

**2017**

## **Allanamiento, derecho de exclusión y consentimiento**

Agustín Varela

### **Resumen**

En este trabajo se comentará un caso en el que se declaró la nulidad de un allanamiento sin orden judicial que tuvo lugar en la habitación de un hotel con el consentimiento de la encargada del hospedaje. A partir de ello, se comentará el alcance de la protección de la inviolabilidad del domicilio prevista en el art. 18 CN, sus excepciones y los problemas que surgen de la intervención de particulares y de las fuerzas de seguridad.

### **Voces**

Allanamiento. Orden judicial. Consentimiento. Derecho de exclusión. Inviolabilidad del domicilio.

## Allanamiento, derecho de exclusión y consentimiento<sup>1</sup>

### ÍNDICE

*1. Introducción 2. El caso y la decisión 2.a. ¿Goza el huésped de una habitación de hotel de la protección que el art. 18 CN garantiza al domicilio? 2.b. ¿Qué significa que el domicilio es inviolable? ¿Cuál es el alcance de la inmunidad? 2.c. ¿Tenía H.E.S. en el caso, derecho a reclamar la inmunidad del art. 18 CN? 3. Algunos comentarios 3.a. Sobre el momento a partir del cual el huésped de una habitación de hotel goza de la protección que el art. 18 CN garantiza al domicilio. 3.b. El análisis separado de la intervención de particulares y de las fuerzas de seguridad. 3.c. El delito de peligro abstracto y la existencia de urgencia como justificación del allanamiento 3.d. El estándar de prueba para ordenar el allanamiento 4. Reflexiones finales.*

### 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo comentaré la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en el caso “[S, HE](#)”<sup>2</sup>. En esa resolución, con un voto del juez García (al que adhirieron los jueces Sarrabayrouse y Días), se decidió declarar la nulidad de un allanamiento sin orden judicial que tuvo lugar en la habitación de un hotel, mientras su ocupante no estaba, con el “consentimiento” de la persona encargada de administrar el hospedaje ese día. En el punto II de este comentario, presentaré brevemente el razonamiento del voto que lidera esa decisión. En el punto III, haré algunas consideraciones sobre esos argumentos. En primer lugar, reflexionaré sobre el criterio utilizado para establecer desde qué momento opera la inviolabilidad del domicilio. En segundo lugar explicaré por qué creo que en este tipo de casos es conveniente demarcar con claridad dos tipos de intervenciones: por un lado, el momento en el que interviene un particular (el encargado del hotel o de la limpieza, un cohabitante, u otro tercero con derecho de exclusión, aunque sea parcial) cuando conoce algún dato que indica que una persona que reside allí puede estar cometiendo o haber cometido un delito<sup>3</sup>. Por otro lado, la intervención de las fuerzas de seguridad desde que son informadas de la existencia de ese

---

<sup>1</sup> Agradezco por los comentarios a borradores de este trabajo a Julieta Di Corleto, Pablo Zalazar y Mauro Lauría Masaro.

<sup>2</sup> Registro N° 361/16, sentencia del 13 de mayo de 2016.

<sup>3</sup> En ese momento, habrá que analizar si ese tercero, vgr. el encargado de la limpieza de la habitación del hotel, vulneró o no el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Es decir, hay que analizar si, por ejemplo, su ingreso estaba dentro del alcance del derecho de exclusión que otorga el contrato de hospedaje. Además, en ese primer momento, habrá que analizar también si luego del ingreso, se respetó el derecho a la intimidad del individuo, es decir, si por ejemplo, se revisó la valija que estaba cerrada o se hurgó en los bolsillos de la campera que estaba apoyada en una silla.

dato<sup>4</sup>. En tercer lugar, haré referencia al argumento utilizado por el Tribunal Oral para justificar la existencia de urgencia en el caso: la existencia de un delito de peligro abstracto. Por último, pondré énfasis en el análisis del estándar de prueba necesario para ordenar el allanamiento. Finalmente, en el punto IV, esbozaré algunas reflexiones finales.

## 2. EL CASO Y LA DECISIÓN

En el caso que comento, los hechos fueron, básicamente, los siguientes: H.E.S. alquiló una habitación en un hotel<sup>5</sup>, dejó sus pertenencias y salió. Momentos más tarde, la encargada ingresó allí para limpiarla y encontró un arma en el placar, por lo que decidió llamar a la policía. Cuando llegaron los dos agentes de seguridad la encargada del hotel les abrió la puerta del cuarto. Los oficiales ingresaron y secuestraron el arma, seis balas y dinero en efectivo. H.E.S. volvió más tarde y fue detenido.

El caso llegó a juicio. En ese marco, la defensa requirió que se declare la nulidad del allanamiento. Para ello, señaló, en resumen, que la diligencia de secuestro del arma se concretó mediante el ingreso irregular de la policía en la habitación alquilada por H.E.S. sin contar con la orden judicial que la autorizara. Sostuvo que H.E.S. era el titular del derecho de exclusión y no había consentido la intromisión de los agentes estatales. Por otro lado, la empleada del hotel no podía habilitar el ingreso a la habitación puesto que, una vez alquilada, pierde el derecho de exclusión (aun cuando pueda ingresar a limpiarla). Por ese motivo, la medida dispuesta requería autorización judicial. Asimismo, indicó que la habitación del hotel era el “domicilio” de H.E.S. y que, por ello, había existido una indebida intromisión en la esfera de privacidad. La defensa también indicó que el allanamiento no tenía como objetivo neutralizar un peligro y rechazó el argumento de que el hospedaje estaba colmado y que se procuraba evitar un riesgo para sus ocupantes puesto que H.E.S. no estaba presente en el lugar. Para la defensa, lo correcto hubiese sido que se fije una consigna policial que resguarde el lugar hasta que se obtenga la orden judicial para, eventualmente, allanar y detener al acusado<sup>6</sup>.

El planteo, sin embargo, fue rechazado por el Tribunal Oral en lo Criminal que, finalmente, condenó a H.E.S. a la pena de dos años y tres meses de prisión por el delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación.

Para rechazar el planteo de la defensa, el Tribunal Oral indicó que la policía había sido autorizada a ingresar a la habitación por la encargada del hospedaje, quien ejercía, en ese momento, la titularidad del derecho de exclusión. Asimismo, señaló que el arma fue secuestrada después de

<sup>4</sup> Aquí entran en juego, entre otras cosas, cuestiones vinculadas con la existencia o no de orden judicial y con la cuestión de quién puede brindar el consentimiento y con qué alcance.

<sup>5</sup> En el caso, el TOC tuvo por probado que al acusado se le habían entregado las llaves cuando se registró. La defensa cuestionó este punto porque consideró que la entrega de la llave no estaba probada. La defensa si afirmó que H.E.S. había pagado dos mil pesos en concepto de reserva.

<sup>6</sup> El desarrollo argumental de la defensa está expuesto en el punto 2 del voto que lidera la decisión.

que la policía consultara al juez de instrucción. En conclusión, para el Tribunal Oral, el ingreso del personal policial a la habitación alquilada por el imputado contó con el consentimiento válido de quien ejercía, en aquél entonces, el derecho de exclusión.

Asimismo, los jueces del Tribunal Oral indicaron que los delitos de peligro abstracto, como el que se imputaba en este caso, tienen una configuración basada en la presunción legal de una eventual situación de peligro. Por ello, el personal policial ingresó a la habitación de manera urgente, porque tenían como fin neutralizar esa situación. Además, el Tribunal Oral señaló que se trataba de un hotel que estaba colmado y que por lo tanto era deber de la policía velar por la seguridad de todos los huéspedes y empleados, constatar la existencia del arma y, eventualmente, neutralizar el peligro.

Por último, el Tribunal Oral relativizó el argumento sobre la lesión al derecho a la intimidad, al expresar que H.E.S. no había ocupado de forma plena la habitación, que sólo había sido utilizada para dejar el dinero y el arma secuestrada. Además, el Tribunal Oral agregó:

...no podemos hablar más que de una precaria intimidad pues, claramente, no existía una expectativa de privacidad salvo para el ocultamiento de un accionar delictivo; la que, por supuesto, cede frente al interés general de preservar la seguridad pública.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional decidió hacer lugar al recurso de casación, anular el acto de entrada y registro, y secuestro y todos los que dependen de él, revocar la sentencia impugnada y absolver a H.E.S. del delito de tenencia no autorizada de arma de guerra por el que fue acusado.

El voto del juez García, al que adhirieron los jueces Sarrabayrouse y Días, está estructurado de forma tal que da respuesta a las siguientes tres preguntas que se presentarán en los próximos apartados. A continuación expondré de forma resumida sus argumentos y, luego, en el punto III, comentaré algunos de los aspectos que considero interesantes de la decisión.

### **2.a. ¿GOZA EL HUÉSPED DE UNA HABITACIÓN DE HOTEL DE LA PROTECCIÓN QUE EL ART. 18 CN GARANTIZA AL DOMICILIO?**

El juez García destacó que el art. 18 CN y los art. 11 inc. 2 y 3, de la CADH y 17 inc. 1 y 2, del PIDCP interpretados en conjunto permiten afirmar que el ámbito de inmunidad constitucional no se agota en el hogar o morada, sino que la protección se extiende a otros ámbitos. Asimismo, afirmó que el ámbito de protección que establece el “domicilio” está definido por el destino que una persona otorga a un determinado lugar. Ese destino es el de establecerse. Para ello, según el juez García, uno de los criterios a tener en cuenta es si la persona tiene la voluntad de residir y recogerse de forma permanente o transitoria en un lugar, con la exclusión de terceros. La voluntad de residir y recogerse es decisiva ya que implica que el lugar se elige para tener un

espacio de mayor intimidad “fuera de los ojos de terceros”, que está protegido por la Constitución y la ley. En este sentido, indicó que:

...quien contrata una habitación de hotel, sea bajo la forma de contrato de arrendamiento o de hospedaje con servicios, y realiza actos materiales que implican su ocupación con exclusión de otros, tiene asegurada la protección constitucional del art. 18 CN, con el alcance que fijan las leyes.

Finalmente, como conclusión del primer apartado, el magistrado señaló que:

...el art. 18, bajo la protección de inviolabilidad del domicilio, cubre no sólo el hogar, sino también cualquier lugar en el que un habitante establezca su residencia y descanso, de modo más o menos permanente o temporario, incluidos los lugares de alojamiento por períodos breves, en la medida en que lo haga en condiciones fácticas y jurídicas que le permitan excluir a terceros.

#### **2.b. ¿QUÉ SIGNIFICA QUE EL DOMICILIO ES INVOLABLE? ¿CUÁL ES EL ALCANCE DE LA INMUNIDAD?**

El juez García afirmó que la circunstancia de que el domicilio sea inviolable implica que la persona que reside en él tiene derecho a excluir a terceros. Aunque, claro está, esa inmunidad no es absoluta porque el art. 18, CN, también indica que “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”. En efecto, entendió que:

La ley debe definir los casos en los que se puede entrar en un domicilio prescindiendo de la voluntad de quien tiene derecho de exclusión, y debe definir también los justificativos, esto es, las finalidades que legitiman la entrada. Un error común y frecuente consiste en identificar las finalidades de legitimación con finalidades de persecución penal o de averiguación de delitos, al punto de que el foco se centra exclusivamente en la indagación de las reglas de los respectivos códigos de procedimientos penales. [...] Sin embargo, es errado pensar en una única ley que reglamente el art. 18 CN, pues “son diversas las leyes especiales que contienen disposiciones sobre el modo en que puede efectuarse el allanamiento en determinadas materias” (confr. Fallos: 306:1752, “Fiorentino, Diego Enrique”, consid. 5), por lo que según sea el caso habrá que atender a la existencia de otras leyes específicas que regulan variadas limitaciones al derecho de exclusión.

En función de ello, en opinión del magistrado:

...es inherente al contrato de hospedaje que el huésped no entra en la tenencia de la habitación, que permanece en cabeza del posadero, lo que implica que el huésped no puede excluir la entrada del posadero o sus dependientes para realizar

las tareas necesarias de mantenimiento de las instalaciones, y también, que acepta –bajo ciertas condiciones contractuales– la entrada de sus dependientes para llevar a cabo las tareas de aseo u otros servicios contratados<sup>7</sup>.

En otras palabras, el derecho de exclusión de una persona que se hospeda en una habitación de hotel o en una posada, puede ser limitado en los casos previstos en el código procesal penal y con los justificativos allí previstos, pero también por el ejercicio de los derechos y los deberes en cabeza del posadero y de sus dependientes (vgr. los encargados de limpieza y reparación). Además, el juez García entendió que ese derecho de exclusión puede ser ejercido de modo exclusivo o, cuando un lugar es el domicilio de varias personas, de forma conjunta y promiscua entre ellas.

### **2.c. ¿TENÍA H.E.S., EN EL CASO, DERECHO A RECLAMAR LA INMUNIDAD DEL ART. 18 CN?**

Una de las cuestiones que se debatía en el caso era si HES tenía derecho a excluir la entrada de terceros no autorizados por la ley o por una decisión de autoridad competente. Al respecto, el juez García consideró que una habitación de hotel que no está ocupada no está protegida por la garantía del art. 18 CN. Esto, dado que el derecho de exclusión nace una vez que se ha “ocupado la habitación, o realizado actos materiales y jurídicos que lo ponen en condición de ocuparla y llevar sus pertenencias, con exclusión de otros”. A su modo de ver, la mera suscripción de un contrato con el locador o el posadero no es suficiente. De hecho, para él:

...la inmunidad opera cuando el huésped realiza actos materiales de ocupación de la habitación, aunque no lleve o deposite ninguna pertenencia, o cuando ya se le ha asignado la llave que le permite jurídica y fácticamente ocuparla, con exclusión de otros. Pues desde que tiene la llave puede rechazar que otros entren, y pertenece ya al ámbito de protección de su vida privada que le permitan a él la entrada a la habitación, y también decidir qué pertenencias lleva y guarda en ella.

En efecto, el juez García, que parte de la base de que la encargada del hotel le había entregado a H.E.S. la llave de la habitación, considera que en este caso debe analizarse si se ha lesionado la inviolabilidad que protege el art. 18 CN.

Sobre la afirmación del Tribunal Oral vinculada a que no existía una expectativa de privacidad porque se estaba utilizando la habitación con el fin de ocultar actividades ilícitas, el magistrado explicó que:

...la protección del domicilio es una protección formal, y no sustancial. No se protege el domicilio según la naturaleza de lo que en concreto el ocupante haga o

---

<sup>7</sup> El juez García agrega que a ello debe sumarse que, como las casa de hospedaje u hoteles están sujetas a un poder de policía legal para poder ser habilitadas, el encargado debe permitir inspeccionar las instalaciones a las autoridades que ejercen el poder de policía.

garde en él, sino que se lo protege como lugar en el que anuda relaciones personales, o elige excluir relaciones personales, en el que guarda muchos, pocos, o ninguno de sus bienes, en el que se recoge y aísla del mundo externo, y en el que se abandona al descanso. Si sólo se reconociese la inmunidad constitucional cuando las relaciones personales que se establecen con otros o las que se omite establecer con otros no constituyen delitos, o cuando la guarda, tenencia o manipulación de bienes no constituye delitos, entonces la protección constitucional perdería todo su sentido, pues de lo que aquí se trata es si el domicilio también tiene una protección -formal- en los casos en los que se presume que quien lo ocupa puede estar cometiendo un delito, o tener cosas relacionadas con un delito. En esos supuestos, la protección formal se concreta exigiendo también que se presente el caso y los justificativos previstos en la ley para autorizar su allanamiento y ocupación. Pues aun en los casos en los que se presume de buena fe que en un domicilio se está cometiendo un delito, o se guardan u ocultan cosas relacionadas con un delito, deben satisfacerse los requisitos legales para la entrada y registro.

Por otra parte, el juez García descartó que en el caso se hubiera presentado alguna de las excepciones al allanamiento con orden judicial previstas en el art. 227 CPPN. En tal sentido, rechazó el argumento del Tribunal Oral según el cual la policía intervino para neutralizar el peligro que devenía de la presunta configuración de un delito de peligro abstracto. A tal efecto, sostuvo:

Sin perjuicio del defecto lógico de inferir –a partir de un delito de peligro abstracto– la existencia de un peligro concreto que debe ser neutralizado “con premura”, y de la pobreza del razonamiento en punto a la existencia de un arma de fuego en una habitación que no estaba ocupada en ese momento, en cualquier caso, no se trataba de alguno de los peligros comprendidos en el art. 227, inc. 1, CPPN, que dispensarían de la exigencia de orden judicial.

Luego, remarcó la importancia de interpretar restrictivamente las excepciones previstas en el art. 227 CPPN y la prohibición de la ampliación de sus supuestos por vía de la analogía<sup>8</sup>.

Para tratar el tema de si la encargada del hospedaje era quien tenía el derecho de exclusión, el juez García analizó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos con el objeto de obtener criterios para el abordaje argumental de la cuestión. En efecto, analizó el caso [Stoner v. California](#) (376 U.S. 483), en el cual el conserje del hotel había habilitado el ingreso de la policía

---

<sup>8</sup> En palabras del juez García: “[e]l art. 227, por constituir una regla que permite la entrada en un domicilio que en general goza de protección constitucional es de interpretación restrictiva (art. 2 CPPN), y no pueden ampliarse sus supuestos por interpretación analógica, porque la analogía presupone lógicamente inexistencia de disposición legal. Puesto que el art. 18 CN requiere una ley que determine los casos y justificativos para el allanamiento y ocupación del domicilio, la analogía es inconciliable con la disposición constitucional”.

mientras el acusado no estaba. En el fallo citado, la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó que el huésped de la habitación de un hotel tiene la misma protección constitucional que el inquilino de una casa, y que los permisos que el encargado del hotel y sus dependientes tienen para ingresar a la habitación para cumplir con sus servicios, en ese caso, habían sido excedidos. Luego de analizar la jurisprudencia del tribunal supremo estadounidense, el juez García concluyó que:

...aparece sin embargo pertinente la línea argumental en la medida en que en el derecho de la República Argentina puede inferirse sin esfuerzo que el huésped de un hotel o posada tiene derecho a la inmunidad del art. 18 CN bajo la forma de inviolabilidad del domicilio, que esta inmunidad no es derivación del derecho de propiedad, sino del más amplio de libertad contra injerencias ilegales o arbitrarias en la vida privada, que si el derecho que regula el contrato consensual de hospedaje, o incluso el derecho administrativo aplicable, conceden al posadero o a sus dependientes la autorización para entrar a una habitación ocupada por un huésped, ello sólo se extiende en conexión con el servicio de hospedaje, y no le asigna al hotelero o a sus dependientes la representación del huésped para ejercer el derecho de exclusión o autorizar la entrada a terceros en todo lo que no concierna a las cuestiones del servicio. Finalmente, que esta es la consecuencia directa del hecho de que lo que está en juego no es el derecho de propiedad, ni de respeto de la vida privada del hotelero o sus dependientes, sino el ámbito de vida privada del huésped.

Como conclusión, el magistrado entendió que la policía ingresó a la habitación de H.E.S.

...sin contar con la autorización de un juez emitida según los arts. 224 y 225 CPPN, sin que se presentase ninguno de los supuestos de hecho que dispensarían de la orden según el art. 227, y sobre la base de la autorización de ingreso de una dependiente del hotel que no tenía autoridad para darla, por lo que la entrada sin el consentimiento del imputado ha violado su derecho garantizado por el art. 18 CN.

### **3. ALGUNOS COMENTARIOS**

#### **3.a. EL MOMENTO A PARTIR DEL CUAL EL HUÉSPED DE UNA HABITACIÓN DE HOTEL GOZA DE LA PROTECCIÓN QUE EL ART. 18 CN GARANTIZA AL DOMICILIO.**

En la decisión en estudio se señaló que del fallo de la CSJN "[Martínez, Saturnino](#)" (Fallos 311:962) se infiere de modo implícito que una persona que reside en una habitación de hotel se encuentra protegida por lo dispuesto en el art. 18 CN. Además, se indicó que de ese fallo de la CSJN se



deriva que la inmunidad que otorga al domicilio el art. 18 CN puede ser declinada por la persona que convive con el acusado, pues comparten la titularidad del derecho de exclusión<sup>9</sup>.

Creo que no es necesario recurrir a ese fallo de la CSJN para afirmar con fundamentos sólidos que los huéspedes de un hotel gozan de la protección del domicilio que brinda el art. 18 CN. Es que esa protección se deriva del hecho de que existe una voluntad de residir, aunque sea de forma transitoria, en la habitación del hotel, y esa voluntad se demuestra con actos materiales que implican su ocupación con exclusión de otros o con la asignación de la llave que le permite jurídica y fácticamente ocuparla, con exclusión de otros.

Sobre esta última cuestión, en el caso que comento se discutió si se le había entregado la llave a H.E.S., porque eso podría sembrar la duda sobre si alguien más había estado en condiciones de entrar a la habitación y dejar el arma que luego se secuestró. El juez García asumió que H.E.S. contaba con la llave, por lo que gozaba de la protección del art. 18 CN. Consideró que la tesis de la defensa planteaba un dilema porque se afirmaba que el imputado tenía un derecho de exclusión de terceros respecto de la habitación, pero que al mismo tiempo había pagado una suma de dinero en concepto de reserva y que no le habían entregado nunca las llaves. Sin embargo, en mi opinión, la entrega de las llaves no define necesariamente la existencia o no de un derecho de exclusión en cabeza de H.E.S. Como ya señalé, para el juez García hay dos supuestos que dan comienzo a la protección del domicilio: a) cuando el huésped realiza actos materiales de ocupación de la habitación, aunque no lleve o deposite ninguna pertenencia o b) cuando ya se le ha asignado la llave que le permite jurídica y fácticamente ocuparla, con exclusión de otros, porque desde que tiene la llave puede rechazar que otros entren. En el caso que comentamos, el juez García consideró que estábamos ante el supuesto b).

A mi entender, también podría tratarse del supuesto a), porque podrían considerarse actos materiales de ocupación el hecho de que a H.E.S. le mostraron la habitación, que aceptara quedarse en ella, que se registrara su nombre y DNI en el libro, y que haya pagado dos mil pesos en concepto de reserva. Es decir, a partir de esos actos podría argumentarse que ya existía una protección de esa habitación como domicilio, aunque H.E.S. haya decidido no dejar ninguna

---

<sup>9</sup> En el caso citado por el juez García la CSJN resolvió rechazar la queja por recurso extraordinario federal denegado. Para ello, argumentó que el agravio de la defensa —según el cual se había afectado la garantía del art. 18 CN por haberse obtenido prueba de cargo como consecuencia de allanamientos domiciliarios ilegales— se encontraba infundado porque no se había hecho cargo de rebatir el argumento del tribunal según el cual “el ingreso del hotel donde residía el imputado fue consentido por la mujer con la que convivía y que en ese momento ejercía la titularidad del derecho de exclusión”. En mi opinión, es discutible que pueda “inferirse implícitamente” este último aspecto. El objeto del recurso de queja es demostrar la incorrección de la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal. Desconozco cuáles fueron los agravios del recurrente contra la decisión que confirmó su condena, ni cuáles los motivos del tribunal de segunda instancia para rechazarlos, pero sí es dable afirmar que lo único que la CSJN señaló sobre la posibilidad de que un tercero ejerza el derecho de exclusión se vincula con una cuestión formal: el recurrente no intentó rebatir uno de los argumentos que conforman la decisión atacada. En otras palabras, la CSJN señaló la afirmación del tribunal *a quo* que no fue criticada por el recurrente, lo que no implica, en mi opinión, siquiera implícitamente, que la CSJN lo considere correcto.

pertenencia en la habitación y aunque no tenga la llave en su poder. Es que si un tercero hubiese pretendido entrar a la habitación reservada y pagada por H.E.S., la encargada del hotel no se lo hubiese permitido<sup>10</sup>.

En resumen, no creo que sea tan claro que la entrega de la llave defina si H.E.S. se encontraba protegido por el art. 18 CN. Esta conclusión está directamente relacionada con qué alcance tiene un “acto material de ocupación”<sup>11</sup>.

### **3.b. EL ANÁLISIS SEPARADO DE LA INTERVENCIÓN DE PARTICULARES Y DE AGENTES DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD**

En este acápite explicaré por qué en los casos en los que intervienen particulares y agentes de seguridad en un allanamiento es conveniente —para un mejor análisis del caso— separar con claridad esas intervenciones. Si demarcamos con claridad la actuación de cada uno, será factible identificar el momento en el que el particular (el encargado del hotel o de la limpieza, un cohabitante, u otro tercero con derecho de exclusión, aunque sea parcial) conoce algún dato que indica que una persona que reside allí puede estar cometiendo o haber cometido un delito, para analizar si resultó afectada alguna garantía. Por otra parte, si analizamos la intervención de las fuerzas de seguridad por separado —desde que son informadas de la existencia de ese dato— se podrá evaluar si han ingresado al domicilio con una orden judicial, si en el caso estaba presente alguna de las excepciones a la exigencia de esa orden, o si quien tenía el derecho de exclusión había prestado su consentimiento. En otras palabras, examinar la intervención de los particulares, por un lado, y de las fuerzas de seguridad, por otro, estableciendo sus facultades y atribuciones con claridad, permitirá discutir mejor la existencia o no de una afectación a una garantía constitucional.

- **La intervención de particulares y la afectación de garantías constitucionales**

Tomando como ejemplo el caso en análisis, identifico el primer momento como aquél en el que la encargada ingresó a la habitación para efectuar la limpieza y observó el arma dentro del placar. De la sentencia de la Sala I no surge qué tipo de mueble era, ni qué se guardaba en su interior, ni por qué motivos esa persona debía abrirlo para lograr su tarea. Si bien es cierto que la inviolabilidad del domicilio no es un derecho absoluto, y que en este caso se encuentra limitado por el contrato de hospedaje y concretamente por las tareas que el posadero o sus

---

<sup>10</sup> Habría que considerar si el hecho de que la habitación reservada era la única disponible juega un papel determinante o no.

<sup>11</sup> En el voto que lideró el acuerdo se señaló que tiene la protección del domicilio “quien contrata una habitación de hotel, sea bajo la forma de contrato de arrendamiento o de hospedaje con servicios, y realiza actos materiales que implican su ocupación con exclusión de otros”; que “[e]l derecho de exclusión no nace para el huésped del puro contrato consensual con el locador o el posadero, sino una vez que ha ocupado la habitación, o realizado actos materiales y jurídicos que lo ponen en condición de ocuparla y llevar sus pertenencias, con exclusión de otros. Mientras tanto, una habitación de hotel no ocupada no puede dar título al reclamo de una inmunidad constitucional, según el art. 18, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que entre posadero y huésped nacen del contrato consensual”.

dependientes deben llevar a cabo en la habitación, de eso no se deriva la existencia de una restricción al derecho a la intimidad que permita injerencias sobre los lugares o espacios en las que guardamos objetos que queremos que queden fuera del escrutinio de terceros. Al margen de la discusión de si, por ejemplo, una maleta cerrada con candado en la habitación del hotel, para ser revisada, debe regirse por las reglas del allanamiento o de la requisa, creo que debe evaluarse en cada caso qué cosas tenía permitido hacer quien limpia o arregla algo en la habitación. En este sentido, no es lo mismo que quien ingresa a limpiar un cuarto de hotel (higienizar el baño, hacer la cama, y ordenar o limpiar algo que se puede haber caído al suelo) abra el placar en el que están las frazadas o almohadas que colocará luego de hacer la cama, que el hecho de que abra el cajón de la mesa de luz, o la caja de seguridad que está incrustada en el placar. El punto es que dentro de la habitación pueden existir esferas de custodia o ámbitos de dominio de quien se hospeda allí sobre los cuales la protección de la intimidad no se ve limitada por el contrato de hospedaje. La persona encargada de la limpieza podría mover la valija de lugar para poder limpiar, pero no debería abrirla si está cerrada. No es lo mismo encontrar un cuerpo en la cama de la habitación que encontrar un cigarrillo de marihuana dentro de un paquete de cigarrillos que estaba guardado en un cajón.

En resumen, no será igual la situación si al analizar la intervención del particular se detecta que el posadero o sus dependientes han vulnerado el derecho a la intimidad, ya que una vez que informen a las fuerzas de seguridad estaremos en posición de discutir si esa afectación tendrá alguna consecuencia en caso de valerse el Estado de esa información para iniciar y llevar adelante un proceso penal en contra de una persona<sup>12</sup>. En otras palabras, habrá que discutir si esa prueba obtenida por particulares con afectación de garantías constitucionales del acusado puede o no ser utilizada en un proceso penal.

En el caso en estudio, no fue objeto de discusión que la encargada del hotel ingresó a la habitación y encontró el arma en el armario sin vulnerar el derecho a la intimidad de H.E.S.

- **La intervención de las fuerzas de seguridad y quién puede declinar la protección constitucional del domicilio**

Por otra parte, el segundo momento que debemos analizar es el que comienza desde que las fuerzas de seguridad son anoticiadas de la posibilidad de que en un 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” o de que se dan las circunstancias de hecho previstas en el art. 227 CPPN. En este momento debemos evaluar, eventualmente, si se ingresó al domicilio con una orden judicial, si se trataba de alguna de las excepciones a la

---

<sup>12</sup> Sobre el arduo debate sobre la validez de la prueba preconstituida por particulares, ver el artículo de Bovino y Pinto (2010, 279-301). Carrió (2014, 350-353) también trata el tema y concluye que “dado el fundamento principal ofrecido por la Corte Suprema en los casos donde consagró la obligatoriedad de la regla de exclusión, parece más consistente con sus fundamentos no admitir la validez de ese tipo de prueba” (352).

exigencia de esa orden, o si quien tiene el derecho de exclusión había prestado el consentimiento. Así, aquí será relevante analizar toda cuestión que se vincule con un allanamiento con orden judicial: su fundamento, la expresión de los motivos, la determinación del objeto del allanamiento, etc. También será importante discutir si el caso es uno de los supuestos de excepción de la orden, si existía o no urgencia, y si la urgencia justifica interpretar más ampliamente las excepciones o no. Finalmente, también puede ser de importancia analizar quién tenía el derecho de exclusión y quién podía prestar el consentimiento para efectuar el allanamiento<sup>13</sup>. En este apartado me concentraré en este último aspecto.

Del fallo de la CSJN "[Martínez, Saturnino](#)" hay quienes derivan que la inmunidad que otorga al domicilio el art. 18 CN puede ser declinada por la persona que convive con el acusado pues ésta comparte la titularidad del derecho de exclusión. Si bien es cierto que quienes se alojan en un cuarto de hotel están protegidos por lo dispuesto en el art. 18 CN, no es seguro que en cualquier caso esa protección pueda ser declinada por un tercero que comparte el derecho de exclusión. Al respecto es importante delimitar correctamente, como en este caso, sobre quién y con qué alcance recae el derecho de exclusión (vgr. en un departamento en el que conviven varias personas, el consentimiento que una de ellas puede prestar, tal vez no alcance para permitir el registro de toda la casa, sino que será necesario determinar si no hay espacios sobre los que no tenga derecho de exclusión, como por ejemplo, la habitación en la que duerme solamente uno de ellos)<sup>14</sup> y también tener en cuenta que en los casos de huéspedes de hoteles, los aspectos a discutir sobre el derecho de exclusión y el consentimiento son variadísimos, puesto que pueden considerarse desde las políticas sobre limpieza del hotel hasta el horario de *check out* <sup>15</sup>.

Asimismo, es muy importante definir si en todos los casos el derecho de exclusión equivale a la posibilidad de prestar el consentimiento para el allanamiento. Sobre este último aspecto, podría exigirse que quien consienta el allanamiento solo pueda ser el afectado. Esta es la postura, por ejemplo, de Gil Lavedra en el conocido caso "Monticelli de Prozillo, Teresa B."<sup>16</sup>, en el que concluye, tras vincular la garantía de inviolabilidad del domicilio con la de la prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, que:

[l]o dicho conduce, según entiendo, a exigir que el consentimiento válido para excluir la hipótesis del allanamiento, debe ser prestado de modo expreso (no hay confesiones criminales tácitas), por la persona que tenga derecho a excluir a un tercero del domicilio y que, además, puede verse perjudicado por el registro que realice el órgano de prevención.

---

<sup>13</sup> Partimos de la base de que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia aceptan que el consentimiento puede reemplazar la exigencia de orden judicial. Al respecto, ver Zysman Quirós (2014).

<sup>14</sup> Para los problemas que presentan las nuevas formas de convivencia, ver, por ejemplo, Gold (2008).

<sup>15</sup> Para los problemas que se presentan en los casos de huéspedes de hoteles, ver Miller (2010).

<sup>16</sup> Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, Sala I, 10/8/84. Una posición similar puede encontrarse en el voto en disidencia de la jueza Ledesma en el caso de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal "Rodríguez, D. N.", causa 11.990, registro Nº 12038/10, resuelta el 13/7/2010.

La cuestión vinculada con el alcance del consentimiento, puede ser muy relevante en los supuestos en que dos o más personas compartan un domicilio. El tema ha sido ampliamente tratado en la jurisprudencia estadounidense<sup>17</sup>. La Corte Suprema de EEUU se expidió en el caso [Georgia v. Randolph](#) (547 U.S. 103, 2006) en el que una mujer alertó a la policía de que su marido se estaba llevando a su hijo del domicilio que compartían. Luego de que la policía llegó, ella le manifestó a los policías que su pareja consumía cocaína. Su esposo se presentó en el lugar y acusó a su esposa de hacer lo mismo. La mujer insistió en que su marido consumía drogas y que había restos de estupefacientes en su casa. La policía entonces le pidió permiso al hombre para registrar la casa y este se lo negó. Luego, los agentes le preguntaron a la mujer, quien les dio permiso y los guió hasta la habitación del hombre. Allí encontraron restos de estupefacientes. La Corte Suprema estadounidense entendió que la negativa por parte del hombre (co-habitante del domicilio), que se encontraba presente, para que se efectúe el allanamiento, convertía en irrazonable el registro sin orden<sup>18</sup>.

En suma, como se desprende de lo expuesto, el tema no es fácil de resolver y las posibles soluciones que se plantean no son pacíficas. Además, en nuestro medio, no existen líneas jurisprudenciales e, incluso, doctrinarias que sean lo suficientemente claras. Tal como lo indica Zysman Quirós (2015, pág. 110):

...la Corte ha aceptado la validez del consentimiento pero no ha querido formular, como forma de darle balance, reglas generales que permitan delimitarlo y excluir comportamientos inválidos, siquiera en situaciones tan extremas como en los casos en los cuales quien presta el consentimiento, o un familiar muy cercano se encuentran detenidos [cita omitida].

### **3.c. EL DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO Y LA EXISTENCIA DE URGENCIA COMO JUSTIFICACIÓN DEL ALLANAMIENTO SIN ORDEN JUDICIAL**

---

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, el trabajo de Wright (2005) en el que analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense previa a "[Georgia v. Randolph](#)". Además, propone distinguir entre el modelo del veto (*veto model*) y el modelo de la voluntad (*agency model*) como dos opciones entre las que se debe optar al analizar si el consentimiento prestado por un co-habitante prevalece sobre el co-habitante que es perjudicado por la medida. En el caso del modelo del veto, si el habitante que es objeto de la medida se opone a esta, su voluntad debe prevalecer y no es posible un consentimiento válido por parte de otro co-habitante. En cambio, en el modelo de la voluntad, si cualquiera de los co-habitantes autoriza el ingreso, está en todo su derecho y el consentimiento es válido. Concluye con la propuesta de un test según el cual el agente de las fuerzas de seguridad debe llevar a cabo un intento razonable de localizar a la persona contra la que se dirige el allanamiento. Si las fuerzas de seguridad no hacen un intento razonable o la persona se rehúsa a que se haga el allanamiento, entonces no podrán realizarlo sin una orden judicial.

<sup>18</sup> Años después, en el caso [Fernandez v. California](#) (2014, 134 S. Ct. 1126), la Corte Suprema estadounidense entendió que cuando el residente que no autoriza el allanamiento es trasladado a otra parte con motivos objetivos razonables (como puede ser un arresto legal), los demás residentes pueden válidamente consentir el allanamiento.

En el fallo analizado se destacó que, de permitirse la analogía y la interpretación extensiva de las excepciones previstas en el art. 227 CPPN, carecería de sentido lo dispuesto en el art. 18 CN cuando refiere que “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”. Este es un importante estándar para exigir a los tribunales que eviten forzar los hechos para incluirlos en alguno de los supuestos que eximen de la orden judicial<sup>19</sup>. En efecto, el Tribunal Oral expuso esta línea argumental (al señalar que como se trataba de un delito de peligro abstracto la policía debía neutralizar el peligro de forma urgente), la cual fue correctamente descartada por el voto que lideró el acuerdo con los fundamentos arriba señalados.

En el caso analizado, no se requería la intervención urgente de la policía, porque la habitación se encontraba vacía. Además, de admitir que había una urgencia porque, supongamos, H.E.S. estaba en la habitación, esa circunstancia todavía no habilita que se pueda ingresar a la habitación sin una orden judicial, porque lo que hay que demostrar es que existía uno de los supuestos de hecho previstos en el art. 227 CPPN.

En resumen, según lo sostenido en el fallo, los tribunales no pueden legitimar un allanamiento que pretende justificarse en una genérica situación de urgencia sin establecer la existencia de uno de los supuestos excepcionales del art. 227 CPPN, interpretándolos de forma restrictiva.

Finalmente, cabe destacar que, si bien el Tribunal Oral apeló a una interpretación extensiva del art. 227, inc. 1 del CPPN para justificar la existencia de un peligro que excepcionó la orden judicial para llevar a cabo el allanamiento, al mismo tiempo, como si supiera que eso no alcanzaba, argumentó que se había prestado válidamente un consentimiento. En este mismo sentido, creemos que asiste razón a Zysman Quirós (2015, 107), cuando expresa que

en numerosas ocasiones en los casos de ausencia de una orden judicial, o de una orden judicial viciada, se acude explícitamente a una “segunda red” protectora del procedimiento al examinar la posible existencia de un consentimiento válido (muchas veces, de personas cuya relación con el derecho de exclusión no resultaban nada claras [cita omitida]) como paso rutinario previo a declarar la legalidad o ilegalidad del allanamiento.

### **3.d. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA ORDENAR EL ALLANAMIENTO**

Al analizar la intervención de las fuerzas de seguridad en el allanamiento, si se verifica la existencia de una orden judicial, resulta relevante la pregunta sobre cuál es el estándar

---

<sup>19</sup> Ver, dos posturas diferentes sobre la existencia de urgencia, en el caso “Villanueva, Alejandro”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa Nº 15.277, registro Nº 20.716, del 25/10/2012, votos del juez Slokar y de la jueza Figueroa y la disidencia de la jueza Ledesma.

necesario para poder ordenar esa medida<sup>20</sup>. Sobre la justificación que debe tener esa orden, Inchausti y Garay (2010, 157) sostienen que

[a] partir de argumentos comunes o subyacentes a todos ellos [a los fallos analizados], puede decirse que los *justificativos/motivos para presumir* deben consistir en la preexistencia de elementos objetivos idóneos –sin que se exija que formen un conocimiento cierto y cabal– que permitan convencer al juez acerca de su configuración. Se trata, entonces, de que el juez analice la información desde dos puntos de vista: la confiabilidad de su origen y su peso específico como “sustancia” constitutiva de los *justificativos/motivos para presumir*.

En el caso que nos ocupa, ¿es el testimonio de la encargada del hotel un elemento objetivo idóneo para convencer al juez sobre la posible tenencia ilegal del arma por parte del acusado? Supongamos que el origen de la información –el hecho de haber observado el arma en el placar– es confiable, ¿es esa sola información suficiente para sospechar que la tenencia de esa arma es ilegal? ¿Cuál es el dato objetivo que permite sospechar de la tenencia no autorizada del arma? Si estuviéramos de acuerdo en que los dichos de la encargada son suficientes para ordenar un allanamiento, ¿en qué otros tipos de casos podríamos afirmar lo mismo? ¿Y si se tratara de una persona que denuncia a la policía que escuchó a otra decir que tenía un arma guardada en su casa? ¿Y si se tratara de alguien que afirma haber visto a una persona ingresar a su habitación con un arma en la cintura?

Al respecto, es interesante mencionar un precedente en el que se aplicó un estándar como el mencionado por Inchausti y Garay<sup>21</sup> y se declaró la nulidad de la orden de allanamiento porque no existió “una base sustancial seria y suficiente para decretar la medida cuestionada”. Se trata del caso “[Piriz](#)”<sup>22</sup> de la Cámara del Crimen, en el que una persona que no se identificó, denunció por teléfono que en una dirección específica había cuatro menores de edad extranjeras que estarían ejerciendo la prostitución, y que en el lugar residirían dos mujeres mayores. La persona que efectuó la denuncia, que luego ratificó, creía que se estaba explotando sexualmente a las niñas. Sin embargo, según relata el Tribunal, no se contaba en el caso con:

ningún otro elemento u objeto idóneo que convalid[ara] los extremos denunciados, tanto en la confiabilidad de su origen, como en cuanto al propio sustento de los motivos que lleven a presumir la comisión del delito en la que se apoya la decisión de librar dicha orden.

Por ello, los camaristas entendieron que

<sup>20</sup> Al respecto, ver el análisis propuesto y los fallos citados por Garay e Inchausti (2010, 143-167).

<sup>21</sup> Para el tribunal de apelaciones, “la orden de allanamiento debe hallarse precedida por la presencia de elementos objetivos idóneos que, correctamente configurados, y sobre la base de patrones de probabilidad que brinden certeza y cabalidad al asunto examinado, justifiquen su dictado”

<sup>22</sup> Resuelta el 14/6/2006.

[e]n el caso sub examine, antes de disponerse el allanamiento, y a los fines de constatar alguna razón o pauta objetiva que lo sustente, hubiera sido necesario efectuar alguna averiguación o aclaración relativa a la presunta vinculación entre el domicilio en cuestión y la actividad delictiva que se desarrollaría en el lugar, tal como pudo haber sido la realización de mínimas y urgentes tareas de inteligencia.

En resumen, en este caso, de haber existido una orden judicial, también podría haberse atacado la existencia de elementos objetivos idóneos que permitieran justificar una medida como el allanamiento.

#### **4. REFLEXIONES FINALES**

El fallo que comentamos es útil porque establece algunas pautas para evaluar la legitimidad de un allanamiento:

- a) Porque aclara cuál es el criterio para determinar qué es el domicilio. Hay que establecer si hay una voluntad de residir y si se han hecho actos materiales y/o jurídicos que implican ocupación.
- b) Porque destaca que la protección del domicilio es formal, y no sustancial. Esto implica que aun quien se presume que está cometiendo un delito goza de la inviolabilidad que le garantiza el art. 18 CN, aunque sea formalmente. Esa protección formal se concreta exigiendo que aun en los casos en los que se presume que alguien está cometiendo un delito se deben presentar el caso y los justificativos previstos en la ley para autorizar su allanamiento y ocupación. Si se sigue esta posición, no puede argumentarse, valiéndose de un análisis *ex ante*, que esa persona tiene una “precaria intimidad” y que no tiene una “expectativa de privacidad” porque su accionar tiene como fin ocultar un delito.
- c) Porque establece un buen criterio sobre la interpretación de las excepciones al allanamiento sin orden judicial previstas en el código de procedimientos. Propone una interpretación restrictiva de esos supuestos. Indica que no cualquier situación de urgencia dará lugar a los supuestos de excepción y que no es suficiente para establecer que existe urgencia que se trate de un delito de peligro.
- d) Porque brinda pautas para analizar quién tiene el derecho de exclusión y qué alcance tiene ese derecho, aclarando que lo está en juego es el ámbito de la vida privada de quien reside en el domicilio y no el derecho de propiedad u otros derechos.
- e) Por último, porque se aclara que si no hay derecho de exclusión no puede otorgarse el consentimiento para realizar el allanamiento. Este último aspecto creo que debe seguir siendo objeto de discusión, porque es necesario analizar, según el caso, si el derecho de exclusión se aplica a ciertos ámbitos espaciales pero no a otros. Por ejemplo, dentro de una casa, un cajón o una habitación particular a la que solo tenga acceso una persona y



no varias. Asimismo, también hay que continuar discutiendo la existencia de una relación directa entre el derecho de exclusión y la posibilidad de otorgar el consentimiento. Es que podría resultar aplicable la posición del juez Gil Lavedra en el caso “Monticelli de Prozillo” en el sólo acepta el consentimiento prestado por el titular del derecho de exclusión que sea a la vez el perjudicado por la medida.

- f) El caso relacionado con el contrato de hospedaje permite distinguir, por un lado, la intervención de los particulares y, por otro, la de las fuerzas de seguridad. En este caso no se discutió si la intervención del particular había afectado garantías. Si se discutió, en cambio, si las fuerzas de seguridad habían ingresado con el consentimiento de un tercero y si había existido una excepción a la necesidad de requerir una orden judicial. He propuesto en este trabajo demarcar con claridad la actuación de los particulares y de las fuerzas de seguridad, estableciendo sus facultades y atribuciones con claridad, para estar en posición de discutir mejor la existencia o no de una afectación a una garantía constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

Bovino, Alberto y Federico Pinto. 2010. “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”. En: *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, compilado por Florencia G. Plazas y Lucian A. Hazan, 279-301, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Carrió, Alejandro. 2014. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

Garay, Guillermo S. y Santiago Inchausti. 2010, “El allanamiento de domicilio: la orden judicial y su fundamentación”. En: *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, compilado por Florencia G. Plazas y Luciano A Hazan, 143-167. Buenos Aires. Ed. Del Puerto.

Gold, Russell. 2008. “[Is This Your Bedroom?: Reconsidering Third-Party Consent Searches Under Modern Living Arrangements](#)”. *George Washington Law Review*, 76 (2).

Miller, Jason. 2010. [Do Not Disturb: Fourth Amendment Expectations of Privacy in Hotel Rooms](#). *Seton Hall Cir. Rev.*, 7, 269.

Zysman Quirós, Diego. 2015. “La garantía de inviolabilidad del domicilio. Fundamentación de la orden de allanamiento y validez del consentimiento en la historia de nuestra Corte Suprema federal”. En: *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*. 67-103. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.