

Testeos de legitimidad para el Derecho Penal en tiempos de Coronavirus [1]

Por Juan María Rodríguez Estévez [2]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El Derecho penal siempre nos interpela. Es un termómetro que permite medir el grado de libertad de una sociedad determinada en un momento dado. Esto no es casualidad; es la propia esencia del Derecho penal. En este sentido, se ha sostenido que la tensión existente entre seguridad y libertad; entre prevención y garantía; entre bien común político y dignidad; entre política criminal y legalidad; es algo connatural al sistema penal[3].

Esta dinámica permanente ha dado lugar a caracterizar al Derecho penal como el Derecho constitucional aplicado. Los pilares que permiten sostener aquel postulado los encontramos en el sistema axiológico que surge de la Constitución Nacional (CN) que podemos enmarcar dentro de cuatro estándares fundacionales del sistema punitivo del Estado, a saber: a) el principio de legalidad contenido en el Art. 18[4]; b) el sistema de garantías judiciales que surge de ese mismo precepto[5]; c) el principio de autonomía de la persona que encontramos en el Art. 19[6]; y d) la exigencia constitucional de inalterabilidad de derechos, garantías y principios al momento de su reglamentación, tal como lo dispone el Art. 28[7].

Este marco axiológico viene a regular la esfera de autogobierno de la propia vida y es el cimiento fundamental de un Derecho penal liberal que delimita el ámbito de intimidad donde el ciudadano queda a solas con su proyecto social de vida. De allí que la intervención del ius puniendi quede condicionada a la afectación de intereses de terceros, y hasta propios, que ofendan la moral y el orden público. Ahora bien, los proyectos individuales se ponen necesariamente en funcionamiento en una sociedad organizada, motivo por el cual cuando la organización del proyecto personal restringe, lesional o pone en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos, entra en escena el Derecho penal[8].

En esta inteligencia, este trabajo tiene por objeto analizar tres de los principales problemas de legitimación que —en mi modo de ver las cosas—, plantea para el sistema penal la situación de emergencia sanitaria que atraviesa nuestro país con motivo de la pandemia ocasionada por la irrupción del virus COVID-19. Ciertamente los problemas que ha despertado el coronavirus para el Derecho en general y de modo particular para el Derecho penal son de lo más variados, motivo por el cual aquí —con cierta arbitrariedad—, se han agrupado aquellos que estimo son los más relevantes desde la perspectiva de legitimidad del poder penal del Estado y con incidencia práctica en el testeo de los niveles de libertad ciudadana.

El primero de ellos viene dado por el análisis del marco normativo de la emergencia y la necesidad de establecer si el mismo supera el test de constitucionalidad. Básicamente, si los distintos Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), en cuanto imponen el aislamiento social y obligatorio de la población, resultan compatibles con la axiología liberal de nuestro sistema constitucional.

En segundo lugar, se trata de establecer si los tipos penales convocados para ser implementados en dicho contexto de emergencia sanitaria —de modo especial el Art. 205 del Código penal— resultan constitucionalmente aceptables y, en caso afirmativo, cuál debería ser el alcance de su implementación e interpretación para

considerarse constitucionalmente válidos a la luz del principio de proporcionalidad y última ratio del Derecho penal.

Finalmente, cabe preguntarnos desde la perspectiva constitucional de tutela de los derechos fundamentales de la persona, si resultan válidas determinadas prácticas procesales dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria vinculadas con las nuevas modalidades de recepción de la declaración del imputado. Extremo éste que nos reconduce al debate sobre el grado de disponibilidad de determinadas garantías judiciales, siempre y cuando esto resulte constitucionalmente viable.

Como podrá apreciarse, se trata de tres grupos de casos que nos enfrentan con cuestiones que exceden la mera legalidad y nos instalan en discusiones de fondo que hacen al ámbito de legitimidad material del sistema.

II. Marco normativo de la emergencia [\[arriba\]](#)

El 19–III–2020 el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) emitió el DNU 297/2020 por el cual, en lo que aquí interesa, se impuso una obligación de hacer y dos prohibiciones. Con relación a la primera, se estableció el deber de los habitantes del país de permanecer en el lugar de su residencia habitual o donde los encuentre las 00 horas del 20–III–2020. Mientras que las dos prohibiciones versaban sobre abstenerse de concurrir al lugar de trabajo y la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. La normativa contenía algunas excepciones que con el devenir de los días se fueron ampliando para ir facilitando una salida ordenada de la cuarentena.

En aquello que hace a la operatividad del instrumento penal como medio de control social, se ordenó a las fuerzas de seguridad (...) “hacer cesar la conducta infractora” y “dar actuación a la autoridad competente, en el marco de los Arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal”.

En cuanto a la validez del DNU, el Art. 99, inc. 3° de la CN establece tres primeros filtros para su viabilidad: a) que se den circunstancias excepcionales; b) que no se pueda seguir el trámite de las leyes; y c) que no se trate de, en lo que aquí interesa, materia penal. Superada estos primeros parámetros, se impone otro estándar de contenido material para la normativa de excepción. Esto es, el deber constitucional que obliga al PEN a fundamentar racionalmente la relación de proporcionalidad entre el fin buscado por la disposición de emergencia y los medios dispuestos para alcanzarlo. Sobre estos cuatro aspectos se enmarca el control judicial suficiente sobre la legitimidad de aquellos actos –materialmente legislativos– emanados del Ejecutivo.

Dos días después de emitida tal disposición, se registró un primer pronunciamiento judicial que analizó el estándar constitucional de la medida y afirmó su legitimidad con fundamento en tres consideraciones principales: a) de momento no hay vacuna para enfrentar al COVID-19; b) el Decreto contempla actividades y/o situaciones exceptuadas del aislamiento social y obligatorio; c) éste es un medio idóneo para, en lo inmediato, asegurar que el sistema de salud no se vea colapsado; d) no existe un supuesto de amenaza a la libertad ambulatoria porque el Decreto en forma específica dispone que la fuerza policial, en caso de detectar un incumplimiento a la norma, dará noticia a la justicia penal para que evalúe la pertinencia de iniciar acciones en función de la posible comisión de los delitos previstos en los Arts. 205 y

239 del Código penal (CP), lo cual descarta un caso de privación de la libertad sin orden de autoridad competente[9].

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe destacar dos precedentes de la Cámara Penal y Contravencional mediante los cual se legitimó la constitucionalidad de la medida dispuesta por el PEN. En el primer caso se trataba de una pareja que pretendía volver a su hogar luego de regresar del exterior y haber sido alojada en un hotel de la Ciudad para cumplir allí con la medida de aislamiento[10]; mientras que el segundo pronunciamiento se trataba de una mujer que había viajado al país para asistir a su madre de 89 años de edad y se convalidó el aislamiento preventivo de la primera a la par que se dio intervención al Programa de Adultos Mayores para asistir a la madre en razón del impedimento dispuesto para la libre circulación de su hija[11].

En ambos supuestos se legitimó la medida en la razonabilidad de las diligencias que restringían derechos y su relación de proporcionalidad con la finalidad buscada por la norma. Se mencionó con relación a aquello que aquí interesa, que la única medida cuya eficacia ha quedado demostrada para reducir el impacto de la pandemia es el aislamiento preventivo, que en distintos países se ha implementado tardíamente con las consecuencias que se conocen. La anticipación de esta restricción hace suponer, y así es de desear, que el número de personas afectadas se reduzca o, cuanto menos, se ralentice de forma tal de evitar un colapso del sistema sanitario y así poder salvar mayor cantidad de enfermos que requieran de asistencia crítica.

Me permito agregar que el DNU bajo estudio no tipificó –de manera directa– ningún tipo penal autónomo para enfrentar la epidemia, sino que remitió a tipos penales ya existentes en nuestro sistema penal. Menciono expresamente de manera directa dado que, al tratarse el Art. 205 del CP de un tipo penal en blanco (como luego se analizará) necesariamente el DNU en estudio ha venido a integrarlo, lo cual genera todo un debate en torno a la exigencia de legalidad penal.

En el ámbito internacional puede mencionarse que el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en Sentencia del 7–IV–2020, tuvo ocasión de validar medidas de restricción de derechos de reunión en lugares públicos y afirmó la obligación constitucional del Estado de proteger la vida y la salud de las personas como dos valores fundamentales que legitiman la limitación temporaria de derechos, toda vez que en lugar públicos se aumentaba el riesgo de infectados y muerte[12].

Como podrá apreciarse, se detecta como denominador común en el contralor constitucional judicial, la afirmación de la prevalencia o supremacía de la salud pública por sobre la libertad personal. Con otras palabras, una preponderancia del bien común sobre el interés individual.

Para arribar a este tipo de decisiones existe un interesante método hermenéutico en casos de contienda, colisión o conflicto de principios. Me refiero al bien común político, por un lado, y a la dignidad o libertad de la persona por el otro. Cuando dos principios entran en colisión, uno de los dos tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa[13]. En definitiva, se trata de una cuestión de peso: prima el principio con

más peso en el caso concreto[14]. Distinto es el sistema de las reglas, las cuales pueden presentar excepciones[15].

Este panorama permite concluir que las normativas de emergencia dispuestas por el PEN legitiman –de momento y dadas las circunstancias tenidas en cuenta al momento de su dictado–, la validez del contexto que dieron lugar a su razón de ser. Sin embargo, es importante tener presente que el análisis constitucional es esencialmente dinámico. Esto significa que determinado contexto que legitimó la validez de una normativa puede devenir inconstitucional en otro contexto. Dicho de manera más directa: operado el cierre de fronteras y organizado el sistema de salud para evitar su colapso, la limitación sine die de la libertad ambulatoria deviene inconstitucional por irracional[16].

III. El delito de desobediencia convocado para enfrentar la emergencia sanitaria [\[arriba\]](#)

Los delitos contra la salud pública que han acaparado la atención con motivo de la pandemia del COVID-19 plantean todos los problemas clásicos de legitimidad propios del debate penal. En efecto, aquellos nos introducen a pleno en el debate sobre la tutela penal de bienes jurídicos supraindividuales –salud pública–, tipos penales de peligro abstracto[17], delitos agravados por el resultado[18] y leyes penales en blanco donde resulta, cuanto menos problemático –en términos de lesividad– identificar el bien jurídico protegido.

Centraré mi análisis en el tipo penal previsto en el Art. 205 del CP que ha venido demandando una mayor implementación práctica y que genera, en el contexto de emergencia sanitaria, mayores problemas de legitimidad constitucional. Para ello, me enfocaré, en los problemas de legitimidad constitucional de tipos penales respecto de los cuales se corre el riesgo de quedar reducidos –mediante una interpretación rigurosamente literal– a injustos de mera desobediencia; como también a la problemática constitucional que presentan las leyes penales en blanco con el devenir del paso del tiempo. De modo particular, me haré cargo del debate que genera la discusión acerca de si las mismas pueden ser abarcadas por los beneficios de una mutación de la normativa extrapenal más benigna que termine dejando inoperante el objetivo de política criminal trazado al regularlas.

El Art. 205 del CP establece que “(...) será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

Antes de ingresar en los problemas concretos que plantea entre nosotros esta disposición, me parece ilustrativo comentar la experiencia italiana con motivo de la crisis producida por el COVID-19. Los italianos han regulado un esquema normativo de emergencia y en tal contexto se ha tipificado un delito ad hoc para sancionar penalmente el incumplimiento de las medidas de contención del COVID-19, con expresa remisión a la pena de arresto de hasta 3 meses prevista para la contravención regulada en el Art. 650 del CP.

En efecto, las inobservancias de las medidas de contención fijadas por la autoridad pública para enfrentar la pandemia fueron tipificadas como delito autónomo en el Art. 3, inciso 4, del Decreto-Ley del 23–II–2020[19]. Se trataba de un injusto autónomo cuyo reenvío al texto del código penal italiano lo era al solo efecto de la individualización de la pena de arresto y la pena de multa fijada para la

contravención contra las reglas o disposiciones de higiene pública[20]. Un mes más tarde se reformuló aquel delito reduciendo el ámbito de tutela penal al tipificarse exclusivamente como tal, la violación a la prohibición de abandonar la propia casa o lugar de alojamiento por parte del sujeto en cuarentena en razón de haber tenido un test positivo de COVID-19[21]. El resto de los incumplimientos de las medidas de contención sanitaria de la pandemia constituyen infracciones de carácter administrativo.

La remisión al sistema italiano se justifica puesto que en dicho país se ha desarrollado de manera muy contundente y principista las distinciones —no solo formales entre Derecho penal y Derecho administrativo—, sino también sustanciales entre aquellos, con un apego muy riguroso al principio de última ratio del primero. Esto resulta más significativo si lo vinculamos con los fines y funciones del Derecho penal y el debate en torno al contenido y alcance del concepto de bien jurídico. En definitiva, el problema pasa por establecer qué protege el Derecho penal[22]. En este esquema, las opciones pueden reconducirse —en términos generales—, en debatir si el sistema penal protege bienes jurídicos (Von Litz) o si el Derecho penal protege deberes (Binding)[23]. A esta clasificación bipartita, hoy día podría sumarse una tercera vía —aunque con un abanico más reducido— para los delitos con fundamento en deberes de solidaridad[24].

Con motivo de la implementación práctica del tipo penal en estudio, un día después de disponerse el aislamiento social, preventivo y obligatorio en nuestro país, el 20—III—2020, en el Centro de Empleados de Comercio de Venado Tuerto, tres personas jugaban al paddle tenis. Con motivo de ello, el Juez Federal de la jurisdicción decretó su procesamiento en orden al delito previsto por el Art. 205 del CP por considerar la infracción allí contenida como un delito de peligro abstracto. En el caso concreto se afirmó que en nada era relevante la circunstancia que el sujeto en infracción de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir de propagación del COVID-19 no estuviere contagiado[25].

Como podrá apreciarse, reducido el tipo penal en cuestión a un mero delito de desobediencia de normas administrativas (generales y abstractas) de gestión de riesgos supraindividuales, resulta de difícil validación constitucional. Extremo que no implica descartar el merecimiento y necesidad de sanción dentro del ámbito propio del sistema contravencional de sanciones.

Al respecto, es interesante señalar que la norma que comentamos proviene del año 1891, cuando se amplió lo dispuesto por el código penal de 1887 que solamente tipificada como delito la violación de cuarentenas[26]. Por otra parte, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el sistema de faltas cuenta con un tipo infraccional que puede abarcar los comportamientos de violación de las normas administrativas de control de la pandemia de manera más efectiva que el sistema penal y sin alterar el principio de proporcionalidad y última ratio de aquel[27].

En este contexto, existen cierto indicadores objetivos que, en definitiva, podrían configurar una implementación legítima del tipo penal en estudio, a saber: a) el caso de quien habiendo sido diagnosticado como positivo en los test de COVID-19, viola las normas de aislamiento social, preventivo y obligatorio impuesto por la autoridad; b) aquel sujeto que —sin ser portador positivo de COVID-19— viola las normas que imponen la cuarentena pese a encontrarse en situación especial de riesgo con motivo de haber estado en el exterior y haber sido repatriado al país luego del cierre de las fronteras o haber estado en contacto directo con personas infectadas; c) el sujeto que, sin haberse realizado testeos sobre la presencia del virus en su organismo,

presenta alguno de los síntomas que caracterizan la enfermedad y no obstante ello viola las disposiciones del confinamiento. Fuera de este grupo de casos resulta dificultoso afirmar la tipicidad material del comportamiento previsto en el Art. 205 del CP y por ende, su aplicación constitucionalmente legítima[28].

Finalmente, cabe destacar que el tipo penal aquí analizado constituye un claro ejemplo de ley penal en blanco. En este tipo de leyes, el Legislador —en determinadas materias— delega la descripción concreta de la conducta a sancionar en un órgano especializado, por lo general, del Poder Ejecutivo, y solo se establece la pena para dicho comportamiento[29].

Aquello que aquí me parece importante analizar, es intentar de establecer cual será la suerte de los procesos penales iniciados con motivo de la pandemia una vez que este escenario de crisis sanitaria se supere y las normas extrapenales que hoy integran el delito previsto en el Art. 205 del CP hayan perdido vigencia o sean reemplazadas por reglamentaciones más benignas.

El campo penal económico permite dar una posible respuesta a ese interrogante. En materia penal cambiaria la CSJN ha ido modificando su criterio con relación a la aplicación retroactiva de normas extrapenales más favorables para el imputado. Algunos de los tipos penales cambiarios presentan una estructura típica —en lo que aquí interesa— muy similar al delito del Art. 205 del CP, de allí la importancia de relevar el punto[30]. En el caso “Argenflora” se rechazó la aplicación del principio de ley más benigna para modificaciones de normativas complementarias posteriores más benignas de la ley penal cambiaria[31]. Posteriormente, en el caso “Ayerza”, dos votos en disidencia afirmaron que debía beneficiar al imputado la variación de la normativa extrapenal más favorable[32]. Estos dos votos, luego, configuraron la mayoría del Tribunal en el caso “Cristalux”, donde la Corte estableció que, en el caso de leyes penales en blanco, como el Régimen Penal Cambiario, corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, principio que cuenta con jerarquía constitucional. Aclaró que el principio no resulta aplicable de manera indiscriminada sino dentro de un estricto margen de razonabilidad[33].

En palabras de Silva Sánchez, el tema puede ser analizado desde la perspectiva teleológica de la norma que consagra la aplicación retroactiva de la ley más favorable al imputado. De modo concreto, señala que el factor decisivo es que el hecho cometido en el pasado siga viéndose como un hecho peligroso para el bien jurídico, como algo de cuya comisión en el futuro deba tratarse de disuadir tanto al sujeto responsable como a otros autores potenciales[34]. En definitiva, no basta una mera modificación fáctica para que opere la retroactividad, sino que es necesario un cambio de valoración de la conducta imputada, de allí la importancia de la dimensión axiológica en el análisis hermenéutico del caso. Esta parece ser la postura correcta en el supuesto legal que nos ocupa, de allí la necesidad de reducir el ámbito de punibilidad del Art. 205 del CP a los casos sustancialmente merecedores de reproche penal.

A ello debe sumarse una cuestión no menor vinculada con la caracterización como temporales de determinadas leyes penales. Es decir, aquellas que tienen una vigencia en el tiempo determinada por un plazo de vigencia estipulado. Es claro que las normas extrapenales que integran el delito previsto en el Art. 205 del CP no tiene una fecha de caducidad como caracterizan a aquellas; no obstante ello, es posible afirmar que su vigencia se limita al propio contexto de emergencia sanitaria que nos rige. Dicho con otras palabras, al cesar las condiciones de emergencia que legitimaron su dictado, las misma perderían su razón de ser y por ende su

operatividad, pero sería irracional considerar atípicas –retroactivamente– los comportamientos que se vieron configurados mientras duraron las condiciones que dieron lugar a su sanción.

IV. La emergencia sanitaria y la flexibilización de garantías judiciales [\[arriba\]](#)

Es evidente que la emergencia sanitaria –con las obligaciones de confinamiento impuestas a la población más la suspensión de actividad judicial– ha generado la necesidad de adaptar los actos procesales urgentes a esta realidad. En este contexto, es cierto que determinados actos procesales permiten ser llevados a cabo por medio de las nuevas tecnologías, desde la recepción de denuncias por correos electrónicos, la utilización del expediente digital, la firma electrónica para efectuar presentaciones judiciales, hasta las video conferencias o video llamadas que permite replicar, de alguna manera, la realización de determinadas audiencias para recibir alegatos o tomar declaraciones testimoniales.

El foco aquí pasa por determinar hasta qué punto y con qué alcance determinadas prácticas procesales pueden llevarse a cabo sin lesionar derechos individuales de las personas sometidas a proceso, lo cual nos reconduce a uno de los temas de mayor trascendencia operativa para el Derecho procesal constitucional. Me refiero al debate sobre la posibilidad de disponer de determinadas garantías judiciales recurriendo al consentimiento del imputado para tener por legítimo el acto procesal practicado. Por otra parte, de ser esto legítimo en el plano de los principios, será preciso determinar bajo que requisitos aquel consentimiento torna disponibles determinadas garantías judiciales[35].

Como banco de pruebas para profundizar este tópico, me centraré en qué requisitos debería tener, en mi opinión, la declaración indagatoria del imputado realizada por medio de video conferencia en el marco de la pandemia COVID-19 para contar con validez constitucional[36].

Al respecto corresponde distinguir distintos grupos de casos. El primero es aquel por el cual el imputado (en libertad) ha sido citado a prestar declaración indagatoria con anterioridad a las medidas de confinamiento social y suspensión de la actuación de los tribunales. Dentro de este grupo de casos, podría darse la variante por la cual –dentro de los mismos presupuestos– la extensión de la pandemia haga que los tribunales se vean obligados a redefinir su organización del trabajo y que, levantada la suspensión del funcionamiento de los juzgados, el juez disponga recibir declaración indagatoria a un imputado, pero, en razón de respetar la distancia social, dicho acto procesal lo lleve a cabo mediante video conferencia o video llamada.

El ejercicio de la práctica profesional en estos tiempos ha permitido observar una interesante iniciativa para enfrentar este grupo de casos –imputado en libertad y citación a prestar declaración indagatoria– que nos permite realizar un primer testeado de constitucionalidad del consentimiento del imputado para que aquel acto se lleve a cabo por medio de nuevas tecnologías que suplan la presencia física del imputado, el juez, el defensor y el fiscal.

Así, se ha podido observar que una posibilidad es notificar al imputado la fecha en que se llevará a cabo su declaración indagatoria mediante video conferencia y que, con una antelación de cinco días a la fecha de tal convocatoria, se le remita el acta judicial donde se consignará la descripción fáctica del hecho que se le imputa como

la prueba de cargo que ha legitimado tal citación. Esto le permitirá a la Defensa completar el acta con los datos personales del imputado y poder organizar el descargo material del mismo, si es que éste opta por declarar. A la par se notifica al Fiscal la realización del acto para que manifieste su voluntad de intervenir en la misma. Luego, mediante el aporte de números de teléfono celular o correos electrónicos se invita a las partes a la realización del acto por medio de video llamada o conferencia. La identificación del imputado se realiza mediante su exhibición de DNI —el letrado defensor estaría en condiciones de dar fe de conocimiento de su asistido— y luego se procedería, como es práctica de estilo, a escuchar al imputado. Al finalizar, se da lectura del acta y una vez ratificada de modo oral, el tribunal podría subirla al sistema informático de la CSJN y ya quedar incorporada al expediente digital, tras constatar la conformidad del imputado con la realización del acto y el contenido de su declaración, sumada a la conformidad expresa de su letrado defensor.

El acto procesal recibido en este contexto, como el consentimiento del imputado que así lo validó, superan el testeo de constitucionalidad dada la necesidad de asegurar el distanciamiento social que se viene imponiendo como la manera más idónea de enfrentar el COVID-19 hasta que se descubra una vacuna efectiva.

El segundo grupo de casos es aquel donde aparecen los mayores reparos y se da cuando la recepción de la declaración indagatoria se produce en el marco de la detención del imputado —pensemos en un caso de flagrancia[37]— y el acto procesal se lleva a cabo por medio de video llamada o conferencia desde la dependencia policial misma en la cual aquel se encuentra detenido.

En el ámbito procesal de la Provincia de Buenos Aires, donde rige el sistema acusatorio mediante el cual, entre otras cuestiones, la declaración indagatoria se presta frente al fiscal, hemos podido relevar la práctica de tomar declaración indagatoria —por medio de video llamada— desde la Seccional policial donde el imputado se encontraba detenido con motivo de una detención en caso de delito flagrante[38].

A los fines de salvaguardar la validez del acto, en el caso comentado se dejó expresa constancia que la presencia del juez podría ser requerida por el imputado de mediar motivos suficientes y, tras describir el contexto de emergencia sanitaria, el agente fiscal dejó constancia del consentimiento del imputado para la realización de aquel por medio de video conferencia a través de un teléfono móvil que se le facilitó en el destacamento policial. Fiscal, Secretario y Defensora se encontraban conectados vía Internet y se dejó constancia que esta última había tenido la entrevista previa con su asistido, también por medio de whatsapp. Finalizado el acto, se envió el acta a la dependencia policial por esa vía y se procedió a imprimirla y firmarla por el imputado y los funcionarios policiales que dieron cuenta de la realización del mismo.

Sin perjuicio de las buenas intenciones de los funcionarios que intervinieron en este acto procesal, cabe preguntarnos hasta qué punto el consentimiento del imputado es válido en un contexto de detención en flagrancia y posterior declaración por medios informáticos desde el propio destacamento policial.

A los fines de analizar la relevancia y los alcances del consentimiento para disponer de determinadas garantías judiciales configuradas como derechos del imputado para hacer valer frente al Estado, es útil reconducir el debate sobre los requisitos y límites

del consentimiento de aquel en casos de allanamientos de domicilio sin orden escrita de autoridad competente.

La regla general contenida en el Art. 18 de la CN establece que el domicilio es inviolable y que una ley reglamentará en qué casos y bajo que justificativos se procederá a su allanamiento. En el ámbito federal, el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) ha reglamentado tal regla a la par que ha determinado un grupo de excepciones a aquella con fundamentos en situaciones de necesidad y urgencia.

El Art. 224 del CPPN establece que:

“Si hubiere motivo para presumir que en determinado 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, el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar”.

Por otra parte, el Art. 227 del CPPN dispone que:

“No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando:

1°) Por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.

2°) Se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.

3°) Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión.

4°) Voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.

5°) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física (Art. 34 inciso 7 del Código Penal de la Nación). El representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar”.

Como podrá apreciarse, la orden judicial como requisitos del allanamiento de un domicilio se trata de una regla que admite la configuración de excepciones taxativamente dispuestas por el Legislador con fundamento en supuestos de urgencia, donde la exigencia de recurrir a la orden judicial escrita tornaría totalmente inoperante el accionar de la Policía en la prevención de delitos.

Sin perjuicio de ello, la práctica judicial ha incorporado un nuevo estándar para legitimar un allanamiento de morada por parte de las fuerzas de seguridad sin contar con orden judicial y por fuera de los casos de necesidad antes comentados: el consentimiento.

Un primer precedente donde aquello se debatió fue el conocido caso “Fiorentino” de la CSJN, donde se invalidó el consentimiento de los padres de un menor para tener por justificado el ingreso al domicilio de las fuerzas de seguridad sin orden

judicial bajo los siguientes parámetros: a) el no oponer reparos al ingreso en la morada no implica haber prestado un consentimiento válido para legitimar el acceso de las fuerzas de seguridad a aquella; b) la circunstancia que el menor se encontrare detenido por un grupo de policías en horas de la noche en la puerta del domicilio, implica que existe un contexto por el cual la mera constancia de la falta de reparos de los padres del menor para el ingreso, no es equivalente a un consentimiento válido que exima de contar con la orden judicial[39].

En otros precedentes posteriores, la garantía quedó afirmada a la par que también se fue flexibilizando. Es decir, en algunos casos la mera condición de detenido de la persona que prestaba el “consentimiento” para el ingreso a la morada daba por tierra la validez del allanamiento y posterior secuestro de elementos de cargo[40]; mientras que en fallos posteriores se terminó validando aquel consentimiento con independencia del carácter de detenido de quien lo prestaba[41].

Hasta donde alcanzo a comprender, la cuestión puede resolverse de la mano del canon sistemático de interpretación jurídica con especial foco en el ámbito de protección de las reglas que regulan el allanamiento de domicilio y sus excepciones.

Con relación al encuadre sistemático del consentimiento, cabe tener presente que el único supuesto donde el Legislador lo menciona expresamente para legitimar un allanamiento, es en el marco previsto en el Art. 225 del CPPN, pero siempre sujeto a la existencia de una orden judicial previa que legitime la diligencia. La norma mencionada establece que:

“Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol.

Sin embargo, se podrá proceder a cualquier hora cuando el interesado o su representante lo consienta, o en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público”.

Como podrá apreciarse, la reglamentación de las causales de excepción de la regla que exige la orden judicial para allanar un domicilio no establece al consentimiento como un estándar independiente que permita el ingreso sin la orden judicial respectiva y por fuera de los casos de urgencias previstos por el Legislador y detallados expresamente. En el marco de la norma comentada, el consentimiento se limita solo a la hora en la cual la diligencia es realizada, lo cual presupone la existencia de orden judicial.

A ello debe sumarse que, en el marco de los tipos penales tipificados en el CP, el domicilio se encuentra protegido en dos niveles. El primero frente a la intromisión de particulares y el segundo frente a la intromisión del Estado.

El Art. 150 establece que:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”.

Mientras que el Art. 151 dispone que:

“Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina”.

Como puede notarse, se trata de dos delitos independientes y que tienen como destinatarios y niveles de configuración dos modalidades y alcances bien distintos. Por el primero se protege la morada entendida como el ámbito de privacidad de su titular y se privilegia la voluntad de quien tiene derecho a excluir, siendo éste el marco regulador de la tipicidad penal. Es decir, aquí el consentimiento del titular del derecho a la exclusión es la clave para la operatividad del delito. Mientras que, en el segundo tipo penal, el consentimiento no tiene ninguna relevancia y el foco de la tipicidad está puesto en el funcionario (delito especial) que allanare un domicilio sin las prescripciones previstas por la Ley o por fuera de los casos excepcionales que ella determina. Dicho de otra manera, no aparece ninguna referencia a la voluntad o consentimiento del titular del derecho de exclusión.

Esta falta de mención alguna al consentimiento, se explica por el segundo aspecto que aquí nos permite analizar la cuestión: el ámbito de protección de la norma. Es decir, determinar qué es aquello que se protege con las disposiciones que regulan el modo de allanar un domicilio. Una vez determinado el bien o valor que se protege, estaremos en condiciones de determinar si aquel resulta disponible o no.

Si aquello que se protege en el allanamiento de domicilio es exclusivamente el ámbito de privacidad o intimidad del ciudadano, entonces el consentimiento de éste tendrá una relevancia clave en la legitimidad del ingreso y podrá compensar la falta de orden judicial o la no configuración de causal alguna de excepción para el ingreso sin orden. Ello, porque aquello que entra en juego sería solamente la tutela de la privacidad del titular del derecho de exclusión.

Ahora bien, si por fuera de esta interpretación prioritariamente ius privatista del problema, se entiende que el ámbito de tutela de las reglas que regulan el allanamiento de morada y sus excepciones tiende a proteger algo más que la privacidad del titular del derecho de exclusión, las conclusiones serán otras. Me refiero a entender que aquello que aquí se busca regular y proteger no es la mera intimidad de quien se ve afectado con una diligencia de semejante envergadura; sino que aquello que está en juego es el debido proceso como garantía judicial, entendida ésta no sólo como derecho del particular frente al Estado, sino como deber de éste para con aquel.

Para llegar a esta conclusión, es importante tener en especial consideración que el fundamento legal que legitima el dictado de una orden de allanamiento pasa por la existencia de motivos bastantes que hagan presumir que en determinado 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. Es decir, se trata de una diligencia procesal que, en definitiva, tiene como objeto final la aplicación del Derecho penal material y no la mera intromisión —como fin en sí mismo— en la esfera de privacidad del destinatario de la medida.

En esta inteligencia, puede concluirse que aquello que está en juego —tanto en el ámbito de las reglas del procesal penal como en la tipificación del allanamiento ilegal del Art. 151 del CP— es la protección del debido proceso legal. De ser esto así,

como aquí se postula, estamos frente a una garantía judicial indisponible por parte del ciudadano, ya que aquella opera como un deber para el Estado y no como un mero derecho –eventualmente disponible– del sometido a proceso.

Dicho esto, la misma conclusión se proyecta sobre la posibilidad que el imputado pueda prestar declaración indagatoria desde su lugar de detención en el marco de un caso de flagrancia en el contexto de situaciones de emergencia producidas por fenómenos sanitarios que imponen medidas de distanciamiento social y obligatorio. Quien se encuentra detenido y debe prestar declaración indagatoria dentro de los plazos procesales que exigen al fiscal/juez escucharlo de manera inmediata, tiene la garantía judicial a su favor de hacerlo frente a la fiscalía/tribunal y en un ámbito jurisdiccional que le permita, cuanto menos, asegurarle un mínimo de tranquilidad de espíritu para poder efectuar su defensa material. Entorno que no se encuentra garantizado en una dependencia policial.

V. Algunas consideraciones finales [\[arriba\]](#)

Los problemas que planten situaciones de emergencia como el COVID-19 constituyen un interesante campo para repensar problemas tradicionales del Derecho penal con especial foco en su legitimidad constitucional. Este escenario permite reafirmar el mandato constitucional de construir aquel sobre la base de los valores y principios contenidos en nuestra CN, marco referencial e indisponible de todo el sistema penal, tanto en su faz material como instrumental.

El Derecho penal es clave como instrumento de integración social y como un modo efectivo de asegurar las condiciones de orden, paz y tranquilidad. La propia existencia social se mide conforme al grado de consenso sobre estos puntos que constituyen el bien común que se pretende en lo político[42]. Desde esta perspectiva, el delito se presenta como un conflicto de carácter público que trasciende el mero interés de las partes y legitima la existencia de una instancia estatal que asuma la problemática de aquel. De allí, la necesidad de asegurar los límites de su legitimidad para evitar que al delito se le aplique una pena que, como respuesta contra-fáctica de aquel, no supere el testeo de constitucionalidad a partir de los principios básicos de Derecho penal constitucional.

Como se ha intentado demostrar, al Poder Judicial le corresponde, como garante último de la legitimidad constitucional del sistema penal, el concretar –caso por caso– aquel testeo axiológico de validación.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] El texto refleja mis reflexiones con motivo de la Jornada “Cuarentena y Derecho penal” del 4-V-2020 en el ámbito de la Comisión de Derecho penal y procesal penal del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Agradezco a sus integrantes el interesante intercambio de ideas, sus comentarios y observaciones, los cuales han enriquecido el trabajo.

[2] Máster en Derecho Penal (Universidad Pompeu Fabra y Barcelona). Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Procesal Penal (Universidad Austral). Titular del Estudio JMRE, Derecho penal.

[3] Cfr. Jesús María Silva Sánchez, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992, 13. Sobre los alcances de los principios de bien común político y dignidad de la persona puede verse Guillermo Yacobucci, El sentido de los principios penales, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001. Para una interpretación dinámica de los principios, también puede consultarse Pablo Sánchez-Ostiz, Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios, Marcial Pons, Madrid, 2012.

[4] Nadie puede ser penado sin una ley anterior al hecho del proceso.

[5] Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

[6] Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

[7] Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

[8] Cfr. Juan María Rodríguez Estévez, El derecho penal en la actividad económica, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, 138, nota al pie N° 100. De allí el concepto de alteridad como fundamento de una convivencia pacífica y ordenada en sociedad. En este sentido, se ha sostenido que la fórmula clásica que define el derecho de privacidad como el “derecho a ser dejado a solas”, significa que la persona goza del derecho a ser dejado a solas por el Estado para asegurar la determinación autónoma de su conciencia en cuanto toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión eterna y más aún si es coactiva. Sólo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual (cfr. voto del juez Petracchi, CSJN, 29-VIII-1986, “Bazterrica”).

[9] Cfr. C. Nac.Crim. Correc., Sala Integrada de habeas corpus, 21-III-2020, “Kingston, Patricio s/ habeas corpus”.

[10] Cfr. Secretaria General en lo Penal, Contravencional y de Faltas s/ habeas corpus, registro CAU 8054/2020-0 CUIJ: CAU J-01-00018335-7/2020-0 Actuación Nro: 14539640/2020, 31-III-2020, <https://www.eldial.com/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?id=51854&base=14>, disponible el 9-V-2020.

[11] Cfr. Secretaria General en lo Penal, Contravencional y de Faltas s/ habeas corpus, CAU 8035/2020-0 CUIJ: CAU J-01-00018118-4/2020-0 Actuación Nro: 14536784/2020, 28-III-2020, <https://www.eldial.com/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?id=51853&base=14>, disponible el 9-V-2020.

[12] Cfr. Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sección I, ordenanza 7-IV-2020, 1 BvR 755/20. Para mayores detalles: https://translatete_c?depth=1&hl=es&prev=search&rurl=translatete.googleusercontent.com&sl=it&sp=nmt4&u=https://www.bundesverfassungsgesicht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200407_1bvr075520.html?usq=ALkJrhjZwCNRaCQuRiQBB3qH51DiYP_IVA, disponible el 9-V-2020. Al respecto, cabe mencionar que entre los fundamentos del DNU analizado en este apartado se mencionó expresamente el objetivo de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional.

[13] Cfr. Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios

Constitucionales, Madrid, 1993, 89.

[14] Cfr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, 26.

[15] Un ejemplo es la regla que impone el Art. 224 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto exige la existencia de una orden escrita de autoridad judicial para proceder al registro de un domicilio; mientras que en el Art. 227 se regulan de manera expresa excepciones a aquella.

[16] Al momento de escribir estas líneas, el PEN ha prorrogado la obligación del aislamiento social, preventivo y obligatorio y el tiempo ha superado los dos meses de duración. Sobre modelos más abiertos para enfrentar la pandemia puede verse Thomas L. Friedman, “El modelo sueco, centro de debate para adaptarse a la pandemia”, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/el-modelo-sueco-centro-debate-adptarse-pandemia-nid2359760>, disponible el 9-V-2020.

[17] El Art. 202 del CP establece que será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

[18] El delito del Art. 203 del CP prevé la figura culposa al establecer que cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); y agrava la pena de SEIS (6) meses a CINCO (5) años si tuviere como resultado la enfermedad o muerte.

[19] El tipo penal comentado establecía que “(...) salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell’articolo 650 del codice penale”.

[20] En el sistema penal italiano las contravenciones integran el código penal. El mencionado Art. 650 del código penal italiano establece que “(...) chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall’autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d’ordine pubblico o d’igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l’arresto fino a tre mesi o con l’ammenda fino a euro 206 (...)”.

[21] Reforma introducida por el Art. 4, inciso 6, Decreto-Ley del 25-III-2020.

[22] Un interesante desarrollo del tema en la dogmática italiana puede verse en Sergio Moccia, “De la tutela de bienes jurídicos a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos liberales”, en Jesús María Silva Sánchez, (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*, Libro homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch. Editor, Barcelona, 1997, 113-142. Para mayor ilustración acerca del debate político criminal en Italia puede consultarse Massimo Donini, *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Bdef, Buenos Aires, 2015.

[23] Una interesante síntesis de estas opciones se aprecia en la exposición de motivos elaborada por Raul E. Zaffaroni en el Anteproyecto de Código penal del año 2014 al fundamentar la exclusión de los delitos de peligro abstracto, 59, <http://www.saij.gov.ar/docs-f/an-teproyecto/a-nteproyecto-codigo-penal.pdf>, disponible el 10-V-2020.

[24] Sobre los deberes de solidaridad en Derecho penal puede verse Ivo Coca-Vila, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *Indret*, Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N° 1, 2011. También Ricardo Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límite*, Marcial Pons, Madrid, 2003. Sobre los deberes de solidaridad ciudadana con motivo del Covid-19 Juan María Rodríguez Estévez, “Las virtudes del Derecho penal” en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/virtudes-del-derecho-penal-nid2352470>, disponible el 10-V-2020.

[25] Cfr. Juzgado Federal de Venado Tuerto, expediente N° 4632/2020, 17-IV-2020, “Decleire, Rubén Eduardo Luis y otros/violación de medidas-propagación epidemia (Art. 205)”. En el ámbito de la Justicia Federal de la Ciudad Autónoma

de Buenos Aires puede verse Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 9, 27-IV-2020, causa 1407/2020, “Singerman, Luca Alejandro s/ violación de medidas-propagación de epidemia (Art. 205 del CP)”.

[26] Cfr. Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, 682, para quien el delito es de peligro abstracto al afirmar que (...) “el que se escapó de una cuarentena, comete el delito, aunque después resulte que efectivamente él no estaba enfermo”. Contrariamente, se ha entendido que debe concurrir un peligro concreto de introducir o propagar una epidemia, ya que el autor debe infringir las medidas sanitarias creando un peligro concreto de propagación, lo que ocurrirá en el caso de que se trate de una persona enferma (cfr. Gustavo Eduardo Aboso, Código Penal de la República Argentina, 4° ed., Bdef, Buenos Aires, 2017, 1197).

[27] El Art. 1.2.4 de la N° 451, Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, que regula la prevención de enfermedades transmisibles establece que “(...) el/la que omita el cumplimiento de las normas relacionadas con la prevención de las enfermedades transmisibles o no proceda a la desinfección y/o destrucción de agentes transmisores, es sancionado/a con multa de cien (100) a dos mil quinientas (2.500) unidades fijas y/o clausura y/o inhabilitación”.

[28] No se me escapa que la re categorización en tipos penales de peligro concreto de figuras cuyo tenor literal reconducen a delitos de peligro abstracto puede generar una afectación a la división de poderes por intromisión del Poder Judicial. Sin embargo, en tipos penales cuyos límites interpretativos permiten ingresar en el ámbito de tutela de la norma como corrector de la mera legalidad formal, se legitima una interpretación racional del texto para evitar que el sistema penal pierda su contenido material. En este punto, la tarea dogmática de interpretación jurídica en cabeza del juez opera como corrector de la política criminal diseñada por el Legislador. Para mayores detalles, puede verse Juan María Rodríguez Estévez, “Hacia un modelo de tipicidad principialista en Derecho penal (a propósito del rol político criminal de los jueces)”, El Derecho Penal -doctrina y jurisprudencia-, abril 2003, 12 y ss., passim.

[29] Sobre los alcances y límites de validez de las leyes penales en blanco puede verse CSJN, Fallos, 148:130, “Delfino” y 237:636, “Mouviel”.

[30] A modo de ejemplo, el Art. 1 inc. e) de la Ley N° 19.349 establece que “(...) serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la presente ley: (...) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor (...)”.

[31] CSJN, Fallos: 320:763.

[32] CSJN, Fallos: 321:824.

[33] CSJN, 11-IV-2006.

[34] Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Legislación penal socioeconómica (retroactividad de disposiciones más favorables: el caso de las leyes en blanco)”, LL. t, 1993-D-1208.

[35] En el ámbito de la garantía judicial que protege al imputado contra su autoincriminación, es interesante ver el voto en disidencia del juez Cicciaro en C. Nac. A. Crim. Correc., 11-VI-2014, “L. B., M. G. l”.

http://www.estud.iojmre.com.ar/p_a_rticulos_de_talle.php?i_d=101, disponible el 19-V-2020.

[36] El Art. 294 del CPPN establece que “(...) cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiera el imputado para designar defensor”. Si bien es

cierto que se ha sostenido que se trata de un acto de defensa material del imputado; no lo es menos que mientras siga regulada como una citación judicial obligatoria para aquel, en la práctica opera como un verdadero acto procesal de imputación.

[37] Establece el Art. 285 del CPPN que “(...) habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito”.

[38] El Art. 308 del CPP establece que “(...) existiendo elementos suficientes o indicios vehementes de la perpetración de un delito y motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en su comisión, el Fiscal procederá a recibirle declaración, previa notificación al Defensor bajo sanción de nulidad. Si lo solicitare motivadamente el imputado, podrá declarar ante la presencia del Juez de Garantías (...)”.

[39] CSJN, Fallos, 306:1752.

[40] CSJN, Fallos, 306:1752.

[41] Cfr. CSJN, Fallos, 311:836, donde se concluyó que mediando consentimiento para el ingreso no hay allanamiento de domicilio. En razón de ello, se concluyó que las distintas disposiciones procesales tendientes a limitar los alcances de un allanamiento resultan inaplicables. También puede verse CSJN, Fallos 311:2507.

[42] Cfr. Guillermo YACOBUCCI, La deslegitimación de la potestad penal, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, 318.