

Título: [El uso de la fuerza sobre el morador en el allanamiento](#)

Autor: [Hairabedián, Maximiliano](#)

Publicado en: [LA LEY 29/10/2012, 29/10/2012, 7 - LA LEY2012-F, 144](#)

Cita Online: [AR/DOC/5370/2012](#)

Sumario: I. Introducción.- II. Ingreso sorpresivo e intempestivo.- III. La coerción física sobre las personas presentes.- IV. Control del registro por parte del interesado.- V. Conclusiones.

I. Introducción (*)

Tradicionalmente se ha ubicado al allanamiento entre los actos de coerción real. (1) Un sector de la doctrina lo caracteriza como una forma accesoria o auxiliar de coerción, ya que tiende a garantizar el cumplimiento de otras medidas coercitivas principales (vgr., secuestro, detención, etc.). (2) Pero de lo que no hay duda es de la naturaleza coercitiva de la medida ya que implica la restricción o menoscabo a derechos con fines procesales.

El fallo que se anota versa sobre algunos de los límites y alcances de esa coercibilidad, tales como el uso de la fuerza en el ingreso; o su imposición a las personas presentes y las facultades de control del morador.

II. Ingreso sorpresivo e intempestivo

La ley procesal establece que la orden de allanamiento debe ser notificada al que habite o posea el lugar, o cuando esté ausente, a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se encuentre allí, prefiriéndose a los familiares del primero (CPPN., 228).

Se ha admitido que excepcionalmente puede obviarse la notificación cuando por las características y circunstancias del caso no fuere posible realizarla (vgr., si desde el interior del local se respondió con balazos al llamado o hay indicadores de peligro sobre el buscado (3)), o el operativo corriera serio riesgo de frustrarse (p. ej. si por intentar notificarlo el habitante que debe ser detenido tiene posibilidad de huir). En fin, hay casos excepcionales en los que se requiere un ingreso intempestivo, ya sea porque no existe otra manera de asegurar el éxito del procedimiento, o por la imposibilidad de practicar la notificación.

La obligación de avisar obedece a una regla elemental en materia de coerción, que es la de aplicar aquella que resulte menos lesiva a los derechos de las personas afectadas, como así también la de realizar un procedimiento más ordenado y controlado por el morador, habitante, etc. La jurisprudencia de los Estados Unidos ha argumentado que "las razones de que se deba anunciar la presencia de la autoridad y el propósito, han sido estipuladas porque la ley aborrece los daños innecesarios de una casa... si el morador... no supiera el motivo por el cual una persona está produciendo roturas por no haber sido notificado del procedimiento, le asistiría el derecho de resistir el ataque a su propiedad privada". (4)

En el pasado se invalidó el secuestro fruto de un allanamiento en el que la policía tocó la puerta y tras esperar sólo dos o tres segundos, sin circunstancia especial, entró por la fuerza, notificando verbalmente al morador una vez en el interior, pero más recientemente la Corte Suprema sostuvo que la violación a la regla del "knock and announce" no genera la aplicación de las exclusiones probatorias. (5) La solución también puede ser la misma entre nosotros, si se tiene en cuenta que dicha regla no se halla establecida en la Constitución (por lo tanto no funcionan las exclusiones probatorias) ni está impuesta bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de la persecución penal que pueda hacerse al responsable.

En la misma línea que lo reconoce el fallo de la casación federal que se comenta, el derecho judicial estadounidense ha aceptado el ingreso intempestivo sin previo aviso o espera si hubiera elementos que den la necesidad de "prevenir que las personas que están adentro huyan o destruyan la prueba", tal como sucede con la sospecha previa de presencia de narcóticos. (6)

De acuerdo a lo desarrollado por la doctrina norteamericana, en cuanto al tipo de demostración del riesgo de descarte o destrucción de los efectos descriptos en la orden, algunas Cortes consideran que es suficiente que sean de aquellos que por su naturaleza son susceptibles de rápida eliminación o inutilización, tales como los estupefacientes. Y en cuanto a la hipótesis habilitante del peligro que el aviso podría acarrear para los oficiales o terceros, se ha dicho que requiere ordinariamente una demostración más allá del hecho de que el acusado sea conocido de poseer un arma. (7)

No es necesario que la resolución o la orden de allanamiento expresamente autoricen el ingreso sorpresivo, ya que la facultad de hacer uso de la fuerza se encuentra establecida genéricamente en la legislación a favor de la policía para cumplir con sus actos, e inclusive suele ir contenida en los oficios y autorizaciones de registros domiciliarias. (8) Claro que su razonabilidad y proporcionalidad están sujetas al control judicial posterior sobre el procedimiento, tal como sucedió en el caso que analizamos.

III. La coerción física sobre las personas presentes

El derecho judicial norteamericano acepta también que durante el allanamiento la policía pueda retener a los presentes en el lugar, sujeto a las siguientes condiciones: "prevenir la desaparición en el eventual caso de que sea encontrada evidencia incriminante"; "minimizar el riesgo de daño a los policías"; y facilitar "la culminación ordenada del allanamiento", así como el propio interés de los ocupantes que "pueden ser invitados a abrir puertas o habitáculos cerrados para evitar el uso de la fuerza". Inclusive se ha autorizado en ciertos casos a que esta retención se asegure mediante la colocación de esposas. (9) Nuestra Corte se ha pronunciado en similar sentido, declarando arbitrario el razonamiento de un tribunal oral que invalidó un allanamiento por el motivo tratado, argumentando que "el fundamento y naturaleza de la restricción a la libertad ambulatoria sufrida durante el allanamiento de domicilio es la atribución que tiene la policía de disponer —según el art. 184, inc. 3 del Código Procesal Penal de la Nación— que ninguna de las personas que se halla en el lugar del hecho o en sus adyacencias se aparte de aquél mientras se lleven a cabo las diligencias que correspondan". (10)

El obstáculo que puede presentar este tipo de medidas innominadas específicamente (roturas, retenciones, etc.), es su justificación frente al principio de taxatividad que rige la materia, es decir, aquel por el cual no puede haber más medios de coerción que aquellos expresamente estipulados y regulados en las leyes formales. Sin embargo es posible encuadrarlas dentro de la facultad reglada de hacer uso de la fuerza pública en el marco de lo necesario que se le confiere a la policía para cumplir con sus funciones legítimas. Inclusive, la retención de personas presentes durante un procedimiento podría ser una especie de "compulsión", caracterizada por Balcarce como una medida restrictiva de la libertad individual, que no ha sido elaborada doctrinaria ni jurisprudencialmente y sin embargo se encuentra en forma asistemática y sin nomen iuris endilgado en el Código Procesal, por la cual al imputado o terceras personas se les impone determinado desplazamiento o movimiento corporal de duración subordinada a la realización del acto que se pretende garantizar". (11)

El fallo que se anota declaró la ilegalidad de la práctica de encapuchar a las personas que estaban presentes en el domicilio allanado mientras duró el registro, pero remarca en algunos tramos que no aparecía ni en el acta ni en otro elemento alguna circunstancia que justificara esa práctica, por lo que puede inferirse que para la casación federal no es absoluta la prohibición de taparle el rostro a una persona en un procedimiento policial. Creemos que esta práctica puede ser admitida fugazmente en otras circunstancias, como ocurre cuando se la emplea para preservar la imagen del imputado del asedio periodístico durante la instrucción o para proteger la incolumidad del reconocimiento en rueda de personas (p. ej., evitando que sea visto por los testigos al momento de la detención).

IV. Control del registro por parte del interesado

El habitante de la morada donde se practicará la operación debe ser invitado a presenciarse (CPPN., 228; CPPC., 207). La ley sólo exige la invitación al notificado; de allí que no sea necesario el aviso previo a todos los presentes.

La falta de este recaudo puede tornar nulo el acto si el morador es el imputado e invoca un perjuicio razonable. (12) Si bien no se encuentra establecido específicamente bajo esa sanción, de todas formas aparece conminado porque encuadra en la nulidad genérica que afecta a la participación del imputado en las formas que la ley establece (13), ya que al tratarse de una medida que se ejecuta sin conocimiento previo de las partes y cuyo resultado muchas veces tiene honda repercusión probatoria, el recaudo procesal en análisis se dirige a garantizar el contradictorio. (14)

V. Conclusiones

La decisión bajo análisis ha fijado una clara pauta para la actuación policial, rechazando la práctica de encapuchar personas durante los allanamientos.

La invalidez declarada por la casación federal giró más sobre el trato cruel dispensado al residente, que por la afectación a su derecho a controlar con su presencia el procedimiento que se llevaba a cabo en su ámbito.

Si el fundamento de la nulidad fuera centrado única y exclusivamente en lo mortificante del tratamiento infligido a los moradores, es dificultoso declarar la prohibición de valoración probatoria del secuestro efectuado en el allanamiento, porque para que funcione la doctrina de los frutos del árbol venenoso, es requisito que la prueba derivada de aquella ilícita sea una consecuencia necesaria. Y en este caso, el hallazgo y secuestro de la sustancia estupefaciente no aparece como el resultado del "encapuchamiento" de las personas que estaban en la casa. No hay una relación de causalidad entre un hecho y el otro.

Por eso consideramos que el argumento de la indefensión que puede generar en concreto esta práctica, no es un elemento menor a la hora de analizar la aplicación de las exclusiones probatorias.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) "La manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos Estados se parece demasiado a un

asalto de bandidos" (Voltaire).

(1) MANZINI, Vincenzo, Tratado de derecho procesal penal, Ed. Jurídicas Europa-América, 1952, t. III, p. 698.

(2) CAFFERATA NORES, José, Medidas de coerción en el proceso penal, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1983, p. 143. No obstante, reconoce el carácter coercitivo del allanamiento por importar en sí mismo restricciones a derechos.

(3) Con razón se ha dicho que "si un equipo Swat está ejecutando una orden de allanamiento en la residencia de un sospechoso que ha tiroteado y asesinado a tres oficiales de policía, el supervisor no querrá golpear la puerta del frente y esperar cortésmente la respuesta" (LOFLAND, Lee, Police procedure & investigation, Writers Digest Books, Cincinnati, Ohio, 2007, p. 114).

(4) "Johnson vs. Commonwealth" (213 Va. 102, 104, 189 S.E.2d 678, 679 (1972), cert. denied, 409 U.S. 1116 (1973).

(5) "Hudson vs. Michigan", 126 S.Ct. 2159 (2006). Sobre el fallo véase GÓMEZ JARA DIEZ, Carlos, "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso 'Hudson v. Michigan' y el ocaso de la exclusionary rule en los EE.UU.", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 5, Lexis Nexis, Buenos Aires, mayo 2008, ps. 1 y ss. Dicha posición ha sido muy criticada, AJDAHARIAN, Lusine, "Knocking down the knock and announce rule: a casenote on 'Hudson v. Michigan'", Whittier Law Review, N° 29, California, 2007, p. 193 y ss.; CARN, David, "Hey, officer, didn't someone teach you to knock?", The Supreme Court Says No Exclusion of Evidence for Knock-and-Announce Violations in Hudson v. Michigan", Mercer Law Review, vol. 58, N° 2, Georgia, 2007, p. 779 y ss.

(6) "Heaton vs. Commonwealth", 215 Va. 137, 138, 207 S.E.2d 829, 830 (1974). Porque anotar a un habitante "debe ser evaluado a la luz de la moderna tecnología y la naturaleza del tráfico ilegal de drogas" ("Johnson", 213 Va. at 105, 189 S.E.2d at 680).

(7) LA FAVE-Israel, Criminal Procedure, West Publishing, 2nd ed., Minnesota, 1992, p. 163.

(8) El derecho judicial español convalidó un ingreso sin notificación por la azotea, teniendo en cuenta las particularidades del caso y la autorización contenida en la orden de hacer uso de la fuerza pública en la medida de lo necesario (TSE., S. 8520/2009).

(9) P. ej., "cuando una orden autoriza un registro en búsqueda de armas y el miembro buscado de una banda reside en el lugar. En estas situaciones impregnadas de un riesgo inherente, el uso de esposas minimiza la amenaza de peligro tanto para los oficiales como para los moradores" —en el caso había varios presentes, presuntos integrantes de una pandilla y pocos policías— (SC EE.UU., 22/3/2005, "Muehler vs. Mena", 22/3/2005, trad. por Milagros Gorgas, Revista Pensamiento Penal y Criminológico N° 11, Mediterránea, 2007).

(10) CSJN, 24/10/2002, "Villarreal", La Ley Online, Ar/Jur, 6826/2002. Otro tanto se verifica en la jurisprudencia española, donde se convalidó la validez de un allanamiento en flagrancia durante el cual, no sólo la imputada, sino también una mujer que no fue acusada, fue esposada a los barrotes de la ventana, justificándose porque fue para evitar "la huida de otras personas comprometidas que pudieran encontrarse en el interior de la vivienda" (TSE, 4494, 30/6/2010).

(11) BALCARCE, Fabián, Medidas limitativas de la libertad individual, Academia Nacional de Derecho, Córdoba, 2002, p. 193. Vale aclarar que el autor no se está refiriendo a la presente hipótesis.

(12) HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Inviolabilidad, registro y allanamiento del domicilio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

(13) Jurisprudencia anterior se ha pronunciado en contra de la nulidad por falta de participación del imputado en el allanamiento (CNCP., sala I, 19/12/2000, "Pomponi"; CNApelCCFed, sala II, 4/1/2007, "M., S. A.", LA LEY, 2007-C, 277).

(14) La presencia de las personas tiene por fin "garantizar los derechos que pueden resultar afectados. Al tiempo la capacidad probatoria del acta asegura, a través de la presencia del interesado o su representante, la efectiva contradicción en su práctica...la ausencia de la recurrente podría afectar al valor de prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentaron la diligencia, pues no se garantizó el principio de contradicción, pero no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción" (TSE., A. 17144, Res. 2831, 10/12/2009; en similar sentido, también TCE., S. 219, 3/7/2006; TSE., Sents. 51, 27/7/2009; 1108, 22/9/2005).