

# La ilegitimidad de la prueba obtenida inconstitucionalmente en el allanamiento de morada

Víctor JIMÉNEZ ESCALONA\*  
RVLJ, N.º 12, 2019, pp. 55-77.

## Sumario

**1. Los medios probatorios y su idoneidad 2. La esencia constitucional de los medios probatorios 3. El allanamiento de la morada y la ilegitimidad por inconstitucional 3.1. Diferencias conceptuales de los sitios objetos de allanamiento 3.2. De la motivación de la decisión y los requisitos de necesidad y de urgencia 3.3. La presencia de los testigos durante el procedimiento 3.4. El imputado debe contar con un profesional del derecho que lo asista Conclusiones**

## 1. Los medios probatorios y su idoneidad

Lo verdaderamente vital en un proceso es la comprobación de las afirmaciones que las partes realizan al juez. Es un principio procesal que vincula a las partes, estableciéndoles la carga de demostrar sus afirmaciones de hecho<sup>1</sup>.

---

\* **Universidad José María Vargas**, Abogado. **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialista en Derecho Procesal (en etapa de trabajo especial de grado); Maestrando en Derecho Constitucional; Doctorando en Derecho. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

<sup>1</sup> *Vid.* Código de Procedimiento Civil: «artículo 506.- Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba».

Estas afirmaciones, por perogrullo, guardan relación con hechos positivos o negativos suscitados en los antecedentes de la litis, y solo mediante la comprobación de los mismos dentro del proceso es que el juez fallará a favor de alguna de las partes.

La ocurrencia de esos hechos por definición implica la participación o concurrencia de algunos elementos. Ellos tienen dos características: i. pueden ser objetos con los cuales se llevan a cabo los hechos en cuestión, o personas que participaron en los mismos; o ii. pueden ser objetos que por la naturaleza del hecho mismo adquieren algunas características que permiten que eventualmente puedan coadyuvar a la reconstrucción procesal de los tales o personas que recibieron algún tipo de percepción sensorial de los hechos (artículo 477 y ss. del Código de Procedimiento Civil) que por la naturaleza de su profesión u oficio (artículo 451 y ss. *eiusdem*) pueden aportar criterios objetivos que coadyuven a reconstruir, al juez, a fijar procesalmente esos hechos.

Como fuere, la participación o concurrencia de estos elementos, en cualquiera de sus tipos, permiten al juez entender la relación histórica de los hechos narrados por las partes, así como la relación lógica de ilación de los mismos, y por ese camino, decidir a favor de alguna de las partes, si esa narración posee algún soporte fáctico.

Es por ello que al Derecho le preocupa la forma en que estos hechos pueden ser producidos y analizados en el proceso. No todo hecho, por haber sido un antecedente directo de los sucesos narrados en la controversia, puede incorporarse al proceso. Ello no tiene como finalidad excluir circunstancias que pudieran favorecer a alguno de los litisconsortes, por cuanto eso podría ser interpretado como un desbalance de las partes, violándose el principio de igualdad procesal (artículos 21 de la Constitución y 15 del Código de Procedimiento Civil), sino que, por el contrario, los hechos, para su reconstrucción, deben ser producidos con elementos válidos por el Derecho, es decir, ser promovidos y evacuados de conformidad con las normas procesales que, en razón de su *thelos*, procuran que efectivamente el proceso sea un medio para la obtención de la justicia (artículo 257 de la Constitución) y no para el establecimiento de «hechos» injustos.

Los medios probatorios no son más que vehículos con los cuales se intentan llevar al proceso esos hechos que sirven de antecedentes a la controversia de las partes<sup>2</sup>. Como vehículos que son, éstos medios deben tener una configuración idónea en el sentido de ser conductores eficaces de los hechos. Así como un avión y un submarino son vehículos, ambos tienen finalidades diferentes, en razón de su objeto: es imposible que un avión pueda sumergirse en las profundidades del océano, dado que ello colida con el concepto mismo del vehículo y lo propio ocurre con un submarino en torno a la imposibilidad de éste de volar. Lo mismo acontece en el proceso, pues una prueba documental no tiene la misma esencia de una declaración testimonial, ni una inspección judicial tiene la misma naturaleza que una experticia técnica.

De los medios probatorios interesa de momento entender dos aspectos: su incorporación al proceso y su capacidad para producir el convencimiento de la existencia del hecho que ella transporta. Vayamos de atrás hacia adelante.

La capacidad de demostrar eso que ella transporta es una cualidad intrínseca a todo medio probatorio que se jacte de serlo. Un medio incapaz de conducir la prueba al proceso es, simplemente, un medio inidóneo. La idoneidad es el grado de correspondencia entre el medio y aquello que transporta<sup>3</sup>. Esta conducencia del medio permite al juez captar correctamente los elementos fácticos que engloban al hecho y con ello le otorga el grado de certeza procesal a la prueba.

---

<sup>2</sup> Vid. CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo: *La prueba ilegítima por inconstitucional*. Ediciones Homero. Caracas, 2013, p. 8, «Estos vehículos capaces de trasladar al proceso los hechos que contienen, son los medios de prueba (...) Se trata de vehículos que pueden retener hechos, acontecimientos de la vida, e incorporarlos al proceso, sea oral o escrito, con cierto grado de credibilidad y fidedignidad, debido a que su vocación traslativa en ese sentido se conoce por reglas de lógica, máximas de experiencia o razones científicas, sin importar que el transporte provenga de los recuerdos del hombre o de lo que deja la impresión en un objeto o en un animal».

<sup>3</sup> Vid. RIVERA MORALES, Rodrigo: *La pruebas en el Derecho venezolano*. Librería Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2015, p. 155, «La idoneidad o la conducencia se define como la correspondencia que existe entre el medio, la finalidad de probar y lo permitido por la ley, es decir, que sea capaz de conducir hechos al proceso...».

Ese es el sentido que el Derecho Procesal le asigna a los distintos medios tarifados en el ordenamiento jurídico. Y además, al margen de la cualidad de libertad que posee la prueba no tarifada, es decir, la prueba libre, lo que al Derecho le interesa es que ella en su estructura tenga la capacidad necesaria para la demostración del hecho en cuestión. Por ello, interesa que ambos tipos de medios –tarifados y libres– posean unos linderos jurídicos que definan su idoneidad.

Las reglas procesales que tienen como finalidad configurar los medios probatorios en cuestión no tienen otro desiderátum que circunscribir la forma en que ese medio será capaz de producir certeza de la existencia del hecho. Por ello, la prueba documental<sup>4</sup> presenta como característica fundamental ser un elemento material inserto en documento, bien físico, bien telemático, que guarde en sí mismo una información estampada, la cual ha de comunicarse o transmitirse al juez a través de esa forma y no de otra. La inidoneidad del medio probatorio documental radicaría en que, por ejemplo, a través de ella se intentara producir una revelación de parte, cuando precisamente la declaración es una forma de transmisión de hechos producido verbalmente hacia el juez bajo el ropaje de la prueba testifical.

La manera en que la prueba es capaz de llevar al proceso aquello a lo que está llamado a probar permite a la contraparte controlarla<sup>5</sup>, es decir, tener acceso a la misma para contradecir sus efectos en el proceso, o también, convenir en la certeza de los hechos que ella demuestra, y por esa vía, tener la garantía

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*, p. 769, «En materia probatoria se habla de la prueba por escrito documental. Allí se engloba todo escrito: público privado, en fin en cualquier instrumento en donde conste algo que constituya un esfuerzo intelectual sobre su contenido y su inscripción. En él se registran los hechos como ocurriendo y la forma como se manifestó, por ello se considera como un testimonio humano que descubre un vínculo con el pasado».

<sup>5</sup> *Vid.* CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo: *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. T. II. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1997, p. 343, «... Este consiste en la oportunidad que deben tener las partes para concurrir a los actos de evacuación de los medios, a fin de realizar las actividades asignadas a ellas por la ley según su posición procesal, e igualmente para hacer las observaciones y reclamos que consideren necesarios –las oportunidades y actividades integran el principio de control de la prueba–».

de que sus defensas se enfocan equilibradamente en relación con los ataques del pretensor, y con todo ello, en definitiva, el juez tendrá las dos posiciones antagónicas en sus manos para decidir.

Como vemos, el derecho al equilibrio de las partes –derecho a la igualdad procesal– se ve asegurada cuando en el proceso ambas partes pueden tener acceso a la contradicción de los medios probatorios, pero éstos, cuando son idóneos, van más allá: establecen una garantía de seguridad jurídica del proceso porque en definitiva, sea cual fuere la decisión del juez, se tendrá por justa aquella que basa sus fundamentos en hechos cabalmente demostrados, o al menos, procesalmente bien reconstruidos.

Pero existe, además, una forma de idoneidad procesal, que se podría llamar *ex ante*: se hace referencia a la idoneidad normativa de la prueba, bien constitucional o bien legalmente constituida, en el sentido de que el medio probatorio, además de guardar correspondencia con aquello que desea probar, también haya sido obtenido de conformidad con los cánones jurídicos requeridos; es decir, para su obtención no pueden violarse otras disposiciones normativas. Su conformidad debe ser con todo el ordenamiento jurídico en el sentido de no traspasar muros constitucionales y legales.

Un medio puede probar aquello a lo cual está llamado a demostrar. Una foto puede demostrar que un determinado hecho ha sido producido en el sitio donde se alegó que ocurrió. Pero lo que no está permitido por el Derecho es que la obtención de ese medio haya violado otras disposiciones normativas. En ese sentido, nuestra Constitución regula en forma principista la manera en que debe obtenerse el medio en cuestión (artículo 49), so pena de ser declarado inconstitucional, y con ello, imposibilitada de ser valorada en el proceso.

Esta característica del medio reviste importancia capital para el proceso pues si éste está llamado a ser en sí mismo un medio para la obtención de la justicia (artículo 257 de la Constitución) debe estar constituido de elementos jurídicos válidos, racionales y razonables, por lo que no es admisible que sea valorada una prueba que, por más que tenga la capacidad de demostrar

aquello afirmado por el proponente, haya sido incorporada a los autos violando los derechos de la contraparte, pues con ello evidentemente viola la igualdad procesal y además aleja al proceso de su cometido constitucional, produciendo en definitiva una decisión injusta.

La obtención de manera inconstitucional de un medio procesal capaz de demostrar un hecho, su incorporación a los autos y la valoración del judicante en la definitiva, es reflejo de un proceso ineficaz de tutelar los derechos de las partes, por cuanto precisamente los derechos fundamentales de la contraparte han sido flagrantemente violados. Pero además, comporta una actividad procesal de parte del juez ímproba y constitucionalmente vejatoria, ya que el judicante ha admitido la incorporación de un medio viciado de nulidad y además, ha valorado positivamente al mismo, conduciéndose a fallar con pruebas que han puesto en entredicho la justeza de la jurisdicción.

El Derecho Constitucional actual, imbuido en la teoría «neoconstitucionalista»<sup>6</sup>, busca establecer un proceso armónico entre las partes, garantista de los derechos fundamentales procesales de las litisconsortes, haciendo valer los principios constitucionales que aseguren ciertamente una decisión con base en Derecho. Por ello, en razón de los valores constitucionales que impregnan toda la actividad procesal, está vedado para el judicante la admisión de medios probatorios obtenidos con violación palmaria de los derechos fundamentales de las partes, dada su inidoneidad constitucional –o mejor dicho, su ilegitimidad constitucional<sup>7</sup>–.

## 2. La esencia constitucional de los medios probatorios

Nuestra Constitución establece concretamente los derechos fundamentales procesales de los ciudadanos. Uno de sus principios capitales es el proceso

<sup>6</sup> *Vid. Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Miguel CARBONELL, coord. Madrid, 2007, *passim*.

<sup>7</sup> CABRERA ROMERO: ob. cit. (*La prueba ilegítima...*), p. 14, «Este es el medio que quien lo promueve en juicio lo creó o lo obtuvo –directa o indirectamente– mediante un acto ilícito, concepto que incluye que el conocimiento de los hechos que transferirá el medio, fue también obtenido ilícitamente».

debido. Este es un principio que tiene raigambre histórica en nuestras constituciones<sup>8</sup>. Su configuración normativa es la de un principio constitucional, y como tal, impregna a todo el ordenamiento jurídico.

El proceso debido es una «garantía constitucional»<sup>9</sup> compleja, compuesta por un cúmulo de otros principios y reglas constitucionales que forman derechos y garantías para las partes en un proceso. Su cometido es la de servir de instrumento de la jurisdicción para la obtención de una decisión justa. O al menos procesalmente justa.

Una de los bienes jurídicos insertos en el proceso debido es el derecho a la defensa<sup>10</sup>. Dicho derecho comporta el derecho de los litisconsortes a contradecir las afirmaciones de hecho y de derecho propuestas por su contraparte<sup>11</sup>. Esa contradicción tiene dos características fundamentales: la oposición formal a los alegatos expuestos por la contraparte, lo que se materializa en la negación de los hechos, y lo segundo, en la producción de medios probatorios que respalden los hechos positivos que constituyan sus afirmaciones. Esta segunda característica es la más importante del derecho a la defensa pues precisamente la carga procesal de probar los alegatos es lo que permitirá que el juez falle a favor de una de las partes, y en caso de duda, fallará a favor del demandado (artículo 25 del Código de Procedimiento Civil).

---

<sup>8</sup> *Vid.* GARCÍA SOTO, Carlos: «Introducción a la evolución de las garantías procesales en la historia constitucional venezolana». En. *Derecho y Sociedad*. N.º 12. Universidad Monteávila. Caracas, 2016, pp. 117-166.

<sup>9</sup> *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 2210, del 13-08-03.

<sup>10</sup> También previsto en el proceso civil (artículo 15 del Código de Procedimiento Civil).

<sup>11</sup> TSJ/SC, sent. N.º 1173, del 11-10-00, «El debido proceso, derecho civil fundamental dentro de nuestro Estado de Derecho y máxima de la administración de justicia, tiene como contenido esencial al derecho a la defensa. Éste, consagrado en el artículo 49 de la Constitución, está conformado por la potestad de las personas de salvaguardar efectivamente sus derechos o intereses legítimos en el marco de procedimientos administrativos o de procesos judiciales mediante, por ejemplo, el ejercicio de acciones, la oposición de excepciones, la presentación de medios probatorios favorables y la certeza de una actividad decisoria imparcial. Un presupuesto fundamental para el ejercicio del derecho a la defensa es, entonces, la existencia misma del procedimiento administrativo o del proceso judicial».

Es por ello que en el proceso debido se positiviza la interdicción de medios probatorios obtenidos en franca violación a esa garantía. O lo que es igual: no es admisible en ningún proceso algún medio que haya sido obtenido violando el proceso debido y, además, los derechos fundamentales de las partes. Y sobre esta idea es capital entender que no solo es vejatorio del proceso debido algún medio obtenido en contravención del artículo 49 de la Constitución sino, en líneas generales, con otros derechos y garantías de rango *iusfundamental* que existan en la Carta Magna. Ésta posee garantías de gran importancia desde el punto de vista procesal –y con mayor razón material, dado que muchas de ellas son garantías sustanciales de los ciudadanos– como lo son: la prohibición de tortura (artículo 46), la prohibición de discriminación negativa (artículo 19), la prohibición de lesionar el derecho al honor (artículo 60), o el derecho a la propiedad privada (artículo 115), por solo nombrar algunos derechos fundamentales.

Y es que de otro modo las partes verían menoscabados su derecho a la defensa. En efecto, la prueba constituye una parte fundamental de la defensa procesal. Y como tal, su garantía en el proceso se haya precedida por un conjunto de normas *iusfundamentales* que le dan el rango de derecho humano<sup>12</sup>. Y nuestra Constitución concretiza su garantía al instituirlo –acertadamente– como parte del proceso debido, lo cual ha sido ampliamente declarado por la jurisprudencia nacional y foránea en materia de derechos fundamentales<sup>13</sup>.

La defensa procesal, como garantía *iusfundamental* de los justiciables, se ve menoscabada cuando no son respetadas las normas procesales que regulan su estancia en el proceso, y lo que es más grave, cuando esas normas violadas

<sup>12</sup> PETIT GUERRA, Luis: *Estudios sobre el debido proceso. Una visión global: argumentaciones como derecho fundamental y humano*. Ediciones Paredes, Caracas, 2011, *passim*.

<sup>13</sup> *Verbi gratia* la Corte Constitucional colombiana, sent. N.º T-018/2017: «La jurisprudencia constitucional define el derecho a la defensa como la “oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga”».

pertenecen al Derecho Constitucional procesal de las partes<sup>14</sup>, por lo tanto, la defensa queda adolecida de una inconstitucionalidad palmaria y su valoración en el proceso será nula.

Importancia troncal reviste en este aparte la producción de medios probatorios violatorios de la Constitución y de los derechos fundamentales de las partes. De entrada, esos medios nacen ineficaces para surtir plenos efectos legales en el proceso, incluso en el supuesto en que esos medios sean capaces de probar cualquier alegato hecho por las partes. Sencillamente, la valoración estimativa de un medio de ese nivel es inconstitucional y se aparta del deber jurisdiccional del juez de sentenciar conforme a Derecho (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil), de acatar la Constitución (artículo 137) y de respetar los derechos fundamentales de los justiciables, con lo que concluyentemente se torna inviable por irrazonable e ilegítimo, desde el punto de vista constitucional, la admisión y posterior valoración de un medio probatorio obtenido en franca violación a la Carta Magna y a los derechos humanos garantizados en ella o en algún tratado internacional (artículo 23 de la Constitución).

### **3. El allanamiento de la morada y la ilegitimidad por inconstitucional**

El objeto del presente trabajo nos ubica en una de las figuras previstas en el proceso penal que tienen relación con varios derechos fundamentales. En efecto, en el allanamiento de morada se encuentran en juego varios derechos fundamentales, como la prohibición de entrar a la morada de un ciudadano sin la debida garantía de una orden judicial expedida por un juez penal, la presunción de inocencia, el derecho al honor y hasta el derecho a la propiedad. Sobre estos derechos volveremos *infra*.

A los fines de enfocarnos conceptualmente con el allanamiento, es menester invocar la disposición constitucional que establece en forma principista dicha figura:

<sup>14</sup> DUQUE CORREDOR, Román: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho público*, Editorial Legis, 2008, *passim*.

Artículo 47.- El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano. Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, solo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas.

Este aserto constitucional, la cual hace nacer la garantía del allanamiento penal como medida necesaria para la legítima restricción del derecho a la inviolabilidad del hogar, posee par de definiciones que luce necesario exponer.

i. La norma constitucional discrimina entre «hogar doméstico» y «recinto privado», se cree que con ello realiza una distinción entre la morada de las personas, en la cual constituyen su hogar, y el sitio privado donde eventualmente pueden morar las personas pero que no constituye un hogar<sup>15</sup>, pero esto no excluye de la prohibición de allanamiento del domicilio<sup>16</sup>, por ser éste una especie de recinto privado.

ii. El allanamiento será legítimo desde el punto de vista constitucional si previamente ha sido acordado por una orden judicial, y dicha decisión debe atenderse a lo siguiente: a. que la misma tenga como fundamento el impedimento de un delito; o b. para cumplir con una decisión judicial. Como se verá, en ambos casos, el allanamiento debe contar con una decisión judicial como respaldo, bien de forma previa –porque esa es la decisión que «autoriza» el

<sup>15</sup> CABRERA ROMERO: ob. cit. (*La prueba ilegítima...*), p. 225, «Hogar doméstico equivale a sitio de habitación constante, residencia de una persona que vive allí sola o con su familia. Es un lugar habitual de pernocta y de vida familiar, independiente del estado civil de las personas que allí conviven. El hogar doméstico no es solo el ámbito donde vive una persona o grupo familiar sino también aquél en el que hacen vida otras personas mientras se encuentra en él, como servicio doméstico, huéspedes, etc. Esta proyección hacia la vida familiar, con sus intimidades, supone la existencia dentro del inmueble de espacios cerrados y no abiertos. La sabana donde hacen vida unos nómadas con unos paravientos no es un lugar doméstico».

<sup>16</sup> *Id.* TSJ/SCP, sent. N.º 502, del 27-04-00.

allanamiento en el marco de una investigación– o bien como acto ejecutivo –porque esa decisión tiene como finalidad «cumplir» con otra decisión que ha quedado firme–. En ambos casos, por ser un fallo, y por ello, ser un acto jurídico-procesal, debe estar suficientemente motivado, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva<sup>17</sup>.

El concepto constitucional de allanamiento no se agota en lo referido en el texto constitucional sino que su alcance es *iusfundamental* al encontrarse positivizado en varios tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos, lo cual incide igualmente en lo interno, favoreciendo al ser humano<sup>18</sup>. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece:

Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Asimismo, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, dispone: «Artículo 9.- Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio».

<sup>17</sup> TSJ/SC, sent. N.º 150, del 24-03-00, «Aunque no lo dice expresamente el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es de la esencia de dicha norma, que todo fallo debe ser motivado, de manera que las partes conozcan los motivos de la absolución o de la condena, del por qué se declara con o sin lugar una demanda. Solo así, puede calificarse el error judicial a que se refiere el numeral 8 del citado artículo 49; solo así, puede tener lugar el acto de juzgamiento, el cual corresponde a los jueces, según el numeral 4 del mismo artículo; solo así, puede determinarse si a la persona se le sanciona por actos u omisiones, como lo establece el numeral 6 del mencionado artículo; y es más, todo acto de juzgamiento, a juicio de esta Sala, debe contener una motivación, que es la que caracteriza el juzgar. Es la falta de motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo, y principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían, por lo cual surgiría un caos social».

<sup>18</sup> DUQUE CORREDOR: ob. cit. (*Temario de Derecho...*), pp. 99-122.

Por su parte, establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (o Pacto de San José de Costa Rica): «Artículo 11.- Protección de la honra y de la dignidad (...) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dispone sobre el allanamiento: «Artículo 17.- 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

El allanamiento es un vocablo polisémico en el Derecho Procesal<sup>19</sup>. Sin embargo, el sentido debe entenderse en el presente trabajo es que le asigna el vigente Código Orgánico Procesal Penal<sup>20</sup> de la siguiente manera:

Artículo 196.- Cuando el registro se deba practicar en una morada, oficinas públicas, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez o jueza. El órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al juez o jueza de control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud. La resolución por la cual el juez o jueza ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada. El registro se realizará en presencia de dos testigos hábiles, en lo posible vecinos del lugar, que no deberán tener vinculación con la policía.

<sup>19</sup> En efecto, en el proceso civil el allanamiento tiene otra concepción, vease en el Código de Procedimiento Civil: «Artículo 85.- El juez u otro funcionario impedidos podrán continuar en sus funciones, si convinieren en ello las partes o aquella contra quien obrare el impedimento, excepto si este fuere el de ser recusado cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de alguna de las partes, o el de tener interés directo en el pleito, siendo el recusado juez o conjuez. Los apoderados no necesitarán autorización especial para prestar su consentimiento en este caso».

<sup>20</sup> *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6078 extraordinario, del 15-06-12.

Si el imputado o imputada se encuentra presente, y no está su defensor o defensora, se pedirá a otra persona que asista. Bajo esas formalidades se levantará un acta. Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes: 1. Para impedir la perpetración o continuidad de un delito. 2. Cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán, detalladamente en el acta.

El allanamiento es, esencialmente y a la luz del precepto procesal penal antes enunciado, un procedimiento de investigación penal y por ello debe ser acordado por un juez de control, a solicitud del fiscal del Ministerio Público<sup>21</sup> quien, para el acuerdo de dicha medida, debe demostrar la «necesidad» y la «pertinencia» de dicha acción, la cual, por cierto, de incumplirse violaría flagrantemente el derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar<sup>22</sup>. Eso incide notablemente en las eventuales probanzas que quieran realizarse con motivo de los objetos, hechos o circunstancias encontrados en el sitio donde se practicó el allanamiento, pues de violarse las disposiciones constitucionales el medio probatorio perdería eficacia, independientemente de que su contenido sea relevante para el proceso.

<sup>21</sup> *Vid.* Ley Orgánica del Ministerio Público (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 647, del 19-03-07, «artículo 16.- Competencias del Ministerio Público. Son competencias del Ministerio Público (...) 3. Ordenar, dirigir y supervisar todo lo relacionado con la investigación y acción penal; practicar por sí mismo o por el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, o por los órganos con competencia especial y de apoyo en materia de investigaciones penales, las actividades indagatorias para demostrar la perpetración de los actos punibles; hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y establecer la responsabilidad de los autores o las autoras y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con su perpetración (...) 5. Autorizar, en aquellos casos previstos por las leyes, las actuaciones de investigación penal a ser ejercidas por el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, así como de los órganos con competencia especial y de apoyo en materia de investigaciones penales, los cuales estarán obligados a informar al Ministerio Público sus resultados en los plazos requeridos o, en su defecto, en los plazos fijados legalmente».

<sup>22</sup> *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 347, del 23-03-01.

Junto con la doctrina patria<sup>23</sup>, se considera que el concepto vertido en este artículo del Código Orgánico Procesal Penal viene a reconfigurar al allanamiento para reforzar su prosapia constitucional, pues de entrada establece varios elementos que hacen más viable constitucionalmente al allanamiento:

- i. Diferencia en su redacción varios conceptos, a saber una morada, oficinas públicas, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, todas ellas manifestaciones de principios constitucionales como el derecho a la propiedad, a la intimidad, a la integridad y a la inviolabilidad del domicilio y del hogar;
- ii. establece causales de procedencia de la solicitud, esto es, los requisitos de «necesidad» y de «urgencia», y agregaríamos nosotros, al principio de proporcionalidad, al cual se aludirá un poco más adelante;
- iii. ratifica el contenido *iusfundamental* de la motivación de la decisión al prescribir concretamente que la decisión será «siempre fundada»;
- iv. otorga más garantías de respeto a los derechos fundamentales del afectado durante el procedimiento al prescribir que la misma se realizará en presencia de dos testigos, preferiblemente vecinos, que no podrán tener vinculación con los órganos de seguridad que se encarguen del procedimiento, de manera que sería un vicio de nulidad del allanamiento la presencia de un solo testigo<sup>24</sup>;
- v. el imputado debe tener un profesional del Derecho que lo asista, y se levantará un acta; y
- vi. se establecieron dos causales de excepción de estas garantías: primero, que se realice el allanamiento para impedir la perpetración o continuidad de un delito, y segundo, cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión. Pero aún en estos dos supuestos de excepcionalidad deben respetarse el derecho fundamental a la dignidad humana de los perseguidos o de los perpetradores del delito. Estos supuestos no suponen un cheque en blanco para la realización de actos vejatorios de los derechos humanos.

<sup>23</sup> CABRERA ROMERO: ob. cit. (*La prueba ilegítima...*), p. 225.

<sup>24</sup> TSJ/SCP, sent. N.º 561, del 14-12-06.

Pasamos a exponer detalladamente estas causales de procedencia –que a su vez configuran garantías para el justiciable y el proceso– a modo de ubicar cómo puede producirse la ilegitimidad probática por inconstitucional del allanamiento.

### *3.1. Diferencias conceptuales de los sitios objetos de allanamiento*

El Código Orgánico Procesal Penal realiza una extensión de los sitios que son objeto de allanamiento, a diferencia de lo prescrito en la Constitución y en los tratados y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos, entendemos que con la finalidad de circunscribir con acierto los modos de ilegitimidad constitucional y legal de dicha figura.

En efecto, parte dicho Código de ubicar semánticamente los lugares físicos que pueden ser objeto de allanamiento por conducto de ser lugares en los cuales las personas –naturales o jurídicas– tienen su asiento, bien de forma permanente o bien de forma esporádica, pero sobre los cuales se encuentra inmerso el derecho de propiedad o el derecho de inviolabilidad del hogar.

Cuando el Código enuncia la voz «morada» consideramos que alude a un concepto concreto: ello porque morada indica un sitio donde una persona pernocta y hace, las más de las veces, la vida en común con su familia o sus semejantes. Es una acepción de «hogar» y con ello se relaciona semánticamente con esa voz prevista en la Constitución. La esencia de la inviolabilidad de la morada guarda relación con la inviolabilidad directa del hogar –por ser legalmente sinónimos para los efectos del Código– y con ello el legislador –y *a fortiori*, el constituyente– busca proteger la integridad de los derechos de las familias que moran en ese lugar: los derechos de propiedad, de integridad moral y psíquica de los miembros de la familia –y con mayor razón, la de los sujetos vulnerables amparados por leyes especiales, como las personas mayores, las personas con discapacidad<sup>25</sup> y los menores de edad<sup>26</sup>– con lo cual se busca proteger el honor de los mismos, dado que los procedimientos

<sup>25</sup> Vid. Ley para las Personas con Discapacidad, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 598, del 05-01-07.

<sup>26</sup> Vid. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6185, del 08-06-15.

de allanamiento, por lo general, no tienen el consentimiento de los miembros de la morada, y ello es precisamente lo que fundamenta la necesidad de una resolución judicial motivada con base en los presupuestos de necesidad y urgencia como modo de procedencia del allanamiento; de manera que es habitual la perturbación que los citados miembros pueden tener por el hecho de presenciar la intromisión de los agentes de seguridad en su aposento a los fines de iniciar o continuar una investigación o ejecutar una decisión.

Luego, es entendible que dicho procedimiento debe ser cauteloso precisamente de no vulnerar ulteriores derechos de los miembros de la morada, dado que como bien se expondra suelen ser familiares de la persona que es sujeto de la investigación, o incluso, en algunos casos, no tienen conexión familiar, pero que a los fines de la anotada investigación resulta necesario inspeccionar el sitio, de modo que la incomodidad —el grado de perturbación moral— suele ser un poco mayor y diferente en esos casos donde no existe conexión causal entre el investigado y los miembros del sitio objeto de la investigación.

Entendido esto, se colige la necesidad de expresamente disponer constitucional y legalmente las garantías previstas para el allanamiento de la morada en tanto y en cuanto ese concepto alude a hogar, y por extensión, a residencia perenne de la familia, por lo que dicho aserto condiciona, *a priori*, la decisión judicial motivada como requisito de procedencia de la revisión.

Un medio probatorio producto de una transgresión a la inviolabilidad del hogar o residencia perenne de unos ciudadanos, es nulo por inconstitucional.

Huelga decir, que el Código Orgánico Procesal Penal hace sinonimia de «revisión» con allanamiento —es el verbo conjugado con el cual comienza el artículo— ello porque precisamente el objeto del allanamiento es la revisión del sitio en cuestión.

Otro de los vocablos previstos en el citado artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal es «oficinas públicas» y «establecimiento comercial», las cuales permiten identificar los sujetos de la investigación: los mismos pueden ser

entes u órganos de la Administración Públicas o personas jurídicas comerciales o morales. La Ley no distingue entre los sujetos en cuestión primero porque ambos son sujetos de derechos y por ende, tienen personalidad jurídica con la cual son sujetos de derechos y obligaciones; y segundo, porque una investigación de tipo penal puede girar en torno a actuaciones desplegadas por sujetos de personalidad natural o particularizado, o general y abstracto, como las personas colectivas morales o comerciales, ello con independencia de que la sanción penal recaiga, por definición y garantía, sobre personas naturales.

Piénsese en la recolección de información documental extraída ilegítimamente de los indicados recintos, producto ello de la ausencia de garantías constitucionales como la presencia de un fiscal del Ministerio Público o de una defensa técnica para los interesados, o que en el marco del procedimiento se realizaron actuaciones vejatorias de la dignidad humana; los instrumentos documentales serían ilegítimos por inconstitucional.

Más adelante, el citado artículo se refiere a «en sus dependencias cerradas» o «en recinto habitado», aludiendo a la procedencia del allanamiento sobre establecimientos que estén cerrados, es decir, alejados del público y sin personas en ella, o habitados, con lo cual se configuran par de garantías constitucionales de respeto en la revisión: en ambos casos, los agentes de seguridad y el fiscal del Ministerio Público deben garantizar el respeto a la propiedad privada del sujeto sobre el cual se realiza la investigación, lo que incide en la imposibilidad de ingresar al sitio a través de la destrucción de las entradas o produciendo otros daños durante el procedimiento, de modo que aún cuando se entre al lugar mientras éste se encuentra cerrado, es impermissible proteger la integridad física del sitio, con mayor razón en el caso de forzar las cerraduras para poder acceder. Con esta norma se excluye por definición los lugares públicos<sup>27</sup>. Otra garantía que se configura es un adecuado respeto a los habitantes del sitio, lo que se relaciona con lo antes expuesto sobre los derechos individuales de las personas que moren en el sitio, lo cual es deber constitucional del Fiscal del Ministerio Público en el marco de la indicada investigación. De manera que si existe irrespeto, esto es, actuaciones

<sup>27</sup> TSJ/SCP, sent. N.º 41, del 11-02-03.

vejatorias de la dignidad humana, el medio probatorio producto de dicha revisión sería inconstitucional.

### 3.2. *De la motivación de la decisión y los requisitos de necesidad y de urgencia*

La decisión que autoriza la realización del allanamiento debe estar debidamente motivada. Ello responde a dos factores esenciales: i. toda decisión judicial en la cual se vinculen derechos fundamentales debe estar fundamentada en plenas razones de hecho y de derecho que garantice a las partes involucradas tener conocimiento concreto y exacto de los términos en los cuales se cimenta la decisión, y con ello se abre el control constitucional y legal del fallo por parte de los interesados<sup>28</sup>; y ii. es un deber constitucional e *iusfundamental* del decisor de motivar sus fallos, so pena de declaratoria de nulidad del mismo.

Ese ha sido el sentido expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia:

La institución del allanamiento de morada, si bien inserta dentro de las actuaciones propias de la etapa preparatoria del proceso, no se corresponde con los actos de mero impulso procesal sino con los de investigación propiamente dicha. Vale decir, los orientados al descubrimiento de los hechos delictivos y a la participación de las personas que hayan intervenido en su ejecución con el carácter de autores o partícipes. En estos casos, en los términos del artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, es entonces cuando ya puede hablarse de imputado, o sea, la persona que presente una relación inferencial con los hechos punibles objeto de la investigación. De allí surge el requerimiento legal de que, en el allanamiento, la persona objeto del mismo sea provista de la asistencia de abogado. Así lo reconoce

<sup>28</sup> Sobre el control constitucional de la motivación de la sentencia, *vid.* JIMÉNEZ ESCALONA, Víctor: «El control constitucional en la casación civil». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 6. Caracas, 2016, pp. 255-286; asimismo, en torno a la finalidad de la motivación como una tutela de las partes, *vid.* GONZÁLEZ ESCORCHE, José: *La sentencia civil en el Derecho Procesal venezolano*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2017, p. 190.

expresamente el artículo 210 *eiusdem* al admitir en el acto la presencia del imputado y su defensor. La disposición últimamente señalada, tomando en cuenta los motivos de viabilidad del proceso, establece que la orden de registro debe emanar de un juez de control, previa solicitud del Ministerio Público, expedida mediante escrito debidamente fundado y motivado. Esto, claro está, salvo las excepciones recogidas taxativamente en el penúltimo aparte, numerales 1 y 2, del citado artículo. La falta de una actividad investigativa de cierta significación, previa a la orden de registro, tendiente a demostrar los elementos de verosimilitud en que se fundamenta, la previsión sucinta de la identificación del procedimiento de que se trata, la determinación precisa e indubitable del lugar a ser registrado, el motivo fundado del allanamiento, «con indicación exacta de los objetos y personas buscadas» (artículo 211.4, del citado Código), son exigencias legales tendientes a obviar la discrecionalidad y subjetividad en la práctica de la medida y a evitar registros arbitrarios e irracionales que conllevan la afectación de garantías de rango constitucional, tales como la inviolabilidad del hogar doméstico (artículo 47), el debido proceso y el derecho de defensa (artículo 49) e, incluso, llegar a constituir delito (artículo 184 del Código Penal). Del contexto de lo anteriormente señalado se infiere la necesidad del examen y valoración previa de los elementos de convicción que justifican el allanamiento decretado contra la persona individualizada en la investigación –imputado–. En el presente caso se advierte una *contraditio in terminis* por parte de los promoventes del conflicto, al pretender que, con la sola orden de allanamiento, sin otro respaldo fáctico y con violación del debido proceso y el derecho a la defensa, se puede *ab initio* abrir la etapa preparatoria del proceso y señalar subjetivamente a la persona objeto de tal medida a quien, por el simple acto de registro, se le dio erróneamente el carácter de imputado, lo cual resulta a todas luces ilegal. Es verdad que corresponde al Ministerio Público, por mandato constitucional, «ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración» (artículo 285.3).

Pero esta investigación debe ajustarse a los principios del debido proceso establecidos en la Constitución y en las leyes y manteniendo incólume los derechos inherentes a la persona sea ésta o no imputada en la forma legalmente establecida. Esto quiere decir que durante la investigación preliminar el imputado y las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento y sus representantes, podrán solicitar del fiscal la práctica de las diligencias necesarias para la concreción de los hechos, pero tal actividad ha de hacerse con sujeción a los principios de una tutela efectiva que garantice la absoluta transparencia del procedimiento –*fair play*–. Con propiedad anota el referido tribunal castrense «... el fiscal militar tiene la obligación de efectuar las indagaciones y, una vez concluída la investigación preliminar debe, en sus respectivos casos, ejercer la acción penal mediante acusación, ordenar el archivo de las actuaciones o solicitar al juez de control el sobreseimiento de la causa»<sup>29</sup>.

Pero además es necesario que la decisión se funde sobre los requisitos de «necesidad» y «urgencia» del procedimiento. Esto se configura, en primer término, como un deber del fiscal del Ministerio Público y de los órganos policiales de argumentar fehacientemente los elementos antes citados, y en segundo lugar, es un deber constitucional del judicante verificar la existencia de las referidas causales en la pretensión incoada, como modo de justificar su decisión.

Pero de acuerdo a nuestro criterio, esos elementos no son más que una versión *aggiornata* de los presupuestos procesales del principio de proporcionalidad.

En efecto, el juicio de proporcionalidad es un principio constitucional intrínseco a la tutela judicial efectiva, que se configura además como un imperativo constitucional a la hora de enjuiciar algunos principios constitucionales de derechos fundamentales<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> TSJ/SCP, sent. N.º 122, del 08-04-03.

<sup>30</sup> VIDAL FUEYO, Camino: «El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. T. II. Bogotá, 2005, pp. 428-447; para un estudio más profundizado del tema vid. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Miguel CARBONELL, editor. Quito, 2008, *passim*.

Es por ello que para la declaratoria de procedencia del allanamiento, se considera como un imperativo constitucional la verificación de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido concreto<sup>31</sup>, pues de modo contrario se estaría obstruyendo la garantía de ponderación de los derechos fundamentales que se encuentran en juego.

La promoción de un medio probatorio que se extraiga de un allanamiento que tuvo como génesis una decisión infundada, esto es, inmotivada, es violatorio de la Constitución, y por ende, dicho medio sería ilegítimo por inconstitucional, pues precisamente en el marco de la investigación los interesados no tuvieron la garantía de conocer concretamente las razones de hecho y de derecho del procedimiento de allanamiento.

### *3.3. La presencia de dos testigos durante el procedimiento*

Otra de las garantías que se apuntan como reforzada desde el punto de vista constitucional del allanamiento, es el requisito de concurrencia de dos testigos durante el procedimiento en cuestión.

Esta medida, que pudiera parecer fútil, es relevante pues con ello se deja constancia de la legitimidad de la actuación allanatoria a través de dos personas independientes y desprovistas completamente de interés sobre el caso, y de esa manera se configuran unos potenciales testigos procesales ante la ocurrencia de alguna anomalía procedimental que cercene en alguna forma derechos constitucionales o fundamentales de los sujetos que se hallen o moren en el sitio.

Es por ello que el legislador dispone que los testigos puedan ser preferiblemente vecinos del lugar, pues de esa forma los presentes serán miembros habituales de la comunidad, y además, se resuelve la necesidad de que los mismos no tengan relación de ningún tipo con los agentes policiales de la revisión, de manera de tener independencia de criterios al momento de declarar sobre los hechos producidos en la investigación.

---

<sup>31</sup> ALEXY, Robert: «La fórmula del peso». En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Miguel CARBONELL, editor. Madrid, 2007, pp. 13-42.

Si se demostrara que en el hecho los testigos eran inhábiles desde el punto de vista del contenido del artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal, o que solo tuvo la presencia de únicamente un testigo, la probanza que se extraiga de ese procedimiento es ilegítima por inconstitucional.

### *3.4. El imputado debe contar con un profesional del derecho que lo asista*

Este requisito es una garantía constitucional pues es uno de los elementos del proceso debido, específicamente del derecho a la defensa que existe en todo proceso judicial y todo procedimiento administrativo, como precisamente es el allanamiento.

Al poseer un defensor o un letrado que asista al sujeto relacionado con la investigación relativa al allanamiento, éste tiene la garantía de defensa técnica ante cualquier eventualidad que amenace o concretamente menoscabe derechos del mismo.

Sin defensa técnica en el procedimiento, los interesados tendrían vejados sus derechos constitucionales al proceso debido y de ese modo el allanamiento es inconstitucional y el medio probatorio que se intente promover con motivo de dicha actividad investigativa es consecuentemente inconstitucional.

## **Conclusiones**

El allanamiento es un procedimiento que muchas veces tiene como norte recabar mayor información en el curso de una investigación penal, y en otras, sirve de ejecución de alguna decisión definitivamente firme, pero ello no le exime de representar, en su formulación, ciertas garantías a derechos fundamentales de los interesados. En efecto, como quiera que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes del Estado, éstos, en procura de tutelar cabalmente los derechos e intereses esenciales de las personas, establecen cotos en las actividades del Estado, y con mayor razón, en las actividades de índole penal, donde muchas veces suelen ser tocados diversos derechos protegidos en la Constitución.

Surge entonces una necesidad del legislador de darle cuerpo a las limitaciones, a los derechos y garantías constitucionales, como ocurre en el allanamiento, y con ello, el desiderátum de la investigación no podrá ser jamás una violación de esas disposiciones.

La producción en un proceso de pruebas obtenidas en franca violación a esas normas constitucionales, las tornan de ilegítimas, y la consecuencia racional de ello es la desincorporación de las mismas de la *litis*, dado que en caso opuesto y que el juez las valore en la decisión de fondo, ésta se viciaría de nulidad y estará sujeta a los remedios judiciales previstos.

\* \* \*

**Resumen:** El estudio de los medios probatorios implica, en un Estado de Derecho, la relación de su idoneidad procesal con su conformidad constitucional. En efecto, en un sistema constitucional donde prevalece la tutela de los derechos fundamentales, el establecimiento y la valoración de las pruebas por parte del juez estarán supeditados al cumplimiento inicial de unas normas constitucionales y legales que circundan a los medios probatorios de legitimidad. Cuando se está en presencia de un medio que no reviste de estos lineamientos, la prueba es ilegítima, y por ende, la misma perderá eficacia en el proceso. El objeto de la presente investigación oscilará sobre las características que el allanamiento de morada debe tener para revestir de legitimidad constitucional, y específicamente, haremos referencia a la ilegitimidad por inconstitucionalidad de la misma cuando en ésta no se han cumplido con los imperativos constitucionales del proceso debido. **Palabras clave:** Medio probatorio, ilegitimidad probatoria, proceso debido, derechos fundamentales, ilegitimidad constitucional. Recibido: 18-06-18. Aprobado: 20-10-18.