido más de 24 horas desde la supuesta agresión de Ferrer, y que la autorización de la esposa, también propietaria del inmueble, no invalida la facultad de exclusión del marido cuando es a él a quien se está juzgando y en contra de quien se procura obtener prueba.

El Procurador General, sostuvo por un lado que no cabía privar de eficacia a la autorización otorgada al personal policial por la esposa del procesado -legítima ocupante de la vivienda-, sometida a una situación de peligro y urgida de una adecuada intervención policial, y por otro entendió que Ferrer había dado autorización para el ingreso domiciliario, pero relativizó su necesidad por entender que la urgencia y peligrosidad de la situación habilitaban un allanamiento sin orden.

La Corte sin embargo se limitó a analizar el agravio relativo a la validez del consentimiento del imputado, mencionando lo sostenido en el fallo "Romero", en cuanto a la no construcción de una regla abstracta que prive de valor al consentimiento para una requisa domiciliaria dado por quien se encuentre detenido, y la exigencia de examen de las circunstancias de cada caso para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido.

Así, basándose en las constancias de la causa, la Corte concluye que el procesado había reconocido expresamente en sede judicial su consentimiento para el ingreso de los preventores, sin que haya invocado, ni quepa suponer su existencia, ningún vicio del consentimiento.

k) Tiempo después, con fecha 6 de noviembre de 2001, la Corte volvió a expedirse sobre el tema en la causa "**Adriazola**"³³ adhiriéndose al dictamen del Procurador, en la que se

³² LL, 1991-A-3

³³ CSJN, A. 138. XXXV, LA LEY, 2002-C, 192

había declarado la nulidad de la diligencia de secuestro realizada en el domicilio del imputado sin orden judicial pero con la anuencia del imputado, lo que fue impugnado por el Fiscal.

Allí, el Procurador, realiza un repaso de los precedentes de la Corte Suprema sobre el tema, y criticar los argumentos de la Cámara por contradictorios, ya que en un principio desechan la conformidad del interesado como legitimante para el ingreso domiciliario sin orden, pero luego analizan la existencia de vicios en el consentimiento prestado por el imputado en el caso.

Luego de ello, expresa que conforme la doctrina de la Corte queda claro que no es posible desconocer relevancia al consentimiento prestado por el interesado para permitir el ingreso del personal policial a su domicilio, aun cuando no se cuente con la orden de allanamiento expedida por el juez, expresando que dicha orden no debe considerarse imprescindible para que la garantía que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional no resulte afectada.

Continúa señalando que frente a la autoridad de los precedentes de la Corte, corresponde a los tribunales, a la luz de esa jurisprudencia y con base en las constancias de la causa, examinar en cada caso si esa anuencia ha sido prestada sin vicios en la voluntad, lo que ocurrió en el caso ya que el imputado autorizó el ingreso del personal policial firmando un acta, ratificada luego por éste ante el juez, y que no existían elementos que permitieran inferir que la autorización de ingreso fue prestada por el acusado bajo algún tipo de coacción. Agregó además que los motivos a los que responda el consentimiento carecen de relevancia en la medida en que, como ocurrió en el caso, no constituyan un vicio que afecte la voluntad de quien lo presta.

l) Por último, más recientemente y a diferencia del caso anterior, en el fallo “**Ventura**”³⁴ de fecha 22 de febrero de 2005, la Corte, con otra integración, descartó la validez del consentimiento prestado por el imputado al registro de un local comercial que se hizo constar en un acta ratificada en la declaración indagatoria, sosteniendo que sin perjuicio de aquello, debía practicarse un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto. Se concluyó entonces que en el acta suscripta por el imputado no se expresaron cuáles eran los motivos de la diligencia ni cómo le habían sido explicados al morador de la vivienda.

De la lectura del fallo, se desprende entonces que aquí la Corte agrega una nueva exigencia para la validez del consentimiento, consistente en la necesidad de que se explique a quien lo presta los motivos de la diligencia, y con antelación a la misma.

Carrió, al referirse a este precedente, concluye que: la Corte de “Ventura” ha venido a decir que si se pretende darle al “consentimiento” semejante alcance, entonces será necesario que las fuerzas del orden explique bien cuál es el motivo concreto del ingreso que buscan

³⁴ CSJN, V. 208. XXXVI, LA LEY, 2005-B, 319

llevar a cabo, de manera que resulte claro para el interesado saber qué está consintiendo. De esa manera será luego más posible referir la razonabilidad de lo que la policía hace, una vez dentro del inmueble.³⁵

Por su parte, en el artículo ya citado, al comentar “Ventura” Daray dice que “si se repasa atentamente la sentencia de la Corte, habrá que coincidirse en que la misma no ha resultado todo lo clara que de ella se esperaba y que el tribunal, por tanto, malgastó una valiosa oportunidad, vista su nueva composición, para definir su posición frente al tema, trascendente por vincularse a la intromisión del Estado en la delicada esfera de la libertad individual y conectarse así con la eventual invasión por él del ámbito de reserva o intimidad que aquélla supone y comprende. De tal modo, la remisión que hacen los miembros del tribunal al voto de la minoría de la cámara de apelaciones, al que se califica de “razonable”, quizás pudo ser suplida con fundamentos propios o autónomos, concernientes a las características, que eventualmente debe exhibir el consentimiento para neutralizar con eficacia la ausencia de orden de registro. Y hasta pudo ser, la opinión del tribunal, más clara y definitiva.”

Concluye que en esa ocasión el máximo tribunal tampoco descartó al consentimiento como acto jurídico potencialmente legitimante del registro domiciliario concretado por la policía por fuera de la expedición previa y fundada de la orden por autoridad competente, sino que por el contrario, los fundamentos allí expuestos “brindan implícitamente la idea de que el consentimiento puede resultar un acto de permisión convalidante, en tanto *se expliquen los motivos al titular de la garantía y se deje constancia, además, de cómo le fueron explicados.*”³⁶

Consideraciones:

De la lectura de los precedentes mencionados, se desprende que en todos los casos la Corte Suprema, ya sea confirmando o nulificando los ingresos domiciliarios, admite la eficacia del acto de registro si se acredita que el titular de la garantía de la inviolabilidad del domicilio presta válidamente su consentimiento para el ingreso. De este modo, a través de los distintos fallos y dadas las características particulares que fueron presentando cada uno de ellos, ha ido delineando los requisitos para que el consentimiento pueda ser considerado válido, y en consecuencia eficaz.

Así, en “Fiorentino” se sostuvo que el consentimiento debe ser otorgado previamente al ingreso y siempre en forma expresa, desechando la posibilidad de derivar la existencia de un supuesto consentimiento tácito por la mera ausencia de reparos o de oposición expresa al registro. Además, la autorización debe ser producto de la libre voluntad del individuo, que deberá ser verificada de forma fehaciente, para lo se requiere un examen de todas las circunstancias que rodean cada procedimiento en concreto, haciendo especial hincapié en la

³⁵ CARRIO, op cit., pág. 420.

³⁶ DARAY, Roberto Raúl, op. cit., págs. 74/75.

posible situación de detenido del imputado. Estos criterios fueron ratificados en “Cichero”, “Rayford” y “Hansen”.

A su vez, en “D’Acosta” se estableció que una vez otorgado el permiso para el ingreso este perdura hasta que termina la diligencia, pero una vez concluida la pesquisa, cobra plena vigencia la garantía de la inviolabilidad del domicilio, por lo que un nuevo ingreso sólo podrá efectuarse legítimamente bajo una nueva autorización válida de su titular o bajo la respectiva orden escrita de allanamiento emanada por el juez.

Por otra parte, debe mencionarse que al adherir la Corte al dictamen del Procurador en el fallo “Fato”, se concluye que también a criterio de ésta el allanamiento de domicilio supone una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular, por lo que no habría allanamiento cuando el interesado presta su consentimiento para el ingreso.

Seguidamente, y sin perjuicio de lo sostenido en los primeros precedentes, al resolver “Romero” y “Ferrer” el máximo Tribunal sostuvo que no es posible construir una regla abstracta conducente a tachar de nulidad el consentimiento en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que se deberán analizar exhaustivamente todas las circunstancias para determinar la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido, admitiendo así la posibilidad de que el consentimiento sea prestado por el imputado en situación de detención.

Por último, la Corte agregó un nuevo requisito para la validez del consentimiento en “Ventura” al establecer que la autoridad policial deberá informar previamente al interesado los motivos y el objeto de la diligencia, toda vez que sólo así el individuo puede conocer los alcances de la media a autorizar, y luego de ello consentir o no la misma.

V.- VINCULACIÓN CON EL ART. 151 DEL C.P.

a) Figura legal y bien jurídico

Como ya se mencionara, el Código Penal, dentro del título de los delitos contra la libertad, prevé figuras delictivas que atentan contra el bien jurídico de la indemnidad del domicilio en los artículos 150 a 152.

En lo que aquí interesa, el art. 151 reprime con la misma pena que a la violación de domicilio –seis meses a dos años de prisión- e inhabilitación especial por el mismo lapso *“al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina”*.

Debe destacarse, como mencionan algunos autores, que el delito previsto en “el art. 151 no parece haber sido objeto de estudio profundo por parte de la doctrina en el pasado. Poco a poco los autores dedicados al Derecho penal especial han ido ampliando el radio de reflexión sobre este tipo penal a partir de la expansión que en materia de ingresos domiciliarios ha experimentado la jurisprudencia. Las formalidades propias del allanamiento cuyo

incumplimiento doloso da lugar a la comisión de este delito, han sido tratadas con profundidad en materia constitucional, más especialmente en lo atinente a las garantías constitucionales en el proceso penal. La Corte de Suprema de Justicia de la Nación (...) y los tribunales inferiores se han expedido en numerosas oportunidades produciendo un material de análisis profundo y complejo destinado a desentrañar las exigencias mínimas para el ingreso válido al domicilio de parte de la autoridad con o sin orden de allanamiento. No debe olvidarse que los arts. 151 y 152 regulan el ingreso al domicilio ajeno, en el marco de la protección del bien jurídico libertad, y la invasión de la morada o los negocios, en cuanto ámbitos de libertad, importa la vulneración de espacios de privacidad protegidos expresamente en nuestra Constitución.³⁷

Sin embargo, debe mencionarse que la figura en cuestión no siempre fue catalogada dentro de los delitos contra la libertad.

En el Código Tejedor de 1867, el allanamiento ilegal se encontraba previsto como una forma de abuso de autoridad (art. 383 inc. 7°), mencionando sin embargo el autor del proyecto que la figura estaba destinada a proteger la inviolabilidad del domicilio. Del mismo modo, en el Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881 y en el Código Penal de 1886 (art. 243), la figura también se hallaba prevista como una forma de abuso de autoridad

Posteriormente, en el Proyecto Piñero-Rivarola–Matienzo de 1891, el allanamiento ilegal pasa de los abusos de autoridad a estar previsto como forma de violación de domicilio, siendo que en la exposición de motivos se hacía expresa mención del traslado y se explicaba que se trataba de un tipo destinado a asegurar la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio. El Proyecto Segovia de 1895, siguió la misma línea al prever el allanamiento ilegal entre las violaciones de domicilio

Sin embargo, en el Código Penal reformado de 1903, el allanamiento ilegal volvió a ser una forma de abuso de autoridad (art. 243 inc. 3°).

Con una redacción parecida a la actual, en el Código Penal de 1906 se preveía a la “allanación” de domicilio como un delito contra la libertad (art. 159). Mientras que en el Proyecto de 1917 y en el Código Penal de 1921 la figura se corresponde con el artículo 151 actual.

Seguidamente, en el Proyecto Coll-Gómez de 1937, el allanamiento ilegal fue ubicado dentro de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio.

De forma distinta, en el Proyecto de Peco de 1941 se preveía el delito de violación de domicilio, que se agravaba, entre otras circunstancias, si lo cometía un funcionario público abusando de los poderes inherentes a sus funciones. En la exposición de motivos se señalaba que se trataba de delitos que atacan la paz y la seguridad doméstica.

³⁷ GARIBALDI, Gustavo y PITLEVNIK, Leonardo, en Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, coordinado por Marco Antonio Terragni, 1° edición, (Buenos Aires, 2008), Hammurabi, Tomo 5- artículos 134/161 parte especial, págs. 688/689.

En el Proyecto De Benedetti de 1951 el allanamiento ilegal estaba previsto entre los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, con una formulación igual a la actual; y de modo similar, el Proyecto Levene de 1943.

Por otra parte, en el Proyecto de Soler de 1960, el allanamiento ilegal se ubicaba entre los delitos contra el ámbito de intimidad, al igual que en el Proyecto de 1979.

Al analizar la evolución en este sentido, Nuñez expresa que la ubicación de la figuras de violación al domicilio como delitos contra las garantías individuales o contra el ámbito de intimidad no resulta satisfactoria. Dice así que: “Cuando la violación al domicilio se mira como una lesión a las garantías individuales, no se atiende a la esencia del bien ofendido por ella, sino a su categoría jurídica, la cual puede comprender también intereses de muy distinta índole que el de la persona en la incolumidad de su domicilio, como es, por ejemplo, la propiedad. Es verdad, por el contrario, que mirada la violación de domicilio como un atentado al ámbito personal de intimidad, se atiende a la esencia del bien protegido por su pena. Pero también lo es que esa esencia exige conferirle un capítulo entre los delitos contra la libertad, ya que su distracción de este título desvincula el delito con su género genuino, que es el que determina la división en títulos delictivos.”³⁸

Actualmente, Donna sostiene que el bien jurídico protegido por la figura del llamado “allanamiento ilegal” es el domicilio en sus dos aspectos. “Es decir, se protege una de las manifestaciones de la libertad, en cuanto derecho del sujeto pasivo a elegir quién ingresa o no a su domicilio; pero también se tutela al domicilio como “ámbito de intimidad y reserva” de la víctima.” Y resalta que a diferencia del art. 150, este tipo penal protege al domicilio contra actos de la autoridad, y no de particulares.³⁹

b) Definición del tipo

Comete el delito de allanamiento ilegal el funcionario público o persona comisionada por la autoridad competente que, en forma dolosa, ingresare a un domicilio inobservando las exigencias de forma o de fondo establecidas legalmente, recaudos que se encuentran determinados mayormente en los códigos de procedimiento de cada provincia.

Al tratar la figura, Núñez sostiene que “Se trata de la violación al domicilio ajeno cometida violando la garantía constitucional con arreglo a la cual, la autoridad no puede penetrar en el domicilio ajeno salvo en los casos y los justificativos con que la ley autoriza su allanamiento, esto es, la exclusión del privilegio (art. 18 CN). El artículo 151 trata, en otros términos, de asegurar la inviolabilidad del domicilio contra los abusos de la autoridad.”

³⁸ NUNEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, 2º edición, 2º reimpresión, Marcos Lerner Editora Córdoba, (Córdoba, 1989), Tomo IV-Parte Especial, pág. 70

³⁹ DONNA, Edgardo A., Derecho Penal. Parte Especial, (Santa Fe, 2001), Rubinzal Culzoni, Tomo II-A, pág. 319, págs. 317/318

Señala así que “Incurrir en el delito, el funcionario público y la persona carente de tal calidad, comisionada por la autoridad competente, con arreglo a la ley, para obrar en su nombre, que en ejercicio de sus funciones, entran en uno de los recintos mencionados en el artículo 150, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluir y sin las formalidades prescriptas por la ley para su allanamiento o fuera de los casos que ella determina.”

A su vez, este autor indica que la figura del art. 151 del C.P. representa un refuerzo penal a la garantía constitucional de la inviolabilidad de domicilio fuera de los casos de un allanamiento legalmente autorizado, expresando que se trata de un delito funcional contra la inviolabilidad del domicilio frente a los actos arbitrarios de los poderes, autoridades o empleados públicos en ejercicio de la función pública.⁴⁰

En la misma línea, Soler⁴¹ al comparar el allanamiento ilegal con la figura de violación de domicilio (art. 150 C.P.), refiere que si bien la última tiene en común con la anterior los elementos fundamentales, ésta adquiere ciertos caracteres propios, por lo que existen varias disposiciones legislativas que regulan los modos y oportunidades en que el allanamiento puede tener lugar.

Además, menciona que este delito requiere que el autor sea un funcionario público, siendo que el hecho ha de consistir en un abuso de la función, aclarando que un sujeto que sea funcionario puede actuar de manera desvinculada de la función, y en ese caso comete delito de violación de domicilio conforme con el art. 150; por lo que se debe atender más a la actividad funcional que a la condición de funcionario. Entonces, para que se configure el tipo, será necesario que, cuanto menos, se invoque autoridad, es decir que el funcionario pretenda actuar como autoridad.

Por otra parte, el autor se encarga de destacar que el allanamiento ilegal resulta ser mucho más importante que la figura simple de violación de domicilio, ya que ésta última, como infracción autónoma y cometida por un particular es poco frecuente, mientras que el allanamiento ilegal “es una tentación atrayente para autoridades abusivas y para los gobiernos dictatoriales, siempre deseosos de asomarse a la intimidad para saber si la gente, a puerta cerrada, piensa mal del gobierno.”

Expresa así que el artículo en cuestión es el que responde a la garantía establecida en el art. 18 de la Constitución, toda vez que las garantías están destinadas a proteger a los ciudadanos más contra los avances del poder que contra las lesiones de los particulares, para las cuales es suficiente la legislación común; pero que, sin embargo, la referida garantía es una de las que ha recibido mayores embates por efecto de sanciones legislativas del Congreso, “el cual, respondiendo a influencias estatistas reaccionarias, ha facultado para practicar

⁴⁰ NUÑEZ, Ricardo C., op. cit., págs. 85/86.

⁴¹ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 3ra edición, (Buenos Aires, 1983), Tea, Tomo IV, págs. 92/95.

allanamientos a funcionarios administrativos aún en defensa de intereses de dudoso carácter público”.

De este modo el autor señala la importancia de que sólo el poder judicial esté facultado a disponer el allanamiento de morada, destacando que la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio importa una verdadera limitación a las facultades legislativas, siendo que si se interpreta por autoridad competente para ordenar el allanamiento a cualquiera que el poder legislativo resuelva investir de autoridad, la garantía constitucional pierde su carácter de tal, y pasa a ser una simple garantía legal.

Finalmente, al describir el tipo objetivo de la figura en cuestión, el Profesor Donna explica que “(...) consiste en “allanar un domicilio” en forma arbitraria”, aclarando que el término allanar empleado por la ley tiene el mismo significado que el verbo *entrar*, utilizado en el artículo 150. Define luego que, entonces, “la acción típica consiste en ingresar al domicilio contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de exclusión, sin cumplir con las formalidades previstas por la ley o fuera de los casos que ella determina”. Y agrega que también comete el delito el sujeto que habiendo ingresado legalmente al domicilio, luego penetra ilegítimamente a un sector vedado del mismo edificio.⁴²

c) Rol del consentimiento en la configuración del art. 151 del C.P.

Ahora bien, definida la figura delictiva, resta analizar qué rol juega el consentimiento en los supuestos en que el interesado otorga autorización al funcionario policial para el ingreso a su domicilio sin existir una orden de allanamiento previa.

Al igual que en el ámbito procesal, en cuanto a este punto se presentan dos posturas opuestas. Para los primeros, el consentimiento del titular del derecho de exclusión no tiene implicancia alguna en la configuración del delito previsto por el art. 151 del C.P., por lo que cada vez que un funcionario público ingrese a un domicilio sin la respectiva orden, salvo los casos de excepción expresamente legislados, o se exceda en los límites establecidos en la misma, estará cometiendo el delito de allanamiento ilegal, sin importar si el interesado ha prestado o no su anuencia para dicho ingreso.

En cuanto a la postura contraria, si existe consentimiento, no habrá delito.

Dentro de los que se enrolan en la primera postura, puede mencionarse a Maier quien al tratar la cuestión procesal como se ha visto precedentemente, relaciona los tipos penales que reprimen la violación de domicilio con la garantía del art. 18 de la Constitución, expresando que “(...) en el artículo 150 y cuando el sujeto activo del delito se trate de un particular, se confiere al consentimiento expreso o presunto del morador el valor de eliminar la prohibición. Pero no sucede lo propio en el caso del artículo 151, que reprime el allanamiento irregular por parte de funcionarios públicos, donde ni siquiera se hace alusión alguna al valor del consentimiento. De tal modo que si fuese viable a la autoridad administrativa realizar registros

⁴² DONNA, Edgardo A., op. cit., Págs. 318/319

domiciliarios con consentimiento del morador, dicha circunstancia (el consentimiento) también tendría que ser un factor excluyente de punibilidad.”⁴³

Sin embargo, desde la vereda opuesta, para Daray⁴⁴ -citando a Soler y a Donna- de existir consentimiento no hay posibilidad de allanamiento ilegal, realizando una interpretación contraria del art. 151 del C.P. a la que realiza Maier, ya que, como se ha visto, para este último el legislador también debió prever el consentimiento como factor excluyente de punibilidad para el allanamiento irregular por parte de funcionarios públicos en el caso de que se admitiera el consentimiento como factor legitimante del ingreso, circunstancia que no es mencionada en la norma.

Así, Soler entiende que “El consentimiento del interesado adquiere aquí plena eficacia, porque se trata de un delito constituido por la violación de garantías puestas por la ley con miras a la tutela de una forma del derecho individual de libertad. El particular puede, por eso, consentir válidamente no sólo el ingreso en sí mismo, sino que se prescinda de formalidades puestas para su propia garantía.”⁴⁵

Del mismo modo, para Fontan Balestra⁴⁶ el consentimiento del interesado, prestado con los requisitos necesarios, tiene plena eficacia; y Núñez, como se mencionara al definir la figura, hace referencia al sujeto activo que ingresa a uno de los recintos mencionados en el artículo 150 “contra la voluntad expresa o presunta” de quien tenga derecho a excluir, de lo que se desprende que el consentimiento torna atípica la conducta.

A su vez, Donna sostiene que “Si bien la ley no lo dice expresamente, es evidente que el ingreso debe hacerse contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión. Si existe consentimiento para ingresar, ni siquiera puede hablarse de allanamiento. Este sólo se presenta cuando hay negativa al ingreso de la autoridad. Por lo tanto, el consentimiento del interesado, sin lugar a dudas, funciona como una causa de atipicidad.”⁴⁷

Sin embargo, aclara que para que el consentimiento sea válido deben darse dos condiciones: la primera, que sea prestado por quien se encuentra habilitado para autorizar el ingreso de la autoridad; y la segunda, que sea voluntario y prestado en forma expresa.

En cuanto al primer requisito, destaca que para un sector de la jurisprudencia, la autorización del ingreso sólo puede brindarla la persona que, además de tener el derecho de exclusión, sea la que pueda verse perjudicada por la medida; mientras que algunos van más lejos y consideran que la autoridad pública sólo puede ingresar en un domicilio con orden escrita expedida por autoridad competente.

⁴³ MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Arg...., págs. 456/462.

⁴⁴ DARAY, Roberto Raúl, op. cit., págs. 76/81.

⁴⁵ SOLER, Sebastián, op. cit., pág. 95

⁴⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, (Buenos Aires, 1969), Abeledo Perrot, Tomo V, pág. 355

⁴⁷ DONNA, op. cit., pág. 319

Al respecto menciona que la Corte Suprema de Justicia parece no compartir este criterio, citando fallos en los que el máximo Tribunal admitió el consentimiento para el allanamiento prestado por personas a las que la medida no afectaba.

Así, en “Albertina”⁴⁸ la Corte convalidó la autorización brindada por el capitán de un buque para el ingreso a los camarotes de los tripulantes, en uno de los cuales se hallaron estupefacientes, indicándose que el capitán como “persona encargada de la dirección y gobierno del buque” posee la titularidad del derecho de exclusión y puede dar el consentimiento válido para el ingreso al mismo. El camarote de un buque es un lugar de alojamiento que constituye un compartimiento del barco en el que la expectativa de intimidad del usuario puede limitarse a que el recinto esté cubierto de la irrupción de otros tripulantes o de terceras personas, pero jamás extenderse de modo tal que puedan resultar menoscabadas las funciones de quien tiene a su cargo la dirección y gobierno del lugar.

En el otro precedente, “Saturnino Martínez”⁴⁹, la Corte convalidó el ingreso de una comisión policial en un hotel con la sola aceptación de la concubina del imputado, señalando que la mujer estaba autorizada a permitir el ingreso.

Sin perjuicio de ello el autor destaca que no concuerda con lo resuelto en dichos fallos, sosteniendo que el ocupante de la habitación tiene derecho a la oposición a la entrada y que la orden de allanamiento debe comprender expresamente ese lugar.

El segundo requisito consiste en que el consentimiento sea voluntario, es decir, prestado libremente y sin existir ningún tipo de presión o intimidación hacia el imputado. Además debe ser brindado en forma expresa, no resultando suficiente la autorización tácita o la falta de reparos al ingreso. Es decir, debe ser expresado de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo.

Se advierte de este modo que los requisitos exigidos por el autor para que el consentimiento del titular del derecho de exclusión torne atípico el allanamiento ilegal son similares a los que se desprenden del análisis de los precedentes de la Corte Suprema al tratar la cuestión procesal.

La necesidad de comprobar la existencia de las características que debe revestir el consentimiento para descartar la tipicidad del allanamiento ilegal también es mencionada por otros autores al analizar la figura. Así, se señala que “el consentimiento es utilizado como una alternativa válida a la orden de allanamiento, convirtiéndolo, aparentemente, en el medio principal para una inspección domiciliaria. De esta manera, las fuerzas policiales o los investigadores lograrían sortear las barreras burocráticas del acceso a una orden judicial. En el supuesto del art. 151 que estamos analizando, lleva a discutir las condiciones en que se ha prestado el consentimiento para descubrir si en el caso ha habido un allanamiento ilegal, pues

⁴⁸ CSJN- Fallos, 311:2171

⁴⁹ CSJN- Fallos, 311:962

si el consentimiento es viciado, se debió haber recurrido a una orden de autoridad competente.⁵⁰

Por otra parte, debe mencionarse que se presenta un punto problemático al analizar el delito previsto en el art. 151 del C.P. ya que, si bien el presente trabajo está basado en la legislación procesal nacional, como se ha visto, la figura consiste en el ingreso a un domicilio por parte de la autoridad inobservando las exigencias establecidas legalmente, las cuales se encuentran mayormente en los códigos de procedimiento de cada provincia.

De este modo, los requisitos exigidos para el allanamiento distan de ser uniformes y dependen de la regulación adoptada en cada jurisdicción.

Sobre este punto, de mayor relevancia resulta el caso de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, ya que en el art. 41 dispone que: *“El domicilio es inviolable y sólo podrá ser allanado por orden de juez competente, en base a indicios vehementes de hecho punible que se invoque”*, y que: *“La conformidad del afectado no suplirá la orden judicial”*. Así, en dichas jurisdicciones el art. 151 presentaría una restricción más fuerte que en otras zonas del país.

Al respecto, resulta muy interesante mencionar que sobre este caso particular se dice que “El consentimiento del titular con derecho de exclusión no faculta al funcionario, pero si al tercero que ingresa al domicilio en el marco del art. 150. Se ve con este ejemplo que el art. 151 no es una repetición de la previsión del art. 150 para el caso de funcionarios, sino una figura autónoma ligada al debido cumplimiento de las funciones públicas o del ejercicio de la autoridad. Es por ello que, conforme se mencionó en los antecedentes legislativos, el allanamiento ilegal se incluía a veces como una forma de abuso de autoridad y no entre los delitos contra la libertad. Lo particular del caso, es que el ingreso prohibido en Tierra del Fuego importaría una forma de abuso de autoridad, es discutible que, en tanto protección de la morada, un procedimiento de estas características llevado adelante con la voluntad del titular con derecho de exclusión afecte el bien jurídico protegido por el art. 151.”⁵¹

Los dos puntos de vista tratados también se ven reflejados en la jurisprudencia.

El precedente mayormente mencionado para ilustrar la postura que sostiene que el consentimiento del interesado no torna atípico el ingreso de la autoridad a un domicilio en ausencia de la respectiva orden de allanamiento o fuera de los supuestos legales de excepción es el fallo “Ramos Beltrán”.⁵²

Allí se resolvió que “Es inválido lo actuado en las diligencias de secuestro si fueron realizados en violación del derecho fundamental de la incolumidad del domicilio, al ser realizados por personal policial sin las ordenes respectivas del juez de la causa, y aun cuando

⁵⁰ GARIBALDI, Gustavo y PITLEVNIK, Leonardo, *op. cit.*, pág. 689.

⁵¹ *ibídem*, pág. 691.

⁵² CNCRIM. Sala IV, (Sent. “Ñ”, sec. 44), c. 42.479, Ramos Beltrán, Yesenia P, Rta: 9/2/93; elDial.com - A17A0

haya mediado en uno de ellos el consentimiento de la dueña, ya que éste resta tipicidad a la violación de domicilio pero nunca al allanamiento ilegal, y comete este delito, el funcionario público o agente de la autoridad de allanar un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina".

Mientras que desde la vereda contraria se sostiene que "No se está en presencia de un allanamiento ilegal por omisión de orden judicial en tanto la visita domiciliaria tuvo efecto con claro asentimiento de las personas afectadas por el procedimiento. La orden de allanamiento no es necesaria cuando media consentimiento expreso o táctico del interesado, toda vez que la garantía constitucional que protege el domicilio es renunciable." ⁵³

En el mismo sentido, se ha dicho que "Existió un real consentimiento no sólo al acceso voluntario a la vivienda sino también a la aprehensión y al secuestro de los efectos. El consentimiento real como se sabe excluye el allanamiento ilegal." ⁵⁴

De todo lo expuesto, se desprende que existe un fuerte vínculo entre el planteo constitucional acerca de la aceptación o no del consentimiento del interesado para la validez del allanamiento sin orden judicial y el análisis de la comisión del delito previsto en el art. 152 del C.P.

Entonces, la posición que se adopte en relación a una cuestión deberá tener su correlato con la restante. Puesto que importaría una contradicción afirmar, por ejemplo, que puede admitirse el ingreso de la autoridad a un domicilio con la sola anuencia del titular del derecho de exclusión sin violación a la garantía de la inviolabilidad de domicilio, y sostener a la vez que comete el delito de allanamiento ilegal, lesionando en consecuencia el bien jurídico "domicilio", el funcionario público que allana una morada en ausencia de alguno de los requisitos legales pero con el consentimiento de su titular.

Lo mismo puede decirse respecto a la definición de allanamiento (como "ingreso forzado" de la autoridad a un domicilio o como medida dispuesta con independencia de la voluntad del afectado) y a las condiciones que deberá revestir el consentimiento para su validez para uno y otro caso. Así, si bien en los precedentes de la Corte Suprema antes mencionados no se trató la cuestión relativa a la figura penal, de su análisis se desprende que para el alto Tribunal el consentimiento válidamente prestado por el titular del derecho de exclusión tornaría atípica la figura de allanamiento ilegal.

De ello se sigue también que cada vez que se nulifique un allanamiento por no reunir los requisitos legales, o por ser realizado sin el consentimiento válido del interesado -de enrolarse en la postura que lo admite-, y siempre que haya existido dolo de su autor, ello

⁵³ CPECON. Sala 2, (Hendler - García Quiroga) - Reg. 331/1989, Causa 28422 - "Troncoso, Jose P. s/Control de cambios", Rta: 07/12/89, elDial.com - AK1E5

⁵⁴ Sala Penal de la Cámara de Concepción del Uruguay CU 9180 S 7-8-2003, Juez García (SD)Carátula: A. -. G. s/ Robo agravado por el uso de arma, elDial.com - AT308C

deberá ir acompañado de una posterior imputación por violación al art. 151 del C.P., lo que no resulta usual en la jurisprudencia.

VI.- TOMA DE POSTURA

Llegado el momento de adoptar una conclusión propia, me inclino por la posición “amplia” en cuanto considero que debe otorgarse relevancia al consentimiento válidamente prestado por el interesado para el ingreso a un domicilio en los casos en que no exista orden formal de allanamiento, o no se de alguno de los supuesto de excepción previstos taxativamente en el art. 227 en el caso del Código Procesal Penal de la Nación.

Cierto es que la normativa procesal en el orden nacional no le otorga ningún efecto al consentimiento del imputado relativo a relevar la exigencia de la orden escrita emanada por el juez, siendo que únicamente en el segundo párrafo del art. 225 se hace referencia a la posibilidad de realizar el allanamiento en horario nocturno cuando el interesado así lo autorice, por lo que no comparto entonces la posición que interpreta que de dicha normativa se desprende que el consentimiento del imputado exime de la orden de allanamiento en cualquier caso.

Sin embargo, entiendo que la garantía de inviolabilidad del domicilio prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional no implica que cualquier ingreso a un domicilio particular por parte de la autoridad pública deba ser llevado a cabo mediando una orden de allanamiento. Es que la garantía, al determinar que el excepcional allanamiento y ocupación de un domicilio debe ser regido por ley, y que opera ya sea frente a particulares o al propio estado, está dirigida a proteger el derecho individual de la privacidad y la zona de reserva de los habitantes (art. 19 C.N.), pero si el titular de la garantía permite voluntaria y libremente el ingreso, no existe entonces intimidad que resguardar.

Considero entonces que es por ello que la normativa procesal penal que regula el registro domiciliario o allanamiento, si bien no lo prevee, tampoco niega en forma expresa validez al consentimiento, ya que no podría hacerlo constitucionalmente. Y a partir de allí debe entenderse que, a diferencia de lo que ocurre con el art. 150 C.P., no resultaba necesario que al definir el delito de allanamiento ilegal por parte de funcionarios públicos del art. 151 el legislador previera al consentimiento como excluyente de la figura, ya que ante la conformidad válida prestada por el titular del derecho de exclusión no existe posibilidad de allanamiento ilegal.

De este modo, si ninguna objeción puede formularse a la obtención de la autorización para el ingreso a un domicilio por parte de la autoridad pública, no puede negarse la legitimidad del ingreso. Al respecto, como lo propone Daray, entiendo que debe ponderarse la existencia o no de los vicios del consentimiento establecidos en el art. 954 del Código Civil, estos son error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

Sin perjuicio de ello, tal como lo mencionan los que sostienen la posición contraria, también es cierto que no puede asimilarse automáticamente la situación de un requerimiento policial para ingresar a un domicilio con el objeto de adquirir prueba de cargo en un procedimiento penal contra quien habita en él, a una visita cualquiera; ya que en la mayoría de los casos, en el primer supuesto, existirá cierta coacción moral que afectará la libre voluntad del sujeto.

Así, en los casos concretos, resulta poco probable que alguien preste en forma espontánea y libre el consentimiento para una requisita domiciliaria, pero no puede descartarse que ello pueda suceder en algunas ocasiones, ya que como se ha visto al repasar los precedentes de la Corte, en ciertos casos el imputado efectivamente así lo consiente, motivado en diversas circunstancias –arrepentimiento, expectativa de reducción de pena, etc.-.

Además, a ello se suma la dificultad probatoria que implica tener por acreditado con certeza que el consentimiento ha sido prestado en forma válida. Entiendo que esta circunstancia puede haber sido uno de los fundamentos por los cuales el legislador optó por no regular el consentimiento como fuente legitimante de un ingreso domiciliario, evitando así que a través de las propias normas se incurra en abusos y arbitrariedades, lo que suele suceder aún en la inexistencia de éstas.

Es por ello que, más allá de la posición que se tenga al respecto, para evitar que dichas prácticas indeseadas ocurran y en pos de la protección de este ámbito de la libertad individual, dado que en la mayoría de los casos no existe óbice para recabar la orden de allanamiento al juez, debe velarse por que en la práctica diaria los registros domiciliarios sean llevados a cabo bajo el marco de las normas procesales que lo rigen, a los efectos de limitar y permitir un acabado control del accionar policial en ejercicio de la coacción procesal, en especial que se cumpla con el objeto de la diligencia que determine el juez.

Pero de estas objeciones no puede concluirse que deba desecharse en todos los casos la relevancia del consentimiento del titular de la garantía, sino que en las ocasiones en que éste se halle presente, deberán extremarse los recaudos para cerciorarse de que dicho consentimiento fue prestado por el interesado en forma válida, corroborándose la inexistencia de posibles vicios, y teniéndose en cuenta además los requisitos que ha ido estableciendo la Corte Suprema de Justicia para su eficacia. Así, cuando no puedan acreditarse dichos extremos en caso de controversia, deberá descartarse la presencia de tal consentimiento, a fin de garantizar la protección de la intimidad individual y la efectiva vigencia de la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio.

VII.- BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ALMEYRA, Miguel Ángel –director- y BAEZ, Julio César -coordinador-, Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado, 1º edición, (Buenos Aires, 2007), La Ley, Tomo II –arts. 174 a 338-.
- BIDART CAMPOS, Germán J., ¿Hay allanamiento cuando se consiente el ingreso al domicilio?, en “E. D. 129-215”.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio y HAIRABEDIÁN, Maximiliano, La prueba en el proceso penal: con especial referencia a los Códigos PPN y de la Prov. de Córdoba, 6ta edición, (Buenos Aires, 2008), Lexis Nexis.
- CARRIÓ, Alejandro D., Garantías constitucionales en el proceso penal, 5ta edición actualizada y ampliada, (Buenos Aires, 2007), Hammurabi.
- D'ALBORA, Francisco J., Visitas domiciliarias y allanamientos en “La Ley 1990-C, 219-LLC 1990, 574”.
- DARAY, Roberto Raúl, Del Consentimiento al registro Domiciliario por la Policía y de la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Revista de Derechos Procesal Penal” (Santa Fe, 2007), Rubinzal-Culzoni Editores, 2007-1.
- DONNA, Edgardo A., Derecho Penal. Parte Especial, (Santa Fe, 2001), Rubinzal Culzoni, Tomo II-A.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Manual de la Constitución Argentina, 6ta edición, (Buenos Aires, 2007), Lexis Nexis.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, (Buenos Aires, 1969), Abeledo Perrot, Tomo V
- JAUCHEN, Eduardo M., Tratado de la Prueba en Materia Penal, (Santa Fe, 2002) Rubinzal Culzoni.
- MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, 1ª edición, (Buenos Aires, 2001), Editores del Puerto, Tomo III Parte General - Actos Procesales.
- MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, (Buenos Aires, 1989), Hammurabi, I b.
- NAVARRO, Guillermo R. y DARAY, Roberto R., Código Procesal Penal de la Nación Análisis doctrinal y jurisprudencial, 1º edición, (Buenos Aires, 2004), Hammurabi, Tomo I arts. 1/278.
- NUNEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, 2º edición, 2º reimpresión, Marcos Lerner Editora Córdoba, (Córdoba, 1989), Tomo IV-Parte Especial.
- SAGÜES, Pedro N., Elementos de Derecho Constitucional, 2º ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II.
- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 3ra edición, (Buenos Aires, 1983), Tea, Tomo IV.
- ZAFFARONI, Eugenio R. y BAIGÚN, David –directores- y TERRAGNI, Marco A. –coordinador-, Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo 5 artículos 134/161 parte especial, 1 edición, Hammurabi, Buenos Aires 2008.