

EL REGISTRO DE MORADA PRIVADA CONSENTIDA POR EL TITULAR

Por Víctor R. Corvalán¹

La inviolabilidad del domicilio, consagrada en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, al igual que el resto de derechos y garantías que en ella se contemplan, han sido establecidas a favor de los habitantes de nuestro país, para proteger la intimidad de la persona. No hay dudas en que el domicilio es precisamente el lugar más íntimo que la persona tiene, para realizarse como tal, y no se puede tolerar que cualquiera pueda ingresar al mismo, sino solamente las personas que de alguna manera el titular a excluir lo permite.

Reafirmamos entonces que son las personas las que tienen derecho a que nadie ingrese a su domicilio, que nadie pueda inmiscuirse en sus papeles privados, en sus comunicaciones tanto postales como de cualquier tipo.

En consecuencia si la organización jurídica en la Constitución Nacional, nos reconoce a todos, esa garantía, debe entenderse que en tanto sujetos libres, somos dueños a renunciarla y ello ocurre cuando permitimos que alguien ingrese a nuestro domicilio. Estamos obviamente hablando de los casos en los que quien pretende ingresar carece una orden de un Juez. Porque como la misma Constitución lo establece, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados, cede cuando un juez dispone fundadamente que se lo allane.

Esta disposición que exige la orden de un juez, lo que implica que sea imparcial y competente para el caso, que opere en el modelo acusatorio y por lo tanto no proceda de oficio, sino a pedido del Fiscal, es recogida en general por todos los códigos procesales penales, para que funcione como un límite al poder investigador sobre todo policial, frente al titular del derecho a la intimidad que se protege. Su incumplimiento puede llevar a la aplicación de alguna de las reglas de exclusión probatoria, como la de la inaprovechabilidad de la obtenida ilegalmente o su directa consecuencia, la del fruto del árbol venenoso.

Sin embargo, algunas interpretaciones van más allá de la finalidad constitucional y decididamente le impiden al titular del derecho a excluir, que pueda permitirle el ingreso a alguien que no tiene orden del juez, pero que se trata de una autoridad policial que en lo demás procede correctamente. En efecto, los códigos procesales penales, establecen las excepciones para que el ingreso de la policía a un domicilio no requiera una orden judicial. Se tratan de casos límites, porque refieren a que en esa casa acaba de ingresar un imputado que era perseguido (flagrancia), que se escuchan gritos pidiendo auxilio, que se trata de salvar a personas en un incendio u otra causa que amenace sus vidas. Pero además, en general los códigos establecen que cuando la orden la emite un juez, en principio los allanamientos de morada privada deben cumplirse en horario diurno, y es entonces cuando aluden al consentimiento de su titular, como una de las hipótesis para que se realice válidamente en un horario nocturno que no ha sido expresamente

¹ Abogado penalista, profesor por concurso de derecho procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

autorizado previamente. De allí que muchos interpreten que en todos los casos el ingreso policial a una morada privada requiere orden de juez, siendo inoperante el consentimiento que el titular del domicilio preste para un ingreso solicitado sin ella.

Desde nuestro punto de vista, tal posición que no permite otorgarle valor al consentimiento brindado por el titular de la garantía de que el domicilio es inviolable, desnaturaliza el derecho constitucional que como todas las demás ramas jurídicas, debe estar antropológicamente fundado. Es decir, puesto al servicio del hombre, de todos los hombres.

En nuestra opinión, los códigos procesales penales, exigen la orden del juez, porque presumen que el titular del domicilio no será encontrado o en su caso no estará de acuerdo al ingreso. Como ese riesgo no es preciso correr cuando de eficacia investigativa se trata, es aconsejable que la policía llegue al domicilio a registrar muñida de una orden de allanamiento. Pero no parece correcto interpretar que los códigos están modificando el sentido constitucional que le ofrece al ciudadano la posibilidad de que haga valer su garantía de inviolabilidad de domicilio cuando así lo considere y no que opere en realidad como una limitación a sus derechos, ya que no podría ser renunciado.

Desde nuestro punto de vista, todos los derechos tienen sentido, si se parte del hombre a quien benefician o limitan. De lo contrario, subordinamos a la persona porque la ponemos debajo de otros entes, como el Estado o la misma sociedad, cuyos intereses son los que en realidad se protegen. He aquí la cuestión ideológica fundamental, que suele aparecer en casos jurisprudenciales que conmueven a la opinión pública, como ocurrió cuando se autorizó a una persona a que se respete su decisión libremente documentada de que no se le hicieran transfusión de sangre, por sus convicciones religiosas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, terminó aceptando que hasta la vida es renunciable, cuando se trata de ejercer la libertad de cultos.

Si el domicilio es inviolable, lo es para la persona que en él habita, y por lo tanto esa persona tiene todo el derecho a permitir que en el ingreso, quienes él quiera que lo haga, incluida la policía con o sin el fiscal, cuando se lo requieran, aunque no tengan una orden de un juez. Precisamente el delito de violación de domicilio, tiene como bien jurídico protegido esa intimidad que es afectada cuando el que ingrese no está autorizado para hacerlo.

Tema aparte implica considerar que ese consentimiento para el ingreso, debe ser voluntariamente expresado, como demostración del ejercicio libre del derecho a renunciar a la necesidad de que se consiga una orden de un juez. Por lo tanto, el policía debe hacerle saber al titular del domicilio, que no cuenta con orden judicial, pero que si él lo autoriza cumplirá su objetivo de registro o inspección e incluso dejará por escrito lo actuado.

Ejemplificando y sin necesidad de abordar un caso judicial concreto, (ya que no es el objetivo de este trabajo), no hay requisitos a cumplir sino simplemente obrar transparentemente, sin engaños. El policía puede informar que el objetivo es registrar el domicilio para ver si en su interior existe tal o cual persona o determinado elemento que buscan, en relación a un determinado delito que investigan. En ese escenario, si la persona, que es mayor de edad, que incluso entiende conveniente que la policía ingrese y verifique tal extremo, por ejemplo porque piensa que lo que

buscan no se encuentra en esa casa, su conformidad no puede convertir en nulo el acto o inaprovechable la prueba, cuando producido el registro resulta que se encuentran con un cadáver en la terraza. Incluso operará en defensa de quien dio la conformidad, el testimonio policial que lo mostrará completamente sorprendido por el hallazgo, ya que ignoraba que habían matado a su mujer y que incluso el autor era su hijo.

Siguiendo con el ejemplo que hipotéticamente traemos para entender los alcances del registro, si la policía nada encontraba, todo terminaba en esa inspección que no tuvo consecuencias incriminatorias para nadie y por el contrario, en el informe policial se dejaría constancia del resultado negativo, cerrando aquella hipótesis que había movilizó al personal hasta esa casa. Porque convengamos que muchas veces el material que se ofrece para fundar un pedido de allanamiento y que se lleva a los estrados judiciales es bastante pobre, y por ello son los rechazos que sufren quienes así lo solicitan. Precisamente si la policía llega a un domicilio, en un horario normal, uniformados, y con una actuación discreta, habla en la puerta con el dueño de la casa, le manifiestan que no cuentan con una orden del juez, pero que llegado el caso la pedirían, y que el objetivo es verificar si hay un cadáver en su interior, al recibir una firme negativa, ello los habilita a dejar una consigna en la puerta y acudir ante el fiscal porque ahora incluso tienen una actitud indiciaria de que algo se oculta en su interior. Pasaran las horas que sean necesarias para conseguir la orden judicial y finalmente se llegará a los dos posibles resultados que venimos señalando como hipótesis. Había realmente un cadáver en la terraza o no había nada ni siquiera rastros de que antes estuviera.

Asumir la postura absoluta, donde el consentimiento del titular carece de valor, cambia la ideología de la Constitución Nacional, que por su historia ha querido partir del respeto a la dignidad de la persona a quien se la subordina al Estado representado en la figura del Juez.

Pero lo más grave es concluir en que habiéndose dado el consentimiento y encontradas las pruebas que demuestran la existencia del hecho e incriminen al autor, se resuelva declarar que la misma es inaprovechable, porque fue obtenida ilegalmente y como consecuencia de ello la absolución de aquella persona que resultara imputada. A esta solución se puede llegar por absolutizar la necesidad de la autoridad del Juez, cuando la conformidad estaba correctamente dada, que es el punto de partida de nuestro enfoque.

Un abogado que no tenga muy claros sus límites éticos en el ejercicio profesional, no dudará en aconsejar a quien lo consulte por medio del celular, que deje entrar a toda la policía que se encuentra en la puerta, aunque no tenga orden del juez, porque encontrada la prueba en esas condiciones, todo terminará en la aplicación de las reglas de exclusión probatoria o donde no estén reguladas, en la invalidación procedimental que un tribunal luego dictará en beneficio del que resulte inculgado.

Por otra parte, si un consentimiento libremente dado, anula el procedimiento de registro por ausencia de la orden judicial preexistente, ello lo será en todos los casos, con independencia del resultado final de la medida. Por lo que si una persona quiere que la policía verifique que en su domicilio nada hay que ocultar y por lo tanto lo beneficia la requisita, para que esa medida luego

pueda tener validez, debería impedirse el ingreso y exigir que vengan con la orden del juez. Supongamos que una persona se entera que su vecino afirma que él ha matado a su mujer y que la tiene embalsamada en su cuarto, no le bastaría con llamar a la policía, abrirle de par en par las puertas, permitirle que ingresen y que vean que no es así, que su mujer no está viviendo con él, pero no la mató y tampoco tiene su cuerpo guardado. Incluso un Fiscal no tendría inconveniente en ingresar al domicilio acompañando a la policía, para hablar con la persona que los llamó, revisar toda la casa y en todo caso, averiguar luego el paradero de su mujer. Pero no hay dudas que como actividad procedimental, ese registro tiene validez probatoria desincriminante, aunque no media una orden de allanamiento de un juez.

El sentido común, que debe primar en todo razonamiento, nos indica que si el titular del domicilio, permite el ingreso, no se puede hablar de allanamiento, palabra que precisamente debe utilizarse cuando se presume o existe la negativa al ingreso del Fiscal o de la policía. Hay un registro policial precedido de la conformidad del titular del derecho a excluir, que independientemente del resultado que produzca la medida, conserva todo su valor. No parece posible aplicar una regla de exclusión probatoria, cuando como sabemos ellas parten de un fundamento de ética política, en tanto el Estado no puede tolerar que se cometan delitos, para lograr eficacia en la persecución penal. Por supuesto, que distinto es el caso donde hay engaños, ocultamientos, o quien abre la puerta es un menor, o es coaccionado a que lo haga, porque allí sí funciona el derecho penal protegiendo el domicilio.

Aunque pueda parecer fuerte nuestra conclusión, entendemos que reclamar la intervención del Juez, cuando no hay conflicto entre la autoridad que pide permiso y la persona titular del domicilio que autoriza el ingreso, es paradójicamente adoptar una mirada propia de sistemas inquisitoriales, de regímenes autoritarios, cuyas legislaciones no se fundaban antropológicamente, sino que por el contrario regulaban el poder del Estado, para posibilitar sus propios fines considerados superiores.

Quienes defendemos el modelo garantista que implica el Estado de Derecho, lo hacemos partiendo de ponerle límites al poder público, cuando el que lo requiere es precisamente la persona a quien le están dirigidas las normas jurídicas. Incluso sería de buena práctica procedimental, que si bien el Fiscal pida la orden judicial y la obtenga para llegado el caso allanar el domicilio, cuando la policía que la lleva consigo, arribe al lugar y se encuentre con una persona que lejos de impedir el ingreso, no tiene ningún inconveniente en que lo hagan facilitando incluso el registro, si bien podrán exhibir el oficio del juez, en realidad deben dejar constancia que no fue un allanamiento sino que actuaron en función del consentimiento brindado.

Para ser coherente con la postura aquí asumida, agregamos que así como la persona puede permitir el ingreso policial sin reclamar la orden del juez, también puede libremente permitir una requisita policial en su persona o en su automóvil pese a que no exista autoridad judicial que la convalide. Estos son casos que ocurren a diario en las rutas, cuando un policía amablemente nos pide si podemos mostrarle el baúl. Por cierto que podríamos negarnos y reclamar la orden del juez, e incluso luego alegar como argumento impugnativo la ausencia total de presupuestos que justifiquen la orden de requisita. Ahora bien, ¿no es de sentido común, si no tengo nada que

ocultar, facilitar las cosas, abrir el baúl y de esa manera permitir la inspección? Si así lo hago estoy obviamente renunciando al derecho constitucional que me protege mi privacidad y de esta manera práctica, puedo seguir viaje con muy poca pérdida de tiempo.

Ya en el marco de un procedimiento penal, también los imputados pueden declarar, lo que implica renunciar al derecho al silencio. Incluso se pueden negar a recibir asistencia profesional porque no quieren abogado alguno. Aunque el Estado le obligue a tener un defensor que lo asesora sobre sus derechos y garantías, si finalmente confiesa, ello es indicativo que no quiere defenderse. De allí que el acuerdo, llamado procedimiento abreviado, reconoce legítimamente a la voluntad del acusado que se somete a la pena pactada con el Fiscal. La mirada absolutista que partía de la famosa verdad real como objetivo inmediato del procedimiento penal, nunca toleró darle valor a la confesión, que incluso muchos códigos hasta llegan a negarla como elemento probatorio. Sin embargo, hoy ya no se discute que se puedan arribar a pactos, evitando el juicio que por esencia es contradictorio.

La persona tiene derecho a la garantía de un juicio justo, que se realice en un tiempo razonable, pero si se fuga conociendo la existencia de la causa penal en su contra, debe entenderse que también renuncia a todas las garantías que incluyen el debido proceso, la inviolabilidad de la defensa y el juez natural o en su caso el jurado. Por ello es que la existencia del juicio no puede depender de su voluntad, sino del Fiscal. Venimos insistiendo en que debe implementarse el juicio en rebeldía, para que las pruebas del actor puedan producirse con eficacia y no concluir en el premio del sobreseimiento por prescripción al que se termina haciendo acreedor el prófugo.

El reconocimiento de las garantías constitucionales para ponerle límites a los abusos, no significa de ninguna manera, que no se acepte la renuncia a esas mismas garantías para posibilitar la actuación correcta de Fiscales o policías. Así como los jueces tienen que intervenir para permitir la actuación de la fuerza, más allá de las garantías y entonces allanar los domicilios, intervenir las comunicaciones y las correspondencias, disponer los arrestos y demás medidas coercitivas, también tendrán que ejercer su poder jurisdiccional cuando la defensa impugne lo actuado, sea porque el consentimiento no fue válidamente prestado o porque no estaban presentes los presupuestos para despachar la medida en el caso de la orden judicial. Aceptamos que se excluya como prueba válidamente producida un registro, porque la policía ingresó al domicilio mediando vicios en la supuesta voluntad del titular, pero lo que nos parece excesivo es llevar a una categoría absoluta la necesidad de exigir siempre y en todos los casos la orden judicial del allanamiento, desconociendo la voluntad del beneficiario de la garantía, cuando ella ha sido válidamente expresada y le otorga valor a la actividad probatoria que pudiera resultar de la inspección.

De lo expuesto surge la necesidad de que todos los operadores del sistema, especialmente los Jueces, reflexionen no tanto sobre la letra pequeña de los códigos procedimentales, sino en la grande de la Constitución Nacional y sobre todo interpretando según su ideología, como un marco fundamental que impida desnaturalizar normas, que pretenden respetar a las personas y que se las respete.

Carmen del Sauce (Santa Fe) 18 de julio de 2012.-