

Allanamientos sin orden judicial.

El efecto convalidante del consentimiento

Carlos E. LLERA

Abogado (UBA-1978), Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Cursante del Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Miembro titular del Instituto de Derecho Procesal y Coordinador de Actividades Académicas. Profesor de Derecho Procesal Penal y Forense Penal en el Campus “Nuestra Señora del Pilar” (USAL).

Afiliación Institucional:

Miembro del Consejo Directivo del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Correo electrónico

carlosellera@gmail.com

Resumen

La jurisprudencia de los distintos tribunales con competencia nacional y, en especial, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos permiten reflexionar sobre la influencia del consentimiento en los casos de allanamientos llevados a cabo sin orden de juez competente.

En estos casos, nos encontramos siempre ante dos interrogantes ¿El sitio donde han ingresado los preventores se encuentra abarcado en el concepto de “domicilio”? De ser así ¿Ha concurrido alguna de las circunstancias de excepción enumeradas por la norma del art. 227 del Código Procesal Penal de la Nación que permite franquear la necesidad de orden judicial?

De estas dos preguntas –sin pretensiones de agotar la temática- nos ocuparemos en este trabajo.

Abstract

By examining case law stemming from the many courts with national jurisdiction and, in particular, the decisions made by the Argentine Supreme Court of Justice, we are able to reflect upon the influence played by consent in the search and raids carried out in absence of a warrant signed by the judge having jurisdiction over the case.

Under these circumstances, we are inevitably faced with two questions: is the place entered by the raid officers covered under the umbrella term of “domicile”? If so, is this one of the exceptional cases prescribed by Section 227 of the Argentine Criminal Procedure Code which allows for the lack of a search warrant?

In this paper —which by no means intends to be exhaustive— we will be dealing with these two questions.

Palabras clave (Keywords).

Allanamiento	search and raid
Orden judicial	search warrant
Consentimiento	consent
Código procesal penal	criminal procedure code

I.-Planteo de la cuestión

La anuencia a la inspección policial de un domicilio o morada por parte de quien tiene el derecho de exclusión ha sido largamente debatida en nuestra jurisprudencia. Fue recién en el año 1984 que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció un punto de inflexión en la cuestión.

Fue en la causa “Fiorentino”¹ donde postuló que “...*Esta Corte tiene declarado que la ausencia de objeciones por parte del interesado respecto de la inspección domiciliaria que pretenda llevar a cabo el personal policial, no resulta por sí sola equivalente al consentimiento de aquél, en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización*”.

En los casos de intromisión sin orden judicial nos encontramos siempre ante dos interrogantes, a saber: el primero, si el sitio en donde han ingresado los preventores se encuentra abarcado en el concepto de “domicilio”, y, segundo, en el supuesto de que la respuesta a la primera cuestión sea afirmativa, si en el caso ha concurrido alguna de las circunstancias de excepción que enumera la norma del art. 227 del CPPN, que permite franquear la necesidad de orden judicial.

De las dos incógnitas, nos haremos cargo –sin pretensiones de agotar la temática- en las siguientes líneas.

II.- El concepto de domicilio

¹ Fallos 306:1752; en igual sentido “Cichero” Fallos 307:440 (1985).

A partir del *leading case* “Fiorentino”, la jurisprudencia del más alto tribunal del país siguió en esa dirección reafirmando y consolidando en “Rayford”² el carácter *constitucional* de un allanamiento de domicilio llevado a cabo sin orden judicial.

La CSJN *in re* “Fischetti”³, remitiéndose al dictamen del Procurador General, señaló que “*La inviolabilidad del domicilio resguardada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, se concreta a través de la exigencia legal de que las órdenes de allanamiento emanen sólo de los jueces y que las resoluciones que las dispongan debe ser siempre fundadas*”.

La motivación es el modo de garantizar que el registro aparece como fundamento necesario y excluye la arbitrariedad en el uso del poder estatal.

La fundamentación del auto que dispone un allanamiento debe ser expresa, clara y precisa; ello, dentro de los límites de las posibilidades que la realidad impone en la génesis investigativa y la urgencia con que las decisiones de esta índole usualmente son adoptadas.

Una orden de allanamiento infundada es constitucionalmente inválida.

La protección constitucional del domicilio no se concede solo en virtud del derecho de propiedad, sino como ámbito físico de la vida privada que comprende tanto la doméstica como la de realización de actividades sociales o profesionales en conexión con el ejercicio de la autonomía individual. En otros términos, la protección del domicilio, en relación con la protección de la vida privada, define un ámbito en el cual el sujeto tiene derecho a conducir su vida personal a su gusto y excluir enteramente el mundo exterior de este círculo, y engloba, también, en cierta medida, el derecho del individuo de anudar y desarrollar relaciones con sus semejantes⁴.

La Constitución Nacional, en su art. 18, determina como regla general que el domicilio es inviolable, y establece que, excepcionalmente, se podrá proceder a su allanamiento y ocupación cuando concurren los casos y justificativos que una ley previa deberá consignar.

Este mandato de protección legal contra las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado en el domicilio de los ciudadanos también está contenido en los pactos internacionales investidos de rango constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional⁵.

² Fallos 303:733 (1986).

³ Fallos 322:3225 (1999); en igual sentido “Yemal” Fallos: 321:510 (1998) y “Minaglia”, Fallos 330:3801(2007).

⁴ BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 525; BADENI, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*, Tomo I, 2ª edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 528; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de derecho constitucional*. Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1999, p.95; y, *mutatis mutandis*, TEDH, “Niemiets vs. Alemania”, Serie A, vol. 251-B, págs. 29 y 30.

⁵ A partir de 1994, se incorporaron, con igual Jerarquía, varios Tratados Internacionales. Es así que en algunos de ellos encontramos disposiciones protectoras del domicilio. Así, el artículo 9º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad del domicilio. A su vez, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Como regla, el allanamiento solo puede ser autorizado por el juez por auto debidamente fundado. De modo excepcional, la ley autoriza a los funcionarios de policía y de fuerzas de seguridad a proceder sin orden judicial, en los supuestos de hecho que describe en el art. 227 del CPPN.

No es ocioso subrayar que, al realizarse un allanamiento ilegal, junto a la garantía de la inviolabilidad del domicilio se encuentra comprometida, además, la garantía que prohíbe la autoincriminación coactiva, legislada en el mismo art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

Conviene comenzar recordando que los jueces tienen la facultad de disponer allanamientos de moradas solo por dos órdenes de razones: a) para lograr una aprehensión; y b) para la obtención de pruebas.

La policía que actúa en función judicial no puede en estos dos supuestos obrar por propia iniciativa, sino que debe requerir del juez la correspondiente orden de allanamiento.

La orden de allanamiento, regulada por la ley procesal, no constituye un acto por el cual el juez delega su *imperium* en un funcionario de policía u otra autoridad, acto que no es susceptible de ser utilizado discrecionalmente por esta, sino que, por el contrario, es un mandato singular que se agota con el cumplimiento de la orden sin habilitar nuevas entradas. En efecto, la protección constitucional del domicilio no se puede anular absolutamente, porque esto le estaría vedado aun a los jueces; la orden de allanamiento solo tiene por efecto franquear este domicilio al único fin de realizar una diligencia *concreta* ⁶.

El domicilio es inviolable, pues integra la esfera de la intimidad propia de cada persona, la cual tiene el legítimo derecho a excluir a terceros de él.

Por cierto, mientras dura la diligencia, se encuentra enervado el derecho de exclusión que tiene el habitante de la morada; carecerían de eficacia las objeciones que pretendiera oponer a cualquier acto que constituyese una ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimidad, en concreto, ha sido desguarnecida por mandato judicial. Pero, una vez que la pesquisa ha concluido, recupera su derecho de oponerse a la entrada de un tercero ajeno a la morada, aun en el caso de encontrarse en la imposibilidad material de repeler la entrada

El personal policial interviniente excede sus facultades si ingresa a un domicilio sin una orden de allanamiento librada por el juez y sin que se verifiquen las situaciones legisladas en el art. 227 del rito.

dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su domicilio y que las leyes deben proteger a las personas contra tales actos. El artículo 11, inc. 2, del Pacto de San José de Costa Rica establece que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas... en su domicilio...”. También, se puede relacionar con la reserva de la intimidad, puesto que protege todo aspecto de la vida privada de un individuo que este quiera preservar del conocimiento e intrusión de los demás (Art. 11. 1, CADH).

El domicilio es una proyección espacial del ámbito de intimidad de la persona, lo que ha determinado el reconocimiento general de su inviolabilidad, y la exclusión de posibles injerencias arbitrarias en él.

⁶ Fallos 310:85, “D’Acosta” (1985).

La ausencia de la orden judicial pertinente, aunada a la carencia de cualquiera de los presupuestos fácticos del mencionado artículo procesal, torna al procedimiento en inválido por incumplimiento de la pertinente e *insoslayable* orden judicial.

La necesidad de contar con una orden del juez para ese cometido finca en el entendimiento de que *son ellos –los jueces- quienes están en una mejor situación para asegurar que la intromisión en la libertad o intimidad de las personas responde a motivos razonables, y no a un mero capricho...*, razón por la cual *“cuando la policía actúa sin orden judicial, invocando razones de urgencia, ella está, como mínimo, constreñida por los mismos recaudos que demandan la existencia de motivos previos para actuar...”*⁷.

Es con una visión total de las circunstancias, que confluyen *ex ante*, como debe justificarse la sospecha objetiva y, también, la urgencia que legitimará el accionar de los preventores para actuar sin la orden judicial respectiva.

Como expresamente lo sostuvo el señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Fayt, al emitir su voto en el precedente “Fernández Prieto”,⁸ *“la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido... pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente. En estas condiciones, es forzoso concluir que la detención cuestionada ha sido dispuesta extramuros del art. 18 de la Constitución Nacional”*

La intimidad debe ser interpretada como *“una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás”*⁹.

En esta materia, donde se encuentra en juego un derecho fundamental del ciudadano -la intimidad- la interpretación de la excepción legal debe ser sumamente restrictiva y, al mismo tiempo, evitar todo análisis extensivo.

En definitiva, si no existía peligro en la demora, ni razones de urgencia –con más razón si el imputado ya estuviera detenido- los preventores deben requerir la correspondiente orden judicial.

Siempre que exista derecho de exclusión nos encontramos ante un lugar que no es público; por ende, se requiere, para su ingreso, orden judicial de allanamiento¹⁰.

El concepto de domicilio al que se refiere la norma constitucional, si bien no es coextensivo del de propiedad privada, tampoco debe ser circunscripto, a partir de una interpretación literal, a la “morada”, “vivienda” o “residencia”.

⁷ CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, 5ª edición, Buenos Aires, 2008, ps. 252/253.

⁸ Fallos: 321:2947.

⁹ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 327.

¹⁰ BUNGE CAMPOS, Luis María *Inviolabilidad del domicilio: ¿De quién es la garantía?*, LL 1994-B-335.

“...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, del derecho de exclusión. Lo tutelado, en definitiva, y de allí la amplitud, no es sino una manifestación del derecho constitucional a la libertad o a la privacidad...”¹¹.

Incluso los “terrenos abiertos” (*open fields*) se encuentran amparados por la garantía de la inviolabilidad de domicilio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, en la medida en que el titular del derecho de exclusión haya tomado recaudos que exterioricen su voluntad de excluir a terceros de un modo que resulte intersubjetivamente comprensible y respetable. Pues, en tales condiciones, corresponde reconocerle sobre dichos ámbitos una razonable expectativa de privacidad protegida constitucionalmente, tanto frente a particulares como a agentes estatales. Consecuentemente, la legitimidad de su allanamiento quedará sujeta a que el ingreso se realice en los casos y con los justificativos que la ley reglamentaria de la garantía determine.

El ingreso de agentes estatales a un ámbito en el cual su titular goza de una expectativa razonable de privacidad (CN, arts. 18 y 19) constituye una medida de coerción o de injerencia, en tanto supone una afectación directa a un derecho (privacidad) y a la garantía consagrada para resguardarlo (inviolabilidad de domicilio). De ahí que se encuentra regida por el principio general de *nulla coactio sine lege*.

Cuando el art. 224 del código de rito expresa la voz “un determinado lugar” alude al domicilio en un sentido amplio¹².

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”¹³.

III.- El consentimiento

Como regla, los registros domiciliarios, en tanto medida intrusiva, deben estar precedidos de una orden de allanamiento dispuesta por un juez y, en razón de lo establecido en los artículos 123 y 224 del código de formas, tal orden debe estar debidamente fundada. Sin perjuicio de ello, dicha regla encuentra su excepción en determinados casos previstos por la ley procesal y en el consentimiento del titular de la garantía constitucional.

¹¹ NAVARRO, Guillermo Rafael-DARAY, Roberto Raúl *Código Procesal Penal de la Nación*, Tomo I, Hammurabi, 2004, p. 561.

¹² CN Crim. y Corr, Sala IV, causa n°37.994 “Ayala, Gustavo”, Resuelta. 11/09/1990. Ha sostenido que en el campo penal los ámbitos privados a los que se refiere el artículo 18 de Constitución Nacional deben ser interpretados en sentido amplio para la salvaguarda de las garantías de los imputados, “... *los recintos privados, como lo es el cofre asignado por la empresa a uno de sus dependientes cerrado con candado - circunstancia que evidencia la voluntad de exclusión del usuario- deben recibir la misma protección que el domicilio, y, consecuentemente, es necesaria una orden de allanamiento para su apertura, cuya ausencia no puede ser suplida válidamente por el consentimiento prestado por los procesados en la ocasión...*”.

¹³ Fallos 328:149 “Ventura”, considerando 6° (2005).

Se discute si el consentimiento del interesado basta para eludir el requisito de orden escrita emanada de juez competente que reclama la ley.

Corresponde, entonces, determinar en qué casos el consentimiento prestado resulta válido y suficiente por sí solo para justificar la inspección sin orden judicial.

Como ámbito inviolable de ejercicio de la autonomía individual, el ocupante del domicilio tiene soberanía para decidir si, y en qué condiciones, consiente el ingreso de terceros a ese ámbito, salvo el caso en que una ley defina con suficiente precisión la limitación al ejercicio de esa autonomía. De allí, se deriva el derecho de excluir o consentir la entrada de terceros y, *a fortiori*, que la disposición del art. 224 CPPN no rige cuando el ocupante consiente la entrada, de manera libre y voluntaria, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

“La jurisprudencia y la doctrina lo aceptan mayoritariamente. Pero la respuesta positiva no agota la cuestión, porque a partir de allí resulta de fundamental importancia el establecimiento de los límites y condiciones de validez.

*Admitido 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. Está claro que puede hacerlo el titular del derecho de exclusión, que puede ser el propietario, o aquel que, sin ser dueño, tiene el dominio del predio.”*¹⁴

Para determinar si el consentimiento del morador tiene la capacidad de convalidar un ingreso sin orden judicial previa, es preciso realizar un examen exhaustivo de las circunstancias que rodearon cada situación y verificar si existieron vicios que hayan podido afectar la voluntad libre de quien, en aquellas condiciones, prestó su consentimiento.

El consentimiento debe ser expreso e inequívoco y debe ser expresado de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización.

La mera ausencia de reparos no es consentimiento; no se trata de una mera cuestión de palabras; lo que importa es establecer si las constancias de la causa traducen un verdadero acto voluntario¹⁵.

La ausencia de objeciones por parte del interesado respecto de la inspección domiciliaria no resulta por sí sola equivalente al consentimiento de aquel; tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización¹⁶.

¹⁴ CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal*, LexisNexis, sexta edición, ps. 234 a 236.

¹⁵ CN Crim. y Corr., Sala IV, causa N° 34.225, “Toranzo, Juan Sabino”, resuelta el 13/05/08.

¹⁶ Fallos: 316:2464, “Vega” (1993).

Para hablar de consentimiento válido, deben surgir *expresamente* del acta que documenta el allanamiento los motivos del ingreso al domicilio y, además, que ellos han sido debidamente explicados y explicitados a los moradores¹⁷.

Debe surgir de las constancias de autos, de modo inequívoco, que el titular del poder de exclusión fue impuesto de su derecho a negarse y de los derechos que le correspondían en su calidad de imputado; así, no debe existir margen de duda alguna en cuanto a que el consentimiento fue prestado con total libertad del individuo al expresar la autorización. Caso contrario, se ofenden las disposiciones de los arts. 18 y 19 C.N. que consagran la inviolabilidad del domicilio.

No deben quedar dudas, entonces, de que el interesado brindó su autorización de manera plenamente libre y consciente de las implicancias; en otros términos, que no pueda inferirse algún tipo de vicio en la voluntad del habitante de la finca o establecimiento¹⁸.

Si del acta no surge referencia alguna acerca de si se le explicó a los moradores el porqué de la presencia policial, de los motivos de su requerimiento, resulta contrario a toda lógica inferir que aquellos, al franquear el ingreso del personal policial, actuaban con voluntad libre, base de un consentimiento válido, dado que la libertad implica también tener conocimiento acerca de la materia sobre la cual se decide.

La buena doctrina reclama que estemos en presencia de un “*consentimiento informado*”

*“...si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento...”*¹⁹.

Para que ese permiso opere, debe ser prestado de forma tal que no queden dudas de la libertad del individuo al expresar la autorización.

El funcionario de la prevención debe poner en conocimiento de quien está legitimado para consentir el ingreso:

- que no tiene orden judicial;
- de la existencia de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y de su derecho de exclusión (negar el ingreso);
- el objeto del procedimiento y de la investigación, así como la finalidad del ingreso (a quién o qué se busca, y para qué), y
- probables consecuencias procesales (secuestro, detención).

¹⁷ Fallos 328:149, “Ventura” (2005).

¹⁸ De los votos de los jueces Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni, en el precedente “Minaglia”, Fallos 330:3801 (2007), en el que se citaron los casos “Fiorentino” Fallo: 306:1752; “Cichero”, Fallo: 307:440 y “Vega”, Fallo: 316:2464 considerando 5°).

¹⁹ Voto del juez Petracchi en “Fiorentino” (Fallo: 306:1752; considerando 8).

Una situación interesante se plantea cuando el titular del derecho de exclusión no es la misma persona que tendría interés en la medida.

La respuesta ha sido dada en la causa “Rayford”²⁰, y puede sintetizarse así: en la medida en que la violación de una garantía constitucional (la inviolabilidad del domicilio) de un tercero (el titular del derecho de exclusión de la vivienda), se relaciona en forma inmediata con la obtención de prueba que incrimina a alguien (el imputado), este pasa a tener un interés en que la ilegalidad sea declarada y la prueba obtenida excluida. Este interés integra la garantía del debido proceso del imputado, que se vería afectada de admitirse la utilización en juicio de medios de prueba obtenidos en violación de los derechos del tercero (el titular de domicilio allanado).

En consecuencia, el imputado estará legitimado para propiciar la nulidad del procedimiento prevencional que dio inicio a las actuaciones, podrá alegar que el titular del inmueble en el que tuvo lugar se encuentra amparado en ese ámbito por la garantía de inviolabilidad del domicilio²¹.

Interesa aprovechar estas cavilaciones para analizar un supuesto que postula una hipótesis fronteriza: cuando se pretende allanar una cochera para secuestrar o requisar un vehículo automotor.

La Corte Federal ha tenido ocasión de abordar la cuestión, y ha predicado que “...*el automóvil no se hallaba estacionado en una cochera privada, resguardada bajo llave y funcionalmente anexada a la habitación del hotel, sino en una playa común para todos los clientes, y para el acceso a la cual bastaba la conformidad del dueño del establecimiento, el recurrente debió demostrar que en tales condiciones igualmente ese lugar estaba comprendido en el concepto de domicilio del art. 18 de la Constitución Nacional. Al respecto, no basta la invocación -opuesta a la de la sentencia- de que aquel está alcanzado por la protección, sobre todo cuando solo se sustenta en la comparación de dicho lugar con las distintas dependencias de una casa-habitación, comparación de la que no es posible extraer consecuencia alguna por la diferencia notoria entre los lugares comparados.*”²².

Cabe distinguir, entonces, si la cochera donde se encontraba el vehículo se trataba de un espacio común de libre acceso, o era una cochera privada asegurada por un portón.

Si la cochera estaba emplazada en un espacio privado, un edificio, y asegurada por un portón, estará alcanzada por la inmunidad de domicilio, y consecuentemente, su ingreso debe ser habilitado previo consentimiento expreso del titular del derecho de exclusión.

Solo en el caso de cochera ubicada en un espacio común para uso de varios clientes, subrayo, debe tratarse de un espacio de uso común y de libre acceso de un amplio número los clientes, será aplicable la doctrina del precedente “Aguirre”.

²⁰ Fallos: 308:733.

²¹ Voto del juez Augusto M. Diez Ojeda, CNCP, Sala IV, en la causa N° 8539, “Martínez Da Silva, Arnaldo s/ recurso de casación”, reg. 12.555.4, resuelta el 6/11/09).

²² Fallos 315:133, “Aguirre”.

4. Conclusión

A fin de examinar si el consentimiento prestado habilita la entrada de la policía sin orden judicial, o fuera de los casos del art. 227 CPPN, es preciso practicar *un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto*

Si la policía informa al interesado su deseo de ingresar al domicilio o local protegidos por el art. 18 C.N., le hace saber la finalidad perseguida y que el imputado puede oponerse a la entrada mientras no obre munida de una orden de allanamiento, y todas esas circunstancias constan debidamente descriptas en el acta respectiva, el consentimiento prestado a partir de esa información podrá ser tomado en cuenta para examinar la voluntariedad y libertad con la que fue prestado.

De adverso, si tal información no ha existido de modo exhaustivo, difícilmente pueda sostenerse que ha existido consentimiento libre y voluntario; más bien, se debe pensar en que no ha sido producto de su plena libertad, sino de una voluntad viciada, generada por la falta, o bien, la falsa información brindada por los preventores, y que ha sido la creencia en que esa versión era cierta la que habilitó el ingreso de los policías a la morada y, eventualmente, el secuestro de algún elemento vinculado al suceso pesquisado.

“...de ningún modo puede evitarse la orden de allanamiento sobre la base de un consentimiento tácito. En última instancia, se debe presumir que las personas no han prestado su consentimiento. Solo en aquellos casos en los que existe un consentimiento probado y libre se puede admitir la validez de la información recolectada sin una orden de allanamiento.”²³

Finalmente, el consentimiento prestado, para servir como base para que se omita la orden pertinente, debe ser dado por el interesado ²⁴.

El consentimiento solo tendrá efecto convalidante si reúne estas condiciones:

- debe darse en presencia de testigos;
- debe darse con anterioridad al ingreso;
- debe ser voluntario, libre y espontáneo;
- debe ser expreso, no tácito (resulta insuficiente la expresión “no opuso ninguna objeción”, o similares);
- solo puede consentir el titular del derecho de exclusión;
- será ineficaz el consentimiento influenciado o determinado por las *circunstancias* del procedimiento (escasa edad de quien da el consentimiento, la inexperiencia en situaciones de esa naturaleza, el horario, la presencia y cantidad de efectivos policiales, la inexistencia de testigos o el lugar);
- carece de valor el consentimiento dado por quien tenga prohibición de declarar en contra del imputado o facultad de abstención, en tanto no sea informado de la opción respectiva, y

²³ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*, Ad hoc, Buenos Aires, 2005, segunda edición, p. 189.

²⁴ Voto de la jueza Ángela E. Ledesma, CNCP, Sala III, causa N° 11990 “Rodríguez, Daniel Nelson s/recurso de casación”, resuelta el 13/07/2010.

- no puede inducirse a error al interesado en base a una información tergiversada, sea con respecto al motivo, al objeto de la diligencia, a la finalidad, etc.

Por lo tanto, al prescindirse de la orden del juez y llevarse a cabo un allanamiento sin el consentimiento del titular del derecho protegido -o si la autorización para llevar a cabo la medida intrusiva fue prestado por un tercero-, y siendo que estos son requisitos esenciales para la validez de este tipo de procedimientos, se ha vulnerado el derecho establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

Se trata de una injerencia arbitraria en un ámbito de privacidad constitucionalmente protegido.

De verificarse el vicio, en tanto ha comprometido garantías constitucionales, nos encontraremos ante una nulidad de carácter absoluto que, como tal, debe ser declarada de oficio y en cualquier estado del proceso (art. 168, 2º párrafo CPPN).

Se trata de nulidades de derecho. No resultan convalidables ni saneables en el proceso por inacción de las partes o del órgano jurisdiccional; pueden y deben ser declararlas, oficiosamente, en cualquier estado y grado del juicio.

Concluyendo, si el allanamiento ha sido desplegado en violación al derecho constitucional a la privacidad (arts. 18 y 19 CN), se encuentra viciado de nulidad absoluta (arts. 167 y 168, segundo párrafo CPPN). Consecuentemente, si no existe un cauce de investigación independiente, por aplicación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de exclusión de la prueba, el material incriminante o de cargo que resulte su directa e inmediata consecuencia tampoco puede ser reputada como prueba válida para sustentar una condena²⁵.

Ello es así en razón de que *“si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera que pueda afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esta prueba será válida”*²⁶.

Este es el mismo criterio que ha tenido nuestro máximo tribunal en los casos “Rayford”; “Ruiz” y “Daray”²⁷.

Lo importante es no perder de vista que no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió en 1914 el precedente “Charles Hnos”²⁸ en el cual excluyó prueba proveniente de allanamientos ilegales.

Es que en nuestro derecho positivo, la regla de exclusión probatoria es una verdadera garantía constitucional a diferencia de los EEUU donde tiene un efecto disuasorio de conductas policiales ilegales²⁹.

²⁵ Fallos: 308:733; 310:1847 y 2384.

²⁶ CARRIÓ, Alejandro, D: Garantías constitucionales en el proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, cuarta edición, 2000, pág. 248.

²⁷ “Rayford” (Fallos 308:733), “Ruiz” (Fallos 310:1847) y “Daray” (Fallos 317:1985).

²⁸ Fallos 46:36.

Es que todo medio de prueba que persiga incorporarse a un proceso penal debe haber superado el filtro de legalidad constituido por los medios admitidos por la Constitución y la ley reglamentaria, lo cual constituye una excepción a la libertad de prueba fijada en el art. 206 del CPPN.

En forma paralela a este sistema de contralor, rigen las “*prohibiciones de valoración probatoria*”, cuya función es doble, pues persiguen, por un lado, prohibir a los jueces valorar en el proceso elementos ya incorporados, pero obtenidos en violación a garantías fundamentales; por el otro, impedir su utilización, fuera del proceso, como fuente de investigación de medios de pruebas³⁰.

No puede pretenderse, pues, mantener vigente la pretensión punitiva en función de elementos probatorios que fueron obtenidos ilegalmente, pues se activan las denominadas prohibiciones de valoración probatoria³¹.

²⁹ BROCCA, Marcelo, en ww.pensamientopenal.com.ar/01052010/procesal07.pdf), ¿Es la exclusión probatoria una garantía constitucional?

³⁰ GARCÍA, Luis M. *La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada*, segunda parte, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Año 3, N° 7, Ed. Ad-Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires, diciembre de 1997, págs. 751 y ss.

³¹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*, T. II, parte general, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2003, págs. 134 y ss. *“Las llamadas limitaciones o prohibiciones probatorias sirvieron, en un principio, para designar la inadmisibilidad procesal de la incorporación al procedimiento (prohibiciones de recolección probatoria) y, como consecuencia, a la fundamentación del fallo (prohibiciones de valoración probatoria) de ciertos conocimientos e información con vulneración de reglas que vedan el objeto de conocimiento (limitaciones absolutas o referidas a la prohibición del tema probatorio) o el mecanismo de recolección de la información (limitaciones relativas referidas a la prohibición de medios de prueba) (...). Dentro de esta problemática, desarrollada históricamente sobre la base de los métodos de investigación tradicionales, aparece hoy agregado a ella un problema nuevo perteneciente a la llamada “posmodernidad” y que reviste la mayor gravedad, pues el alcance veloz y, al parecer, arrollador, del las ciencias naturales y de la técnica-frente a los tiempos de las ciencias culturales (una de las cuales es la ciencia jurídica), verdaderas tortugas en comparación con aquellas, ha concebido medios de indagación de la verdad y de información que superan geométricamente las posibilidades antiguas: desde escuchas a distancia con transmisores súper sensibles, transmisiones audiovisuales o grabaciones ocultas, hasta el cruzamiento de informaciones almacenadas en bancos de datos, posible en tiempo útil solo por ordenadores. Todo el tema es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal...”*