

La inviolabilidad de domicilio: el ingreso consentido y las decisiones  
infundadas

Pautas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Santiago E. Maldonado*

**Resumen**

El alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio no fue siempre uniforme en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el presente artículo encontraremos dos ejes sobre los que la Corte se expidió con relación a allanamientos en circunstancias irregulares: *a)* el ingreso y registro del domicilio sin orden judicial y *b)* la orden judicial sin fundamentación suficiente. Estas razones nos permiten evaluar la situación en torno a la mencionada garantía y la exigencia de cuestiones que superen el denominado “consentimiento” y el “rigor ritual excesivo” que se utilizaron para sostener, respectivamente, en cada circunstancia.

**Palabras claves:** allanamiento, inviolabilidad del domicilio, consentimiento, orden judicial y policía.

**I. A modo de introducción**

El allanamiento como medida probatoria en el marco de un proceso penal, se concreta con una orden judicial previa que requiere un análisis mesurado sobre las circunstancias -anteriores- que habilitan su procedencia. La razón de esas exigencias radica en que, por su naturaleza, es una medida restrictiva de derechos: la inviolabilidad del domicilio, que se conjuga con el derecho a la intimidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con distintas integraciones, en fallos dictados desde mediados de la década de 1980 se ocupó la afectación a esta garantía en ocasión de realizarse allanamientos que, o bien no fueron ordenados por un juez o una jueza, o bien fueron ordenados por tales, pero sin fundamentar las decisiones.

De una y otra manera entra en conflicto la inviolabilidad del domicilio en relación con los fines del proceso penal. Ese ha sido el disparador o la razón que dieron lugar a las intervenciones del máximo tribunal: la interpretación y alcance de garantías constitucionales.

Es por esa razón que el objeto que se propone en este trabajo es establecer en qué medida el allanamiento, como medida probatoria, puede constituir una intromisión abusiva en la esfera de la intimidad del domicilio.

## **II. El registro de lugares**

El allanamiento es el medio de prueba a través del cual se procura el hallazgo de personas o efectos, rastros, evidencias y objetos vinculados a un hecho delictivo. El propósito del registro domiciliario será la captura del imputado o el secuestro de cosas dentro de un ámbito constitucionalmente protegido<sup>1</sup>.

El art. 18 de la Constitución Nacional establece como regla general que el domicilio es inviolable<sup>2</sup>, introduciendo, a su vez, que excepcionalmente se podrá proceder a su allanamiento y ocupación cuando concurren los casos y justificativos que una ley previa regule. 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 (art. 75, inc. 22): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 9); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11,2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17).

De esa especial protección surge la necesidad de observar recaudos concretos que habiliten exceptuar o afectar -temporalmente- la libertad, la privacidad y la inviolabilidad del domicilio.

Entre ellos, se exige que la orden sea dictada por un juez o una jueza competente (los magistrados que intervienen en el caso), aunque existen extremos de necesidad que están expresamente previstas por la ley: casos de incendio, explotación o inundación; cuando se conociere que personas extrañas ingresaron a un domicilio para cometer un delito; cuando resulte indispensable en una persecución policial; cuando se pida socorro; y cuando existan sospechas fundadas de que se encuentra la víctima de una

---

<sup>1</sup> Chaia, Rubén A., "La prueba en el proceso penal", Ed. Hammurabi, 2016, pág. 841.

<sup>2</sup> Se reconoce fuente histórica como principio constitucional la Declaración de Virginia (1776) y la Constitución de Estados Unidos de América (1787). En el ámbito nacional, el Decreto de seguridad individual incluido en el Estatuto provisional de 1811 (Conf. Maier, Julio B.J., "Derecho Procesal Penal I. Fundamentos", 2ª Ed. 4ª reimpression, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2012, pág. 679).

privación ilegal de la libertad y su vida o integridad física corra peligro (CPPN, art. 227; CPPF, art. 142; CPPBA, art. 222; CPPCórdoba, art. 206; y otros).

La orden judicial que dispone el allanamiento debe estar fundada. Esto quiere decir que se deberán explicar los motivos que llevaron a suponer que determinada persona o cosa, vinculadas al hecho que investiga, se hallarían en el domicilio que se registra. El motivo de esta exigencia radica en que se encuentran en juego garantías individuales y se pretende evitar actos arbitrarios. Además, permite que la decisión pueda ser luego evaluada en términos de razonabilidad (proporcionalidad) y legalidad.

Otros recaudos tienen que ver con el contenido de la orden. El documento que se presenta al responsable u ocupante del domicilio a registrar deberá contener: la identificación del tribunal que lo dispuso, con indicación del expediente en cual se ordena; la identificación del domicilio; el horario en que se desarrollará la diligencia y el objeto del allanamiento. Lo último comprenderá el secuestro de algún objeto en particular o la captura de una o varias personas, siempre que estén vinculados con el hecho delictivo que se investiga.

En tanto, el allanamiento constituye un medio de prueba, las normas que regulan esa actividad en el proceso suelen hacerlo desde dos aspectos prohibitivos: se prohíbe el uso de un medio probatorio no admitido y se prohíbe el uso de un medio probatorio admitido en forma antijurídica.

Un trabajo serio de actividad probatoria se enfrentará siempre a la obligación de resguardar, en cada acto, las garantías individuales frente a la consecuencia de que sean ilícitas. La regla de exclusión probatoria opera en los procesos de enjuiciamiento para apartar y descartar aquellos elementos de prueba que fueron obtenidos en violación o contradicción de una norma o principios constitucionales. Y por tratarse de pruebas ilícitas se la tiene por inadmisibles o inexistentes, de igual manera, aquellas que son efecto reflejo y las contamina: pruebas ilícitas por derivación o “fruto del árbol envenenado”<sup>3</sup>.

Si nos centramos en el allanamiento o registro domiciliario, como medio de prueba, podríamos traducir la regla de la exclusión probatorio a las siguientes premisas: a) el

---

<sup>3</sup> La doctrina del fruto del árbol venenoso surge a partir del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “Silverthorne Lumber Co. V. US” del año 1920, 251 US 385. En la jurisprudencia de la CSJN se aplicó en: “Montenegro, Luciano Bernardino s/ robo”, sentencia del 10/12/1981, Fallos 303:1938 y “Rayford, Reginald”, sentencia del 13/5/1986, Fallos 308:733.

allanamiento se practica directamente por funcionarios de las Fuerzas de Seguridad, sin autorización legal ni orden judicial y b) el allanamiento se realiza por orden jurisdiccional, pero sin reunir los recaudos que exige el sistema procesal (fundamentación, identificación del domicilio, horario, objeto).

### **III. La jurisprudencia de la Corte Suprema**

En concreto, los casos se centran en dos tipos de observaciones que se formulan contra los allanamientos, aquellos realizados sin orden judicial (incluso con agentes encubiertos) y aquellos que fueron dispuestos sin fundamentación.

#### **III.1 Allanamiento sin orden.**

##### *III.1.1 Casos: ¿el consentimiento releva la orden judicial?*

El *consentimiento informado*<sup>4</sup> es un concepto que se estudia en bioética; consiste en que, en el marco de investigaciones científicas que tengan por objeto la intervención en pacientes, los profesionales proporcionen, previamente, la mayor información adecuada para que aquellos puedan disponer de un consentimiento libre e informado. Sobre las condiciones de esa relación, es posible trazar un paralelismo con los casos de allanamientos en que los agentes del estado ingresan a un domicilio sin la disposición expresa de una autoridad judicial competente. Lo curioso, y de aquí el interrogante, es que el denominador común para justificar el ingreso ilegítimo es el supuesto consentimiento que prestan los moradores o responsables del domicilio. Insisto en este punto, de ser así (efectivamente consentido el acceso al domicilio) entonces nos encontraríamos ante un *consentimiento informado*, según el cual el funcionario policial habría indicado al ocupante del domicilio registrado: cuál es el hecho ilícito que lo llevó hasta ese lugar, cuáles son las circunstancias que lo llevan a sospechar que en ese lugar

---

<sup>4</sup> Declaración Universal sobre Bioética y Derecho Humanos, de la UNESCO, 19 de octubre de 2005: “La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales” (Art. 1.1); “La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos” (Art. 6.2).

encontraría algún elemento de interés para su investigación, informarle sobre la posibilidad de revocar el consentimiento durante la diligencia y, sobre todo, la facultad de negarse a que accedan a su domicilio sin orden judicial.

El primer supuesto de allanamiento sin orden corresponde al caso “Fiorentino”<sup>5</sup> (1984), un paso obligado para el estudio de la intromisión ilegítima de funcionarios policiales en un domicilio. En el año 1981, Diego Fiorentino fue identificado y detenido por personal policial al ingresar a su domicilio. Durante un breve interrogatorio, Fiorentino reconoció espontáneamente poseer estupefacientes en la vivienda que compartía con sus padres, por lo que se autorizó el registro domiciliario. En el interior del domicilio se secuestró una pequeña cantidad de estupefacientes. Fiorentino fue condenado a un año de prisión en suspenso y multa de un millón de pesos. La defensa cuestionó la validez de la diligencia policial, sosteniendo su ilegitimidad por resultar violatoria de la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

En el voto de la mayoría, la Corte explicó que no se había configurado ningunas de las excepciones (extremos de necesidad) para que el allanamiento se realizase sin orden judicial, ni había mediado consentimiento válido que permitiera el ingreso de los funcionarios policiales. Con relación a esto último, destacó que el permiso que podría haber otorgado carecería de efectos por las circunstancias en que se prestó, al haber sido aprehendido e interrogado sorpresivamente por una comisión de cuatro hombres mientras ingresaba con su novia al *hall* del edificio donde habitaba, quedando detenido. Con relación al comportamiento del imputado, explicaron que tampoco alcanzaría una resistencia verbal que fuera oída por los testigos, y valoró como determinante la edad de Fiorentino y la falta de antecedentes. En definitiva, sostuvieron que la ausencia de oposición expresa no habilita el registro.

El voto individual del juez Petracchi es más rico. Propone que, si se va a admitir el consentimiento, debe ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada 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.

---

<sup>5</sup> CSJN, “Fiorentino, Diego E.”, sentencia del 27/11/1984, Fallos 306:1752.

En el caso “Cichero”<sup>6</sup> (1985), la misma integración de la Corte afirmó que, a pesar de que había testimonios que confirmarían el permiso o anuencia del ingreso, “es obvio que la mera ausencia de reparo al ingreso no puede equipararse a la autorización pertinente”. En el fallo se explicó que el allanamiento inició a las 23 horas, sin orden judicial y mediante una comisión policial que podría haber estado integrada hasta por cinco miembros, casi todos vestidos de civil. Con remisión a “Fiorentino”, señaló que esperar una actitud de resistencia importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas.

Esta idea se reproduce también en el caso “Rayford”<sup>7</sup> (1986), aunque con un agregado: se tuvo en consideración que el imputado (extranjero) el idioma castellano y que, ante la falta de auxilio de un intérprete, resultaba extremadamente dudoso que pudiera comprender cabalmente el alcance del procedimiento que se realizaba y, en concreto, la posibilidad que tenía de oponerse a su ejecución.

En el caso “Hansen”<sup>8</sup> (1986) la Corte resolvió que la invocada autorización de la madre del imputado no suplía la falta de orden judicial, porque sólo se la había interiorizado de los motivos de la visita policial, sin que se recabase su permiso para el ingreso al domicilio.

En “D’Acosta”<sup>9</sup> (1987), nuevamente, la Corte se refiere a que la existencia de un consentimiento tácito al registro no puede presumirse por la mera ausencia de reparos. Pero, además, trae de novedoso que el caso se refería a un segundo registro domiciliario y que se estaba ampliando el objeto del allanamiento. Esto llevó a la Corte a señalar que, una vez concluido un allanamiento, la policía no puede volver a ingresar al domicilio y realizar requisas, con excepción de que el juez hubiera dispuesto medidas de vigilancia o custodia del domicilio. Se explicó que la orden de allanamiento (dictada por el juzgado) es un mandato singular que se agota con el cumplimiento de la orden, y que no habilita nuevas entradas (aun cuando ante la ausencia de reparos). Es decir, el domicilio no pierde protección como consecuencia de aquél primer ingreso y requisas (habilitados por la orden del juzgado), porque el juez no delega el *imperium* en un funcionario policial para que lo use discrecionalmente.

---

<sup>6</sup> CSJN, “Cichero, Ariel Ignacio y otros”, sentencia del 09/04/1985, Fallos 307:440.

<sup>7</sup> CSJN, “Rayford, Reginald”, sentencia del 13/5/1986, Fallos 308:733.

<sup>8</sup> CSJN, “Hansen, Christian Enrique”, sentencia del 11/12/1986, Fallos 308:2447.

<sup>9</sup> CSJN, “D’Acosta, Miguel Ángel”, sentencia del 09/01/1987, Fallos 310:85.

Por otra parte, señaló que mientras dura la diligencia se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, de modo que carecerían de eficacia las objeciones que pretendieran oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimidad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial. Con ello se inauguró en el máximo tribunal la doctrina de *plain view*<sup>10</sup>: una vez que se ingresa a un domicilio la autoridad que conduce el procedimiento tiene el deber de denunciar y preservar la prueba o rastros de otros delitos con los que se topa a simple vista.

La idea que venimos reproduciendo encuentra una excepción a esa noción del consentimiento viciado en el caso “Romero”<sup>11</sup> (1988). La Corte, siguiendo el dictamen del Procurador, descartó la idea de construir una regla abstracta a partir de la doctrina del fallo “Fiorentino”, que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado por una inspección o requisita domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad.

Sostuvo que la eficacia plena del consentimiento se observaba en la declaración de uno de los imputados, quien en sede judicial destacó inequívocamente el carácter voluntario y libre de todo vicio de aquel acto, consecuente con su manifiesta intención de cooperar con la autoridad judicial.

Además, en el fallo se señala que la madre había autorizado la requisita y que el padre había asentido con su firma lo relatado en el acta labrada por la policía. Ambos, valoró la Corte, reconocieron sus firmas y, aunque negaron haber autorizado el ingreso, no dieron razón alguna de cómo éste pudo haberse producido sin su concurso, ni impugnaron concretamente los instrumentos antes mencionados, todo lo cual priva de entidad al agravio.

En el caso “Ferrer”<sup>12</sup> (1990), la Corte mantuvo el criterio establecido en “Romero” sobre la necesidad de evaluar el caso concreto para detectar vicios en la voluntad libre del imputado, más allá de la circunstancia de que se encontrase detenido. Aunque no integró sus argumentos, se trataba de un caso de urgencia: una mujer había denunciado que su esposo se encontraba en el domicilio en estado de embriaguez y efectuando

---

<sup>10</sup> Casos Harris v. Unites States, 390 U.S. 234 (1968) y Coilidge v. New. Hampshire, 403 U.S. 443 (1971).” (Carrio, Alejandro, "La Justicia Criminal", ed. Lerner, 1986, pág. 65,).

<sup>11</sup> CSJN, “Romero, Héctor Hugo y otros”, sentencia del 01/12/1988, Fallos: 311:2507.

<sup>12</sup> CSJN, “Ferrer, Florentino C.”, sentencia del 10/07/1990, Fallos: 313:612.

disparos. El personal policial se trasladó hacia el domicilio y una vez en el lugar fue atendido por el imputado, quien los invitó a pasar y le indicó el lugar donde se encontraba el arma y las municiones. La Corte explicó que el procesado había reconocido expresamente en sede judicial su consentimiento para el ingreso de los preventores. El dictamen<sup>13</sup> del Procurador Roger resulta más conducente: explicó que se conjugaba una situación de peligro real originada por la conducta del imputado que determinó la urgencia del procedimiento.

En el caso “Vega”<sup>14</sup> (1993), la Corte evaluó que la única prueba que acredita el consentimiento es el parte policial donde se refiere a que el padre del imputado no opuso reparos al ingreso de los policías al domicilio. Afirmó que el hecho de que el imputado acompañase a los policías en calidad de detenido y la ausencia de pruebas que corroboren la versión policial, no permiten descartar una situación de coerción.

En “Adriazola”<sup>15</sup> (2001) la Corte explicó que al momento de prestar su consentimiento el imputado se encontraba en su domicilio sin ninguna restricción de su libertad. Sostuvo que no se trató de una mera ausencia de reparos, sino que hubo expresa anuencia del morador asentada en un documento que se encuentra firmado por el interesado. Se descartó que la autorización de ingreso fuere prestada por el imputado bajo alguna clase de coacción y sin desconocimiento de garantías constitucionales.

En el caso “Ventura”<sup>16</sup> (2005) la Autoridad Aduanera había secuestrado documentación de una empresa con la anuencia del imputado, que luego utilizó para iniciar una investigación en su contra. La Corte entendió que el acta confeccionada por los funcionarios que efectuaron el registro consigna que la persona que atendió a los inspectores, enterada del motivo de su presencia, manifestó no tener impedimentos para acceder al lugar. Pero que nada decía el acta acerca de cuáles fueran esos motivos ni de cómo le habrían sido explicados al circunstancial morador. Se destacó que hasta ese momento no había ninguna indagación en curso relativa a la exportación con la que luego se vinculó ese documento.

### *III.1.2 Casos: el agente encubierto sorteando el consentimiento*

---

<sup>13</sup> PGN, dictamen del 18/5/1990, disponible en [www.mpf.gob.ar](http://www.mpf.gob.ar)

<sup>14</sup> CSJN, “Vega, Fabián y otro”, sentencia del 26/10/1993, Fallos 316:2464.

<sup>15</sup> CSJN, “Adriazola, José M.”, sentencia del 06/11/2001, Fallos 324:3764.

<sup>16</sup> CSJN, “Ventura, Vicente S.”, sentencia del 22/02/2005, Fallos: 328:149.



Bajo este título se presenta el caso “Fiscal c. Fernández”<sup>17</sup> (1990) que, por tratarse del ingreso a un domicilio sin orden de allanamiento, bien podría haberse analizado en el apartado anterior. Lo que lo difiere de aquellos y escinde de su estudio es una cuestión central: el consentimiento. Se trata de la infiltración de un agente de seguridad en una organización, que por cierto conlleva la ignorancia de esa condición por quien es allanado. Entonces, no hay tal consentimiento, porque no hay tal información sobre la autoridad encubierta que se presenta.

La Policía Federal, anoticiada por información confidencial, llevó a cabo un procedimiento en un bar donde detuvo al ciudadano boliviano Víctor Hugo Fernández y el secuestró de 380 gramos de cocaína. Por manifestaciones del detenido, del interior de un vehículo secuestraron más droga y de un domicilio al que se trasladaron junto con el imputado, otra tanta cantidad de droga. Éste último era una sede del Consulado de Bolivia, allí fueron atendidos por el cónsul, quien tenía una relación de amistad con Fernández. El diplomático, ignorando la condición del funcionario policial y a requerimiento de Fernández, les entregó una caja con que tenía estupefacientes. Fernández y los policías se retiraron con todo el material secuestrado hacia la delegación policial.

La Corte consideró que no se aplicaba la doctrina de “Fiorentino”. Señaló que el ingreso al domicilio encubría un procedimiento policial, pero se produjo gracias a la amistad entre los imputados, por lo tanto, no hubo engaño que viciara la voluntad del imputado, y además destacó que no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, ni el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento. En esas condiciones la Corte concluyó que no hubo interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad.

La Corte agregó que, si está probado que el imputado, y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa, sin indagar los motivos del acompañamiento, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 CN.

Recordó que, según criterio de la Corte, el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales.

---

<sup>17</sup> CSJN, “Fiscal c/Fernández, Víctor Hugo”, sentencia del 11/12/1990, Fallos 313:1305.

Una interpretación prudencial de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho proscriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina, entre los cuales citó a los Estados Unidos y a la República Federal de Alemania. Que en estos casos hay que distinguir cuando los agentes simplemente aprovechan las oportunidades, de aquellos en que son “producto de la actividad creativa” en los que procede desechar pruebas obtenidas por la actividad “criminógena” de la policía bajo lo que se conoce como defensa de *entrapment* (incitación al delito). En ese entendimiento, descartó que la policía haya tenido una actitud creadora del crimen.

### *III.1.3 Algunas reflexiones sobre el allanamiento sin orden*

Hasta aquí podemos reparar que a partir de “Fiorentino”, la Corte asumió una postura más amigable con un sistema de garantías constitucionales al exigir determinadas circunstancias que nos lleven a tener por válido un consentimiento. Algunos indicadores de que el consentimiento se encontró viciado podrían resumirse en: la falta de una orden judicial; tratarse de una comisión policial (la mayoría vestidos de civil); el horario nocturno; la circunstancia de que el imputado esté aprehendido o detenido; la comprensión del idioma y la indicación de motivos (en este sentido: “Fiorentino”, “Cichero”, “Rayford”, “Hansen”, “D’Acosta”).

El quiebre llega a los pocos años, en “Romero” (del año 1988) cuando la Corte consideró válido el consentimiento de una persona detenida que, curiosamente, con el propósito de colaborar con la investigación, aceptó que una comisión allanase su vivienda. En mi opinión, la presunta colaboración espontánea del imputado en la resolución del caso, mientras se encuentra detenido en sede policial, y la supuesta falta de oposición por parte de los padres, quienes habían consentido el ingreso de la fuerza policial a la vivienda, debieran ser motivos suficientes para reproducir la doctrina que se aplicó desde “Fiorentino”. La resolución de la Corte en “Romero”, en concreto, no brinda motivos para descartar y apartarse de los recaudos que venía exigiendo, y constituye una concesión al cuestionable proceder de las fuerzas de seguridad que se traduce en una menor protección de la inviolabilidad del domicilio.

En “Vega” parece adecuar el criterio al señalar que el ingreso de la comisión policía, mientras tenía detenido al imputado, no permitía descartar una situación de coerción. En “Adraziola” parece reafirmar esa postura, aunque un poco auspiciosa, al descartar cualquier clase de coacción o desconocimiento de garantías porque el imputado se encontraba en libertad. Restaría indicar, en mi opinión, cuál fue la técnica de la comisión policial para informar al ocupante que lleve a suponer que estaba en pleno conocimiento de sus garantías. El problema mejora en “Ventura”, cuando la Corte reclamó que los funcionarios no habían indicado los motivos para allanar ni le fueron explicados al ocupante.

A modo de conclusión, suponer la validez del consentimiento de quien se encuentra bajo custodia policial, excede la idea de libertad que requiere la decisión del particular. Dicho de otra manera, no puede descartarse que el consentimiento haya sido producto de coacción y, por lo tanto, debería ser inadmisibles. La razón es que, en esas circunstancias y sin el asesoramiento de un defensor, la declaración del imputado debe ser tamizada por la regla que prohíbe la autoincriminación.

A ello, debe agregarse que aun cuando la persona no se encuentre detenida, siempre que una comisión policial obtenga el consentimiento debería señalar las circunstancias exigidas en “Ventura”, porque tampoco hay consentimiento sin la información adecuada que libre de error a quien concede ser allanado sin una orden judicial.

Y ese error es la consecuencia del ardid o engaño utilizado por el agente encubierto en el caso “Fiscal c. Fernández”. La postura sentada por la Corte no reconoce un exceso de las facultades del funcionario policial en el ingreso al domicilio. La circunstancia de que Fernández y el funcionario omitan la condición de agente policial constituye un engaño para el morador, que se traduce en un allanamiento, y que por lo tanto en esas circunstancias resultaba incompatible con las excepciones de necesidad y constituyó una evidente lesión a la inviolabilidad del domicilio. El caso evidencia que la Corte siguió en una oleada de admitir prueba haciendo un laxo análisis de las garantías en juego, que luego en “Fernández Prieto”<sup>18</sup> podríamos afirmar que en realidad se justificaba como consecuencia del resultado del procedimiento.

---

<sup>18</sup> CSJN, “Fernández Prieto”, sentencia del 12/11/1998, Fallos 321:2947: la Corte afirmó que era admisible el procedimiento policial que surgió con la “actitud sospechosa” de los imputados y que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez.

Al inicio de este apartado planteaba el interrogante de cómo debería ser el *consentimiento informado* (para distinguirlo del *consentimiento presunto*). Ahora estamos en condiciones de preguntarnos ¿es admisible el allanamiento sin orden judicial, pero bajo consentimiento libre e informado?

### **III.2 Fundamentación de la orden de allanamiento**

#### **III.2.1 Casos: ¿rigor ritual excesivo o exteriorización del razonamiento judicial?**

La fundamentación de la orden judicial que dispone el allanamiento de un lugar debe ser precisa, indicar los motivos y establecer cuál es el objeto de la requisa: detención de una persona o identificación y secuestro de determinados objetos vinculados al hecho ilícito que se investiga. Se requiere, cuanto menos, la motivación del dispositivo judicial que exteriorice las bases para formular un juicio sobre la sospecha y la urgencia de la orden.

En el caso “Yemal”<sup>19</sup> (1998), la Dirección General Impositiva había solicitado una orden allanamiento, sin exponer motivos de necesidad y urgencia. A continuación, el juez ordenó el registro bajo la fórmula “expídase orden de allanamiento *como se solicita precedentemente*”. Por mayoría, la Corte consideró que exigir un comentario sobre la motivación de la orden constituiría un excesivo rigor ritual manifiesto que desnaturaliza el proceso al impedir el descubrimiento de la verdad real.

En disidencia, sólo votó el juez Petracchi: sostuvo que, como garantía de la inviolabilidad del domicilio, sólo puede ser dictada válidamente cuando medien elementos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable de que en el lugar podrían encontrarse elementos que probasen la comisión de algún ilícito penal. Como sustento de su afirmación, invocó un precedente de la Suprema Corte de Estados Unidos, en el cual, tras hacerse un repaso de casos que ilustran sobre los límites más allá de los cuales un magistrado no puede arriesgarse a expedir una orden de allanamiento, se sostiene que la acción del magistrado no puede consistir en una mera ratificación de desnudas conclusiones de otros. “...A fin de asegurar que no ocurren tales abdicaciones del deber del magistrado, las cortes deben continuar revisando concienzudamente la suficiencia

---

<sup>19</sup> CSJN, “Yemal, Jorge G.”, sentencia del 17/03/1998, Fallos: 321:510.

de las declaraciones a partir de las cuales son expedidas las órdenes de allanamiento...” (Illinois v. Gates et ux., del 8 de junio de 1983, 462 US 213).

En “Fischetti”<sup>20</sup> (2007) se cuestionaba que el juzgado instructor había ordenado un allanamiento sin una evaluación sobre los antecedentes. La cuestión se explicaba en que se había ordenado en una causa que era desprendimiento de otra “principal” (o “madre”), pero que era conexas y que sólo habían sido desmembradas por razones prácticas.

En el voto mayoritario se explicó que la garantía de la inviolabilidad de domicilio exige que las órdenes de allanamiento emanen sólo de los jueces y que las resoluciones que las dispongan deban ser siempre fundadas, pero aclarando, respecto de esto último, que para determinar la concurrencia de tal requisito los jueces deben examinar las constancias del proceso y valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la sana crítica racional y las reglas de la lógica. En definitiva, sostuvo que anular la orden dejaría al descubierto un exceso ritual, porque el respaldo estaba dado -o podía encontrarse- en las constancias de la causa.

En disidencia, el juez Petracchi sostuvo que tampoco de la causa principal podrían revertirse la carencia de fundamentos.

Más tarde, con una integración renovada, llegó el caso “Minaglia”<sup>21</sup> (2007). Por pedido de la policía, un juez había dispuesto “líbrese las órdenes de allanamiento requeridas (...) con el objeto de proceder al secuestro de sustancias...”. Un dato, no menor, es que la policía tenía sospechas de que en los domicilios se comercializaban drogas y al prevenir a dos compradores que habían egresado del domicilio, uno de ellos habría manifestado, en forma espontánea, que en ese lugar vendían drogas. La Corte, en el voto de la mayoría, consideró que el allanamiento dispuesto por el juez estuvo debidamente justificado y cumplía con el estándar de exigencias constitucionales: la orden del juez, fundada en los casos y justificativos previstos por la ley; aunque omitiendo la referencia a los fundamentos que motivaron su decisión.

Y, entonces, se preguntan: ¿la obligación de volcar los fundamentos del allanamiento, además de una obligación procesal, es una exigencia constitucional contenida en la garantía de la inviolabilidad del domicilio? O ¿el requisito de registrar esos fundamentos

---

<sup>20</sup> CSJN, “Fischetti, Miguel Ángel”, sentencia del 21/12/1999, Fallos 322:3225.

<sup>21</sup> CSJN, “Minaglia”, sentencia del 04/09/2007, Fallos 330:3801.

en un auto o acta puede tener una incidencia concreta en la protección contra las injerencias arbitrarias del Estado en los domicilios de los ciudadanos?

La respuesta, según el voto mayoritario, es que en sentido constitucional no hay una conexión entre el requisito procesal y la garantía de inviolabilidad del domicilio. Por lo tanto, bastaría con que surjan motivos que dan sustento, aunque dejan en claro que hacer constar los motivos facilitaría la tarea. Mantuvieron la doctrina de "Fischetti".

Una de las disidencias la integraron los jueces Maqueda y Zaffaroni, quienes sostuvieron que la obligación de los de fundar sus decisiones jueces tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez. Además, reclamaron que no se hubiera cuestionado las circunstancias que rodearon la declaración espontánea de uno de los imputados, a fin de descartar que hubieran sido producto de coacción. La disidencia del juez Petracchi también se centró en las supuestas manifestaciones espontáneas.

### *III.2.2 Algunas reflexiones en torno la fundamentación*

En principio, la producción de pruebas en el proceso penal no es recurrible. Esta circunstancia admite que el director del proceso pueda producir pruebas sin excesivo rigor. Sin embargo, cuando entran en juego garantías constitucionales, por caso: el allanamiento, las intervenciones telefónicas, el secuestro de objetos, se exige una decisión judicial que fundamente motivos, que exteriorice el razonamiento para poner en juicio la proporcionalidad de la medida.

A modo de conclusión, puede señalarse que hasta ahora la doctrina de la Corte no ha demostrado rigor en la falta de fundamentación de la orden judicial que dispone el allanamiento. Más bien, ha velado por la validez de esos actos. Lo auspicioso, podríamos decir, es el hecho de que con el correr de los años hubo más disidencias.

## **IV. Conclusión**

Existe un punto de partida común en las prácticas de los servidores públicos (policías y jueces) que se concibe como una indiferencia a la inviolabilidad del domicilio. Los numerosos casos evidencian que las irregularidades están enquistadas en los procedimientos y se manifiestan, en concreto, cuando un funcionario se aparece, sin orden judicial, a inspeccionar un lugar, o cuando un juez o una jueza libra una orden de

allanamiento sin explicar sus fundamentos. En uno y otro caso nos enfrentamos a un problema sistémico que pone en riesgo derechos fundamentales.

Por esa razón, es necesario reafirmar que las garantías constitucionales son un programa que deben proyectarse en el aparato estatal para que la sucesión de operaciones en las que intervienen los funcionarios en el proceso penal se haga de manera constante y rigurosa.

Hemos visto que después de “Fiorentino” la Corte acuña la exigencia de consentimiento, como si la anuencia del ocupante de una vivienda, ante la exigencia policial, relevara de los deberes reglamentarios de los funcionarios. Más tarde, depura el consentimiento y excluye los casos en que se presume que la persona estuvo detenida (coacción) y construye con esa noción una regla sobre el consentimiento; una regla tan arbitraria como abusiva, una regla que parece desconocer el valor y la carga de la autoridad policial. Nadie mejor que Maier para explicarlo: “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”<sup>22</sup>. De allí que no se pueda construir una teoría alrededor de la anuencia de un particular cuando se presenta la fuerza policial sin orden judicial.

En lo que atañe a la fundamentación de la orden de allanamiento, se espera de los magistrados y las magistradas un esfuerzo en explicar cuáles son los motivos para ordenar un allanamiento. Por tratarse de una medida de carácter restrictivo, no basta con la simple remisión o referencias a piezas que obran en el expediente, sino que se requiere una explicación del razonamiento del juez o la jueza. No se puede dejar librada la fundamentación al informe de las fuerzas de seguridad que lo auxilian, porque no se trata de un *acto de imperio*, se trata de una decisión jurisdiccional que tiene base en elementos objetivos y en la hipótesis investigativa. Esos son los factores que operan en el proceso mental abstracto de quien ordena un allanamiento y deben ser manifestados para descartar decisiones arbitrarias.

En conclusión, la garantía de la inviolabilidad del domicilio es un límite formal a la averiguación de la verdad. La selección de fallos se enfrenta al riesgo de una intromisión estatal en el ámbito privado de las personas. Si la característica de la garantía de

---

<sup>22</sup> Maier, Julio B.J., ob. cit., pág.686.

inviolabilidad del domicilio (reconocida en el bloque constitucional) es que prevé la reglamentación de su ejercicio por una ley, entonces debemos observar esas regulaciones. Y en esta instancia del razonamiento es que podemos concluir que los argumentos que brindan los fallos para admitir allanamientos irregulares son débiles y las decisiones se apartan de aquellas regulaciones. La razón es que los códigos procesales no admiten, salvo excepciones de necesidad, allanamientos sin orden judicial fundada.

Con ello respondemos a los interrogantes formulados en el trabajo: el consentimiento libre e informado no releva la orden judicial, y la fundamentación de la orden judicial no constituye un rigor ritual excesivo.