

DEDICATORIA

*PRIMERO DIOS, QUIEN ES EL SER QUE HA GUIADO MIS PASOS
DURANTE TODA MI VIDA, QUIEN ME DA INSPIRACIÓN Y FORTALEZA
PARA SALIR ADELANTE Y SEGUIR LUCHANDO. GRACIAS SEÑOR POR
PERMITIRME LLEGAR A ESTE MOMENTO.*

*A MI MADRE, FLORY, QUIEN HA SIDO UNA MUJER EJEMPLAR, QUIEN
HA LUCHADO TODA SU VIDA POR SACARNOS ADELANTE Y HA SIDO MI
MAYOR MOTIVACIÓN PARA TRIUNFAR. GRACIAS MAMI.*

KATTY

AGRADECIMIENTOS

*A MI DIRECTOR DE TESIS, DOCTOR JORGE LÓPEZ GONZÁLEZ, POR TODA
SU DEDICACIÓN Y COLABORACIÓN EN LA REALIZACIÓN DE ESTE
TRABAJO. ¡MUCHAS GRACIAS!*

KATTY

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPITULO PRIMERO: REFERENCIA HISTÓRICA | 7 |
| I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ALLANAMIENTO..... | 7 |
| II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ALLANAMIENTO EN COSTA RICA..... | 12 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: EL ALLANAMIENTO EN LA DOCTRINA | 27 |
| I. CONCEPCIÓN, NATURALEZA JURÍDICA, CARACTERÍSTICAS..... | 27 |
| A. CONCEPCIÓN..... | 27 |
| B. NATURALEZA JURÍDICA..... | 32 |
| B.1. EL ALLANAMIENTO COMO MEDIDA CAUTELAR..... | 32 |
| B.2. COMO MEDIDA ACCESORIA..... | 33 |
| B.3. MEDIO PROBATORIO..... | 36 |
| B.4. COMO DELITO PENAL..... | 38 |
| C. CARACTERÍSTICAS..... | 39 |
| II. FINALIDAD..... | 42 |
| III. PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA Y EJECUCIÓN..... | 45 |
| A. REQUISITOS DE FORMA..... | 45 |
| A.1. REQUISITOS DE LA ORDEN..... | 45 |
| A.2. FUNCIONARIO COMPETENTE..... | 53 |
| A.3. CONSENTIMIENTO..... | 60 |
| A.4. HORARIO..... | 63 |
| A.5. NOTIFICACIÓN DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO..... | 67 |
| A.6. FORMA DE EJECUCIÓN..... | 69 |
| B. REQUISITOS DE FONDO..... | 74 |
| IV. CASO DEL ALLANAMIENTO SIN ORDEN JUDICIAL..... | 78 |
| V. EL ALLANAMIENTO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES..... | 83 |
| CAPÍTULO TERCERO: EL ALLANAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES | 85 |

| | |
|--|-----|
| I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD..... | 85 |
| A. REFERENCIA HISTÒRICA, DEFINICIÒN Y CARACTERISTICAS DEL DERECHO..... | 85 |
| A.I. REFERENCIA HISTÒRICA..... | 85 |
| A.II. CONCEPCIÒN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD..... | 86 |
| A.III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD..... | 90 |
| B. NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO A LA INTIMIDAD..... | 93 |
| B.I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD A NIVEL INTERNACIONAL..... | 93 |
| B.II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD A NIVEL INTERNACIONAL..... | 94 |
| II. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA..... | 97 |
| A. REFERENCIA HISTÒRICA, DEFINICIÒN Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO..... | 97 |
| A.I. REFERENCIA HISTÒRICA..... | 97 |
| A.II. ANTECEDENTES HISTÒRICOS EN COSTA RICA..... | 100 |
| A.III. EL OBJETO DE PROTECCIÒN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA..... | 103 |
| A.IV. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA..... | 112 |
| B. DERIVACIONES DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD JURÍDICAS..... | 116 |
| C. NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA..... | 122 |
| C.I. REGULACIÒN INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA..... | 122 |
| C.II. REGULACIÒN NACIONAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA..... | 125 |
| III. LÍMITES, LIMITACIONES Y GARANTÍAS AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA..... | 130 |
| IV. AFECTACIÒN DEL ALLANAMIENTO A LOS DERECHOS DE INTIMIDAD Y PROPIEDAD PRIVADA, TANTO EN MATERIA PENAL COMO NO PENAL..... | 144 |

| | |
|--|------------|
| V. CASOS EN QUE PROCEDE LA SUSPENSIÓN DE ESTOS DERECHOS SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA..... | 146 |
| CAPÍTULO CUARTO: EL ALLANAMIENTO EN MATERIA CIVIL EN COSTA RICA..... | 151 |
| I. EL ALLANAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL..... | 151 |
| II. EL ALLANAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL..... | 151 |
| III. ANTECEDENTES: APLICACIÓN DEL ALLANAMIENTO EN MATERIAS NO PENALES..... | 160 |
| IV. EL ALLANAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCAIL.. | 167 |
| V. EL ALLANAMIENTO ILEGAL..... | 179 |
| CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES..... | 199 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 229 |

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Vargas Delgado, Katty Marcela (2008). El Allanamiento Civil: Constitucionalidad y Legalidad. Tesis de grado para optar al título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

DIRECTOR: Doctor Jorge López González.

LISTA DE PALABRAS CLAVES

Allanamiento-Paz doméstica-Intimidad doméstica-Encubridor-Reo-Recinto privado-Voluntad-Bienestar superior-Motivos suficientes-Delito-Flagrancia-Consentimiento-Medida cautelar-Medida accesoria-Medio de prueba-Elementos de convicción-Juez-Arbitrariedades-Carácter coercitivo-Confidencial-Sorpresivo-Irrepetible-Titular-Morador-Orden judicial-Ius exclusionis-Intimidad-Propiedad privada-Casas de negocios-Dependencias de morada-Hoteles-Despacho profesional-Oficina-Local abierto al público-Allanamiento ilegal-Violación de domicilio-Medidas cautelares atípicas-Competente-Ejecución.

RESUMEN

Con la presente investigación me propuse probar que *“el allanamiento que aplican los jueces civiles no obstante no tener regulación legal específica tiene soporte constitucional”*, hipótesis que fue probada al concluir el estudio de esta figura, cuyo origen se da a luz del derecho penal.

El allanamiento surgió dentro de una amplia noción del delito de injuria en la Ley Cornelia, donde el domicilio tenía un carácter sagrado, concepto que mejoraría por razones de seguridad, pues protegía a las personas de la violencia del exterior. En la Alta Edad Media la paz doméstica fue la base para las limitaciones en la práctica de los allanamientos.

En Costa Rica su regulación inicia en el Código General de Carrillo, con el fin de asegurar todo lo que rodeaba el hecho delictivo, solo se podía realizar durante el día y bastaba una sospecha fundada y se establecía la responsabilidad del encargado que negara la autorización para realizarlo.

Posteriormente, los Códigos de Procedimientos Penales regularían esta figura descriptiva y claramente con relación al aseguramiento del delincuente, su patrimonio y los objetos útiles para la comprobación del delito, los supuestos que

permitían su práctica y daban la posibilidad de que lo realizara una autoridad designada por el juez (el Código de 1973 lo autorizó solo para casos de urgencia).

El allanamiento puede definirse como la entrada en un recinto privado ordenada por un juez al existir motivos suficientes para presumir que allí pueden haber objetos relacionados con una investigación, o que puede detenerse un imputado o persona evadida o sospechosa. Se realiza normalmente contra la voluntad del dueño y es legítima si se realiza según las formalidades de la ley, aunque se quebranten derechos individuales. Esta figura, al igual que otras del ordenamiento jurídico, posee ciertas características que la distinguen como el ser confidencial, excepcional, irrepetible y sorpresivo para evitar la fuga de información y la pérdida de resultados.

Para la Sala Constitucional es un instrumento que facilita la realización de otros actos útiles para el proceso, siendo legítimo cuando su necesidad se fundamenta según lo que dispone nuestra legislación. Aunado a eso, para la Sala Tercera es un procedimiento que la Constitución autoriza para lesionar la intimidad del domicilio, garantizado por el Constituyente.

Nuestro Código Procesal Penal, artículo 195, establece las formalidades para que sea legal, las cuales son aplicables al proceso civil: el nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento, determinación concreta del lugar

donde se efectuará (si se realizara en un lugar distinto el acto es nulo), nombre de la autoridad que lo practicará o si hay delegación, motivo, hora y fecha en que se practicará; la orden debe firmarla quien ordena la diligencia y debe ponerle el sello de su despacho, ya que esto da seguridad al afectado con la práctica del allanamiento. De la misma manera, el acta debe cumplir con ciertas formalidades; sin embargo, su ineficacia no implica la ineficacia del acto.

Esta diligencia vulnera, tanto el derecho a la intimidad regulado en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución Política, que consiste en la facultad de toda persona de excluir a los demás del conocimiento de sus actividades personales y familiares, como el de propiedad privada regulado en el artículo 23 constitucional, que protege el domicilio y otros recintos, entendido como el espacio físico del cual la persona tiene plena disponibilidad y en el cual ejerce el uso y disfrute y desarrolla su vida sin injerencias ajenas.

En el caso del derecho de propiedad privada, el criterio esencial para calificar como domicilio constitucionalmente protegido a un recinto es el de que sirva de manera habitual y efectiva como residencia o que, aunque su uso sea ocasional, su destino específico sea el de servir a dicho fin. Además, este espacio debe cumplir con tres requisitos: la estructura del lugar cerrada o parcialmente abierta, pero aislada del ambiente externo, su destino y su carácter privado.

Como una medida de protección ante cualquier arbitrariedad que pueda cometerse con la práctica del allanamiento, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos tipos penales: la violación de domicilio regulada en el artículo 204 del Código Penal y el allanamiento ilegal regulado en el artículo 205 del mismo cuerpo legal.

Existen varias normas que autorizan a los jueces civiles para que puedan ordenar la realización de allanamientos. En primer lugar, el artículo 23 constitucional, que en ningún momento limita el allanamiento de recintos como una facultad correspondiente a los jueces penales.

En segundo lugar, a nivel legal, el artículo 242 del Código Procesal Civil regula de manera general las medidas cautelares atípicas, dando al juzgador la facultad de utilizar medidas no previstas expresamente si hay temor de que una parte pueda causar al derecho de la otra una lesión grave o de difícil reparación; además, el artículo 695, en relación con el artículo 453 del Código Procesal Civil, en el caso de las condenas de dar. A pesar de que existen otros recursos para hacer cumplir las resoluciones, muchas veces se prefiere el allanamiento debido a su aplicación inmediata, lo que sería más efectivo para evitar daños graves o de difícil reparación a las partes y haría más latente para los ciudadanos el principio de justicia pronta y cumplida.

Igualmente, el allanamiento ha sido aplicado en ramas distintas al derecho penal, como en la Ley General de Salud que lo permite por motivos de salud pública; la Ley contra la Violencia Doméstica cuando esa situación arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial o psicológica de cualquiera de sus habitantes, previa denuncia; en pensiones alimentarias para detener al deudor alimentario; o para tomar posesión de un menor, por parte del Patronato Nacional de la Infancia, en casos de maltrato, abandono u otras causas que así lo ameriten.

INTRODUCCIÓN

Debido a la importancia de este tema, tanto en materia procesal civil, principalmente por constituirse en un medio para lograr la efectiva ejecución de la sentencia, como en materia constitucional, por el impacto que puede generar la vulneración de un derecho como el de propiedad privada, tutelado incluso en instrumentos internacionales, los objetivos planteados para el desarrollo de la investigación serán:

OBJETIVO GENERAL:

Determinar si la aplicación del allanamiento en materia civil es constitucional y en qué medida constituye una violación al derecho fundamental de propiedad privada, regulado en el artículo 23 de nuestra Constitución Política.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Conceptualizar la figura del allanamiento, su objeto y sus principales características con relación al ámbito del derecho civil.
2. Analizar y comparar la aplicación y regulación de la figura del allanamiento con la legislación española.
3. Evidenciar las posturas que se mantienen a nivel de Despachos Judiciales sobre la aplicación del allanamiento en procesos de derecho civil y ámbitos del derecho no penal.

4. Definir cuáles son las potestades de los jueces para dictar y aplicar el allanamiento, como medida que asegura la ejecución de la sentencia dictada dentro de los procesos que se tramitan en los Despachos Judiciales.

5. Examinar el caso del allanamiento sin orden judicial.

6. Indicar aquellos casos en que se incurriría en allanamiento ilegal y la responsabilidad que esto conlleva para los sujetos que lo lleven a cabo.

7. Establecer los parámetros constitucionales que harían factible la aplicación del allanamiento y por ende constitucional.

8. Investigar sobre la posibilidad de que la aplicación del allanamiento en materia civil lesione el derecho fundamental que contempla la propiedad privada (inviolabilidad del domicilio) y el derecho a la intimidad

9. Definir el derecho de propiedad privada desde la óptica de los derechos fundamentales y esgrimir los límites y garantías al ejercicio de este derecho.

10. Explicar los conceptos relacionados con el derecho de propiedad privada y el derecho a la intimidad, por ejemplo domicilio, morada, entre otros.

11. Analizar el tipo de norma que contempla el derecho de propiedad, contenido en el artículo 23 de la Constitución Política de Costa Rica y su relación con el tema de las normas pétreas.

12. Establecer las posibilidades que da la Constitución Política de Costa Rica, en atención al respeto al derecho de propiedad.

Este trabajo de investigación es de carácter descriptivo ya que reseña las características de un fenómeno existente, permite obtener una imagen amplia de un fenómeno que nos interesa explorar y puede servir como base a otros tipos de investigaciones. El interés por el tema surge al preguntarse si ¿al establecerse una normativa adecuada que regule el allanamiento, este resultará constitucional al practicarse en asuntos del derecho civil?

La hipótesis será: el allanamiento en el ámbito no penal no obstante no tener regulación legal específica tiene soporte constitucional.

Esta hipótesis se origina en la discusión iniciada los últimos años en los despachos judiciales, ya que algunos jueces civiles han optado por no aplicar la figura porque consideran que su aplicación es inconstitucional e implica una violación al domicilio y a la privacidad de las personas, ambos derechos protegidos en el artículo 23 constitucional. Esta tendencia se ha reflejado en el dictado de algunas sentencias sobre la figura del allanamiento y su ilegalidad sin que exista una ley previa.

Además, según algunos juristas que consideran que esta figura no es aplicable al derecho procesal civil, ya que es un procedimiento propio del Derecho Procesal Penal.

La inspiración para esta investigación la encontré en algunas fuentes bibliográficas consultadas, que constituirán su base. En primer lugar, el licenciado Rubén Hernández en sus libros Prerrogativa y Garantía e Instituciones de Derecho Público Costarricense, es referencia al momento de desarrollar el apartado referido a derechos fundamentales, su concepto, tipología, evolución histórica, límites y garantías. Se complementa la información con lo escrito por Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz sobre cuáles derechos fundamentales se conculcan con la realización del allanamiento y el papel que desempeñan los sujetos que intervienen como garantes de la tutela de los derechos fundamentales y su responsabilidad.

En relación con el tema de las potestades que posee el Estado para regular el contenido de un derecho fundamental en cuanto al papel de la Asamblea Constituyente, recurro a las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, que me facilitaron la comprensión del contexto que originó el artículo 23 de nuestra Constitución Política vigente actualmente y el alcance de las potestades de los jueces en la aplicación de esta figura.

Por otra parte, dado el enfoque que doy en el desarrollo de mi tesis establezco el estado de las investigaciones existentes sobre el Derecho de Propiedad Privada, el cual valga decir, se encuentra tutelado en tratados internacionales que se refieren a derechos humanos.

Me inspiró igualmente el autor Wilber Barquero Bolaños, quien trata el tema desde una perspectiva conceptual y teórica y se plantea la fundamentación filosófica jurídica y la evolución positiva del Derecho de Propiedad, como derecho de acceso a la propiedad en tanto sustrato económico¹. Además, Barquero describe la evolución que había operado hasta ese momento sobre la figura de la propiedad, procurando dar un matiz más humanitario que condujera a mayor desarrollo social, resaltando la importancia del interés general sobre el particular, sin detrimento del particular.

Algunos autores han considerado la noción de propiedad como la base de las relaciones del hombre y la naturaleza y de todo aprovechamiento que aquel haga de los bienes que esta le proporciona, además de ser un elemento irreductible del sistema económico que rige una sociedad concreta y lo entienden como el poder subjetivo que el ordenamiento jurídico reconoce a los individuos para disponer por sí mismos y, en forma exclusiva y plena, de los bienes y de las riquezas. Pues hay otra manera de concebir la propiedad privada, que es la institución jurídica, esto es, en forma objetivada".²

¹ Wilber Barquero Bolaños (1998). *El Derecho a la Propiedad Privada como Derecho Humano*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

² Eduardo Novoa Monreal (1979). *El Derecho de Propiedad Privada*. Bogotá: Editorial Temis Librería, p. 169.

Este trabajo se basa en la recopilación bibliográfica y utilizando un método deductivo para establecer un marco conceptual. Además, consideré los aportes jurisprudenciales en la materia, que al final de cuentas constituyen la razón de ser de la discusión generada en los Despachos Judiciales. Aunado a lo anterior, realicé un análisis de la legislación disponible y entrevistas a personas involucradas en el dictado y aplicación de una medida de este tipo.

La tesis se estructura en cuatro capítulos: el primero en el cual hago una referencia histórica de la figura del allanamiento; el segundo se refiere al allanamiento en la doctrina; el tercero trata del allanamiento desde la perspectiva de la afectación a los derechos fundamentales y el cuarto se refiere al allanamiento en materia civil en Costa Rica.

CAPÍTULO PRIMERO: REFERENCIA HISTÓRICA

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ALLANAMIENTO

En la época primitiva de la humanidad no existía la idea de Estado como la conocemos hoy. Los seres humanos se agrupaban en núcleos familiares sin cohesión organizada y esporádicamente se unían para realizar determinados fines de beneficio común.

Lo anterior refleja la ausencia de una autoridad comunal y por consiguiente del Estado, concebido como hoy lo entendemos. No existía posibilidad para el ejercicio de funciones como las que actualmente realiza el Estado a través del Poder Judicial, entre ellas el ejercicio de la persecución penal, en la que ha sido más utilizado el allanamiento.

Históricamente el allanamiento de morada fue desconocido por el derecho romano y cuando se introdujo al proceso penal se hizo con una noción muy amplia del derecho del delito de injuria en la Ley Cornelia, sin olvidar el carácter sagrado que se le atribuyó a la *domus* romana como receptáculo de los dioses y lares

penates³, o por el rodeo de la coacción genérica o vis reconocida en algunas cuestiones carentes de especialidad en lo domiciliario.⁴

Se dice que los textos positivos, tanto legales, como pretorios no registran, en todo caso, más que supuestos de daño material en la *domus disruta*, término más medieval que clásico.⁵

Es en la Edad Media cuando inició una nueva y más ideal noción de morada, quizás más por razones de seguridad (precaria en esos tiempos), que por razones ideológicas un tanto anacrónicas. Surgió un nuevo concepto de santidad del hogar, último reducto contra la barbarie ambiente, que cuando no lograba fortificarse materialmente con muros, se pretendía suplir mediante un respeto legal o consuetudinario. A esto responde el nombre alemán del allanamiento, *Hausfriedensbruch*: la “ruptura de la paz de la casa”.⁶

Existía una íntima relación entre la seguridad y la paz de la casa, a la cual el derecho germánico le dio cierto carácter sagrado, pues trataba de proporcionar

³ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. San José: Editec Editores, p. 18.

⁴ Antonio Quintano Ripollés (1972). *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo I, II Parte Infracciones Contra la Personalidad. Segunda Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 950. Además se puede consultar: Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 17.

⁵ Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., p. 951.

⁶ Idem.

y hacer posible la seguridad personal de los ciudadanos en la casa habitada o bien donde se moraba, frente a los ataques violentos de particulares y funcionarios públicos inherentes al sistema de convivencia de la época.⁷

Con el propósito de contextualizar dicha época, cabe decir que fue una época de derecho y autoridad fraccionados; el señor feudal impartía justicia en el territorio de su jurisdicción de forma arbitraria y según sus intereses. Fue así como surgió la justicia impartida por la Iglesia y sus tribunales, únicos eficientes que entonces existieron.⁸

Igualmente, Europa vivió varios siglos sin leyes ni tribunales y la única institución semejante a ellos por dictar sentencias con seriedad y basadas en principios de derecho fue la Iglesia, que para organizar sus instituciones e impartir justicia creó un derecho especial denominado: Derecho Canónico.⁹

Con respecto al derecho y específicamente el derecho penal de la Alta Edad Media, este destacó el papel central que cumplió el concepto de paz,

⁷ Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 18.

⁸ Jorge Arce González y Ana L. Fonseca Méndez (1985). *La Responsabilidad Penal del Funcionario Judicial*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 13.

⁹ Ibid.; p. 14.

referente a la paz común y a las paces especiales y, dentro de estas últimas, la paz doméstica y la paz de la casa (pax domus).¹⁰

Estos últimos conceptos configuraron lo que sería la base en años posteriores para las limitaciones en la práctica de los allanamientos, por eso se dice que cuando estos se realizan se debe tratar de violentar lo menos posible la paz y la tranquilidad de quienes habitan los lugares allanados. Los aspectos anteriores los recogió, en su mayoría, el derecho foral español diferenciándolo entre quebrantamiento, pues consideraba toda entrada en la casa ilegal (porque era realizada contra la voluntad del dueño o por las intenciones nocivas del agente respecto a los moradores) y el encerramiento que era el ataque violento a la casa desde el exterior.¹¹

En estos fueros españoles de la época, la protección se extendía a nobles, villanos e incluso contra los desmanes de los señores y hasta de los funcionarios reales, como *“en la famosa disposición del fuero leonés, vedando la entrada en los*

¹⁰ Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., pp. 17, 18.

¹¹ Ibid.; p. 18.

A propósito de esto, cita Ángel Sanz que ORLANDIS expone que *“El quebrantamiento, en sentido amplio, de la paz doméstica comprendía toda entrada en la casa que pudiera calificarse de ilegítima, bien por la intención abrigada por quien penetra en la misma, bien, simplemente, por realizarse contra la voluntad del morador”*. Ángel José Sanz Morán (2006). *El Allanamiento de Morada, Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 19.

hogares privados a los merinos y sayones del Rey”, y en la de Logroño; incluso se permitía matar al allanador aún si era sayón o merino.¹²

Según la Sala Constitucional el desarrollo de esta figura brindó un aporte a las declaraciones medievales sobre derechos individuales y libertades (en la esfera de la libertad personal y las garantías individuales), que serían la base de las declaraciones de derechos fundamentales actuales.¹³

Entre esos derechos y libertades individuales para los cuales aportó el desarrollo de esta figura, cuyo antecedente es la paz doméstica y la seguridad personal del ciudadano, están la propiedad privada y la intimidad, parte de la discusión que genera su aplicación, por cuanto podría vulnerarlos, tema que se abordará en un capítulo posterior.

Por último, dice Sanz Morán que *“sólo con la Ilustración, y el consiguiente reforzamiento de la posición del individuo, volverá a reivindicarse, frente a los poderes públicos, el carácter “santo” e “inviolable” de la morada, tal y como irá plasmándose en las primeras Declaraciones generales de Derechos”*.¹⁴

¹² Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., p. 952.

¹³ Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁴ Ángel José Sanz Morán (2006). *El Allanamiento de Morada. Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 18.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ALLANAMIENTO EN COSTA RICA

En Costa Rica no se puede hablar de la existencia de una sistematización de tal figura hasta la época en que se elabora y pone en práctica el Código General de Carrillo, porque a pesar de considerarse actos procesales importantes para la investigación de los delitos, no existía un modelo unificador que hiciera tal distinción, respecto al parámetro que regiría en materia de medidas cautelares aplicables en esa época. A pesar de eso, se les introdujo en el proceso penal de manera clara y descriptiva y aunque no se hable de medidas cautelares o asegurativas, se explica fácilmente que la tendencia judicial fue precisa al querer asegurar, a efectos de la investigación criminal, todo lo que rodeara al hecho delictuoso.¹⁵

El Código General de Carrillo en el Capítulo IV denominado “*Del Allanamiento de las Casas*”, artículos 761 a 776, establecía la posibilidad jurisdiccional de realizar el allanamiento cuando un reo por delito merecía pena corporal o infamante y se ocultaba en una casa, establecimiento público o casa de Ministro extranjero, previa autorización del dueño o sin ella.

¹⁵ Juan José Soto Cervantes (1985). *Las Medidas Cautelares en la Legislación Procesal Penal*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 71.

Este Código disponía que el juez debía enviar por escrito la notificación para el dueño de la casa, excepto que se diera en el momento en que la persona estaba siendo perseguida por los alguaciles, en cuyo caso era suficiente que pidieran de palabra el permiso.¹⁶

Si el dueño de la casa se ocultaba para que no lo notificaran o no daba permiso para que las autoridades realizaran el allanamiento, era considerado encubridor y se debía sancionar con la pena correspondiente. En este caso, el juez debía mandar el allanamiento, dejando durante ese tiempo vigías en la puerta o en lugares que el reo podía utilizar para evadir la justicia.¹⁷

Cuando se tuviera la orden escrita del allanamiento y con la presencia de dos testigos, el alguacil o el encargado de ejecutarlo le hacía saber al dueño sobre la autorización para efectuar el allanamiento y, si a pesar de eso se negaba a dar el permiso, la autoridad podía realizarlo haciendo uso de la fuerza.¹⁸

Al momento de ejecutarlo, si la puerta estaba cerrada, el alguacil llamaba tres veces con intervalos regulares e indicando en cada uno que era una autoridad pública. Si después de la tercera vez no abría, se realizaba empleando la fuerza,

¹⁶ Asamblea Nacional Constituyente (30 de julio de 1841). *Código General de la República de Costa Rica*. Segunda Edición. San José: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, Nueva-York, p. 153, artículo 762.

¹⁷ Idem. Artículo 763.

¹⁸ Idem. Artículos 764, 765.

castigando al dueño con la pena que la ley señalaba para receptadores o encubridores. Al ingresar el alguacil realizaba el registro en compañía del dueño de la casa, quien podía no querer, caso en el cual, lo realizaba en presencia de los dos testigos.¹⁹

Según esta normativa el allanamiento sólo podía efectuarse de día, siempre considerando el hecho de que el dueño se negara a la realización o se ocultara para que la autoridad no lo pudiera notificar.

En ciertos casos bastaba la sospecha fundada de persecución y la pesquisa de contrabandos para pedirle al dueño el franqueamiento de su casa. Pero siempre existía la posibilidad de que el dueño se negare a la realización de la diligencia, caso en que era considerado receptador o encubridor y podía efectuarse dejando constancia de la negativa con dos testigos.²⁰

Este Código indicaba que el Estado desconocía la existencia de lugares de asilo que le permitieran a los delincuentes quedar impunes o lograr una disminución de las penas.²¹

¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente (30 de julio de 1841). *Código General de la República de Costa Rica*. Segunda Edición. San José: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, Nueva-York, p. 153, artículo 766-769.

²⁰ Idem. Artículo 770.

²¹ Asamblea Nacional Constituyente. *Código General de la República de Costa Rica*. Op Cit., p 153, artículo 771.

También estaba regulado cuando el reo se refugiaba en un lugar sagrado²² o establecimiento público. Si el juez pedía el allanamiento a la autoridad eclesiástica o persona encargada del lugar, estaba obligada a darla sin excusa ni dilación, bajo responsabilidad; además, debía señalar quién acompañaría a la autoridad en la extracción del reo.²³

Los artículos 774 y 775 de este Código indicaban que si la situación se presentaba en la casa de un ministro extranjero se le solicitaba su entrega por medio de una nota oficial. Como en los casos anteriores, podían poner vigías en los términos antes indicados, es decir, en la puerta o los lugares por donde se temiera que el reo pudiera evadir la justicia.²⁴

Este Código establecía una responsabilidad para los alguaciles o para quienes ejecutaran el allanamiento entrando a las casas en búsqueda de los reos

²² En ese sentido dispone el artículo XXII del Concordato de España: “1. Queda garantizada la inviolabilidad de las iglesias, capillas, cementerios y demás lugares sagrados, según prescribe el canon 1.160 del Código de Derecho Canónico. 2. Queda igualmente garantizada la inviolabilidad de los palacios y curias episcopales, de los Seminarios, de las casas y despachos parroquiales y rectorales y de las casas religiosas canónicamente establecidas. 3. Salvo en caso de urgente necesidad, la fuerza pública no podrá entrar en los citados edificios, para el ejercicio de sus funciones, sin el consentimiento de la competente autoridad eclesiástica. 4. Si por grave necesidad pública, particularmente en tiempo de guerra, fuese necesario ocupar temporalmente alguno de los citados edificios, ello deberá hacerse previo acuerdo con el Ordinario competente. Si razones de absoluta urgencia no permitiesen hacerlo, la autoridad que proceda a la ocupación deberá informar inmediatamente, al mismo Ordinario. 5. Dichos edificios no podrán ser demolidos sino de acuerdo con el Ordinario competente, salvo en caso de absoluta urgencia, como por motivo de guerra, incendio o inundación...”
En: Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., pp. 967, 968.

²³ Asamblea Nacional Constituyente (30 de julio de 1841). Op. Cit., p. 153, artículos 772 y 773.

²⁴ Ibid.; p. 153, artículo 775 en relación con el artículo 763.

frente a los dueños de las casas, por los daños y perjuicios que causarían, salvo “*el quebrantamiento de puertas y chapas, en caso de allanamiento forzado*”.²⁵

Posteriormente, los Códigos de Procedimientos Penales de 1906 y 1913 regulaban esta figura en el capítulo III llamado en ambos “*Del Registro Personal y Domiciliario y del Secuestro*”, ocupando en el primero los artículos 233 a 252 y en el segundo los artículos 227 a 246. Ambos Códigos eran bastante descriptivos y claros en relación con el aseguramiento del delincuente, su patrimonio y los objetos útiles para la comprobación del delito.

Estos Códigos autorizaban su práctica cuando había “*presunción grave de encontrarse allí oculto un delincuente ó de haber objetos que convenga ocupar ó examinar en interés de la indagación judicial*”.²⁶ Incluso la regulación va más allá, al permitir el registro e inspección en vestidos y equipajes de personas relacionadas con ciertos objetos o fueran sospechosos de crimen o simple delito.

Se establecían tres supuestos en que procedía su práctica en una casa, edificio, embarcación u otro lugar. En primer lugar, cuando por voces en el interior se presumiera que se había o estaba cometiendo un delito grave (robo, violación,

²⁵ Asamblea Nacional Constituyente (30 de julio de 1841). Op. Cit., p. 153, artículo 776.

²⁶ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Código de Procedimientos Penales. San José: Tipografía Nacional, p. 177. Artículo 233.
Asamblea Nacional Constituyente (1913). Código de Procedimientos Penales y Leyes Complementarias. San José: Tipografía Lehmann, p. 199. Artículo 227.

asesinato) o que una persona podía perder la vida²⁷, o sin oír voces denunciaban haber visto las personas que realizaron el asalto o se habían introducido por medios irregulares en la noche, sin esperar la solicitud de auxilio. En segundo lugar, al enterarse de que ahí se intentaría cometer un delito, el Código de Procedimientos de 1913 agrega que cuando ese fuera penado con presidio. Finalmente, cuando estaban ejecutando o acababan de ejecutar un hecho punible, agrega el Código de 1913, “*una conspiración punible ó una tentativa que merezca pena corporal*” o que tuvieran preparadas las cosas para eso.²⁸

Esta diligencia debía realizarla el juez o una autoridad designada por él como los Agentes de Policía de Seguridad o los Jefes de los establecimientos donde estaban detenidas las personas a quienes se iba a registrar.

Antes de realizar el allanamiento se interrogaba a la persona afectada con la práctica (su persona o su domicilio) y solo cuando dicho interrogatorio no causaba la entrega voluntaria del objeto de la investigación o la desaparición de los motivos que aconsejaban la realización de la diligencia, el allanamiento se

²⁷ El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, contempla esta posibilidad en los artículos 227 y siguientes, según sea la naturaleza del recinto allanado (habitación o domicilio privado, locales industriales, comerciales, oficinas, etc). Todas esas nociones del artículo mencionado, serán de tal magnitud que no irrumpir inmediatamente en el recinto privado signifique la muerte de un ser humano, o la pérdida irreparable de bienes de valor elevado, ya que los daños previsibles exigen la urgente intervención para evitarlos a toda costa.

A propósito de esto: Juan José Soto Cervantes (1985). *Las Medidas Cautelares en la Legislación Procesal Penal*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 272.

²⁸ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Op. Cit., p. 177, artículo 234.
Asamblea Nacional Constituyente (1913). Op. Clt., p. 199, artículo 228.

practicaba, pero en casos de urgencia se podía realizar el allanamiento antes del interrogatorio.²⁹

Según esta normativa el Juez debía fundamentar dichas medidas, requisito hoy esencial para calificar de legal un allanamiento, expresando en él con toda claridad, cuál era el edificio o lugar cerrado por allanar y los actos de registro que se practicarían. Dicha orden debía notificarse al dueño o encargado del recinto por allanar.

Posterior a eso, se presentaban en el lugar el funcionario y su secretario, llamaban al dueño o encargado y le informaban que debía franquear la puerta o puertas. Se le hacían hasta tres intimaciones y si después de la última mantenía su negativa y la puerta continuaba cerrada, se usaba la fuerza, como último recurso. En lugares deshabitados o desocupados el Juez lo expresaba en la diligencia y realizaba el allanamiento.³⁰

²⁹ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Op. Cit., p. 177, artículo 235.
Asamblea Nacional Constituyente (1913). Op. Cit., p. 199, artículo 229.

³⁰ Idem, artículo 236-238.
Idem, artículo 230-232.

Además, según dicha regulación toda resistencia al allanamiento se consideraría y juzgaría como desobediencia a la autoridad, si no se descubría que había tenido como objeto encubrir el delito o a sus autores.³¹

Para el Código de 1906, artículo 240, bastaba para decretar el allanamiento, *“la denuncia jurada de alguna persona de buena fama, algún indicio grave ó la notoriedad del hecho que dé lugar á la pesquisa”*³², siendo el primer motivo para decretarlo un factor subjetivo que, en nuestros días disminuiría la credibilidad de esta medida, debido a la afectación de derechos que esta implica.

Cuando debía efectuarse en iglesias, colegios, hospicios, hospitales o edificios de una sociedad particular³³, la intimación se hacía al eclesiástico encargado, director, jefe, presidente o superior respectivo. Si era un instituto o casa de educación de niñas u hospicios de mujeres, el superior o superiora tenía derecho de acompañar al funcionario que practicaba el registro y firmaba el acta correspondiente.

Durante el allanamiento debían evitarse las inspecciones inútiles y molestar o perjudicar al interesado más de lo estrictamente necesario. Por eso quien lo

³¹ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Op. Cit., p. 177, artículo 239. Asamblea Nacional Constituyente (1913). Op. Cit., p. 199, artículo 233.

³² El artículo 234 del Código de Procedimientos Penales de 1913 contenía la misma regulación.

³³ Artículo 241 en el Código de 1906 y 235 en el de 1913.

practicaba debía adoptar las precauciones convenientes para no comprometer la reputación de la persona y respetar sus secretos siempre que eso no dañara la investigación.³⁴

El propietario, arrendatario o encargado del lugar era invitado a presenciar el acto y si estaba impedido, no estaba o no quería presenciarlo ni nombrar representante, se practicaba en presencia de un familiar mayor de edad y en su defecto, en presencia de dos testigos vecinos.³⁵ Todos los concurrentes firmaban el acta levantada, y si no descubrían algo sospechoso en el lugar allanado, se daba testimonio de eso al interesado.³⁶

El Juez recogía y secuestraba todos los objetos relacionados con el delito³⁷ o útiles para su investigación y el inventario se agregaba al proceso y del cual se debía dar copia autorizada al interesado que la solicitaba. Estas diligencias se debían realizar en una sola sesión; pero si era necesario suspenderlas, cerraban y sellaban el local y los muebles para asegurar el éxito de la operación.³⁸

³⁴ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Op. Cit., p. 177, artículo 242.
Asamblea Nacional Constituyente (1913). Op. Cit., p. 199, artículo 236.

³⁵ Artículo 243.

³⁶ El artículo correspondiente al contenido de esta disposición en la regulación de 1913 es el 237.

³⁷ Para estos efectos, el autor Javier Llobet Rodríguez, ha escrito lo siguiente: "... *Objetos relacionados con el delito son aquellos sobre los que recayó el delito, los instrumentos con que se llevó a cabo éste, y las cosas que son consecuencia del delito...*" (Proceso Penal Comentado, Edit. Mundo Gráfico, San José, 1.998, pág. 469).

³⁸ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Op. Cit., p. 177, artículo 244-245.
Asamblea Nacional Constituyente (1913). Op. Cit., p. 199, artículo 238, 239.

Durante el allanamiento y el registro nadie podía entrar o salir de la casa sin permiso de la autoridad, para lo cual adoptaban las medidas de vigilancia necesarias para evitar la evasión de buscados o la extracción de instrumentos del delito, útiles a la investigación. La autoridad ponía a vigilar el edificio a la Policía o a personas honradas, situándolos en las calles que rodeaban el lugar, con orden de detener y llevarle a los que salieran y las cosas que extrajeran.³⁹

En el caso de casas y naves con privilegio de exterritorialidad, el Tribunal debía pedir la venia al Agente Diplomático, por medio de un oficio y si se negaba o no contestaba, debía informarlo de inmediato al Secretario de Estado en el Despacho de Relaciones Exteriores. No podía entrar hasta no recibir contestación, pero podía tomar las medidas de vigilancia autorizadas por el Código, no aplicables al ministro ni a personas con privilegio de inmunidad diplomática.⁴⁰

El acta de allanamiento debía expresar los nombres del funcionario que lo practicaba (a quien acompañaban dos testigos si eso no afectaba la investigación) y de las personas que intervinieron, los incidentes ocurridos, la hora en que inició y

³⁹ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Op. Cit., p. 177, artículo 246.
Asamblea Nacional Constituyente (1913). Op. Cit., p. 199, artículo 240.

⁴⁰ Idem, artículo 247.
Idem, artículo 241.

concluyó, la relación del registro en el orden efectuado, los resultados obtenidos y debía firmarla el Juez, su Secretario y los que habían intervenido.⁴¹

En algunos casos los Agentes de Policía podían realizar el allanamiento por propia autoridad, cumpliendo las formalidades que establecía el Código:

“1°.- Cuando sean portadores de mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar á efecto su captura.

2°.- Cuando un individuo sea sorprendido en flagrante delito, ó cuando un delincuente inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte ó refugie en el lugar que se trata de allanar. Esto siempre que el reo lo fuere por delito que merezca pena corporal”⁴².

Se establecía en el artículo 250 una responsabilidad para los funcionarios que efectuaban el allanamiento, por los daños y perjuicios que causaban al dueño de la casa o lugar allanado, exceptuando la ruptura de puertas y cerraduras cuando empleaban la fuerza y por los abusos que cometieran en la práctica de la diligencia.⁴³

Este Código prohibía la realización de allanamientos durante la noche, salvo *“los casos en que se obrare en persecución de un reo evadido de los presidios, en los de flagrante delito que fuere de naturaleza grave y en los que se indican en los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 234 , sin perjuicio, siempre, de que la*

⁴¹ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Op. Cit., p. 177, artículo 248.
Asamblea Nacional Constituyente (1913). Op. Cit., p. 199, artículo 242.

⁴² Idem, artículo 249.
Idem, artículo 243.

⁴³ Artículo 244 del Código de Procedimientos Penales de 1913.

*autoridad tome, si hubiere de abstenerse del allanamiento, las precauciones previstas en el artículo 246”.*⁴⁴

Finalmente, el artículo 252 (artículo 246 del Código de Procedimientos Penales de 1913) disponía que contra los autos que se dictaran conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores solo había recurso de responsabilidad.

En 1973 entra en vigencia un nuevo Código de Procedimientos Penales, que parte del modelo procesal mixto con prevalencia de principios inquisitivos. Este regulaba el allanamiento de morada en los artículos 209 a 213, autorizando al juez para que, por medio de auto fundado, ordenara su realización cuando existieran sospechas de que en un lugar habían cosas relacionadas con el hecho punible o que podían detener al imputado, una persona evadida o sospechosa.⁴⁵

Según el mismo artículo 209 la policía administrativa podría proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la Policía Judicial y la orden debía ser escrita y expresar el lugar, día y hora en que se efectuaría y el nombre del comisionado.

⁴⁴ Asamblea Nacional Constituyente (1906). *Código de Procedimientos Penales*. San José: Tipografía Nacional, p. 177. Artículo 251.

Asamblea Nacional Constituyente (1913). *Código de Procedimientos Penales y Leyes Complementarias*. San José: Tipografía Lehmann, p. 199. Artículo 245.

En este Código los incisos citados corresponden al artículo 228 y las precauciones son las previstas en el artículo 240.

⁴⁵ Asamblea Legislativa (1995). *Código de Procedimientos Penales: concordado y con anotaciones sobre consultas y acciones de inconstitucionalidad*. 2ª edición. San José: IJSA, p. 228, artículo 209.

De la relación entre el párrafo segundo del artículo 209 y el 216 del mismo Código se deduce que dicha delegación sólo puede darse *“en casos de urgencia y mediante resolución debidamente motivada”*.⁴⁶

Para la Sala Tercera, dicha delegación en miembros de la Policía Judicial es solo excepcionalmente y el motivo debe estar *“expresa y debidamente fundamentado con las razones por las cuales no puede estar presente en dicha actuación”*. Así mismo, se pretende *“que el juez de instrucción se constituya en garante del acto a realizarse, por lo que sólo excepcionalmente podría no estar presente”*.⁴⁷

Según ésta resolución dicha normativa demuestra *“el interés del legislador por garantizar la inviolabilidad del domicilio, de forma tal que solamente por la vía de la excepción se permite que las autoridades puedan allanar un domicilio”*.⁴⁸

⁴⁶ Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. El artículo 173 del Código Procesal Penal del Salvador señala que el objeto del registro, es decir el lugar, es el *“espacio ocupado o que puede ser ocupado por un cuerpo cualquiera”*; otra acepción, como *“sitio o paraje”*, esto significa terreno delimitado que es a propósito para una casa; por último, terreno: es sitio o espacio de tierra. Señala que, la especificidad de la morada es imprescindible cuando ello sea posible de acuerdo a las circunstancias del ámbito territorial donde está enclavada, esto no afecta la garantía cuando por circunstancias objetivas y comprobables resulta difícil especificar la morada, por ejemplo con número (Sentencia del 19/III/99, T 3°S. San Salvador). www.csj.gob.sv.

⁴⁷ Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁸ Idem.

Esta normativa, en su artículo 210, disponía que debía realizarse entre las seis y las dieciocho horas, si tenía que efectuarse en un lugar habitado o sus dependencias cerradas; sin embargo, permitía la realización a cualquier hora cuando el morador o su representante lo consienta, en casos sumamente graves o urgentes, o si peligraba el orden público.

Sobre el “*allanamiento de otros locales*”, de acuerdo con este mismo Código en el caso de las oficinas administrativas, establecimientos de reunión o recreo, el local de las asociaciones u otros lugares cerrados no destinados a habitación particular, debía darse aviso a sus encargados, había que darles aviso a sus encargados, salvo los casos cuando se considerara que esto era perjudicial para la investigación.⁴⁹

El Código indicaba los casos en que podían efectuarse allanamientos sin orden judicial (artículo 212), a saber: incendios, inundaciones, amenazas a la vida de los habitantes o la propiedad, la denuncia de que personas extrañas ingresaron al local con intención de cometer un delito, la introducción de un imputado de delito grave perseguido para su aprehensión y si las voces provenientes de una casa indicaban que se cometería un delito ahí o que pidieran socorro.

⁴⁹ Asamblea Legislativa (1995). Código de Procedimientos Penales: concordado y con anotaciones sobre consultas y acciones de inconstitucionalidad. 2ª edición. San José: IJSA, p. 228, artículo 211.

La orden de allanamiento debía notificarse al que habitara, poseyera, estuviere encargado y, a falta de este, al mayor de edad que se encontrara en el sitio donde se realizaría, con prioridad de familiares, persona que era invitada a presenciar el registro y si no se encontraba nadie, se hacía constar en el acta. El resultado del allanamiento se hacía constar en el acta (que firmaban todos los concurrentes), señalando las circunstancias útiles para la investigación.⁵⁰

⁵⁰ Asamblea Legislativa (1995). Código de Procedimientos Penales: concordado y con anotaciones sobre consultas y acciones de inconstitucionalidad. 2ª edición. San José: IJSA, p. 228, artículo 213.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL ALLANAMIENTO EN LA DOCTRINA

I. CONCEPCIÓN, NATURALEZA JURÍDICA, CARACTERÍSTICAS

A. CONCEPCIÓN

El diccionario La Enciclopedia indica que “allanar” es “poner llana la superficie de un terreno u otra cosa”; “permitir la entrada de la fuerza pública en un recinto privado” o “entrar en casa ajena contra la voluntad del dueño”⁵¹, siendo la primera ajena a la concepción utilizada por nuestra legislación procesal penal.

Por su parte, indica el Diccionario de la Lengua Española que allanar es “irrupir o entrar a la fuerza o violentamente en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño, es una medida cautelar real legítima, únicamente cuando es acordada previamente por un órgano jurisdiccional, en virtud de ser necesaria para la debida investigación de un ilícito penal”.⁵²

Esta entrada violenta a la casa de un particular contra su voluntad legítima, autorizada por el ordenamiento jurídico, pone de manifiesto que los derechos individuales son franqueables cuando se busca un bienestar superior, como la

⁵¹ (2004). *La Enciclopedia*. Volumen I. Madrid: Salvat Editores.

⁵² Real Academia (1983). *Diccionario de la Lengua Española*. Décimo Novena Edición. España.

ubicación de objetos o personas fundamentales para la investigación de un hecho delictivo, es decir, aquí considerado como medida cautelar.

Cabanellas coincide en que consiste en una autorización a los funcionarios judiciales para ingresar a una casa privada o lugar cerrado con el fin de “*efectuar registros, detenciones y demás diligencias*”.⁵³

Desde el punto de vista procesal penal, Jorge Clariá Olmedo indica que es “*un acto de coerción real limitativo de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad expresa de quien está protegido por esta garantía...*”⁵⁴, definición acogida por la Sala Constitucional en la resolución 4029-92, en la cual agrega que el acto es cumplido por la autoridad judicial con fines procesales y legítimo, si se efectúa siguiendo las formalidades legales.

Antes de continuar, se debe hacer una aclaración terminológica, pues como se verá durante el desarrollo de este trabajo, existen autores que emplean el término allanamiento como sinónimo de registro de morada, mientras que otros lo

⁵³ Citado en: Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 14.

⁵⁴ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. San José: Editec Editores, p. 13.
Esta definición fue acogida por:
Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). Op. Cit., p. 7.
(Bonilla (Carlos E.). *Manual de Técnica Policial*. Universidad S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 299.

utilizan para referirse al delito cometido por un funcionario público cuando ingresa a un recinto habitado. Por eso en la presente investigación los emplearé como sinónimos y cuando me refiera al delito utilizaré el concepto de allanamiento ilegal.

Dentro de los autores que los emplean como sinónimos, Hugo Velásquez dispone que el allanamiento también llamado registro domiciliario, es el acto mediante el cual un juez ordena la revisión o inspección de un determinado inmueble al existir motivos suficientes para presumir que allí pueden existir elementos relacionados con el delito investigado o que pueden detener un imputado o una persona evadida o sospechosa y el acceso al lugar lo efectúa el juez o la policía judicial.⁵⁵

Con este instrumento procesal se relaciona el de flagrancia, regulativo procesal que permite la restricción de derechos fundamentales cuando se constata una conducta aparentemente criminal por el que la percibe quien, dada la vinculación directa e inmediata con ese, puede restringir un derecho al que realiza la conducta, sin esperar previa orden judicial.⁵⁶

⁵⁵ Velásquez Castro, Hugo Francisco. (1992). La Prueba Ilegal en el Derecho Penal Costarricense. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, pp. 76, 77.

⁵⁶ Sentencia de fecha dieciséis de mayo del dos mil dos del Tribunal Superior Tercero de San Salvador. www.csj.gob.sv

En casos de flagrancia de percepción palmaria e inmediata del suceso criminal se permite al policía valorar los hechos, para decidir si allana incluso sin consentimiento del morador ni orden de juez, pues lo urgente hace razonable la limitación de la garantía. En caso contrario, no está autorizado para tomar esa decisión y no podría subrogarse funciones que no le competen, aún pidiendo el consentimiento del morador, ocasionando abusos de autoridad.⁵⁷

Señala el artículo 193 del Código Procesal Penal, como en definiciones anteriores, que se trata de realizar un registro *“en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocios u oficina, con la presencia de un juez, contra o sin la voluntad del titular, en un determinado período horario”*, que puede delegarse al fiscal si es en locales públicos, además de requerir de ciertos requisitos para ordenarlo y formalidades al momento de ejecutarlo.⁵⁸

Según dispuso la Sala Constitucional, sentencia 4029-92, este acto permite la realización de dos actuaciones; por un lado el ingreso a un recinto determinado de las personas autorizadas por la legislación y, por el otro, la realización de otros actos como lo son la inspección y el registro. Por ende, en cuanto a la posición

⁵⁷ Como sucede en El Salvador, según se demuestra en la sentencia del dieciséis de mayo del dos mil dos del Tribunal Superior Tercero de San Salvador. www.csj.gob.sv

⁵⁸ Zúñiga Morales, Ulises (compilador) (2004). *Código Procesal Penal*. Séptima Edición. San José: IJSA, p. 109

de la Sala Constitucional este es un instrumento que facilita la realización de otros actos útiles para el desenvolvimiento del proceso.

Agrega la Sala Constitucional en resolución posterior, que este acto es legítimo si los casos están previamente determinados por la ley, si se efectúa con las formalidades señaladas y se fundamenta su necesidad, exhibiéndose la orden al titular o una persona mayor de edad que allí este, debiéndose realizar el registro en presencia de ellas y levantando un acta de lo actuado.⁵⁹

Por su parte, indicaba la Sala Tercera de la Corte, en su resolución 468-99, que *“es el procedimiento constitucionalmente autorizado para lesionar la esfera de intimidad del domicilio, habitación o recinto privado de los habitantes de la República, celosamente garantizado por el Constituyente”*.

La normativa procesal penal y la jurisprudencia señalan varios elementos para la definición del allanamiento: ingreso forzado con intención procesal realizado en un recinto privado o similares, previa orden judicial (salvo los casos que eximen de esta), realizado por sujetos determinados como el juez (que debe velar por el respeto de los derechos de los involucrados) y cumpliendo con los requisitos que exige la ley procesal.

⁵⁹ Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Aún en casos de urgencia y necesidad se deben seguir estrictamente los procedimientos y requisitos indicados para la orden de allanamiento, la notificación, el funcionario competente para efectuarlo y el horario habilitado para ello, a los cuales me referiré posteriormente, y cuyo fin es que los derechos fundamentales sean violentados lo menos posible.

B. NATURALEZA JURÍDICA

B.1. EL ALLANAMIENTO COMO MEDIDA CAUTELAR

El allanamiento se ha configurado como un instrumento que permite la realización de una serie de medidas cautelares de alto alcance coercitivo, y por esto se le ha considerado una limitación a ciertas garantías constitucionales como el derecho de propiedad privada, ya que los autorizados para ejecutarlo podrían introducirse a un lugar aún contra la voluntad de la persona legitimada para oponerse.

Así concebido, es una serie de actos o diligencias sistemáticamente organizadas dentro del proceso, según lo dispuesto por la ley, para obtener algo dentro de lo jurídicamente posible, ya sea un sospechoso de conducta punible

penalmente, o la consecución de objetos útiles para la investigación del ilícito, en momentos procesales específicos.

Carnelutti define esta actividad como la lucha del juzgador contra el tiempo y los factores adversos que se oponen y obstaculizan la actividad jurisdiccional, así como la influencia decisiva de estos sobre las partes y las cosas.⁶⁰

La Sala Tercera ha reconocido que en el ámbito procesal, el allanamiento es concebido como *“una diligencia de investigación, de naturaleza coercitiva o cautelar”*, cuyo propósito es obtener *“elementos de prueba que verifiquen, confirmen o aseguren que en determinado recinto se encuentran rastros de un delito, se está cometiendo un ilícito o se esconden los responsables de un hecho delictivo, como supuestos más comunes...”*.⁶¹

B.2. COMO MEDIDA ACCESORIA

Otra perspectiva que vale la pena resaltar, es la sostenida por varios autores, entre ellos Juan José Soto y Edwin Duartes, para quienes es una medida de coerción, accesoria, pues es un instrumento para efectivizar otros, como sería el secuestro, captura, inspección y más concretamente el registro, cuyo fin es

⁶⁰ Citado en: Juan José Soto Cervantes (1985). *Las Medidas Cautelares en la Legislación Procesal Penal*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 98.

⁶¹ Resolución 468-99. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. También lo retoma esta Sala en la resolución 2005-00211.

localizar, ya sea cosas relacionadas con el hecho delictivo, o bien detener al inculcado en el lugar objeto del allanamiento.⁶²

A nivel jurisprudencial, en algunas oportunidades la Sala Constitucional lo ha definido en igual sentido, considerando que no sólo permite el ingreso de extraños a un recinto privado sino *“también practicar determinados actos necesarios para el desenvolvimiento del proceso: inspección, registro, secuestro, captura, entre otros”*⁶³, siempre que se satisfagan las formalidades dispuestas por ley y respetando valores jurídicos fundamentales de la colectividad, la vida y la propiedad.

Para la Sala Constitucional es esencial y constitucional para cumplir los fines procesales, que el allanamiento permita la realización de otros actos, si fueran necesarios; sin embargo, en el caso del secuestro de documentos privados y comunicaciones escritas no puede realizarse con base en el artículo que autoriza el allanamiento, pues el constituyente quiso darles mayor garantía al disponer reglas diferentes para estos en el artículo 24 constitucional.⁶⁴

⁶² A propósito de este punto se pueden remitir a los siguientes trabajos:

-Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 11.

-Juan José Soto Cervantes (1985). Op Cit., p. 272.

-Gustavo Céspedes Chinchilla y Mauricio Molina Valverde (1996). *La Participación de la Policía Administrativa en el Acopio de Prueba*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 253.

⁶³ Voto 4029-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. De esta perspectiva parten Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz (2002). Op. Cit., p. 8.

⁶⁴ Voto 4029-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Así, esta naturaleza del allanamiento que permite cumplir con fines procesales es, desde mi punto de vista, la naturaleza más acertada que puede otorgársele al allanamiento, pues se convierte en un instrumento que le facilita al juez conseguir mayores elementos de prueba para la resolución de un determinado proceso, de manera que cuando dicte la sentencia su certeza sea absoluta.

En ese sentido, en el allanamiento se dan dos operaciones complementarias y una operación ocasional: la entrada o acceso a un lugar cerrado privado y el registro del lugar serán las operaciones complementarias; y de forma ocasional, lo será el secuestro (si los objetos se localizan, recogen y ponen en custodia de la autoridad competente).⁶⁵

Así la Procuraduría General de la República muestra conformidad con el criterio expresado por la Sala Constitucional en la resolución 4029-92, al indicar que *“el Juez de Instrucción, para facilitar el trabajo de investigación de un delito, dicta una orden de allanamiento, pero con el único propósito de darle entrada a otras actuaciones policiales como son el registro y el secuestro”*.

⁶⁵ Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). *El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 14.

B.3. MEDIO PROBATORIO

Varios autores han considerado que el allanamiento y el registro conforman un solo medio probatorio dividido abstractamente en dos actos procesales: introducirse físicamente a un lugar determinado (allanar) y observar y localizar cosas relacionadas con el delito o a los presuntos inculcados (registrar).⁶⁶

Hugo Velásquez lo explica como *“el acceso al lugar por parte del propio juez o de la policía judicial, tanto para la obtención de elementos probatorios útiles a la investigación, como para la aprehensión del imputado”*.⁶⁷

A propósito de esta perspectiva, todos los elementos ubicados como producto de la realización del allanamiento deben estar relacionados con el hecho punible que se investiga, por eso es rescatable la normativa anterior, cuando señalaba que en la práctica de esta diligencia la autoridad debía evitar las actuaciones inútiles para la investigación.

Nuestra legislación penal parece inclinarse por considerar el allanamiento dentro de esta naturaleza jurídica, desde el momento en que en el Código

⁶⁶ Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). *El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 13.

⁶⁷ Hugo Francisco Velásquez Castro (1992). *La Prueba Ilegal en el Derecho Penal Costarricense*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 77.

Procesal Penal ubica esta figura dentro del apartado referido a los medios de prueba, los cuales emplean, tanto el Ministerio Público, como los Tribunales, para lograr la averiguación de la verdad, cuyo propósito tiene la investigación penal.

De acuerdo con la Sala Tercera si bien es una intromisión en un derecho fundamental y una actuación irreproducible, no es un anticipo jurisdiccional de prueba (artículo 293 del Código Procesal Penal), que requiera la presencia del defensor del acusado; por eso es facultativo para el juez y su incumplimiento no invalida la diligencia pues el juez es su garante constitucional de los fundamentos para autorizar su realización *“en pleno respecto de los derechos e integridad de los afectados”*.⁶⁸

Además, indica la misma Sala, en la fase de investigación, se tienen sospechas fundadas de la posible participación de ciertas personas en un hecho delictivo; no se tiene un cargo concreto que atribuir -requisito indispensable de toda imputación- por lo que no puede hablarse de imputado, aunque los sujetos investigados hayan sido identificados por los oficiales de policía y el fiscal.⁶⁹

Según esa resolución 2002-00406 de la Sala Tercera con el resultado de la diligencia de allanamiento se sientan las bases y se delimita la imputación, es

⁶⁸ Resolución 2002- 000406. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁹ Idem.

decir, una vez que se tenga conocimiento de lo encontrado en el recinto allanado y registrado, ya sean rastros, evidencias materiales, aunado a la responsabilidad que se le puede atribuir al sujeto investigado.

B.4. COMO DELITO PENAL

En el caso del allanamiento de morada, es importante diferenciar entre el allanamiento como acto procesal realizado a gestión de parte -en el cual debe efectuarse un análisis comprobatorio de los presupuestos previstos por el legislador que fundamentan su validez-, y el allanamiento de morada constitutivo de una conducta típica. Ambos se encuentran íntimamente ligados entre sí.

Desde la primera perspectiva, doctrinariamente se ha considerado el allanamiento de un domicilio como el acto por el cual la autoridad penetra en un recinto privado, contra o sin la voluntad del titular, siendo legítimo si la autoridad lo practica en los casos y con las formalidades previamente determinados por ley, para que el allanamiento no sea ilícito. En el incumplimiento alimentario, el allanamiento de morada tiene como fin cumplir una orden de apremio corporal, dictada en contra de un deudor alimentario moroso, quien es requerido para cumplir por autoridad competente.⁷⁰

⁷⁰ Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En nuestro sistema de derecho, con respecto al bien jurídico protegido por el delito de allanamiento de morada, dos han sido las posiciones doctrinarias más relevantes:

“a) La que considera que en el delito de allanamiento de morada se protege la libertad de la voluntad y

*b) Aquella que considera que lo es la libertad individual localizada. Dentro de los seguidores de esta tesis se llega a la conclusión de que lo que se protege en realidad con ello es la intimidad personal”.*⁷¹

C. CARACTERÍSTICAS

Allanar es una función que compete solo a funcionarios públicos del Poder Judicial (juez, policía judicial) en el ejercicio de sus funciones para que, por este medio, puedan ingresar a un recinto privado con objetivos específicos establecidos por ley.

Así mismo, esta figura se caracteriza por tener su propósito claramente definido: obtener elementos útiles a la investigación o la ubicación de un posible imputado o sospechoso de la comisión de un delito, a los cuales me referiré posteriormente.

⁷¹ Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Este voto señala que, “dentro de una concepción puramente formalista -que existe en un sector de la doctrina penal española- que surgió la consideración de que el bien jurídico protegido es la libertad y seguridad del individuo, llegándose a estimar inclusive, que es la seguridad de las personas lo protegido por el Derecho”.

Además, se requiere justificación (indicios o sospechas) para que el juez lo dicte, pero existen algunos casos de excepción al permiso escrito como lo es “*el flagrante delito y excepciones de la inviolabilidad del domicilio*”.⁷²

En un país como Costa Rica, el cual se rige por el principio de inocencia, no debería dictarse una orden de allanamiento simplemente basándose en indicios o sospechas; sí es conveniente en casos de flagrancia eximir de la orden escrita requerida para la práctica del allanamiento, por la necesidad y conveniencia de proceder con rapidez, por ejemplo, en casos de robo.

Esta figura, además, se distingue por poseer un carácter coercitivo. Al respecto, según José Caferatta Nores, cuando se estime que el titular del derecho de exclusión del lugar por registrar, posiblemente no se preste voluntariamente a la realización del acto, la ley autoriza al juez a disponer de la fuerza pública y ordenar el registro.⁷³

⁷² Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 14.

⁷³ Citado por: Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. San José: Editec Editores, p. 14.

El allanamiento es un acto único, definitivo, irrepetible, inmediato, confidencial, sorpresivo⁷⁴ y una medida con carácter excepcional (artículo 23 en relación con el 28 párrafo segundo, ambos constitucionales).

Para la Sala Tercera es una diligencia irrepetible con características *“que la hacen propia y única, como son la necesidad de practicarse en forma inmediata, la confidencialidad en su realización, participando de un innegable factor sorpresa, que evite a toda costa la fuga de información o el riesgo de pérdida de los resultados que se esperan y es innegable que todos estos elementos sólo se producirán esa única vez”*.⁷⁵

La frecuente lesión de ciertos derechos fundamentales, es una de las características propias del allanamiento, aunque en ocasiones sea totalmente justificada como cuando se buscan pruebas que confirmen la comisión de un hecho ilícito o la búsqueda de evidencia relacionada con asuntos de violencia doméstica.

La forma como se encuentre el interior del recinto, las personas y objetos (ubicación, cantidad, calidad y otras características) pueden alterarse por diversos

⁷⁴ Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). *El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, pp. 13, 61.

⁷⁵ Resoluciones 468-99 y 2002- 000406. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. De esta definición parten Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). Op. Cit., pp. 12, 13.

factores (incluso ambientales) y aunque se hayan fotografiado e impedido la entrada al lugar de otras personas sólo en ese momento estarán en esa forma. Por eso es importante realizar el allanamiento inmediatamente después de haberse cometido el hecho delictivo, esperando encontrar todo en el estado en que se dieron las circunstancias.

II. FINALIDAD

En el Derecho Procesal Penal el allanamiento permite el ingreso a un determinado recinto privado o establecimiento público con un objetivo definido previamente, como cuando existen elementos de convicción suficientes para presumir que ahí hay objetos o instrumentos relacionados con el delito⁷⁶, o una persona sospechosa de haber cometido un delito.

Los fines determinados previamente del allanamiento deben ser indicados en la resolución del juez que la ordena, o en palabras de Edwin Duarte *“así las cosas cuando el ente represivo necesita una Orden de Allanamiento para un fin o*

⁷⁶ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., pp. 15, 16.

Este autor hace referencia al término hecho punible, empleado en la regulación de 1973, lo que según Edwin Duarte *“deja entrever la posibilidad de que esta medida coercitiva se verifique también en el caso de contravenciones”*.

En legislaciones como la Argentina, el Código Procesal Penal al referirse al propósito que tiene la realización del allanamiento, en su artículo 224, señala que *“espera encontrar elementos que coadyuven a la instrucción y quizá la detención de delincuentes”*.

A propósito de esto: David Elbio Dayenoff (1994). *Defensas Penales y Acutaciones Procesales en el Nuevo Proceso Oral*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, p. 91.

fines determinados, estos deberán ser anunciados en la resolución fundada del Juez".⁷⁷

Además, subsidiariamente debe velar por la conservación de esos elementos de prueba, mediante el secuestro⁷⁸, finalidad cautelar que consiste en recabar, rescatar, asegurar y preservar procesalmente las pruebas materiales incriminatorias, evitando cualquier hecho que pueda alterar, destruir o menoscabar los elementos útiles al proceso; por eso el juez o el fiscal ingresan al lugar donde permanecen ocultas y ajenas al proceso.

Esta medida representa la posibilidad de obtener, como fuente primaria, no solo la prueba a la que se hizo referencia, sino también el contexto en que se desarrolló un determinado acto delictivo o el ámbito en que se desarrolló una persona involucrada en el mismo, pues sólo por esa única vez los objetos o personas se encontrarán en ese estado, ubicación, cantidad.

Esta diligencia se ha empleado para la práctica del registro, el cual no es el único fin pues también permite prestar auxilio a las personas (como las víctimas de violencia doméstica), detener sospechosos, secuestrar evidencia relacionada

⁷⁷ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero. Op. Cit., p. 35.

⁷⁸ Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). Op. Cit., p. 14.
A propósito de este tema, está:
Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 16.

con un determinado caso investigado, la detención de deudores alimentarios o como instrumento para lograr la ejecución efectiva de sentencias.

También busca evitar un mal que sea grave o las consecuencias de un acto de difícil o imposible reparación, como la muerte de una persona, o la pérdida irreparable de bienes de valor elevado pues los daños previsibles exigen la urgente intervención para evitarlos a toda costa.

Según el criterio de Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz tiene por objeto *“la consecución ágil, oportuna y adecuada, de elementos de prueba, que de otra manera no hubieran podido ser localizados”*.⁷⁹

Durante la práctica de la diligencia se deben evitar las inspecciones inútiles, para molestar o perjudicar lo menos posible a los involucrados, como disponían regulaciones anteriores, para lo cual las autoridades pueden tomar las precauciones necesarias para no dañar la reputación y secretos de estos, siempre que esto no dañe la investigación.

⁷⁹ Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). *El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 13.

III. PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA Y EJECUCIÓN

A. REQUISITOS DE FORMA

A.1. REQUISITOS DE LA ORDEN

En primer lugar, estos requisitos son una garantía que toda persona u operador del derecho debe considerar para evitar cualquier arbitrariedad o abuso al tratar de determinar la verdad real de los hechos. Señala la Sala Tercera que *“no es la formalidad por la mera formalidad, sino la formalidad como instrumento que permite hacer efectivo el principio de seguridad que debe gobernar todo proceso”*.⁸⁰

El ordenamiento procesal penal de 1906 nos hereda el requisito de que la orden de allanamiento debe ser escrita por cuanto, el artículo 236 establecía la obligación de disponer el allanamiento en decreto y notificar al dueño o encargado de la casa, establecimiento u oficina por allanar.⁸¹

El actual Código Procesal Penal, en su artículo 195, suma otras formalidades para efectuar un allanamiento legal, a saber: el nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento, identificación del procedimiento

⁸⁰ Resolución 2001-00917. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁸¹ Asamblea Nacional Constituyente (1906). Op. Cit., p. 177, artículo 236. También se refiere a este tema: Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 26.

ordenado, determinación concreta del lugar o lugares que se registrarán⁸², nombre de la autoridad que practicará el registro o si se delega en el Ministerio Público o la policía, motivo del allanamiento y la hora y fecha en que se practicará.⁸³

Aunque el artículo mencionado no lo señala, se puede deducir que la orden de allanamiento debe llevar la firma del encargado que ordena la diligencia de allanamiento, y el sello del despacho del cual forma parte el juez que lo ordena, ya sea un juzgado o un tribunal penal, ya que esto da seguridad a la persona afectada con la práctica del allanamiento.

Se debe indicar en la orden la hora en que se efectuará el allanamiento. Si se lleva a cabo a otra hora la diligencia igual es válida y legal; sin embargo, sí es importante que las razones del atraso sean razonables.

Según el artículo 194 del Código Procesal Penal la orden debe ser escrita, aunque la diligencia la lleve a cabo el juez personalmente, pues el artículo posterior en su inciso c) señala que se debe indicar el nombre de la autoridad que

⁸² Sobre este requisito, la Sala Primera de El Salvador puntualiza que la ley exige la determinación del lugar donde ha de efectuarse, ya que debe mediar algún tipo de vinculación entre el "situs" indicado y los hechos de la causa o las personas sospechosas, y así evitar arbitrariedades.

⁸³ El artículo 224 del Código de Procesal Penal de Argentina dispone esos mismos requisitos.

Sobre este punto se puede consultar:

- Jorge R. Moras Mom (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal – Juicio Oral y Público Penal*. Tercera Edición Ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 190.

- Davis Elbio Dayenoff (1994). *Defensas Penales y Acutaciones Procesales en el Nuevo Proceso Oral*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, p. 91.

lo practicará, si se delega. Aunado a lo anterior, la Constitución Política claramente dispone, en su artículo 23, que la orden emitida por el juez competente debe ser escrita.

Para la Sala Constitucional esa exigencia viene del momento histórico cuando surgió la norma constitucional, época en que *“prevalecía la escritura”* y el juez de la causa dirigía la investigación y ordenaba actuaciones a otras autoridades para obtener las pruebas que se utilizarían para resolver y, al no realizarla él personalmente, era importante documentar los detalles que dirigirían la intervención estatal sobre el derecho fundamental afectado.⁸⁴

Señala la Sala Constitucional que la necesidad de orden escrita queda cubierta si el juez realiza personalmente la diligencia, ya que la oralidad que prevalece en nuestro proceso penal hace que la motivación de los actos no se haga de la forma tradicional (escritura) sino oral, *“justificando con palabras suficientes, explicando y dando razones que ameritan la actuación...”*, no exime de la obligación de motivar las actuaciones, que causaría la ilegitimidad de lo actuado.⁸⁵

⁸⁴ Resolución 2003-04672. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. También se refiere a esto la resolución 2005-00211 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁸⁵ Resolución 2003-04672. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. A propósito de este aspecto se puede consultar las resoluciones 2003-565 del Tribunal de Casación Penal, que retoma la posición de la Sala Constitucional en el sentido de que, cuando esté el Juez Penal presente en el lugar en que se efectuará el allanamiento la orden no tiene necesariamente que ser escrita, ya que incluso puede ser expedida verbalmente, y la 2005-00211 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

De lo dicho por la Sala Constitucional se puede concluir que la falta de orden escrita del juez no viola los principios constitucionales del debido proceso cuando el juez está presente en la práctica y a la vez tiene una participación activa en la realización.

Posteriormente, la Sala Constitucional indicó, retomando su resolución número 02773-97, que aunque debe existir orden escrita emitida por un Juez cuando el allanamiento lo deba practicar la policía en un recinto privado⁸⁶; si el juez está presente en la realización no se requiere la orden escrita pues, es él quien resguarda el derecho constitucional y dicta la orden ya no desde su despacho, sino desde el sitio del allanamiento.⁸⁷

Cuando Francisco Dall' Anese Ruiz fue magistrado, en una oportunidad salvó su voto pues consideró que la interpretación de la Sala Constitucional del artículo 23 sobre la orden escrita emitida por el juez era incorrecta ya que, el allanamiento no dictado de esa forma era un acto ilícito e impedía el control del abuso estatal y violaba el principio de responsabilidad funcional.⁸⁸

⁸⁶ Indica esta Sala en resolución 2003-04672, que anteriormente consideraba que esta delegación requiere de un acto escrito, debidamente fundado.

⁸⁷ Resolución 2003-04672. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁸⁸ Resolución 2003-565. Tribunal de Casación Penal.

Para Dall' Anese, en su voto salvado, la proporcionalidad de las injerencias estatales en la intimidad de los ciudadanos como ocurre en el allanamiento se estructura en tres elementos: *lex previa* (sólo se puede suspender una garantía según lo determinado por la ley), *lex scripta* (los casos de excepción a derechos fundamentales deben estar limitados por la ley, lo que evita el abuso estatal) y *lex stricta* (escoger la alternativa de interpretación menos lesiva para el ciudadano).⁸⁹

Por su parte, para la Sala Tercera la falta de orden judicial escrita constituye un defecto absoluto, según lo dispuesto en el artículo 178 inciso a) del Código Procesal Penal⁹⁰, pues la Constitución establece esta medida como excepción y dispone los requisitos mínimos por cumplirse para ser legítima su práctica. Lo contrario genera defectos no convalidables, que ni siquiera necesitan alegar las partes (artículos 176 y 177 del mismo Código).⁹¹

Según esa Sala de la interpretación conjunta de los artículos 209 del Código de Procedimientos Penales de 1973 y el 23 constitucional se deduce que siempre que se dan las circunstancias que ameriten la práctica del allanamiento en un lugar, conforme a criterios de necesidad, utilidad, racionalidad y

⁸⁹ Resolución 2003-565. Tribunal de Casación Penal.

⁹⁰ Indica esta norma que son “...los que impliquen inobservancia de derechos y Garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley...”.

⁹¹ Resolución 1114-99. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Criterio que retomó esa Sala en la resolución 2002-000406.

proporcionalidad, “*necesariamente se requerirá de una orden de registro escrita, girada por un juez competente mediante un auto fundado*”.⁹²

Así mismo, la exigencia de orden escrita se debe a que su práctica vulnera ciertos principios que rigen nuestra vida social como la seguridad, tranquilidad e intimidad dentro de los recintos privados; por eso es necesario poner un límite a la intervención estatal y esta clase de requisitos otorgan la legitimidad necesaria para el buen resultado de la diligencia y su incorporación al proceso.⁹³

Además, debe ser emitida por un juez competente, para evitar abusos sobre las personas y sus objetos y para otorgar certeza al ciudadano y evita que después se pretenda legitimar un acto viciado.⁹⁴

Posteriormente, esa Sala interpretó, siguiendo el criterio de que no hay nulidad sin perjuicio que, “*ni siquiera los defectos absolutos entrañan la ineficacia de los actos si no generan algún agravio efectivo*”, es decir, si no se causó “*un perjuicio real e irreparable*”⁹⁵ a la vigencia de derechos o garantías constitucional o legalmente aseguradas.⁹⁶

⁹² Resolución 468-99, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. También se refiere a esto las resoluciones 2000-01160 y 2005-00211 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁹³ Resolución 468-99, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Esta posición se retoma en la resolución 2000-01160 de la misma Sala.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Principio de Trascendencia del Vicio.

Agrega que la participación del juez en la diligencia tiene en la Constitución sus propios requisitos, como la orden escrita previa ya que, al ser un acto de poder emanado de un funcionario público debe estar debidamente motivado y basarse en indicios fundados de haberse cometido un delito, lesionado derechos o la propiedad de terceros, como se desprende de la relación de los artículos 9, 23 y 28 párrafo segundo de la Constitución Política.⁹⁷

Según esa Sala años atrás era incuestionable que el allanamiento autorizado por el juez debía ser ordenado por resolución judicial; es decir, requería una orden escrita y no admitía la posibilidad de un allanamiento por orden verbal⁹⁸, pero actualmente sería válida una orden dictada verbalmente, siempre que se dejen asentados en el acta de la diligencia la fundamentación oral y las razones que justifican la injerencia en un derecho fundamental.⁹⁹

Así mismo, la orden de allanamiento, registro y secuestro debe ser escrita para que el acta de la diligencia se incorpore al debate como prueba, según se contempla en el numeral 334 del Código Procesal Penal. Este artículo referido a

⁹⁶ Resolución 2002-01100. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁹⁷ Resolución 2000-01160. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Criterio retomado por la Sala Tercera en las resoluciones 2002-01100 y 2005-00211.

⁹⁸ Resolución 124-00, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁹⁹ Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

las excepciones a la oralidad, señala en su inciso b) que sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura las actas de esas actuaciones.

Un criterio importante de acotar es el expresado por la Sala Tercera en su resolución 2003-01157, según el cual no se puede dudar de la existencia previa de la resolución que ordena el allanamiento solo porque no esté en el expediente, si es posible establecer que se ordenó, su fundamentación y la participación del juez en la diligencia, pues en algunos casos se puede haber sustraído el documento del expediente, más si éste tiene problemas de foliatura.

Según la circular 55-2006 de la Corte lo dispuesto en el artículo 15 del Código Procesal Penal¹⁰⁰ es aplicable a las solicitudes del Ministerio Público al Juez Penal, como la duda en la solicitud de allanamiento sobre la identidad del firmante; es decir, hay defectos saneables y no se rechaza lo solicitado, ya que la comunicación entre el juez y el fiscal puede ser verbal en casos de urgencia, confidencialidad y secreto de los datos, siempre que después cumpla lo solicitado por escrito o haga una manifestación en el juzgado que conste en un acta que acompañará la solicitud original.

¹⁰⁰ Este artículo dispone: “El tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de cinco días. Si no se corrige en el plazo conferido, resolverá lo correspondiente”.

Finalmente, la fecha, en cambio, tiene una doble función; por un lado poner un límite temporal al funcionario que debe ejecutarla y, por el otro, no demorar la tramitación del proceso según los plazos que rigen la etapa preparatoria. Esto no implica que esté puesta en beneficio del inculpado, el cual en la mayoría de los casos no se entera que esta se realizará, esto con el fin de asegurar su eficacia.¹⁰¹

A.2. FUNCIONARIO COMPETENTE

Hoy en día, el allanamiento en el proceso penal es un acto procesal y según el país puede dictarse de oficio o a solicitud expresa del Ministerio Público o la Policía Judicial, con el visto bueno y firma del fiscal. Para muchos es una facultad concedida por el ordenamiento al juez dentro de su poder discrecional, quien perfectamente podría negarse a dictarlo si considera que no es conveniente, ya sea por criterios de oportunidad, seguridad o de justicia.¹⁰²

Por ser esta una medida que afecta los derechos fundamentales, corresponde al juez competente dictarla, quien debe valorar la motivación del Ministerio Público para solicitarla y determinar si existen los elementos de juicio suficientes para justificar la lesión de esos derechos y verificar que dicha solicitud

¹⁰¹ En igual sentido se ha interpretado en El Salvador. www.csj.gob.sv Conf. Sala Primera, sentencia del 9/5/2000 en causa 582: Chavez, Gustavo Alejandro s/ Recurso de Casación (Reg 112/00)

¹⁰² Al respecto puede verse: José I. Cafferata Nores (Compilador) (2004). *Exigencias Actuales de la Persecución Penal: propuestas, discusiones, práctica judicial*. Argentina: Córdoba, p. 109. Quien señala que esta medida dependerá de los derechos vulnerados y la necesaria valoración de la racionalidad de la medida.

no la esté realizando la policía sin el respaldo del Ministerio Público, basándose en investigaciones desconocidas por el Ministerio Público.¹⁰³

Si las investigaciones base de la solicitud no pueden sostener ni siquiera una sospecha fundada de que se cometió o se está cometiendo un delito, el juez *“debe negar la orden en resolución que exponga con claridad los fundamentos de lo decidido”*, y debe valorar si lo solicitado se ajusta a los presupuestos constitucionales y legales para afectar con justa causa derechos fundamentales.

La solicitud del Ministerio Público para practicar un allanamiento es parte de la dirección funcional y opera cuando la policía le informa sobre la necesidad de hacer cierta investigación. Entonces, el órgano acusador autoriza la investigación, brinda las directrices y los lineamientos generales, útiles, legítimos y pertinentes para asegurar el éxito de las indagaciones, da la técnica por usar y le informan de los avances.¹⁰⁴

Cuando la solicitud de realización del allanamiento proviene del fiscal, corresponde a este asumir *“la responsabilidad de la existencia y del contenido de la dirección funcional y sobre este contenido el control que el juez puede ejercer*

¹⁰³ Circular 55-2006. Corte Suprema de Justicia.

También las resoluciones 2005-00211, 2002-000406 y el voto 468-99 de 9:20 horas, de 23 de abril de 1999 de esta Sala, se refieren a la función de garantía que cumple el juez con respecto a la existencia de indicios suficientes que justifiquen el allanamiento.

¹⁰⁴ Circular 55-2006. Corte Suprema de Justicia.

*es aún más limitado, pues por tratarse de actos de investigación que le son ajenos y que no está llamado a dirigir, solo podrá examinarlos en cuanto importen actuaciones ilegítimas o arbitrarias”.*¹⁰⁵

Al ser nuestro sistema penal acusatorio, el juez ya no es investigador en el proceso y debe proteger la regularidad del trámite, siendo su presencia obligatoria en ciertos casos, ya no para dirigir la investigación, sino para vigilar que el ejercicio de la autoridad estatal se de dentro de los parámetros constitucionales y legales y sin cometer abusos de poder.¹⁰⁶

Como los afectados pueden incluso nunca llegar a ser imputados, según el resultado de la diligencia, posteriormente se puede cuestionar el haberla dictado¹⁰⁷, por eso la presencia del juez garantiza el respeto a los derechos de los afectados y la pureza del acto, que puede delegarlo en ciertos supuestos; la inasistencia del fiscal ni del defensor no suspende el acto.

Cita la Sala Tercera en la resolución 2005-00211 que, en algunos casos, el juez podría nombrar un defensor público para asistir a la diligencia (como sucede

¹⁰⁵ Circular 55-2006. Corte Suprema de Justicia.

¹⁰⁶ Resolución 2003-04672. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁰⁷ Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Además, en igual sentido están las resoluciones 468-99 y la 2002-000406, ambas de la Sala Tercera. Además, la resolución 2003-04672 de la Sala Constitucional.

en los anticipos jurisdiccionales de prueba que se deben practicar en forma urgente), aunque es facultativo pues la presencia del juez es suficiente.

Según indica la circular 55-2006 de la Corte, una vez constatado que las investigaciones se practicaron con arreglo a derecho (sin usar técnicas o medios ilícitos), si brindan una base suficiente y razonable para concluir que probablemente existe o existió un hecho delictivo, no hay ningún motivo para rechazar la solicitud de allanamiento realizada por el Ministerio Público.

Entonces, la facultad de dictar esta medida le corresponde al Poder Judicial, a través del juez, pues es este Poder al que corresponde vigilar el cumplimiento de la Constitución, declarar las ilegalidades e inconstitucionalidades¹⁰⁸, también así señalado en el artículo 23 constitucional, al indicar que la orden debe ser previa y emitida por un juez competente.

Para la realización del allanamiento, en actuación personal o delegada, se puede disponer de la fuerza pública.¹⁰⁹ Cuando el allanamiento fuere delegado por el juez, este expedirá la orden por escrito, con indicación expresa del nombre

¹⁰⁸ Como ocurre en Costa Rica, por disposición constitucional, también sucede en El Salvador (país que da la facultad de realizar registros y allanamientos a la policía por disposición del Código Procesal Penal), lo cual se manifiesta en la sentencia del dieciséis de mayo del dos mil dos, T S 3° de San Salvador. www.csj.gob.sv.

¹⁰⁹ En Argentina, lo mismo que en Costa Rica, la diligencia la puede realizar el juez personalmente o puede delegarla en funcionarios policiales, en cuyo caso el juez les remite la orden registrada por escrito, igual que el acta con el resultado de la diligencia. Sobre este punto se ha referido Dayenoff, David Elbio. Defensas Penales y Acutaciones Procesales en el Nuevo Proceso Oral. --. Buenos Aires. Ediciones Depalma Buenos Aires. P. 91. 1994.

del delegado y la comisión por cumplirse. En el caso de un lugar habitado, sus dependencias, casa de negocios u oficina, según el artículo 193 del Código Procesal Penal, este debe ser efectuado por el juez personalmente.

El hecho de ser el juez quien debe efectuar esta diligencia, hace al allanamiento un instrumento que facilita la realización de actos probatorios directos dentro del proceso judicial, consideración que no pierde cuando no es realizado por este, ya que la legislación procesal penal lo contempla, al decir que el juez lo puede delegar en funcionarios de la policía judicial.

Sobre este último punto, el actual Código Procesal Penal señala en el artículo 194 esta facultad con respecto al allanamiento de otros recintos, pero es omiso con respecto al de morada, contrario a lo que ocurría en el de 1973, el cual en su artículo 209 mencionaba la delegación de manera general, permitiendo que se hiciera tanto en el allanamiento de morada como en el de otros recintos.

Entonces, cuando se delega en oficiales de investigación adscritos al órgano jurisdiccional se les delega en calidad de policía científica auxiliar, aún cuando pueda pensarse que en ausencia de ellos, temporal o permanente, puedan otros cuerpos policiales administrativos ejecutarla.

Para la ejecución del allanamiento, el juez y el director de las investigaciones puede comisionar a otra autoridad o a miembros de la Policía Judicial u ordenar la práctica bajo su dirección. La delegación en la policía debe darse solo en circunstancias muy calificadas¹¹⁰ y la policía técnica debe “asegurar que se localicen todas las evidencias que puedan ser necesarias para la investigación”.¹¹¹

Tanto la policía administrativa, como la judicial, deben sujetarse a lo prescrito por la ley y a lo dispuesto por el juez. No pueden actuar precipitadamente y sin autorización; salvo casos excepcionales, en donde esperar una orden jurisdiccional puede retrasar peligrosamente la casi segura protección que el órgano jurisdiccional dictaría en tutela de las cosas y las personas.

Al hablar de juez competente se debe considerar el principio contenido en el artículo 35 de la Constitución, referente a lo que en doctrina se conoce como *Principio del Juez Legal o Juez Natural*¹¹². Son personas que, al poseer un conocimiento especial, están calificados para dictar estas medidas, asegurando que las actuaciones se realizarán con apego a derecho, protegiendo los derechos fundamentales de los involucrados.

¹¹⁰ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op Cit., pp. 15-17.

¹¹¹ Resolución 2003-01157. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

¹¹² En nuestro país, la Sala Constitucional ha adoptado el término de “*Juez Regular*” para referirse al respecto.

También, requerir de ciertas condiciones para calificar como autoridad competente implica que cuando actúe con abuso y maliciosamente para llevar a cabo la diligencia pueda *“incurrir en responsabilidad penal por Abuso de Autoridad o Allanamiento Ilegal, según realice un acto en perjuicio de los derechos de alguna persona o que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por ley o fuera de los casos que ella determine”*.¹¹³

Señala el profesor Armijo que no es posible la existencia de tribunales, comisiones o jueces extraordinarios creados para juzgar un hecho en particular o a una persona determinada¹¹⁴; así mismo, según el Tribunal Primero Civil de San José este principio consagra la garantía fundamental de que, quien imparte justicia está legitimado y es competente, por cuanto el ordenamiento jurídico así lo establece.¹¹⁵

También considera el Tribunal Primero Civil que debe observarse que el artículo 23 constitucional no circunscribe de ningún modo el conocimiento de los allanamientos a los jueces penales, como erróneamente creen muchas personas,

¹¹³ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 34.

¹¹⁴ Gilbert A. Armijo Sancho (1991). *La Constitución Política: su influencia en el Proceso Penal (IV El Principio del Juez Natural)*. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica, p. 44.

¹¹⁵ Voto 504-R-00. Tribunal Primero Civil.

siendo que es posible para un juez civil, por ejemplo dictar un allanamiento como una medida cautelar atípica.¹¹⁶

Por lo anterior, el juez que dicte un allanamiento debe reunir las condiciones establecidas por las normas, con el fin de asegurar la función judicial del Estado, pues solo la resolución emitida por parte de un profesional en derecho previamente determinado asegura la actuación efectiva de la ley y el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano.

A.3. CONSENTIMIENTO

El funcionario policial debe entrar en el domicilio del afectado con voluntad de este y sin amenazas, de manera que no se cometa ningún acto delictuoso,¹¹⁷ ni implique responsabilidad. Debe ser una declaración absolutamente libre de voluntad, sin ninguna presión y siguiendo los procedimientos que establece la legislación penal, lo que la hace válida y sin vicios.

Con mucha frecuencia la sola presencia de la autoridad judicial ejerce, aunque sea de manera involuntaria, un efecto intimidante y de coacción sobre aquel que debe manifestar el consentimiento. Los individuos normalmente no

¹¹⁶ Voto 504-R-00. Tribunal Primero Civil.

¹¹⁷ Zúñiga Morales, Ulises (compilador) (2004). *Código Penal*. 16ª edición. San José: IJSA, artículo 26.

forman parte de este tipo de diligencia y eso los hace dar su “consentimiento”, pues por ignorancia creen que están obligados a autorizar el ingreso al recinto y por ende a su intimidad.¹¹⁸

Según afirma Miller Rodríguez la necesidad de manifestar su voluntad para llevar a cabo la diligencia de allanamiento, convierte a esa persona en “*órgano de prueba y por tanto sujeto de derecho*”¹¹⁹ y le da la facultad de oponerse.

Algunos autores sustituyen el concepto de morador por el de titular, y para la doctrina mayoritaria este último es un concepto de alcance más restringido que el de morador, permitiendo concretar más quien tiene el derecho del “*ius exclusionis (será el “titular de la actividad”...)*” y facilita la solución de los casos de conflictos de voluntades.¹²⁰

En el caso de personas jurídicas, señala Ángel Sanz, utilizar el concepto de titular es más apropiado para resolver los conflictos de voluntades. Dada su

¹¹⁸ En el caso del Salvador, también se autoriza el ingreso si hay consentimiento del morador (en la Constitución), pero es importante resaltar que, consideran que este mecanismo no debe conducir a erradas interpretaciones de que ese consentimiento suple ab initio la necesidad de que la autoridad policial en la investigación del delito, so pretexto de invocar la anuencia del consentimiento del morador no requiera la orden de un Juez para habilitar el allanamiento y registro de morada. Lo anterior, permite interpretar que el consentimiento del morador es un mecanismo precario y sólo se recurre a él de manera excepcional. La violación de la norma comprendería todo ingreso ilegal en la morada, bien porque se realice contra la voluntad del morador, o bien por las intenciones nocivas de los agentes con relación a los moradores. www.csj.gob.sv

¹¹⁹ Miller Rodríguez Ramírez (1993). *Limitaciones Probatorias en el Proceso Penal Costarricense*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 101.

¹²⁰ Ángel José Sanz Morán (2006). *El Allanamiento de Morada, Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 117, 118.

estructura jerarquizada, normalmente hay un solo titular de la actividad profesional, comercial o administrativa, cuya voluntad prevalecerá sobre las otras, como el caso del presidente de una sociedad que sea su representante.

Según Ángel Sanz, lo anterior no difiere con la doctrina dominante en Alemania, donde el criterio de “*exigibilidad (Zumutbarkeit)*” da plena autonomía a cada titular del “*Hausrecht*” al permitir eficazmente la entrada de terceros en el espacio indicado en el tipo, con el límite de que al resto de cotitulares les sea exigible tolerar esa presencia, lo que depende de la clase de utilización común de la morada y las relaciones jurídicas existentes entre los moradores.¹²¹

Según ROXIN, se debe diferenciar entre consentimiento presunto, construcción de carácter normativo y el efectivo, exteriorización de la voluntad. Señala Ángel Sanz que el consentimiento real (libertad de actuación del titular del bien jurídico) excluye la tipicidad ya que al actuar con el consentimiento del titular no se lesiona el bien jurídico; el que apela al consentimiento presunto lo hace sin permiso; por eso se habla de este cuando falta el consentimiento efectivo.¹²²

¹²¹ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 69.

¹²² Ibid.; p. 75.

Para José María Rodríguez para que ese consentimiento sea relevante no debe mediar “*engaño, coacción o amenazas. Basta con el consentimiento por actos concluyentes, pero no el tácito o el presunto*”.¹²³

Cuando se realiza el allanamiento contra la voluntad del morador y sin las condiciones señaladas por la ley puede convertirse en el sujeto activo al que se refieren los delitos de violación de domicilio (artículo 204) o allanamiento de morada (artículo 205) establecidos en el Código Penal, a los cuales me referiré en un capítulo posterior.¹²⁴

A.4. HORARIO

En el Código de Procedimientos Penales de 1973, el artículo 210 indicaba que cuando la diligencia debía realizarse en un lugar habitado o sus dependencias cerradas esta solo se podía comenzar entre “*entre las seis y las dieciocho horas*” y si no era un lugar cerrado o sus dependencias cerradas se podía realizar a cualquier hora, lo mismo si el morador o el representante consentían.

¹²³ José María Rodríguez Devesa (1983). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Novena Edición. Madrid: Rodríguez Devesa, p. 735.

¹²⁴ Hay legislaciones que consideran que, hay situaciones donde el consentimiento es el elemento esencial para probar la inexistencia de la inviolabilidad del domicilio. Así se reflejó en la sentencia de las doce horas y dos minutos del veintidós de abril de dos mil tres, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador. En ese caso además, señaló esa Sala que aunque no hubiera habido consentimiento, no hubo violación del domicilio por tratarse de un delito flagrante. www.csj.gob.sv

El artículo 193 del Código Procesal Penal conserva la misma limitación horaria a la actividad probatoria¹²⁵, salvo consentimiento del morador o su representante, estados de necesidad, evitar un mal mayor a los residentes, si peligran el orden público y casos graves y urgentes, todos de tal magnitud que no irrumpir implicaría la muerte de una persona o la pérdida irreparable de bienes de elevado valor; dejando la constancia respectiva.

Sobre este último aspecto, vale la pena aclarar el significado de los conceptos graves y urgentes, los asuntos graves se refieren a lo grande, lo importante, lo arduo, lo difícil; y los urgentes se refieren a lo apremiante, de necesidad impostergable, de tramitación inmediata y abreviada.¹²⁶ Ambas condiciones deben ocurrir en forma conjunta.

De acuerdo con la resolución 2002-01100 de la Sala Tercera existen casos en que se pueden habilitar válidamente otras horas para realizar la diligencia, en procura de su continuidad si el juez lo considera necesario, pues pueden presentarse obstáculos para concluir dentro del horario establecido. Además, no hay una disposición legal para impedir este proceder.

¹²⁵ En El Salvador, la Sala Primera señala que se requiere la fijación de un horario para resguardar la tranquilidad de las personas, teniendo en consideración el descanso y zozobra que implican determinadas acciones compulsivas en horas nocturnas. Aunque siempre están abierta la posibilidad de habilitar excepcionalmente horas distintas a las caracterizadas por la influencia de la luz solar, si las exigencias de la investigación lo llevan a requerirlo. www.csj.gob.sv.

¹²⁶ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 23.

Indicó la circular 55-2006 que se puede proceder en otro horario solo cuando sea preciso efectuarlo en un momento determinado, *“porque solo en ese instante será posible comprobar o poner fin a la continuación de la actividad delictiva”*; en este caso el juez coordina con el Ministerio Público además de la fecha, la hora más inmediata y disponible para practicarlo, ajustada a la agenda del juzgado y a los intereses de la investigación.

Según la Sala Tercera, para dictarla fuera del horario establecido por la ley, no basta mencionar en la solicitud si se trata de un caso grave y urgente, sino demostrar y plantear de la manera más específica posible, las razones existentes en el caso concreto de gravedad o urgencia que autorizan la realización a una hora diferente, sin recurrir al expediente de previsiones generales, pues lo contrario haría peligroso su uso porque bastaría con decir que se necesita para dictarla y esto causaría inseguridad.¹²⁷

Anteriormente, esta Sala había señalado que la realización de la diligencia en horas fuera de las establecidas por la ley, no podía ser una decisión según el criterio de alguien; debía someterse *“a la estructura normativa que constituye el ordenamiento jurídico, así como a la proporcionalidad y razonabilidad subyacente*

¹²⁷ Resolución 2002-00874. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
En el mismo sentido se pueden ver las resoluciones 699-00, 2001-00917 y 2002-00408 de la misma Sala.

a aquella”, ya que si fuera una “cuestión de criterio” se le estaría dando “fuerza coactiva al talante del operador jurídico de turno”.¹²⁸

Cuando el allanamiento en un lugar habitado, sus dependencias, casa de negocio u oficina se haya iniciado cerca de las seis de la tarde y necesite ser continuada después de esa hora, puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 193 del Código Procesal Penal. En este sentido, se podría continuar si el morador o su representante consintiera (pues ellos pueden autorizar su realización a cualquier hora) y si se trata de casos graves y urgentes, el juez competente (quien lo práctica personalmente) puede autorizar su realización dejando constancia de esta situación en la resolución correspondiente.

En el caso de allanamiento de locales públicos, establecimientos de reunión o recreo no rigen dichas limitaciones horarias, pues según lo dispone el artículo 194 del Código Procesal Penal, el allanamiento se debe realizar mientras estén abiertos al público y no estén destinados a habitación.

Indica la Sala Tercera¹²⁹ que, cuando el legislador ordinario restringió las horas para practicarlos no pretendió proteger la inviolabilidad del domicilio, sino el derecho a la intimidad, ya que se presume que durante la noche realizarán

¹²⁸ Resolución 699-00. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

¹²⁹ Resolución 2002-01100. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

actividades que normalmente no efectúan en el día; sin embargo, ninguna de las normas que protegen esos derechos indican que si se practica después de esa hora se presume la afectación de derechos o facultades de la persona.

A.5. NOTIFICACIÓN DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO

Como se vio en un apartado anterior, los ordenamientos procesales penales anteriores (como el de 1910) exigían la notificación previa del dueño de la casa o edificio, presentándose el funcionario con su secretario, y haciéndole saber que debía franquear las puertas. Si este se negaba, le hacía una segunda intimación, y si persistiere, se procedía por la fuerza, de ser necesario (artículo 231).¹³⁰

Actualmente, nuestra legislación, en el artículo 196, señala que la orden de allanamiento debe notificarse a la persona que habite o posea el lugar donde deba efectuarse el allanamiento. En su ausencia, al encargado o, en última instancia y a falta de los anteriores, a una persona mayor de edad dando preferencia a los familiares, quien era invitado a presenciar el registro.¹³¹

¹³⁰ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 26.

¹³¹ En igual sentido establece la legislación de Argentina. A propósito de esto está: Jorge R. Moras Mom (1993). Op. Cit., p. 191. y Edwin Duarte y Francisco Segura en su libro "El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos".

Esta notificación no necesariamente se realiza al propietario del lugar, ya que no siempre es este el que habita o posee el lugar en el cual se realizará el allanamiento, como sucede con los lugares alquilados.

Cuando no hay nadie en el lugar donde debe realizarse el allanamiento, se hace constar en el acta, la cual deben firmar los concurrentes y si alguno no quiere firmar, la persona encargada lo hace constar en el acta, tomando en cuenta las formalidades que establecen los artículos 97 y 98 del Código Procesal Penal, útiles para la práctica del allanamiento, como el hecho de que se deben consignar en un acta los pormenores de la diligencia, so pena de nulidad.

El habitante de la casa debe tener certeza de que no es un acto arbitrario de los agentes públicos ni de personas extrañas para realizar otros actos, como robos; en algunos casos se puede obviar, haciéndolo constar en la orden de allanamiento, si así lo dispone el juez, porque sea inconveniente para la investigación o se trate de una persona peligrosa.¹³²

Esa omisión pretende evitar que el titular del derecho de exclusión al enterarse de que se practicará la diligencia en el recinto intente destruir, esconder

¹³² Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 28.

o alterar objetos que serían vitales para la investigación. Incluso podría destruir el recinto, destruyendo también esos elementos o la disminución de su utilidad.¹³³

En el caso de investigaciones de narcóticos debe procederse sin previa notificación, pues debe ser sorpresiva pues los narcóticos son susceptibles de destruirse u ocultarse fácilmente y el fin es incautarlos.¹³⁴

A.6. FORMA DE EJECUCIÓN

El artículo 194 del Código Procesal Penal indica lo siguiente en cuanto a la práctica de allanamientos en locales que no sean de habitación: dichos locales deben encontrarse abiertos al público y no pueden estar destinados a habitación, de lo cual se deduce que la limitación horaria del artículo 193 no se aplicaría en estos casos.

Así mismo, previo a la realización de la diligencia se debe dar aviso a las personas encargadas de dichos locales por medio de una copia de la resolución en la que se autoriza dicha diligencia, como lo indica el artículo 196 del Código Procesal Penal, salvo que sea perjudicial para la investigación como lo indiqué en la sección anterior al referirme a la notificación.

¹³³ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 28.

¹³⁴ Idem.

Debe hacerse exhibición material del decreto que ordena el allanamiento y practicarse en el lugar detallado en la orden por los funcionarios expresamente comisionados.

Cuando no esté nadie en el lugar por allanar, se debe hacer constar en el acta, así como el resultado de la diligencia.¹³⁵ Se señalan las circunstancias útiles para la investigación y la deben firmar los concurrentes y si alguien no la quiere firmar, se hace constar. Para Edwin Duarte y Francisco Segura en esos casos, se puede válidamente realizar el allanamiento, ya que el Estado está autorizado para efectuarlo.¹³⁶

Al acta resultado de esta diligencia se le llama en diversas ocasiones “*Acta de Allanamiento, Registro y Secuestro*”, pues generalmente después del ingreso se procede a registrar el lugar y si hay información o evidencia relacionado con la investigación se secuestra; sin embargo, debería llamarse “*Acta de Registro y Secuestro Mediante Allanamiento*”, ya que el allanamiento es un instrumento que facilita la realización de otras diligencias judiciales como el registro y el secuestro.

¹³⁵ Este deber de asentar en el acta el resultado de la diligencia, también está presente en otras legislaciones latinas como la Argentina, según el artículo 224 de su Código de Procedimientos. A propósito de esto se puede consultar: Jorge R. Moras Mom (1993). Op. Cit., p. 190.

¹³⁶ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero. Op. Cit., p. 27.

Según la Sala Tercera cuando se entra a un lugar con el consentimiento de quien legalmente puede darlo, no es necesario hacer el acta de allanamiento; basta levantar el acta de decomiso si se encuentran objetos de los encartados.¹³⁷ Sí resulta importante que, cuando una persona da el consentimiento para efectuar la diligencia, se deje constancia por escrito de este consentimiento y los datos de la persona.

En el acta se deja constancia del nombre de la persona a quien se le notificó la orden de allanamiento, nombre del juez, del fiscal, del imputado (si está identificado y en el sitio), de los investigadores del Organismo de Investigación Judicial (si hubieran), del defensor (su inasistencia no invalida el acto, siempre que esté un juez de garantías) y de las personas que no son del Poder Judicial, pero auxilian en ciertas situaciones, como los representantes del Patronato Nacional de la Infancia o la Superintendencia General de Entidades Financieras.¹³⁸

Esta acta debe firmarla el que practicó el acto, según indica el artículo 136 párrafo segundo del Código Procesal Penal; además, si se considera necesario,

¹³⁷ Resolución 159-F-94. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

¹³⁸ Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). Op. Cit., p. 63. En países con El Salvador, se considera que los testigos del allanamiento deben tener presencia real, efectiva y no sólo formal, de manera que deben observar todo el procedimiento de allanamiento que hace la policía para dar fe de todo, y no de una parte de éste. Sentencia del 27/IV/99, TS. Usulután. www.csj.gob.sv

por los que intervienen en él, previa lectura. Si alguien no sabe firmar, puede hacerlo otra persona por él, “a su ruego o bien un testigo de actuación”.¹³⁹

En relación con la inexistencia de alguna firma en el acta, se tomará en consideración lo establecido en el artículo 137 y 175 ambos del Código Procesal Penal, en el sentido de que la ineficacia del acta no implica la ineficacia del acto que se trataba de documentar en ella.

Realizar la diligencia en un lugar distinto al indicado en la orden vulnera la inviolabilidad de domicilio y el acto es nulo y los objetos encontrados ahí a pesar de que pueden ser útiles para la investigación y para establecer la sanción del caso, no podrían utilizarse como prueba.¹⁴⁰ Contrario a otras legislaciones, donde no se viola ese derecho si la orden permite localizar la casa por medio de las características.¹⁴¹

Cuando la autoridad ingresa al domicilio o recinto privado, el bien jurídico protegido, a saber, el ámbito material de intimidad, deja de existir y la policía o el

¹³⁹ Zúñiga Morales, Ulises (compilador) (2004). *Código Procesal Penal*. Séptima Edición. San José: IJSA, p 281.

¹⁴⁰ La Doctrina del fruto del Árbol Envenenado se relaciona “con la imposibilidad de utilizar como prueba en el proceso penal, elementos de convicción obtenidos mediante violación de garantías fundamentales...más precisamente se vincula con la invalidez del uso procesal de datos probatorios que, sin ser el corpus de la violación constitucional (como sería, por ejemplo, la confesión forzada), se han podido conocer o coleccionar gracias a ella (como sería, por ejemplo, el descubrimiento de instrumentos del delito del lugar indicado en la confesión forzada, o el secuestro de la res furtiva del domicilio registrado sin orden de allanamiento)”. En José Cafferata Nores (1986). “Los Frutos del Árbol Envenenado”. *Revista de Doctrina Penal*. Número 35. Edición Depalma, p. 491. Julio-Setiembre.

¹⁴¹ www.csj.gob.sv. Por ejemplo El Salvador.

juez someten el local a su poder y el titular del derecho de exclusión no puede impedir la acción de la justicia; si son requeridos en la escena refuerzos policiales o peritos pueden válidamente ingresar pues en la diligencia los agentes públicos someten el sitio bajo su autoridad.¹⁴²

Existen otros lugares para los cuales no rigen estas limitaciones al practicar la diligencia de registro, como son las oficinas administrativas, establecimientos de reunión, local de asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no sea destinado a habitación particular. En esos casos debe informarse al encargado del lugar excepto si es perjudicial para la investigación.

Un funcionario público no cometería el delito de allanamiento ilegal si existiera una causa legítima como aprehender personas, secuestrar objetos (como armas utilizadas en la comisión de un delito) o efectuar un reconocimiento, además de cumplir con las formalidades que establece el Código Procesal Penal.

En el caso de los objetos decomisados como prueba en la investigación, debe levantarse de igual manera un acta de secuestro detallando claramente el bien.

¹⁴² Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 27.

Nuestro Código Procesal Penal no regula cuando el acopio de material excede del que puede hacerse en el mismo lugar del hecho y se debe buscarlo en otro lugar; otras legislaciones facultan al juez, si tuviera motivos para presumir que en un lugar existen cosas pertinentes al delito, o que puede detenerse al imputado, persona evadida o sospechosa para que, en auto fundado ordene el registro de ese lugar, incluso disponiendo de la fuerza pública.¹⁴³

La forma en realizar el allanamiento debe reunir requisitos de decoro y respeto hacia las personas, para no molestar innecesariamente.

B. REQUISITOS DE FONDO

Dentro de los presupuestos para ordenar el allanamiento de la morada están la existencia de motivos suficientes,¹⁴⁴ como presumir que en un determinado sitio existen objetos o instrumentos relacionados con el delito, o que ahí pueda efectuarse la detención del reo o de una persona evadida o

¹⁴³ Jorge R. Moras Mom (1993). Op. Cit., p. 189.

¹⁴⁴ Así, Cafferata Nores sostiene: “Se exige no solo la presunción judicial en tal sentido, sino que ella se asiente en motivos suficientes, es decir, elementos objetivos idóneos para generarla, que deben surgir de lo actuado hasta el momento...”. En Citado por Gorgas, María de los Milagros, Condiciones de Procedencia y Motivación del Allanamiento, en: José I. Cafferata Nores, José I. (Compilador) (2004). Exigencias Actuales de la Persecución Penal: propuestas, discusiones, práctica judicial. Argentina: Córdoba, p. 110.

sospechosa.¹⁴⁵ Agrega Miller Rodríguez que los motivos además de ser suficientes, deben ser fundados a la hora de ordenar un allanamiento.¹⁴⁶

Por el contrario, Raúl Torres Bas, señala *“aquí es amplio el motivo para presumir las finalidades que requiere el registro, no siendo necesarios elementos suficientes y objetivos idóneos para generarla...sino que son suficientes indicios o señas capaces de fundar una sospecha de que los motivos para ordenar el registro existen”*.¹⁴⁷

Para la Sala Tercera motivar el dictado de la medida es esencial para conservar el sistema democrático porque implica la necesidad de analizar la importancia de los derechos fundamentales como límite a la arbitrariedad, ya que no puede garantizar su ausencia y esta constancia de motivación previa, permite

¹⁴⁵ La legislación Argentina regula tres posibilidades respecto a la búsqueda de objetos relacionados con el delito, imputados, personas sospechosas o que evaden la justicia: 1) domicilio particular, lugar habitado o sus dependencias cerradas: **requiere** orden de allanamiento expedida por el juez, en horario con luz de día, excepto que, el titular lo consienta, casos sumamente graves y urgentes, o peligre el orden público (artículo 225); 2) edificios públicos, oficinas administrativas, establecimientos de reunión o de recreo u otro lugar cerrado que no sea de habitación o residencia: sólo necesita dar aviso del allanamiento al encargado del lugar, excepto que sea perjudicial para la investigación (artículo 226); 3) excepciones del artículo 227 en que puede prescindir de la orden: incendio, explosión, inundación o estragos que amenacen la vida de los habitantes o la propiedad; denuncia de haber visto personas extrañas ingresando en la casa o local, con intención de cometer un delito; que se introduzca en la casa o local algún imputado de delito perseguido para aprehenderlo; y que desde la casa o local oigan voces que anuncien la comisión de un delito o pidan socorro, de las cuales se deja constancia en el acta. La jurisprudencia de ese país ha dicho que esas excepciones no son taxativas, sino más bien que incluyen supuestos afines (caso de una agencia de lotería donde se realizan apuestas ilegales, donde justifican la urgencia en el hecho de que si se espera probablemente la evidencia desaparecería). Además, esta legislación faculta al fiscal, artículo 216, para que en el plazo para desarrollar la investigación practique inspecciones en lugares y cosas con la debida orden de allanamiento.

Sobre este tema se puede consultar los siguientes autores:

- Jorge R. Moras Mom (1993). Op. Cit., pp. 190-191.

- David Elbio Dayenoff (1994). Op. Cit., pp. 92-94, 168, 169.

¹⁴⁶ Miller Rodríguez Ramírez (1993). Op. Cit., p. 99.

¹⁴⁷ Citado por María de los Milagros Gorgas, Condiciones de Procedencia y Motivación del Allanamiento, en: José I. Cafferata Nores (Compilador) (2004). Op. Cit., p. 110.

al ciudadano realizar reclamos posteriores de ilegitimidad o arbitrariedad. No es el funcionario el que garantiza el respeto a los derechos sino los requisitos a los que está sujeto el funcionario que estableció el constituyente y delegó en el legislador.¹⁴⁸

Por lo anterior, esa fundamentación que deben efectuar las autoridades en la orden de allanamiento, debido al derecho de los ciudadanos de saber los motivos de la intervención estatal en su vida privada y sus bienes, constituye un requisito no sólo de forma, sino de fondo, ya que garantiza el derecho de defensa y el debido proceso de los afectados e involucrados en un proceso judicial; les da seguridad jurídica y garantiza el respeto del principio de legalidad.¹⁴⁹

También, según esa Sala el funcionario que realizó el allanamiento puede justificar su actuación posteriormente, dejando una puerta abierta a las arbitrariedades de la autoridad, ya que incluso pueden valorar circunstancias que, al momento de decidirse por la práctica de esta diligencia no existían, disminuyendo las garantías para el ciudadano.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁴⁹ En igual dirección se ubica el pensamiento de Edwin Duarte en: Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 28.

¹⁵⁰ Al respecto se puede consultar: Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

El auto que ordena el allanamiento debe poseer una sólida fundamentación y respaldo legal y de hecho, por eso para la ley deben existir motivos suficientes, en virtud de la responsabilidad penal que implicaría para el funcionario que resuelve este acto e incluso para los que lo ejecuten, caso del allanamiento ilegal. Sin embargo, no señalar las disposiciones legales aplicables, remitir a las piezas procesales que originaron el dictado de la medida, la fundamentación escasa o pobre causa la nulidad de la orden, siempre que no sea infundada o arbitraria.¹⁵¹

María de los Milagros Gorgas dice: *“lo fundamental es que no basta para concretar un allanamiento de domicilio meras sospechas o conjeturas. Es preciso que concurra un conjunto de indicios suficientes para juzgar acerca de la viabilidad de la medida, más allá de una mera conveniencia inquisitiva”*.¹⁵²

A pesar de eso, muchos allanamientos que hoy se llevan a cabo carecen de sentido, ya que se basan en “informaciones confidenciales” o en denuncias anónimas, insuficiente fundamento para que un juez autorice el ingreso a un domicilio. Si el allanamiento sin orden judicial se declara nulo posteriormente, también lo serían sus resultados.

¹⁵¹ José I. Cafferata Nores (Compilador) (2004). Op. Cit., p. 111.

¹⁵² Ibid., p. 112.

En legislaciones como la española, se considera que el estado de necesidad es razón suficiente para que pueda realizarse un allanamiento, siempre que se den dos principios: *“el principio de evaluación de bienes (se puede sacrificar un bien para salvar otro de mayor o igual entidad) y el principio de la adecuación del medio al fin que se trata de conseguir”*. Además de lo anterior, se requiere que la acción típica cometida aparezca como el medio oportuno para solucionar el conflicto. A este respecto se puede consultar: Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., pp. 965-967.

Igualmente este acto debe realizarse sin transgredir derechos fundamentales de cualquiera de los intervinientes, como lo es la intimidad y la propiedad de las personas. Sobre esto señala el artículo 196 del Código Procesal Penal: *“la diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas”*, sin embargo, estas violaciones se dan con frecuencia en nuestro país, según veremos.

Por último, en el plano material se requiere que la medida tenga por objeto la protección de otro bien jurídico resguardado por la Carta Magna, lo que implica el reconocimiento dentro del proceso penal del principio de proporcionalidad y el ser una medida de ultima ratio¹⁵³, que reclama la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, con sustento en la adecuación de la pena al fin que esta deba cumplir.¹⁵⁴

IV. CASO DEL ALLANAMIENTO SIN ORDEN JUDICIAL

El artículo 212 del Código de Procedimientos Penales contemplaba cuatro excepciones en los que, por razones de urgencia, se justificaba y autorizaba la

¹⁵³ Como se considera en El Salvador.

¹⁵⁴ En Argentina el Código Procesal Penal faculta al juez para dictar un allanamiento en ciertos lugares en razón de la higiene, moralidad y orden público, incluso podría ser con el objeto de comprobar edictos, ordenanzas, regulaciones u otros reglamentos especiales.
A esto se refiere el autor David Elbio Dayenoff (1994). Op. Cit., pp. 94, 95.

práctica del allanamiento sin orden judicial previa, escrita y fundada. Los casos son los siguientes: “1) *Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad*¹⁵⁵; 2) *Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito*; 3) *en caso de que se introduzca en algún local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión*¹⁵⁶; y 4) *Si voces provenientes de una casa anunciaren que allí se está cometiendo un delito o de ella pidieren socorro*”.¹⁵⁷ Este artículo, a diferencia de la actual regulación, da esta facultad a la policía judicial.

En esas hipótesis no se afecta el ámbito de intimidad de los titulares del recinto privado allanado, ya que en esas excepciones el hecho de practicar la diligencia de allanamiento se justifica pues busca asegurar no solo la propiedad

¹⁵⁵ Son hechos no de orden criminal, sino de tipo calamitoso, basado en principios de necesidad, donde se justifican las medidas empleadas, que sin la concurrencia de ese estado serían antijurídicas estas conductas por su fondo. Se trata de sacrificios patrimoniales de bienes e intereses particulares o limitaciones de libertades privadas en aras de la superioridad del bien colectivo (inundaciones, explosiones, incendios, epidemias, terremotos) que pone en peligro la vida de los ciudadanos y la integridad de las personas, o puede incurrir en un riesgo inminente de la vida de una sola persona. Pero vencida y superada esta situación de peligro se debe recurrir al normal procedimiento, es decir, esta medida coactiva es sólo provisional (hasta que cesen las causas que le dieron origen). Eduardo García Enterría-Tomás Fernández Ramón. Citado por: Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 29.

¹⁵⁶ Se trata de aprehensión en flagrancia o cuasiflagrancia, cuando se persigue una persona que acaba de cometer un delito siempre y cuando no se le haya perdido de vista en su persecución o en el evento que las circunstancias objetivas del caso arrojen indicios manifiestos que dicha persona acababa de cometer la infracción, tiene que existir una situación de continuidad esto es, que no se haya perdido de vista al delincuente. Cuando éste se introduce a una casa propia o ajena, el agente público puede seguirlo para aprehenderlo, siendo el único obstáculo para ingresar el hecho de solicitarle al titular del derecho de exclusión de la casa el permiso para ingresar, no obstante, su negativa puede ser cuestionada y podrá ser llevado ante los tribunales para que explique su conducta, pero ello no es óbice para que aún prescindiendo de su venia, se proceda a acceder a la vivienda a capturar al imputado. Esta potestad no compete a los particulares. Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., pp. 28-32.

¹⁵⁷ Resolución 2000-01160. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

material, sino también, y principalmente, la integridad física de los habitantes de los recintos, frente a los ataques de terceros o incluso ante eventos fortuitos.¹⁵⁸

Actualmente, dichos supuestos se establecen en el numeral 197 del Código Procesal Penal. Esas situaciones graves y urgentes establecidas en el Código facultan legalmente a la realización del allanamiento sin orden judicial, situaciones que se dan por causas naturales y ponen en peligro la vida e integridad física de algún habitante del lugar, situaciones en que la premura del momento lo exige.

Además de los casos de estados de necesidad, procede la realización de un allanamiento sin orden judicial cuando se denuncia la presencia de personas extrañas introduciéndose en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito; si al local se introduce algún imputado de delito grave que es perseguido para aprehenderlo y si se oyeran voces en una casa que anuncien que allí se está cometiendo un delito o que de ella pidieran auxilio.¹⁵⁹

Entonces, se puede decir que existen razones humanitarias y de necesidad procesal, siendo del primer tipo los casos contenidos en los incisos a) y d) del artículo 197 del Código Procesal Penal, en los cuales prevale el principio de evitar

¹⁵⁸ Resolución 2000-01160. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁵⁹ Zúñiga Morales, Ulises (compilador) (2004). *Código Procesal Penal*. Séptima Edición. San José: IJSA, p 281, artículo 212.

un mal mayor, que hace necesaria la intervención pronta e inmediata (como en los casos de incendios), y del segundo tipo los supuestos contenidos en los incisos b) y c).

La Corte Suprema de Justicia retomó lo dispuesto por la Corte Plena en una sesión anterior, en la cual indica los funcionarios competentes (dentro de la organización interna del Ministerio de Seguridad Pública, en relación con los cuerpos policiales) para solicitar los allanamientos, esto *“en relación a las funciones de investigación que realizan, ellos son los Directores, Sub-Directores (Sic) y Jefes de Operaciones de las siguientes dependencias: Dirección de Inteligencia y Seguridad, Unidad Preventiva del Delito, Policía de Estudios Especiales, Dirección de Control de Drogas”*.¹⁶⁰

Esos funcionarios pueden solicitar la práctica del allanamiento si fuera necesario dentro del caso investigado, *“por ser función principal de ellos la prevención e investigación de hechos delictivos”*, pero igualmente deben cumplir con los requisitos que establece el Código Procesal Penal. Los demás cuerpos de la fuerza pública (*“Guardia Civil, Policía Metropolitana (Radiopatrullas), Policía Militar y otros”*), *“sólo la podrán solicitar con el visto bueno del Director de la Fuerza Pública o del Director de la Guardia Civil”*.¹⁶¹

¹⁶⁰ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 29.

¹⁶¹ Idem.

Señala la Sala Tercera que, si los cuerpos policiales incumplen o se exceden en sus atribuciones se comete un acto ilícito y por ende nulo ya que *“la vulneración de una garantía constitucional acarrea de pleno derecho la nulidad del acto viciado por imperativo constitucional”*. Es ilegal no solo por ser contrario a las normas procesales o por incumplir con alguna formalidad, sino también por vulnerar directamente la Constitución que, *“ni tolera ni permite, que se proceda a la entrada y registro de una morada sin el previo control de legalidad del acto efectuado por el juez competente”*.¹⁶²

Estos casos se encuentran contemplados en la Constitución, aunque para supuestos más calificados *“para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad”*, remite a la ley para su reglamentación al decir *“con sujeción a lo que prescribe la ley”* (artículo 23 de la Constitución Política).¹⁶³

Todos esos casos de allanamiento sin orden judicial se entienden dentro de los límites que la ley establece y *“dentro de los rigurosos límites generales de*

¹⁶² Resolución 614-F-95. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶³ Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

*razonabilidad, proporcionalidad y normalidad, que además obligan a interpretar restrictivamente las limitaciones posibles”.*¹⁶⁴

V. EL ALLANAMIENTO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En la normativa internacional tampoco se encuentra alguna norma que disponga que la diligencia de allanamiento debe ser dispuesta por un juez de la materia penal. Estos instrumentos únicamente regulan la protección de los derechos como el de propiedad privada o el de intimidad frente a diligencias ilegales, es decir, protegen a las personas frente a los allanamientos ilegales o las violaciones de domicilio.

Como muestra de lo anterior, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2 inciso 3) dispone la obligación de los Estados partes de garantizar a las personas que consideren violados los derechos contenidos en el pacto, pueden interponer recursos, incluso si la violación la cometieron funcionarios oficiales en el ejercicio de sus funciones, y las autoridades deben cumplir con lo que se resuelva.

¹⁶⁴ Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 33.

El artículo 17 inciso 1) del mismo Pacto garantiza que la vida privada, el domicilio o la correspondencia no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales, ni ataques a su honra o reputación.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 11 inciso 2), establece la protección de la vida privada de las personas, su familia, el domicilio o la correspondencia frente a las injerencias arbitrarias o abusivas.

Según la Sala Tercera de dichas normas de derecho internacional se desprende que la autoridad jurisdiccional dicte la resolución autorizando la práctica del registro y allanamiento de una vivienda con la anticipación requerida, pues es un requisito de validez indispensable para poder llevar a cabo dicha diligencia.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Resolución 2001-00917. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

CAPÍTULO TERCERO: EL ALLANAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

A. REFERENCIA HISTÓRICA, DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO

A.I. REFERENCIA HISTÓRICA

Primero, se invocó el derecho a la vida para proteger a los súbditos frente a la variedad de formas de agresiones violentas; libertad significaba que no se estaba sometido y el derecho a la propiedad garantizaba al hombre sus tierras y su ganado. Más tarde, se inició el reconocimiento de la naturaleza espiritual del ser humano, de sus sentimientos y de su intelecto.¹⁶⁶

Para Samuel Warren, cuando se reconoce el valor legal de las sensaciones se extiende la protección contra daños físicos al prohibir el intento de causarlos, es decir, no poner al otro en peligro de sufrirlos. Al mismo tiempo considerar las emociones humanas amplió la inmunidad personal a un ámbito superior al cuerpo.

¹⁶⁶ Warren, Samuel y Brandeis, Louis (1995). *El Derecho a la Intimidad*. --: Edición a cargo de Benigno Pendas y Pilar Baselga, Editorial Civitas S.A, p. 22.

Por eso, tomando en cuenta la buena fama y la posición social aparecen las leyes de difamación y libelo.¹⁶⁷

Nos dice el autor Warren que los inventos y los nuevos métodos de hacer negocios formaron parte del siguiente paso para establecer el amparo para la persona y para garantizarle al individuo el derecho “*a no ser molestado*”; así lo llamó el juez Cooley.¹⁶⁸

Por la intensidad y la complejidad de la vida y los avances de la civilización, las personas se alejan del mundo y son más vulnerables a la publicidad (influenciados por la cultura). La soledad y la intimidad es algo esencial para la persona y todo lo que invada su intimidad le causa sufrimiento espiritual y angustia que los daños personales.¹⁶⁹

A.II. CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Actualmente, las personas estamos socialmente condicionadas por factores culturales, tecnológicos e incluso por intereses públicos, de manera que la esfera representada por el derecho a la intimidad es indispensable para sentirnos libres y

¹⁶⁷ Warren, Samuel y Brandeis, Louis (1995). *El Derecho a la Intimidad*. --: Edición a cargo de Benigno Pendas y Pilar Baselga, Editorial Civitas S.A, pp. 22, 23.

¹⁶⁸ Ibid.; p. 25.

¹⁶⁹ Ibid.; p. 29.

desarrollar plenamente nuestra personalidad sin interferencias arbitrarias o perturbaciones en la vida privada, sustrayéndola de los medios de publicidad.

José Manuel Lete del Río define este derecho como *“el poder que la persona tiene de excluir a los demás del conocimiento de sus actos y actividades personales, de aquellas que constituyen el círculo de su vida individual y familiar. Es lo que los anglosajones denominan “the right to be let alone”*”.¹⁷⁰

Para De Cupis este derecho es el modo de ser de la persona, excluyendo del conocimiento de otros todo lo referido a la persona misma y agrega que *“el individuo nace provisto de la riservatezza, sustraído a la publicidad; encerrado y custodiado en el propio riserbo, bien que puede ser más o menos mantenido, más o menos sacrificado”*, pero no quita que su adquisición no sea del todo eventual.¹⁷¹

Este derecho consiste en ese ámbito de soledad interna al que puede recurrir cada ser humano; es aislar del conocimiento de los demás todo aquello que, según su criterio, solo debe ser del conocimiento personal o familiar, por ejemplo, información personal o tradiciones familiares.

¹⁷⁰ José Manuel Lete del Río (1986). *Derecho de la Persona*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A, p. 186.

¹⁷¹ Citado por: Santos Cifuentes (1995). *Derechos Personalísimos*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 544.

Díaz Molina lo define como *“el derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad”*.¹⁷²

La definición precedente señala un factor de suma importancia que se tratará en un apartado posterior, pero que vale la pena dejar sentado en este momento, el cual es la excepción a la protección del mismo por razón de la existencia de un interés legítimo por parte del Estado o la sociedad, como lo sería la seguridad pública en relación con narcotraficantes.

La tutela del espacio donde se desenvuelve la intimidad de la persona se ha llamado protección del secreto doméstico¹⁷³, que incluye todo recinto donde la persona custodia y desenvuelve sus reservas y las de su familia. La habitación, residencia, domicilio y otros espacios reservados de la persona, quedan bajo el amparo jurídico; ámbitos sustraídos de indiscreciones y espionaje, que satisfacen el instinto de separarse, de vivir la soledad.¹⁷⁴

¹⁷² Citado por: Santos Cifuentes (1995). *Derechos Personalísimos*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 544.

¹⁷³ El derecho al secreto doméstico debe entenderse como derecho al secreto de la vida doméstica que entra en la defensa global de la *riservatezza*. Es el desenvolvimiento de la existencia humana en el sagrario de los muros y paredes domésticos; la íntima vida familiar defendida sin excepción contra la indiscreta publicidad.

¹⁷⁴ Santos Cifuentes (1995). *Derechos Personalísimos*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 574, 575.

De este derecho se deriva también el derecho a la imagen, que consiste en la facultad de cada persona de decidir respecto del empleo de su imagen, lo que implica la facultad de oponerse a que se utilice aquella, con o sin fines de lucro, sin su propio consentimiento.¹⁷⁵

Por último, señala Hernández Plasencia que en el caso del domicilio de personas jurídicas y despachos profesionales, este derecho corresponde a *“las personas físicas titulares de estos espacios, la de terceras personas o la que se deriva del ejercicio de la concreta actividad que se realiza en los mismos”*, debido a que en esos lugares se pueden almacenar datos personales, referidos a las circunstancias personales, datos fiscales, actividad económica, etc.¹⁷⁶

Según González Rus, J.J. las personas jurídicas no tienen intimidad y, lo que se les protege es *“la expresión externa del ejercicio de derechos fundamentales de las personas físicas que conforman la sociedad”*.¹⁷⁷ En igual

¹⁷⁵ Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 75.

¹⁷⁶ Citado por: Ángel José Sanz Morán (2006). *El Allanamiento de Morada, Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 102.

¹⁷⁷ Citado por: Ángel José Sanz Morán (2006). *El Allanamiento de Morada, Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 104.

dirección se manifiesta Rubén Hernández, quien argumenta que se trata de un derecho personalísimo.¹⁷⁸

A.III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La característica esencial de este derecho es garantizar un ámbito privado reservado a la propia persona y del que quedan excluidos los demás, salvo, que el titular del derecho desee compartir su espacio de privacidad con otros. Además, por ser un derecho personalísimo, posee las siguientes características:

1. Es un derecho originario o innato, es decir, que se adquiere con el nacimiento, sin necesidad de formalidades externas; no se puede transmitir, pues es inherente al hombre y se extinguirá hasta su muerte.
2. Es un derecho subjetivo privado, le corresponde a las personas por el solo hecho de serlo. Es una protección frente a los particulares que lo rodean y que pretendan ingresar al recinto privado del sujeto titular y a la Administración, regida por el principio constitucional de legalidad.
3. Es irrenunciable e imprescriptible, pues el consentimiento para allanar un recinto del cual la persona es titular, no implica que renuncia a su derecho a la intimidad y al respeto de este, tampoco el no ejercicio continuo produce su extinción o incerteza.

¹⁷⁸ Rubén Hernández Valle (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro, pp. 144, 145.
También en: Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 74.

4. También es extrapatrimonial, inembargable, inexpropiable y no es susceptible de pignoración. Si se violenta alguna de ellas puede repararse el daño por medio de una indemnización económica.
5. Este derecho protege el entorno familiar de la persona, por lo que cada uno puede exigir respeto de sus actuaciones como miembro de un núcleo familiar, ya que esos vínculos inciden en la esfera de la personalidad¹⁷⁹. Como ocurre cuando publican una noticia personal de un menor, que afecta también el derecho a la intimidad de sus padres.

En relación con la práctica de allanamientos, no se puede decir que este derecho ni el de la inviolabilidad del domicilio sean absolutos, esto es, oponible a todos los hombres, como es propio de los derechos de la personalidad, ya que estos pueden quebrantarse para procurar valores superiores, por ejemplo, la seguridad e integridad física de las personas.

Una parte de la doctrina considera que la personalidad del hombre posee dos esferas distintas: una individual referida a los derechos que protegen la personalidad en la vida pública como sería el honor que a diferencia de la intimidad, tiene como referencia la publicidad. Otra, es la esfera privada que

¹⁷⁹ Rubén Hernández Valle (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro, pp. 144, 145.
También en: Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 75.

protege de indiscreciones el espacio privado, otorgando la tranquilidad necesaria para el apropiado desenvolvimiento en un ambiente de paz interior.

Comparto el parecer de Samuel Warren, pues este derecho *“no impide la publicación de aquello que es de interés público o general”*¹⁸⁰, ya que en países regidos por un Estado Social de Derecho, existen ciertos supuestos en los cuales prevalece el interés general sobre el particular, siguiendo los procedimientos establecidos para evitar violaciones injustificadas de este derecho.

Entonces, este derecho garantiza que los asuntos que no le incumben al resto de la comunidad no se vean afectados por una publicidad indeseable y agrega Samuel Warren que es *“proteger a toda persona, sea quien sea por su status o por su posición social, de ser divulgados, contra su voluntad, asuntos que pudiese preferir, en verdad, mantener reservados”*.¹⁸¹

¹⁸⁰ Hay legislaciones, como la de Estados Unidos, en las que, la ausencia de malicia de quien hace público algo no es una defensa.

Warren, Samuel y Brandeis, Louis (1995). *El Derecho a la Intimidad*. --: Edición a cargo de Benigno Pendas y Pilar Baselga, Editorial Civitas S.A, pp. 62, 69.

¹⁸¹ Ibid.; pp. 62, 63.

B. NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO A LA INTIMIDAD

B.I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD A NIVEL INTERNACIONAL

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que dispone: *“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”*.

Esta Declaración resalta claramente la obligación de las autoridades de velar por el respeto a este derecho, garantizando que la vida privada de las personas no se verá afectada por terceros bajo ninguna circunstancia salvo las excepciones que contempla la ley.

En igual sentido disponen el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸², según los cuales las injerencias prohibidas serán las arbitrarias e ilegales, siendo el resto del contenido de los artículos el mismo que el de la

¹⁸² Este artículo dispone que: *“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 su reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 11 sobre la Protección de la Honra y de la Dignidad dispone: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su 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. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre, pues protege la vida privada (incluida la honra y la reputación), la familia, el domicilio y la correspondencia y da el derecho de exigir dicha protección.

B.II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD A NIVEL NACIONAL

Como bien se desprende de las características citadas anteriormente, este es un derecho de la persona, que encuentra protección en diversas normas como la establecida en el artículo 59 del Código Civil, el cual dispone un derecho a la indemnización por daño moral en las hipótesis de lesión a los derechos de la personalidad.

Por tratarse de un derecho íntimamente vinculado a la propia personalidad, se deriva del principio de la dignidad humana o igualdad como reconoce el artículo 33 de la Constitución Política,¹⁸³ cuando señala que todas las personas son iguales ante la ley y por eso a todas se les debe garantizar el disfrute de este derecho por igual, sin realizar discriminaciones de ninguna clase.

Más específicamente, nuestra Constitución Política regula el derecho a la intimidad en el primer párrafo del artículo 24, disposición incorporada luego de la

¹⁸³ Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 74.

reforma constitucional de 1991 a dicho artículo y, a pesar de que el artículo no hace ninguna precisión jurídica ulterior, sí constituye un reconocimiento constitucional importante de un derecho esencial en nuestra sociedad actual.

Para Edwin Duarte, la norma protege la *“incolumidad del ámbito material de intimidad personal, del que el hombre libre tenga posibilidad de gozar de privacidad necesaria para entregarse a sí mismo, a sus afecciones, a su familia, a sus asuntos”*.¹⁸⁴

Sobre este artículo, la Sala Constitucional ha precisado que el derecho que contiene es *“un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos”*. Así mismo, la intimidad incluye todos los fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de la persona *“que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato”*,¹⁸⁵ salvo que la persona así lo desee.

Para esa Sala, voto 1026-94, ese ámbito de intimidad puede darse en el hogar o en otros lugares (como oficinas) y solo se puede violar por justa causa; por eso cuando el Estado investiga hechos contrarios a la ley, lo debe hacer *“en consonancia con el fuero particular de la intimidad, del domicilio o de las*

¹⁸⁴ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 19.

¹⁸⁵ Voto 1026-94. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

comunicaciones”, salvo las excepciones previstas en la Constitución y la Ley, pues esa investigación no es excusa para atacar el honor y la reputación.

Para la Sala Constitucional, *“este fundamento constitucional del derecho a la vida privada, genéricamente entendido, se encuentra en los derechos fundamentales de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad y es así como cierta parte de la doctrina española lo delimita como un auténtico derecho individual, que debe garantizar al individuo, desde su dignidad de hombre y en interés de su libre desarrollo, una esfera de vida elemental”*.¹⁸⁶

En jurisprudencia más reciente, la Sala Constitucional indicó que con esta norma el constituyente pretendió garantizarle a los ciudadanos el derecho a la privacidad en sus hogares y que no sufrieran injerencias abusivas de las autoridades públicas. Por eso el derecho debía resguardarse por un funcionario público calificado, pues el derecho se quebranta solo por decisión de un juez de la República.¹⁸⁷

La misma Sala Constitucional deja abierta la posibilidad, según la resolución anterior, para que un juez que no necesariamente sea de la materia

¹⁸⁶ Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁸⁷ Resolución 2003-04672. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

penal, dicte medidas para vulnerar dicho derecho, como sería la práctica de la diligencia de allanamiento.

Además, el legislador no puede autorizar la intromisión de funcionarios públicos ni de particulares en actividades íntimas de la persona, pues como señala la Constitución Política, esa conducta no puede dañar el orden público, la moral, las buenas costumbres o los derechos de terceros.

Por último, esta regulación que protege el derecho fundamental a la intimidad se ve reforzada en el Código Penal. Aquí castiga severamente cualquier intromisión en la intimidad de las personas, no solo por parte de particulares, sino también de personas revestidas con un carácter especial, como lo sería un funcionario público.

II. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

A. REFERENCIA HISTÓRICA, DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO

A.I. REFERENCIA HISTÓRICA

En un inicio el Derecho romano definió la propiedad como un derecho absoluto e ilimitado sobre el bien en que recaía; es decir, las facultades del titular

sobre ese bien, porque los actores de la vida política eran a la vez los grandes propietarios de las urbes. Se produce así una estrecha vinculación entre propiedad y poder político, concebida como un derecho de posesión.

La Edad Media admitía el dominio dividido, entre el directo del señor feudal y la jurisdicción de este sobre las tierras de su señorío, y el útil, reconocido a los vasallos por el pago de un canon al primero, obtenían las utilidades económicas que producía la tierra. Además, existían bienes denominados "*manos muertas*", de uso para una colectividad de vecinos o las necesidades de la Iglesia por lo que estaban fuera del tráfico jurídico y no podían ser objeto de negociación.

Por lo anterior, se desarrolla en Europa la revolución liberal burguesa que, viendo con recelo la situación de opresión anterior, comienza una fase desamortizadora y desvinculadora, acabando cualquier limitación del derecho más absoluto: la propiedad.

Con la industrialización y el nacimiento de organizaciones de la clase obrera se volvió conflictiva la relación entre los derechos de propiedad y de trabajo, dando a la propiedad una concepción social y condicionando su contenido al bien

sobre el que recaía y a la necesidad de utilización general de este. Así, surgió el concepto de función social de la propiedad en las constituciones europeas.¹⁸⁸

En el pasado, los ordenamientos regidos por Constituciones liberales limitaban los poderes del particular según el interés de otros propietarios. Hoy día están dirigidas a la satisfacción de intereses públicos: *“el ejercicio del derecho de propiedad de un particular pareciera detenerse no ya frente al derecho de otro propietario, sino más bien en razón del cumplimiento de aquellos deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”*.¹⁸⁹

Este derecho evolucionó, según Diez-Picazo y Ponce de León, por dos vías: la doctrina Católica que introduce la función social como límite de la propiedad, donde sus facultades coexistían con las cargas y obligaciones impuestas por normas que buscaban satisfacer, no sólo los intereses del titular, sino también generales o sociales; y la búsqueda en el derecho urbanístico para que las limitaciones se consideraran carentes del carácter expropiatorio.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Francisco J. Bastida (2005). *Propiedad y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios, pp. 156, 157.

¹⁸⁹ Giancarlo Rolla (2002). “La Regulación Constitucional de la Propiedad Privada en Italia”. *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*. Tomo III. IJSA. Marzo, p. 261.

¹⁹⁰ Francisco J. Bastida (2005). *Propiedad y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios, pp. 157-160, 163.

A.II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN COSTA RICA

En el Pacto de Concordia de 1821, el derecho de propiedad privada fue considerado un derecho natural del hombre absoluto e ilimitado por lo que no se podía limitar su ejercicio.

En 1825, la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica conservó el carácter de inviolabilidad de la propiedad vigente plenamente en nuestros días, excepto si se debían imponer límites por razones de interés público.

En 1840 llega al poder Braulio Carrillo y se promulgan las disposiciones civiles de 1841, introduciendo concepciones civilistas sobre limitaciones a la propiedad y límites de la propiedad en razón del interés público y privado. Esta regulación diferenciaba entre límites y limitaciones a la propiedad, refiriéndose el primero al contenido mismo del derecho y el segundo a restricciones impuestas por el ordenamiento, como se verá posteriormente.

Esas leyes reflejaron el interés del Estado de estimular un proceso colonizador para fundar nuevos pueblos fuera del Valle Central, dando tierras para fundar hogares y dedicarlas al cultivo y la producción, sacrificando las clases sociales marginales.¹⁹¹ A la vez se evitaba la invasión de parásitos o precaristas

¹⁹¹ Como ocurría con las leyes de Cabeza de Familia que permitían al cabeza de familia adquirir parcelas de hasta cincuenta hectáreas en los baldíos (tierras estatales) para dicho fin.

en fincas y propiedades del Valle Central, centro de poder económico y político de la burguesía agroexportadora, comercial y financiera.

Con lo anterior, el Estado buscó resolver el acceso a la propiedad privada agraria por dos vías: haciendo propietarios a los carentes de tierras o legalizando la ocupación de tierras por medio del otorgamiento de los títulos correspondientes y estimulando la colonización y producción fuera del Valle Central.

En la Constitución de 1859 se consolida el texto del artículo 45 el cual solo ha variado en su segundo párrafo a partir de 1943. Por primera vez a nivel constitucional se establece la posibilidad de imponer límites de interés social a la propiedad, aunque con una fuerte reserva legal introduciendo, además, un concepto determinado del principio de función social de la propiedad privada.

En 1940 la inestabilidad económica y el alto costo de la vida generaron la reacción política de la clase dominante defendiendo sus intereses, frente a la oposición y apatía de sectores populares y pequeña burguesía. Por eso Rafael Ángel Calderón Guardia propuso una reforma al artículo 29 constitucional de 1871,¹⁹² disponiendo que la propiedad sólo se limitaría por interés colectivo

¹⁹² Que disponía: *“el estado reconoce la propiedad privada, sin más limitaciones que las impuestas por el superior interés de la colectividad, las cuales serán establecidas por la ley. Esta determinará la inviolabilidad de la propiedad privada en el concepto dicho: a ninguno se privará de la suya, sino es por interés público legalmente comprobado y previa indemnización a justa tasación de peritos nombrados por las partes quienes no solo deben estimar el valor de la cosa que se tome, sino*

legalmente comprobado, previa indemnización (salvo casos de guerra o conmoción interna).

La política del presidente Calderón Guardia tuvo como puntos esenciales el absoluto respeto a la propiedad privada, que podía limitarse solo por necesidad pública, con la votación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso; y conservar la pequeña propiedad dando el derecho a los campesinos de cultivar las parcelas incultas o abandonadas por sus propietarios originales.

Por último, después de la reforma de 1943, el único cambio realizado por la Asamblea Constituyente de 1949 fue que si por conmoción o guerra no se podía efectuar la indemnización del bien expropiado esta se debía ejecutar a más tardar dos años después del acto expropiatorio. Para el profesor Brenes Córdoba, este derecho permitirá que una cosa esté sometida de forma absoluta y exclusiva, a la voluntad de una persona,¹⁹³ dentro de la ley.

también el de los daños consiguientes que se acreditan. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa”.

¹⁹³ Citado por: José Luis Marín Quirós (1999). *Límites y Limitaciones a la Propiedad Privada, según Jurisprudencia de las Salas Primera y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de los Años 1990 a 1998*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 43.

A.III. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

La palabra domicilio proviene del latín domus y colo, de domun colere, habitar una casa. Cabanellas lo define como la “*casa en que uno habita o se hospeda*”.¹⁹⁴

Para Rubén Hernández, desde una perspectiva constitucional, es el espacio físico en el que la persona ejerce el uso y disfrute, desarrolla su vida privada mediante una pluralidad indeterminada de actividades, sin injerencias ajenas, protegiendo un ámbito de autonomía personal y donde ejercita otros derechos fundamentales, como la libertad de reunión, de culto y asociación (artículos 26, 79 y 25 de la Constitución Política, respectivamente).¹⁹⁵

Será domicilio todo espacio del que el individuo tenga plena disponibilidad, excluyendo a los que no tenga acceso y capacidad de disposición. Sin embargo, la noción “*vida privada*” es amplia y permite que ciertos espacios como despachos

¹⁹⁴ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 19.

¹⁹⁵ Es no sólo la casa de habitación sino también las oficinas y vehículos. Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 79.

Además véase:

Rubén Hernández Valle (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro, pp. 149-151.

Rubén Hernández Valle (2005). *Instituciones de Derecho Público Costarricense*. Sexta Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 180.

no privados, lugares de trabajo en oficinas, entre otros, los ampare la protección de la intimidad, pero no la inviolabilidad del domicilio.

El criterio esencial para calificar como domicilio constitucionalmente protegido a un determinado recinto es el de que sirva de manera habitual y efectiva como residencia, o aunque su uso sea ocasional, su destino específico sea precisamente el de servir a dicho fin.¹⁹⁶ A pesar de eso, ciertos autores consideran que, aunque un recinto sea utilizado para habitar (recinto habitado), puede no considerarse morada por lo reducido de su espacio.¹⁹⁷

Será morada *“el hogar o residencia, el lugar donde se vive, donde se desarrolla la vida privada del hombre y su familia”*, también es *“el conjunto de recintos, dentro de los cuales una persona o un grupo homogéneo de personas, viven o permanecen durante considerable tiempo”*.¹⁹⁸

Javier Llobet la define como *“...el lugar que habita una persona, en la que mantiene su ámbito de intimidad”*. Pueden ser muebles (carros, vagones) o inmuebles, por naturaleza destinados para vivienda (casas, apartamentos) o que

¹⁹⁶ Luis López Guerra y Eduardo Espín y otros (1994). *Derecho Constitucional*. Volumen I. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 215, 216.

¹⁹⁷ Jorge S. Arce González y Ana L. Fonseca Méndez (1985). *La Responsabilidad Penal del Funcionario Judicial*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 186.

¹⁹⁸ *Ibid.*; p. 185.

les hayan dado ese fin (bodegas, edificaciones en ruinas, cuevas).¹⁹⁹ También, pueden ser lugares en construcción siempre que den la idea de que su destino será habitacional.²⁰⁰

Hay autores para quienes la concepción constitucional de domicilio es distinta a la civilista o a la de Derecho Tributario, ya que la constitucional *“abarca no sólo el lugar donde habita una persona (lo cual implica que su habitación sea continua o que simplemente se conserve la intención de habitar ese lugar), sino cualquier otro recinto en que se desarrolla la vida privada (Colliard)”*.²⁰¹

Entonces, desde la perspectiva constitucional, se entenderá por domicilio (propiedad privada) el lugar en el cual la persona, que no es el Estado, desarrolla todas sus actividades de uso, disfrute y disposición, en donde desarrolla su vida privada. Con la tutela de este espacio de privacidad se incentiva la autonomía de cada individuo.

Según algunos autores morada y domicilio no son equiparables, pues en el domicilio legal no requiere que se more, ni equivale a casa habitada, que se refiere

¹⁹⁹ Citado en: Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). Op. Cit., p. 27.

²⁰⁰ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., pp. 19, 20.

²⁰¹ Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 79.

a la morada.²⁰² Contrario a eso, en materia penal y para efectos de este trabajo, se consideran sinónimos, refiriéndose a un lugar habitado en forma más o menos permanente, que puede ser una vivienda, el camarote de un barco, la habitación de un hotel, incluso una tienda de campaña.²⁰³

Considera Quintano Ripollés que en penal la morada “*es una noción de hecho más bien que de derecho, aunque a este afecten inmediatamente las consecuencias de la postura que se adopte*”. Por eso se debe rechazar *ad limine* el pretender identificarlo con la noción civilista más normativa, es la “*sede jurídica de una persona*”²⁰⁴, el lugar donde se le puede ubicar para efectos legales, el cual puede ser diferente de donde se habita.²⁰⁵

La noción de derecho penal abarca no sólo el domicilio civil sino también “*la relación de objeto entre la persona y el lugar, que se conoce como residencia (habitación real de la persona) y habitación (lugar accidental de residencia); y toda relación accidental que el sujeto pueda tener con el lugar, por razones de trabajo, viajes, recreación, etc.*”²⁰⁶

²⁰² José María Rodríguez Devesa (1983). Op. Cit., p. 305.

²⁰³ Alfonso Serrano Gómez (2000). *Derecho Penal Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid: Dykinson, p. 261.

²⁰⁴ Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., p. 955.
Enrique F. Solsona (1987). *Delitos Contra la Libertad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, pp. 72, 73.

²⁰⁵ Como se refleja en el artículo 60 de nuestro Código Civil.

²⁰⁶ Enrique F. Solsona (1987). *Delitos Contra la Libertad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, pp. 72, 73.

Estos autores muestran dos concepciones del término morada; por un lado la penal, que la identifica con una noción fáctica, referida a la habitación en un determinado lugar de manera más o menos permanente realizada por un sujeto. Su relación puede ser incluso accidental, y por otro lado la civil, referida al domicilio legal de una persona, útil por ejemplo para efectos de notificaciones.

Por su parte Solsona define morada como *“el conjunto de recintos donde una persona o un grupo de ellas viven o permanecen un tiempo más o menos prolongado o bien el lugar donde los mismos pernoctan”*. Señala sobre la condición de habitabilidad, que existen lugares donde no parece que pudieran vivir personas, pero por la crisis habitacional se consideran morada, como ocurre con cuevas o carpas (como los campamentos de operarios).²⁰⁷

La morada puede ser una dependencia dentro de un edificio que no es morada. Hay casos como *“los templos, oficinas públicas, etc.”*, que no son moradas pero *“sí lo son dependencias destinadas al cuidador de los mismos, o a un sacerdote, etc.”*²⁰⁸

²⁰⁷ Enrique F. Solsona (1987). *Delitos Contra la Libertad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, pp. 73, 74.

A propósito de la definición del término morada se puede consultar:

- Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., p. 957.

- Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 19.

²⁰⁸ Ibid.; p. 74.

Este concepto se compone de dos elementos: *“la residencia y la permanencia en un lugar y de ellos predomina el ánimo de permanecer sobre la realidad de la habitación, puesto que ausencias y viajes no le hacen mudar a una persona de domicilio, ni se gana el mismo por la simple presencia en una población o territorio”*.²⁰⁹

Un lugar puede ser considerado jurídicamente como habitación o morada (en palabras de Ángel Sanz) y amerite ser tutelado, pero *“debe reunir tres requisitos esenciales: particular estructura del lugar, su destino, carácter privado y potencial indeterminación de los intereses personales que se pueden satisfacer dentro de él (Faso)”*.²¹⁰

En cuanto a la estructura este lugar debe ser un sitio cerrado o parcialmente abierto, pero aislado del ambiente externo, capaz de hacer efectiva la voluntad de sus habitantes de poder excluir a las personas no autorizadas a entrar o permanecer en él.²¹¹

²⁰⁹ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 19.

²¹⁰ Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 79.
Rubén Hernández Valle (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro, pp. 149-151.

²¹¹ Ibid.; p. 80.

A propósito de este requisito véase: - Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 44-47.
Rubén Hernández Valle (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro, pp. 149-151.

El lugar debe dedicarse al desarrollo de actividades de la vida privada, íntima o familiar como reposo, alimentación, entre otros y las que, aunque no revisten carácter doméstico, se desarrollan en una esfera espacial exclusiva del sujeto privado, a la que se prohíbe el acceso de terceros (trabajo, administración, descanso, cultura, etc.).²¹²

El destino debe ser legítimo, es decir, pertenecer al sujeto con base en un título legítimo de disfrute (propiedad, usufructo, uso, habitación, etc.); ser actual, lo que no significa presencia necesaria en el sitio del sujeto titular del derecho, sino más bien es el efectivo empleo del espacio por parte de los sujetos determinados. Por eso, la protección no opera en lugares abandonados.²¹³

Para Ángel Sanz la actualidad de uso es el tercer requisito para que un lugar sea calificado como morada, por lo que *“la protección penal no tiene lugar respecto a los lugares destinados sólo genéricamente a morada, pero aún no ocupados o abandonados”*. Además, una vez que esta se da, pierde importancia

²¹² Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 80.

También: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 44-47. Este último autor agrega: *“El Tribunal Constitucional Español ha indicado en la sentencia 10 / 2002, del 17 de enero, que no cabe considerar domicilio aquellos espacios destinados “a cualquier actividad distinta a la vida privada”, o bien aquellos otros “que, por sus propias características, nunca puedan ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada”*.

²¹³ Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 80.

Rubén Hernández Valle (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro, pp. 149-151.

el carácter *“permanente o temporal”* de la relación persona-espacio y la *“presencia in situ del sujeto pasivo en el momento del delito”*.

El carácter privado del recinto es un elemento constante en la noción de domicilio; la cantidad y diversidad de intereses desarrollados por el ser humano en su domicilio son indeterminables a priori, por cuanto parte importante de su personalidad se desarrolla y ejercita en forma completa y sin restricciones heterónomas dentro de este.²¹⁴ Así mismo, el lugar de residencia de una persona no siempre coincide con su domicilio.

Puede ser que la presencia del titular del derecho de exclusión en el recinto no sea continua; sin embargo, como se puede ver, esto no es necesario para el concepto de morada. En algunos casos las personas poseen una casa para habitar regularmente y otra en otro lugar para ir en período de vacaciones.

La habitación de un hotel o una pensión son consideradas morada pues *“el carácter temporal de la ocupación no obsta a la actualidad del uso, en cuanto requisito del concepto de morada”*.²¹⁵

²¹⁴ Rubén Hernández Valle (1997). *Prerrogativa y Garantía*. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED, p. 80.

²¹⁵ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 48.

Actualmente, existen cuatro aspectos fundamentales de la propiedad: pluralismo de normas especiales para remediar los efectos del ejercicio liberal de esta; su carácter social, pues debe satisfacer las exigencias del propietario y de la colectividad; nueva formulación de la relación propiedad-libertad, ya que la autonomía del sujeto en relación con el bien se refleja en el goce que el mismo haga de ella y la subordinación de la propiedad a las exigencias del bien.²¹⁶

También, en este derecho se presentan dos aspectos: como *derecho civil subjetivo* y como *derecho público subjetivo*. En el primero, se ubican las relaciones jurídicas privadas entre los individuos y por eso el titular lo puede oponer a las pretensiones de otros sujetos de derecho privado. El segundo se presenta cuando pertenece al gobernado y es oponible al Estado y sus autoridades, como *entidades de imperio, de autoridad*.²¹⁷

Es así como la propiedad privada será aquella cuyo titular o titulares sea una o varias personas físicas o jurídicas, que ejercitan todos los atributos del dominio, que algunos consideran forma parte de una relación económica²¹⁸, y en la cual no se permite el aprovechamiento por otras personas, respetando los límites y obligaciones que impone el Derecho Positivo.

²¹⁶ Wilber Barquero Bolaños (1998). Op. Cit., pp. 66-72.

²¹⁷ Ignacio Burgoa (1984). *Las Garantías Individuales*. Décimo octava edición. México: Editorial Porrúa, S.A, pp. 454-457.

²¹⁸ Rodrigo A. Gutiérrez Schawanhauser (1986). *La Propiedad Privada y su Función Social*. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 99.

Por todo lo anterior, la propiedad ha sido a lo largo de la historia uno de los derechos más importantes en diferentes legislaciones, circunstancia actual pues puede influir decisivamente en la organización del sistema político, económico y social de cada época.

A.IV. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

Según Eduardo Novoa la doctrina liberal del siglo XIX caracterizó este derecho de propiedad privada *“como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo”*. Este derecho posee una exclusividad que *“consiste en la facultad de rechazar cualquier intervención de terceros en el uso, goce y disposición de la cosa”*.²¹⁹

La propiedad tiene vida mientras la tenga la cosa sobre la que recae. Por eso no se puede determinar previamente y con una eficacia real, cuál será la duración en manos del dueño.²²⁰

Según López y López existen técnicas operativas para definir y especificar el contenido de este derecho y del propietario: atribución de menos facultades al propietario, el cual reduce el contenido de la propiedad; establecimiento de

²¹⁹ Eduardo Novoa Monreal (1979). Op. Cit., pp. 23, 27.

²²⁰ Ibid., p. 29.

condiciones para ejercer dichas facultades y fijación de obligaciones y cargas al propietario que determinan la pérdida o disminución de la titularidad en el ejercicio de las facultades del derecho subjetivo.²²¹

Lo anterior reconoce este derecho como una doble vertiente o dimensión: la institucional, consecuencia de los efectos de la función social y que limita el concepto propiedad y la individual, integrada por la propiedad como derecho subjetivo intangible por respeto a su contenido esencial que solo cede por motivo de utilidad pública o interés social, mediante expropiación y la indemnización que conlleva por el precio adecuado o justo precio.²²²

Este derecho real de propiedad no es absoluto e ilimitado sino relativo.²²³ Admite límites por motivos de interés social establecidos por el Poder Legislativo, que requieren ser aprobados por mayoría calificada. Si este derecho fuera ilimitado se podría destruir el sistema legal, por la incompatibilidad entre ambos, ya que la ley busca moldearlos para que encajen dentro de nuestro contexto social.

²²¹ Ángel M. López y López (1988). *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*. España: Editorial Tecnos, S.A., pp. 63, 64.

²²² Francisco J. Bastida (2005). *Propiedad y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios, p. 168.

²²³ El artículo 832 del Código Civil (Italia) define la propiedad como el derecho de disfrutar y disponer de las cosas en modo pleno y absoluto, dentro de los límites y el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico, mientras que la precedente Constitución, en su artículo 29, afirmaba que todas las propiedades, sin ninguna excepción, eran inviolables.

A esto se refiere Giancarlo Rolla (2002) en: "La Regulación Constitucional de la Propiedad Privada en Italia". *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*. Tomo III. IJSA. Marzo. P. 258.

De acuerdo con lo anterior el ordenamiento jurídico debe contener normas, conceptos y disposiciones para fortalecer los intereses generales de los ciudadanos. Por eso el Estado tiene la responsabilidad de utilizar el derecho como un mecanismo para organizar la vida en sociedad y dirimir los conflictos entre intereses privados.

Para Kelsen, el establecimiento de derechos subjetivos como el de propiedad, es una técnica jurídica particular “*característica del orden jurídico capitalista*” y no un rasgo “*esencial*” de todo ordenamiento. A su juicio, la dominación del propietario sobre la cosa jurídicamente sería el reflejo de la exclusión de otras personas, no un derecho “*real*”, sino una relación personal.²²⁴

También a este derecho se le reconoce la exclusividad (dominación de la persona sobre la cosa, que los otros deben respetar)²²⁵, perpetuidad (dura lo que dura el bien), absolutez, inherencia (reunión o fusión que se da entre el derecho y el bien), oponibilidad (facultad de hacer valer por parte del titular su derecho ante los demás –erga omnes-) e inmediatez (posibilidad del titular de sacarle la mayor utilidad directamente al bien).²²⁶

²²⁴ Citado por: Pablo Rodríguez Oconitrillo (2001). *Derechos Fundamentales*. San José: Editorial Juricentro, pp. 36, 37.

²²⁵ Ibid., p. 36.

²²⁶ Wilber Barquero Bolaños (1998). Op. Cit., pp. 16-17.

También posee unidad al ser un único derecho independientemente de sus titulares y del objeto sobre el que recaiga; y la abstracción o ilimitación de las facultades del titular del derecho implica la indeterminación de los modos de goce y utilidades que pueden obtenerse con el objeto de dominio.

Este derecho se caracteriza por tener una función social, armonizando los intereses individuales con los sociales *“impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común”*. Uniéndose en ella la libertad del individuo, las facultades dadas por la propiedad y la obligación de utilizarla de manera conveniente al interés social, sin perjudicarlo y cumpliendo con lo que él le impone.²²⁷

Este derecho está sujeto a las regulaciones que implica la función social que, lejos de debilitarlo más bien lo fortalece, pues la propiedad privada le otorgó el derecho natural como subsidio de la vida humana, y no debe destruirse ni desperdiciarse por hacer mal uso de esta. La posesión del bien debe dirigirse a satisfacer las necesidades de su dueño y la sociedad, y el Estado debe protegerlo como encargado de velar por el bien común.

²²⁷ Eduardo Novoa Monreal (1979). *El Derecho de Propiedad Privada*. Bogotá: Editorial Temis Librería, p. 61.

B. DERIVACIONES DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD PRIVADA

La norma que protege la propiedad privada hace alusión a otros recintos que reciben la protección penal, a los cuales me referiré a continuación.

En primer lugar están las **casas de negocios**, denominación que data de 1891 e introducida para evitar problemas sobre el alcance del término domicilio. Por estas debe entenderse aquellos *“lugares destinados a una actividad comercial, profesional o científica, quedando comprendidos los locales en los que el acceso al público es libre o relativamente “libre”*. No importa si se trata de locales que *“por su condición o destino estén intermitentemente ocupados”*.²²⁸

Sería suficiente el ingreso de ajenos en estos locales para cometer el hecho ilícito perturbando la intimidad de sus moradores o poseedores, a pesar de que ese no haya sido su objetivo. Además, en el caso de este tipo de recinto, por el destino que tienen no están siempre ocupados, pero sí tienen una concurrencia más o menos indeterminada de personas y el dueño conserva la facultad de excluir a los concurrentes.

²²⁸ Enrique F. Solsona (1987). *Delitos Contra la Libertad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 75.

Esta definición es acogida por la Sala Tercera en la resolución 177- F-93.

Además, puede consultarse:

- Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 19.

- Jorge S. Arce González y Ana L. Fonseca Méndez (1985). Op. Cit., p. 185.

En un sentido similar se refiere Carlos Fostán Balestra. Citado por Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). Op. Cit., p. 121.

Solsona indica que por la naturaleza de la morada la voluntad de excluir a terceros se presume, contrario a las casas de negocios, en las que en principio el acceso se presume *“relativamente libre, en donde la voluntad de excluir tiene que surgir más vigorosa, pero ejercitada sin dudas por quien tiene derecho de admisión”*. Entonces, la violación de domicilio se da cuando el que puede ser excluido no obedece esta decisión de excluirlo.²²⁹

Se puede calificar entonces como casa de negocio los lugares en donde realizan actividades de cualquier índole, con carácter lucrativo o no, por ejemplo actividades deportivas, religiosas, comerciales y científicas. Además, en estos lugares la voluntad de excluir a alguien debe ser expresada más enérgicamente.

Sobre el **recinto privado**, Javier Llobet dice que *“este se diferencia de la morada por la circunstancia de que en tanto aquella alberga la intimidad del morador, su familia y sus cosas de manera más o menos continua, este es utilizado de manera accidental o transitoria (habitación de un hotel, por ejemplo)”*.²³⁰

Por **dependencias de morada** pueden considerarse los recintos y espacios materiales que, sin constituir por sí mismos morada o el negocio, están

²²⁹ Enrique F. Solsona (1987). *Delitos Contra la Libertad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 75.

²³⁰ Citado en: Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). Op. Cit., p. 27.

naturalmente unidos con aquellos y responden a la actividad desplegada por el local principal. Son lugares cerrados que lo complementan sin solución de continuidad, como patios, garajes, azoteas, terrazas y jardines cerrados. No pueden considerarse como dependencias aquellos lugares donde no se accesa.²³¹

Entonces, serán aquellos espacios unidos físicamente a la dependencia principal, cerrados al público en general, de ahí que se conserva el derecho de exclusión, pero en ellos también se desenvuelve cierta intimidad de los habitantes del local principal, además de servir a las actividades que este realiza.

Para Carlos Fontán Balestra esta *“da noción de algo accesorio de lo principal, que está en relación con ello, subordinadamente”*. Para él estas dependencias unidas a las casas de negocios o moradas *“pueden caracterizarse por estar destinadas a su servicio o complemento y participan de su naturaleza”*²³². En Costa Rica, algunos autores resaltan este estado de subordinación de la dependencia con el lugar habitado o casa de negocios.

Las dependencias se caracterizan por su exterioridad, lo cual facilita determinar si alguien entró transgrediendo límites. Para algunos autores el

²³¹ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op Cit., p. 20.

Esto es retomado por:

- Juan José Soto Cervantes (1985). Op. Cit., p. 273.

-Jorge S. Arce González y Ana L. Fonseca Méndez (1985). Op. Cit., pp. 185, 186.

²³² Citado por: Enrique F. Solsona (1987). *Delitos Contra la Libertad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 76.

concepto de morada ya incluye el de dependencias (cuadras, corrales, garajes, jardines, etc.) siempre que estas se encuentren directamente unidas a la morada.

Legislaciones como la española agregan los **hoteles**, en donde se distingue entre los espacios de uso común “*recepción, vestíbulos, corredores o salas de visitas o fiestas*”, que al ser públicos no pueden allanarse, de los apartamentos o habitaciones de huéspedes, dueños y empleados, que sí pueden allanarse. En las habitaciones de viajeros se presume una tácita autorización de entrar al personal del establecimiento, los cuales poseen las llaves para hacerlo.²³³

En relación con lo anterior, ha indicado la Sala Constitucional qué recintos no tienen el carácter de privados, como lo serían las áreas para comensales en los restaurantes o para clientes en los comercios, las calles internas de una urbanización privada, pues a pesar de ser privados están destinados a un uso público.²³⁴

Otro concepto es el de **despacho profesional y oficina**, a los cuales se refiere Hernández Plasencia. El primer término se refiere a todos los recintos “*en los que se desarrollan actividades ejecutadas por profesionales con título*

²³³ Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., p. 960.

²³⁴ Voto 3834-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Posición acogida en: Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p.22.

académico (dentista, abogado, psicólogo, asesor, etc.)” y el segundo a lugares “donde se desarrollan actividades públicas”. Algunos autores no lo limitan al desarrollo de esas actividades y emplean un concepto más amplio.²³⁵

También se le ha definido como *“el lugar donde se ejerce una profesión (abogado, arquitecto, médico, etc.). Es el espacio privado de un profesional, sin perjuicio de recibir visitas o clientes, normalmente en horas programadas”²³⁶*. Incluso podría tratarse de un lugar en donde se elabora algo.

El **local abierto al público** tiene acceso ilimitado para que entre quien lo desee. Agrega la Fiscalía General del Estado, España, que son lugares que por su infraestructura permite *“el acceso físico de público a su interior y que, destinados a fines públicos o particulares, tengan abierto su acceso indiscriminadamente a cualquier persona”*, sin perjuicio del derecho de admisión y del horario establecido para el ingreso.²³⁷

Además, se trata de un lugar destinado al uso de la gente para ocio o recreo (bares, cines, etc.), aunque también a tienda o establecimiento mercantil;

²³⁵ Citado por: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 114, 115.

²³⁶ Así definido en: Alfonso Serrano Gómez (2000). *Derecho Penal Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Dykinson, p. 265.

²³⁷ Consulta 11/1997, de 29 de octubre. Fiscalía General del Estado, España. En: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 116.

es decir, es un término ambiguo por sus posibilidades de interpretación. La ilegalidad de la entrada se daría si se ingresara contra la voluntad del titular fuera de las horas de apertura.²³⁸ Concepto diferente del de establecimiento mercantil²³⁹ pues este es el lugar destinado a actividades relacionadas con el comercio.

Por último, la Sala tercera ha dicho que una cabina “(...) *mientras se encuentre ocupada, es un lugar habitado, un recinto privado en los términos del numeral 23 de la Constitución Política*”, por lo que puede allanarse previa orden escrita del juez competente, que debe practicar personalmente y este recinto tiene la protección constitucional de la intimidad del domicilio.²⁴⁰

²³⁸ Alfonso Serrano Gómez (2000). *Derecho Penal Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Dykinson, pp. 264, 266. Señala Ángel Sanz Morán que, la STS de 19 de junio de 1999 “habla de “*la nota de la apertura o no al público como criterio decisorio de la extensión domiciliaria en relación con los lugares en que se ejercen actividades profesionales o negociales*”, añadiendo que “*si se trata de dependencias que reúnan nota de privacidad y exclusión de terceros cabrá hacer extensible la protección constitucional*”, pero “*si se trata de locales comerciales abiertos al público la especial protección no existe*””. En Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 109, 110.

²³⁹ Recinto que es cubierto por el tipo penal en la legislación española.

²⁴⁰ Resolución 468-99. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

C. NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

C.I. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Para Novoa a nivel internacional, *“existen varias normas jurídicas sobre el derecho de propiedad en el mundo occidental que tienen como raíz la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Quinta Enmienda a la Constitución Norteamericana (1791) y dos artículos del Código Civil Francés (1804, Código de Napoleón)”*.

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano incluyó el derecho de propiedad entre los imprescriptibles de la persona, junto al de libertad, seguridad y resistencia a la opresión, y a partir de ese reconocimiento solemne las Constituciones Liberales introdujeron la propiedad y otras facultades económicas entre los derechos innatos de la persona.²⁴¹

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia,

²⁴¹ Giancarlo Rolla. “La Regulación Constitucional de la Propiedad Privada en Italia”. En: *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*; tomo III, marzo, 2002. IJSA. San José, Costa Rica. P. 254.

1948²⁴², se señala como un derecho de las personas para que sustenten las necesidades esenciales para tener una vida digna.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José, suscrita en Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos²⁴³, dispuso que es un derecho de todas las personas, pero puede limitarse en razón del interés social, previa indemnización, en los casos que disponga la ley.

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias a 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”*.

Nuevamente la norma anterior nos indica una protección superior a este derecho frente a los ataques e injerencias, no sólo en la propiedad, sino también

²⁴² Artículo XXIII: *“toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”*. Citado por: Wilber Barquero Bolaños (1998). Op. Cit., pp. 187, 188.

²⁴³ Artículo 21: *“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”*. Artículo 32.2: *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*. Citado por: Wilber Barquero Bolaños (1998). Op. Cit., pp. 187, 188.

en la vida privada, y aunque no señala nada al respecto se puede entender esta protección frente a poderes estatales o frente a terceros, en ambos casos sin el consentimiento de los involucrados.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley N° 4229 del 11 de diciembre de 1966) reconoce el derecho a la inviolabilidad de domicilio en el 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 o reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Estos instrumentos internacionales son aplicables en nuestro país incluso por encima de la Constitución, según señala el artículo 7 constitucional, en el tanto otorguen más derechos a las personas. Estas normas reflejan la propiedad privada como un derecho fundamental accesible a todos, ya que brinda a las personas cierto grado de libertad, en el sentido de libertad económica.

Por último, según lo ha indicado Ángel López existen Constituciones que no lo han considerado dentro de los “*derechos fundamentales y libertades públicas*”, sino uno de los “*derechos y deberes de los ciudadanos*”.²⁴⁴

²⁴⁴ Ángel M. López y López (1988). La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada. España: Editorial Tecnos, S.A., pp. 46, 47.

C.II. REGULACIÓN NACIONAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

Siendo la Constitución la norma primaria sobre la producción jurídica en cuanto determina cuáles son las potestades normativas del ordenamiento, quién es el titular de cada una de ellas y los caracteres de las normas emanadas de tales potestades²⁴⁵, corresponde señalar lo que esta dispone sobre el derecho de propiedad privada.

Constitucionalmente, este derecho se fundamenta en el artículo 50 sobre la repartición equitativa de los recursos, relacionado con el principio de justicia social que contiene el artículo 74 constitucional. Ambos principios determinan la esencia del sistema político y social de nuestro país y lo definen como un Estado Social de Derecho²⁴⁶, que procura la igualdad entre las personas.

Señala la Sala Constitucional que el texto vigente, el de la Constitución Política de 1871, es producto del momento histórico en que se discute y aprueba,

²⁴⁵ Luis López Guerra, Eduardo Espín y otros (1994). Op. Cit., p. 46.

²⁴⁶ Voto 6579-94. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

y de las mociones que se plantearon para ajustarlo a las necesidades de la época. Este derecho se regulaba en el artículo 30 constitucional.²⁴⁷

Actualmente, son dos las normas constitucionales que protegen la inviolabilidad del domicilio. Por un lado, el artículo 23²⁴⁸ que autoriza la realización del allanamiento, siempre que sea dictada por un juez competente, sin expresar que ese juez debe ser de la materia penal. Por otro lado, el artículo 45²⁴⁹ referido a los casos en que puede expropiarse para que un bien que fue privado pase al dominio público, o poner limitaciones a la propiedad.

Esos artículos protegen de violaciones el domicilio y los otros recintos, refiriéndose a ellos como espacios físicos, que ocupan o poseen como titulares los habitantes del país, quienes tienen derecho de impedir cualquier injerencia privada o pública en ellos, cuando no la consientan o el ordenamiento jurídico no la

²⁴⁷ “El domicilio de los habitantes de la República es inviolable, y no puede allanarse, sino en los casos y con las formalidades que la ley prescribe”.

Tomado de la resolución 2003-04672. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁴⁸ “El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley”

El artículo 20 de la Constitución de El Salvador dice que: “La morada es inviolable y solo podrá ingresarse a ella por consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración o por grave riesgo de las personas”. Esta norma da a la policía del Estado libertad para actuar, con el fin de mantener la paz, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, como lo señala el artículo 168 número 17 de esa Constitución, porque deben investigar cuando se está frente a un peligro inminente o por grave riesgo de las personas. www.csj.gob.sv

²⁴⁹ “La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social”.

autorice (caso en que las razones son taxativas, como seguridad pública o salubridad, pues si fueran indeterminadas serían inconstitucionales).

Además, la segunda parte del artículo 23 establece una serie de excepciones, en las cuales se puede violar este derecho por medio de la diligencia de allanamiento, *“por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescriba la ley”*.²⁵⁰

Para esa Sala, al interpretar los artículos 23 y 48 constitucionales se extrae el derecho de exclusión del legítimo poseedor o titular del inmueble, quien puede decidir a quien autoriza el ingreso y a quien no. Salvo si el inmueble es destinado por su poseedor al uso público (como para presentar espectáculos públicos), caso en que la restricción sería inconstitucional, si violara o amenazara derechos fundamentales, ya que haría un uso abusivo del derecho.²⁵¹

Dispuso la Sala Tercera en la resolución 2432-95 que, al disponerse en el artículo 23 constitucional la inviolabilidad del domicilio que sólo es quebrantable por excepción y previa orden escrita del juez competente con el allanamiento implica que *“la privacidad del domicilio se encuentra especialmente tutelada por la*

²⁵⁰ Estas excepciones se retoman en la resolución 4029-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁵¹ Voto 3299-97. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Carta Magna, permitiéndose la intromisión estatal sólo por excepción y en los casos en que expresamente lo señale la ley”.²⁵²

La Sala Constitucional optó por un “*criterio evolucionista*” al interpretar la garantía constitucional contenida en el artículo 23, con el propósito de actualizar el contenido desde las exigencias de las corrientes modernas del Derecho Constitucional y del nuevo modelo procesal penal. Este da al juez una función garantista y no de investigador (régimen inquisitorio), debiendo controlar la función realizada por la policía y el Ministerio Público durante la investigación.²⁵³

Por su parte, Octavio de Toledo señala que se protege este derecho fundamental de la persona frente al Estado y sus funcionarios en el ejercicio ilícito de sus funciones, “*como garantía política en el marco del más genérico derecho a la intimidad*”²⁵⁴, lo que implica la invalidez o ineficacia de las pruebas obtenidas violando este derecho dentro del proceso en contra del afectado por esa violación.

De acuerdo con María de los Milagros Gorgas al decir que el domicilio es inviolable se protege la libertad relativa al ámbito material de intimidad personal

²⁵² Resolución 2432-95. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Esto fue retomado en la resolución 2005-00211, de la misma Sala.

²⁵³ Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

²⁵⁴ Agrega Borja Jiménez que, en sentido estricto es una garantía jurídico-política dada al ciudadano “*frente a la injerencia de las instancias del Poder público en el ámbito de la morada*”. Citados en: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 28, 29.

exigido como hombre libre, que debe tener posibilidades razonables de desenvolver con seguridad su personalidad, capacidades físicas y económicas y además posibilidad de “lograr una intimidad para entregarse a sí mismo, a sus afecciones, a su familia o a sus asuntos”.²⁵⁵

La aplicación subjetiva de este derecho no se limita a las personas físicas (nacionales o extranjeros), pues actualmente es pacífica la tesis de que la titularidad de las situaciones jurídicas está constitucionalmente garantizada a entes colectivos, con o sin personalidad jurídica, ya que las personas jurídicas poseen domicilio y realizan actividades que desarrollan la personalidad del individuo. No protege asociaciones con fines contrarios al ordenamiento.²⁵⁶

La norma establece una inviolabilidad de carácter individual y liberal que se contrapone a la limitación por motivo de un interés social²⁵⁷, posición que refleja una inclinación hacia la doctrina social de la iglesia (Encíclica Rerum Novarum). Esta se limita como una manera de explotar la tierra y su extensión, es decir, en

²⁵⁵ José I. Cafferata Nores (Compilador) (2004). Op. Cit., p. 109.

²⁵⁶ Rubén Hernández Valle (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro, pp. 156, 157.
También sobre este tema se puede consultar: Luis López Guerra, Eduardo Espín y otros (1994). Op. Cit., p. 214.
Este autor agrega que, sería un derecho al que le sería aplicable el criterio del Tribunal Constitucional de que las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos fundamentales que, por su propia naturaleza, sean extensibles a ellas.

²⁵⁷ El término “interés social” tiene un sentido más restringido que el de “interés público” y está referido, en consecuencia, a aquellos proyectos que tengan relación directa con la solución de problemas sociales. Tomado de: Rubén Hernández Valle, Rubén (2005). Op. Cit, p. 190.

razón de la utilidad pública, quedando no sólo para beneficio personal, sino también social, sin perder su propósito de proteger el patrimonio.

Este artículo en relación con el 40 del texto constitucional, el cual prohíbe los actos confiscatorios, arroja un principio fundamental: *“las restricciones al ejercicio de la propiedad tienen como límite fundamental el no ser confiscatorias del derecho”*. De esa manera, sería inconstitucional un tributo que tratase de gravar con un 90% el ingreso bruto de las personas.²⁵⁸

III. LÍMITES, LIMITACIONES Y GARANTÍAS AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

Los derechos a la intimidad y de propiedad privada son derechos humanos que garantizan la dignidad, la libertad y la igualdad entre las personas, y fundamentales en el tanto son garantizados por el ordenamiento jurídico, pues poseen una tutela reforzada y un sentido más preciso y estricto.²⁵⁹ Sin embargo,

²⁵⁸ Rubén Hernández Valle (2005). Op. Cit., p. 189.

²⁵⁹ Hinés Céspedes, César. “Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*: número 106, enero-abril, 2005. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica. P. 45.

Para ampliar el concepto de derechos fundamentales, cabe citar la definición de Guillermo Escobar, en el sentido de que *“son aquellos derechos que el poder constituyente, máxima expresión jurídica de la soberanía popular, ha considerado los más importantes, los seleccionados para gozar del mayor nivel de garantía”*. Guillermo Escobar Roca (2005). *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá, p. 27.

estos derechos desde su origen están limitados, pues son ejercidos por las personas dentro de la sociedad.

El doctor Hinés Céspedes señala que esas regulaciones o limitaciones de los derechos fundamentales solo deberían provenir de la Constitución, con el propósito de proteger los valores de la misma jerarquía, y *“que las fuerzas sociales incorporaron al texto superior para darle consistencia y lógica al sistema”*.²⁶⁰

Según el doctor Hinés es más preciso hablar de regulación que de limitación de estos derechos, ya que en esencia el legislador ordinario no puede limitarlos porque esto corresponde al constituyente, el cual puede incluso desconocerlos, asumiendo la responsabilidad por las consecuencias ilegítimas, *“al proponer una escala de valores contraria a la ideología social y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales”*.²⁶¹

Para él estas regulaciones razonables son posibles y necesarias para preservar la paz social, ya que el Estado está impedido material y formalmente para garantizar a cada individuo el absoluto disfrute de sus derechos sin violar los

²⁶⁰ Hinés Céspedes, César. “Fortalecimiento o Debilitamiento de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista Judicial*: número 85, año XXV, febrero, 2005. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. P. 21.

²⁶¹ Hinés Céspedes, César. “Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*: número 106, enero-abril, 2005. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica. P. 45.
También este autor se refiere a este tema en:
Hinés Céspedes, César. “Fortalecimiento o Debilitamiento de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista Judicial*: número 85, año XXV, febrero, 2005. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. P. 22.

de otros. Eso responde a requerimientos y giros de la época en la que rigen, es un proceso de sincronización histórica, para ajustarlos a los usos sociales imperantes de los que no puede prescindir el ordenamiento jurídico.²⁶²

La doctrina moderna diferencia entre límites o límites internos y limitaciones o límites externos. Siendo los primeros los referidos al derecho como tal, a su contenido, que definen *“la esfera de acción de un sujeto”* y las fronteras de hasta donde llega el poder del propietario, *“más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de este, sino de otra realidad distinta”*.²⁶³

De acuerdo con López y López los límites son los confines contenidos en el derecho de propiedad, frente a las limitaciones que comprimen el poder que con carácter general tiene el dueño de la cosa.²⁶⁴

Los límites se manifiestan en las relaciones con los vecinos, ya que como propietarios pueden utilizar libremente su propiedad, mientras no lesionen o perturben los derechos de propiedad de otro vecino. Las relaciones con los

²⁶² César Hinés Céspedes. “Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*: número 106, enero-abril, 2005. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica. P. 41. También este autor se refiere a este tema en: Hinés Céspedes, César. “Fortalecimiento o Debilitamiento de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista Judicial*: número 85, año XXV, febrero, 2005. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. Pp. 23, 33.

²⁶³ Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 42.
Rubén Hernández Valle (2002). Op. Cit., pp. 36, 37.
Ángel M. López y López (1988). Op. Cit., p. 66.
También: José Luis Marín Quirós (1999). Op. Cit., p. 40.

²⁶⁴ Francisco J. Bastida (2005). Op. Cit., p. 165.

demás se distinguen en principio porque nuestros derechos terminan donde empiezan los derechos de los demás.

Por otro lado, las limitaciones o límites externos son los *“límites al ejercicio del derecho que impone el ordenamiento en forma general para todos, o bien específicamente para algunos de ellos”*²⁶⁵. Estas suponen la obligación del titular de realizar actos positivos, según se justifiquen en la utilidad pública o el interés general, social *“personalmente indeterminado”*²⁶⁶, con la adecuada indemnización.

Estas limitaciones son excepcionales y se establecen por medio de un acto especial dirigido al objeto del que se trata; por eso es necesaria la publicidad registral de ellas, pues da un derecho real sobre la cosa y reduce el poder del propietario, ya que siempre serán prohibiciones o deberes que inciden sobre el ejercicio de las potestades típicas de ese derecho.²⁶⁷

En la presente investigación se verá el allanamiento como una limitación o límite externo a los derechos de propiedad privada y de intimidad, en el sentido de que esta diligencia los afecta en razón de un interés social, como lo es la

²⁶⁵ Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 42.
Ángel M. López y López (1988). Op. Cit., p. 66.
Rubén Hernández Valle (2002). Op. Cit., pp. 36, 37.

²⁶⁶ Ignacio Burgoa (1984). *Las Garantías Individuales*. Décimo octava edición. México: Editorial Porrúa, S.A., p. 461.

²⁶⁷ José Luis Marín Quirós (1999). Op. Cit., pp. 77, 78.

persecución penal o la efectiva ejecución de las sentencias en materia civil y es autorizada por el ordenamiento jurídico costarricense.

En nuestro país, los artículos 18, 19 y 28 de la Constitución Política establecen cuatro límites externos o limitaciones: el orden público, la moral y las buenas costumbres, los derechos de terceros y los deberes constitucionales (artículos 18 y 19 constitucionales).

El primero, el orden público, está sometido a coordenadas de tiempo y espacio y posee un doble sentido: como Estado-ordenamiento es el conjunto de principios políticos, sociales, económicos y éticos que conforman las creencias fundamentales de la sociedad civil, engloba el orden público material (valores de variada naturaleza) y el administrativo; como Estado-persona está relacionado con los poderes de policía y seguridad interna, que busca la pacífica convivencia de los habitantes (llamado por los franceses *“l’ordre dans la rue”* -“el orden en la calle”), principios que protegen su tranquilidad, seguridad y la salubridad pública.²⁶⁸

La Sala Constitucional lo definió como *“el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento y, por otra,*

²⁶⁸ Rubén Hernández Valle (2005). Op. Cit., p. 173. Y Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., pp. 44-46.

*concurrer a la protección a los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social”.*²⁶⁹

En segundo lugar, están la moral y las buenas costumbres, conceptos considerados sinónimos, que deben entenderse como *“el conjunto de reglas de moralidad media que la opinión pública reconoce como válido en determinado momento histórico. Es un concepto contingente”.*²⁷⁰ Para la Sala Constitucional (voto 3550-92) la moral es el *“conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad”*, que al ser violados ofende al resto de la sociedad.

Después están los derechos de terceros que incluyen los derechos subjetivos públicos y privados de los otros administrados, de manera que el derecho de cada uno empieza donde terminan los derechos de otros y viceversa. Estos deben jerarquizarse, tanto en sí mismos, como en su dimensión concreta, pues sólo se justifica regular y limitar la libertad para proteger derechos de igual o mayor rango frente a amenazas de igual o mayor intensidad.²⁷¹

²⁶⁹ Voto 3350-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁷⁰ Rubén Hernández Valle (2005). Op. Cit., p. 173. Y Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 46.

²⁷¹ Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., pp. 47, 48.

Finalmente, dentro de los deberes constitucionales están los deberes, es decir, *“comportamientos que derivan directamente de una norma y obligan, en cuanto tales, tan sólo a facilitar el cumplimiento de esa norma”*; y las obligaciones que *“comprende los comportamientos exigibles dentro del marco de una relación jurídica concreta en la que existe un sujeto capaz de reclamar su cumplimiento - contrapuesto a la existencia de un derecho subjetivo-”*.²⁷²

Ellos establecen deberes y obligaciones en perjuicio de los ciudadanos (incluso extranjeros) por medio de la ley, que disponen respetar el ordenamiento jurídico, defender la Patria y contribuir con los gastos públicos. Otros artículos constitucionales disponen deberes (como el artículo 56 que señala el trabajo como deber social y el 93 que dispone el sufragio como obligación cívica) que no vienen al caso explicar por no relacionarse con el tema en estudio.

Desde esos supuestos las autoridades costarricenses dictan medidas judiciales y administrativas. En este caso el allanamiento, como un instrumento para garantizar el mayor grado de paz posible a los miembros de la sociedad. Se limitan esos derechos con el fin de asegurar el logro del interés social, cual es la seguridad pública.

²⁷² Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 48-50.
Rubén Hernández Valle (2002). Op. Cit., pp. 36, 37.

Las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad se fundamentan constitucionalmente en el artículo 45, el cual señala que deben justificarse en un interés público (formado cuando coinciden un grupo importante de intereses individuales), una necesidad pública (producto de la vida en comunidad) e interés social (que prevalece sobre el individual). Sin embargo, este artículo no diferencia entre límites y limitaciones que, como vimos, son conceptos diferentes.

Entonces, según el principio de legalidad (que dispone que las autoridades públicas sólo pueden hacer lo expresamente permitido por ley), las autoridades no pueden limitar la propiedad por intereses distintos del social, si una norma expresamente no los autoriza, lo que no se deduce del artículo 45 constitucional. Esas limitaciones buscan el equilibrio entre el interés individual y el social, donde el primero no impida la satisfacción del segundo.

En el caso de la inviolabilidad del domicilio, el juez establece los límites, como ocurre en el caso del allanamiento donde, basándose en la normativa constitucional y procesal penal, el juez valora si procede la solicitud del Ministerio Público o si es conveniente dictarla para ejecutar una sentencia de un proceso civil, y el derecho del perjudicado de evitar la intromisión por parte de terceros en el lugar donde desarrolla sus actividades personales y profesionales.

Dispone el artículo 266 del Código Civil que la propiedad no tiene más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposición de la ley. Como en el artículo 45 constitucional este no hace diferencia entre límites y limitaciones; incluso es una norma que deja abierta la posibilidad para que las limitaciones fueran incluso por razones distintas del interés social.

Indica el artículo 383 del mismo Código, que *“la propiedad privada sobre inmuebles está sujeta a ciertas cargas u obligaciones que la ley le impone a favor de los predios vecinos, o por motivos de utilidad pública”*. A diferencia del artículo anterior se reduce la imposición de limitaciones a los casos que señala la ley, como lo sería dictar un allanamiento.

Como ha indicado la Sala Constitucional son varios los sujetos legitimados para imponer limitaciones al derecho de propiedad de los particulares, cumpliendo con las formalidades de ley, estos son: el Instituto de Desarrollo Agrario, las municipalidades, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, la Asamblea Legislativa²⁷³ y debe agregarse el juez, quien le impone una limitación cuando dicta allanamientos.

²⁷³ Votos números 1109-93, 1551-98 y 9458-99, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

También según ha dicho esta Sala las limitaciones a la libertad son lícitas constitucional e internacionalmente si satisfacen un interés público imperativo, el cual debe interpretarse valorando como un todo el orden constitucional y según el sistema de valores vigente; además, deben ser las que menos restrinjan el derecho y proporcionales al interés que las justifica, pues son excepcionales.²⁷⁴ Lo cual es un principio aplicable a los demás derechos.

Para que una restricción sea válida no es suficiente ser útil, razonable u oportuna; debe implicar “*la existencia*” de una “*necesidad social imperiosa*” que sustente la restricción.²⁷⁵

Para la Sala Constitucional (voto 4029-92), el allanamiento no constituye un fin en sí mismo; por el contrario, señala que el constituyente autorizó que se violara el ámbito de intimidad en los casos señalados, debido a la necesidad de defender otros valores de la colectividad de igual o mayor importancia, si no pueden emplearse medios menos drásticos. Esta misma Sala, en relación con la limitación que implica la práctica de un allanamiento sobre el derecho de propiedad privada, ha argumentado que este puede limitarse con el objetivo de cumplir un fin social y beneficiar a la colectividad.²⁷⁶

²⁷⁴ Voto 3550-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁷⁵ Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 50.

²⁷⁶ Voto número 1551-98, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Como a los derechos se les pueden establecer limitaciones, es lógico pensar que paralelo a esto se les establezcan garantías, las cuales pueden ser objetivas o subjetivas. Siendo las primeras las que *“tienen lugar al margen de los intereses concretos de una persona individual”*, por ejemplo, el control de constitucionalidad y la reserva de ley. Las segundas responden *“a la protección, normalmente ante tribunales nacionales o internacionales, de las personas...”*.²⁷⁷

En Costa Rica existen cuatro garantías de los derechos fundamentales: el principio de reserva de ley, el respeto del contenido esencial, el principio de razonabilidad de las leyes y la existencia de procesos constitucionales para su tutela (los recursos de amparo y de hábeas corpus).²⁷⁸

La Sala Constitucional ha dicho, sobre el principio de reserva, que solo mediante ley formal emanada del Poder Legislativo a través del procedimiento constitucional se puede regular y restringir derechos fundamentales, respetando el contenido esencial²⁷⁹ y solo los reglamentos ejecutivos desarrollan sus preceptos,

²⁷⁷ Guillermo Escobar Roca (2005). *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá, p. 124.

²⁷⁸ Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 51.

²⁷⁹ El Tribunal Constitucional español lo ha definido como: *“...aquella parte del contenido de un derecho sin el cual este pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo...Se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”* (voto 11 del ocho de abril de 1981). Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., pp. 53, 54.

sin que puedan aumentar ni crear más restricciones que las establecidas por ellas, ni otorgarse potestades discrecionales, ni delegar esta función.²⁸⁰

El principio de proporcionalidad aporta tres exigencias aplicables a estas limitaciones: adecuación o idoneidad (la intervención debe ser proporcional al fin), necesidad o indispensabilidad (entre dos o más medios constitucionalmente legítimos para conseguir el fin que justifica la intervención, debe optarse por el menos dañoso para el derecho) y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto (tratar de que los intereses subyacentes se respeten en lo esencial).²⁸¹

La Sala Constitucional ha sostenido que la regulación de los derechos fundamentales no puede traspasar los límites de la razonabilidad ni de la proporcionalidad, que derivan del artículo 28 constitucional²⁸², el cual restringe el derecho de propiedad por razones de orden público, la moral o los daños a terceros.

Por último, es la propia Sala Constitucional, la cual en el voto 2942-92 señaló: “...ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan ilimitados que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses

²⁸⁰ Voto 3550-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁸¹ Guillermo Escobar Roca (2005). *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá, p. 116.

²⁸² Voto 1635-90. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

individuales opuestos, o con mayor motivo de la colectividad". Por eso se estableció la posibilidad de entrar a un domicilio ajeno contra la voluntad del dueño, sin que eso viole la inviolabilidad de este derecho.²⁸³

La restricción de derechos subjetivos, según la Sala Constitucional puede ser provocada por la actuación de particulares o de los poderes públicos; sin embargo, en algunos casos para que sea constitucionalmente legítima requiere intervención de una autoridad judicial por resolución motivada previo a la restricción. Se ha dicho que, *"en materia de restricción de derechos fundamentales, los jueces no deben tener la última, sino la primera palabra"*.²⁸⁴

Existen procesos constitucionalmente establecidos para proteger y tutelar los derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales. Estos son el recurso de hábeas corpus y el recurso de amparo (contra servidores públicos y contra sujetos de derecho privado), garantizados en el artículo 48 de nuestra Constitución Política y ampliados en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a los cuales no me referiré por no ser objeto de este trabajo.

La doctrina alemana habla de la doble garantía del derecho de propiedad: como institución jurídica y como derecho subjetivo. La primera significa la

²⁸³ Voto 2942-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁸⁴ Resolución 2005-00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

necesaria presencia de un ámbito de apropiación privada de los bienes económicos; la segunda garantía opera de modo directo sobre la propiedad de cada ciudadano, doctrina aceptada por la jurisprudencia constitucional española.²⁸⁵

Existen remedios procesales específicos configurados expresamente para otorgar una protección directa, rápida y eficaz a los derechos humanos que, por lo general, tiene efectos reparadores, pues se restituye el goce de estos a los afectados, conocidos también en su conjunto, como la Jurisdicción Constitucional de la Libertad, según la terminología de Cappelletti.²⁸⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el amparo contra actos que violen derechos fundamentales *“aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”*²⁸⁷, que realicen particulares, sin diferenciar quién es el autor del acto violatorio o si actúa en ejercicio de sus funciones oficiales, lo cual queda sin efecto si el Estado-parte o la ley del país prohíbe el amparo contra sujetos de derechos privado.²⁸⁸

²⁸⁵ Ángel M. López y López (1988). Op. Cit., pp. 56, 57.

²⁸⁶ Rodolfo E. Piza Rocafort. “Mecanismos de Protección de Derechos Humanos en Iberoamérica”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 60. Colegio de Abogados. P. 11-51. Mayo - Agosto, 1988.

²⁸⁷ Artículo 25.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁸⁸ Pablo Rodríguez Oconitrillo (2001). Op. Cit., pp. 39, 40.

IV. AFECTACIÓN DEL ALLANAMIENTO A LOS DERECHOS DE INTIMIDAD Y PROPIEDAD PRIVADA, TANTO EN MATERIA PENAL COMO NO PENAL

Según la Sala Tercera esta es una medida de excepción que afecta un derecho fundamental. En ese sentido solo debe dictarse si existen sospechas fundadas, constatadas previamente por el juez competente a la hora de autorizar la diligencia, en armonía con lo que disponen los artículos 23 y 28 párrafo segundo de la Constitución Política.²⁸⁹

La Sala Tercera reconoce que esta medida vulnera los derechos fundamentales a la intimidad y a la propiedad privada, lo cual es congruente con la normativa existente a nivel penal, porque en nuestro Código Penal existen dos tipos penales que tipifican esas intromisiones en la intimidad y domicilio de las personas, y se busca que la vulneración sea lo menos gravosa posible.²⁹⁰

En ese sentido se tipifica en el artículo 204 del Código Penal el delito de violación de domicilio, agravando en su segundo párrafo la pena desde ciertos

²⁸⁹ Resoluciones 468-99 y 2001-00315. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En ese caso, se debe valorar que como en los casos de compras vigiladas, el motivo para omitir la práctica del allanamiento sea de oportunidad, pero no de legalidad, ya que existiría una resolución fundada que lo ordena, que refleja que de previo a su dictado, se analizaron los distintos elementos probatorios puestos a disposición del tribunal. Circular 55-2006. Corte Suprema de Justicia.

²⁹⁰ La doctrina mayoritaria española, que se refiere al allanamiento de morada como delito, ha considerado que esta figura protege el derecho de intimidad. Sobre esto se puede consultar: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 102.

supuestos como el escalamiento de muros o la fuerza en las cosas.²⁹¹ Por su parte, el artículo 205 del mismo cuerpo legal tipifica el delito de allanamiento ilegal, es decir, cuando es realizado por una autoridad o funcionario público, sin las formalidades de ley o fuera de los casos que esta determina.

Al vulnerar el allanamiento el respeto a los derechos humanos, fundamental para el desarrollo de la vida política y social y para que el individuo, pueda desarrollarse con libertad y dignidad en la sociedad. Esta diligencia además de represiva, facilita el abuso del poder por parte de funcionarios públicos, que deben conocer la ley, pues su ignorancia no justifica sus acciones, ya que esto causa daños en las viviendas de los involucrados, robos, lesiones y amenazas.

Además, cuando el allanamiento se efectúa sin previa orden judicial, es más probable que se viole la intimidad y la propiedad privada de las personas, en el sentido de que son sorprendidos en su morada, quizás realizando acciones que normalmente no harían en público, afectando así su pudor. Además, en los casos en que se encuentran presentes menores de edad, la ejecución de una diligencia tan violenta como esta puede incluso causar problemas psicológicos en los niños.

²⁹¹ “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que entrare a morada o casa de negocio ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, sea contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, sea clandestinamente o con engaño. La pena será de uno a tres años, si el hecho fuere cometido con fuerza en las cosas, con escalamiento de muros, con violencia en las personas, con ostentación de armas o por dos o más personas”.

Cuando se dicta para lograr la efectiva ejecución de las sentencias, como sería el caso de procesos civiles, el derecho más afectado es el de la propiedad privada ya que el juez de ejecución podría incluso ordenar que se entre por la fuerza al recinto, dañando la propiedad, para asegurarle la posesión de los bienes a aquel que favorezca la sentencia.

Finalmente, en relación con las pensiones alimentarias, la Sala Constitucional ha autorizado al juez que conoce del incumplimiento alimentario para que ordene la práctica de la diligencia de allanamiento con el propósito de detener al deudor alimentario, como lo autoriza el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias, de manera que se violenta su ámbito de vida privada y su propiedad.²⁹²

V. CASOS EN QUE PROCEDE LA SUSPENSIÓN DE ESTOS DERECHOS SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA

La suspensión de derechos fundamentales es excepcional y una manifestación clásica de la función de gobierno ya que es ejercida por un órgano constitucional, referido al Estado o la comunidad como un todo, por lo que esos actos no pueden impugnarse en la vía contencioso-administrativa por no lesionar

²⁹² Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

directamente derechos subjetivos o intereses legítimos²⁹³; además, no incide sobre su validez (pues no tiene vicios formales ni materiales), sino sobre su eficacia.²⁹⁴

Esas circunstancias extraordinarias pueden ser catástrofes naturales, epidemias o guerras, por lo que las constituciones²⁹⁵ *“suelen habilitar al Parlamento, y en algunos casos al Poder Ejecutivo, para suspender la vigencia de una serie tasada de derechos fundamentales, mediante un procedimiento dotado de especiales requisitos y garantías”*.²⁹⁶

Así mismo, si para lograr una finalidad pública legítima se tiene que disponer del bien de un particular, se da la expropiación forzosa caso en que debe indemnizarse al dueño por la pérdida sufrida.²⁹⁷ Esta expropiación tiene lugar en el caso de las limitaciones, no de los límites impuestos a la propiedad privada, ambos términos explicados en el apartado anterior.

²⁹³ Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 62.

²⁹⁴ Idem.

Este autor también desarrolla el tema en: Rubén Hernández Valle (2005). Op. Cit., p. 177.

²⁹⁵ Por ejemplo, el artículo 55 de la Constitución Española.

²⁹⁶ Guillermo Escobar Roca (2005). *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá, p. 114.

²⁹⁷ Francisco J. Bastida (2005). Op. Cit., p. 129.

En nuestro país la facultad de suspender derechos fundamentales fue atribuida por la Constitución Política a la Asamblea Legislativa, artículo 121 inciso 7, quien debe aprobarla por dos tercios del total de sus miembros y solo en casos de estados de necesidad, producto de la alteración del orden interno o la invasión al país por fuerzas extrañas o amenazas de alteración o invasión, si esos supuestos no se dan y se decretara la suspensión, esta sería inconstitucional.

Dicha suspensión puede aplicarse para la totalidad o parte del territorio y hasta por treinta días, sin establecer la posibilidad de prorrogar dicho plazo. Los derechos de propiedad privada (artículo 23 constitucional) y de intimidad (artículo 24 constitucional), que aquí nos interesan, pueden suspenderse.²⁹⁸

Además, se autoriza al Poder Ejecutivo para dictar la suspensión durante los recesos legislativos y en los supuestos del artículo 121 inciso 7 constitucional. Esto implica la convocatoria automática a sesiones extraordinarias a la Asamblea dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, para que ratifique o no el decreto y

²⁹⁸ Otros derechos que contiene la Constitución Política, que pueden suspenderse son: la libertad de tránsito (artículo 22), requisitos para la legitimidad de las privaciones de libertad personal (artículo 37), libertad de reunión (artículo 26), libertad de prensa (artículo 29), libre acceso a los departamentos administrativos con fines de información (artículo 30) y las garantías constitucionales derivadas del artículo 28 de la Constitución. Al suspenderse los derechos de los artículos 22 y 37 se suspende la posibilidad de plantear hábeas corpus reparador (aquel tendente a lograr la libertad de los detenidos arbitrariamente)
Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 64.
Este autor considera que la suspensión de estas garantías que contiene el artículo 28 constitucional, puede ocasionar que el Estado costarricense se convierta "*por mandato constitucional expreso, en un Estado de corte autoritario o, inclusive, totalitario*". (Pág. 65).

luego vuelva al receso, pudiendo así dictar actos con valor de ley para enfrentar con éxito la situación de emergencia.²⁹⁹

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone la posibilidad de suspender las obligaciones contraídas en él, en situaciones proclamadas oficialmente que atenten contra la vida de la nación, de acuerdo con otras obligaciones del Derecho Internacional. Además, debe avisar sobre las disposiciones que se dejarán de aplicar y los motivos a los otros Estados Partes cuando inicia y finaliza la suspensión.³⁰⁰

Para la Convención Americana de Derechos Humanos la suspensión puede darse en caso de guerra, peligro público o emergencias que amenacen la independencia o seguridad del Estado Parte y no debe ser contraria a las obligaciones de Derecho Internacional ni discriminar por ningún motivo (como raza, sexo, idioma, religión).³⁰¹

A pesar de todo lo anterior, la diligencia de allanamiento no implica la suspensión de los derechos fundamentales de intimidad ni de propiedad privada al

²⁹⁹ Artículo 140 inciso 4. Constitución Política de la República de Costa Rica. A esto se refiere Rubén Hernández Valle (2005). Op. Cit., pp. 177, 178. 2005.

³⁰⁰ Artículo 4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto indica que, hay ciertos derechos que no pueden suspenderse como el derecho a la vida y limitaciones a la pena de muerte (artículo 6), la prohibición de la tortura, los tratamientos crueles y experimentos médicos y científicos (artículo 7), entre otros.

³⁰¹ Artículo 27. Convención Americana de Derechos Humanos.

titular del recinto allanado, ya que la suspensión es una medida decretada por el gobierno desde ciertas circunstancias que deja sin efecto estos derechos, contrario a la naturaleza del allanamiento, el instrumento para llevar a cabo otras diligencias judiciales.

La medida de allanamiento es dictada por un juez competente, mientras que la suspensión le corresponde dictarla a la Asamblea Legislativa o en receso de esta al Poder Ejecutivo, como lo dispone la Constitución Política.

Además, el allanamiento implica una violación autorizada por el ordenamiento jurídico desde ciertos supuestos a esos derechos. En ningún momento estos derechos pierden su validez o eficacia; dentro de los procesos penales los titulares de los recintos allanados que consideran que la diligencia se llevó a cabo sin seguir los procedimientos legales pueden presentar sus reclamos en la vía judicial para reconocer la violación de estos derechos.

CAPÍTULO CUARTO: EL ALLANAMIENTO EN MATERIA CIVIL EN

COSTA RICA

I. EL ALLANAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Como indiqué antes, el artículo 23 constitucional dispone *“El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita del juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley”*.³⁰²

Así, a pesar de establecer la inviolabilidad del domicilio, permite a las autoridades allanarlo por orden escrita emitida por un juez competente. Esta orden puede omitirse en situaciones urgentes y necesarias, con fundamento en principios de seguridad y justicia, pero con estricto apego a los procedimientos y garantías que dispone la ley.

³⁰² En esa misma dirección señala el artículo 21 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que “no podrá ser allanado sino por orden escrita del juez o de las autoridades municipales encargadas de vigilar la ejecución de los reglamentos de salubridad pública y a este solo objeto”. En: Carlos J. Rubianes (1980). *Manual de Derecho Procesal Penal I. Teoría General de los Procesos Penal y Civil*. 3° reimpresión inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, p. 70.

También, señala el artículo 18 de la Constitución Nacional de Argentina que el domicilio es inviolable.

Siendo el allanamiento un *“procedimiento constitucionalmente autorizado para lesionar la esfera de intimidad del domicilio, habitación o recinto privado de los habitantes de la República, celosamente garantizado por el Constituyente”*³⁰³, así como sus documentos privados y comunicaciones escritas u orales (de los que puede ordenarse su secuestro), este solo procede en los supuestos contemplados por la Constitución y que plantea el Código Procesal Penal.

Para algunos autores la Constitución Política otorgaba dicha competencia para dictar el allanamiento al Juez de Instrucción Penal o bien los Alcaldes cuando estas figuras existían y actuaban en funciones de aquel por ministerio de ley (artículos 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 14 y 15 de la Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales) y también, el Tribunal de Juicio³⁰⁴, competencia que actualmente considerarían solo corresponde al juez del proceso penal.

Sin embargo, el artículo 23 constitucional no dice que dicho juez deba ser aquel que conoce la materia procesal penal; por el contrario, el artículo contiene varias situaciones que hacen que un juez sea considerado competente.

³⁰³ Resolución 468-99. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

³⁰⁴ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., pp. 14, 15.

En primer lugar, al referirse únicamente al juez competente, deja abierta la posibilidad de que un juez dentro de un proceso civil dicte dicha medida para hacer cumplir una sentencia.

Segundo, el artículo claramente dice “o *para impedir la comisión o impunidad de delitos*”, donde esa o es inclusiva y hace mención de quien sería también competente para dictar el allanamiento que, en este caso sí sería el juez del proceso penal encargado de determinar la verdad real de los hechos dentro del proceso penal.

La tercera posibilidad de dicho artículo constitucional es cuando indica “o *evitar daños graves a las personas o a la propiedad*”, que refuerza las anteriores ya que, tanto dentro de un proceso civil, como penal (ambos con fines distintos), se trata de evitar daños a las personas o la propiedad.

Esos conceptos que implican evitar un daño a las personas o a la propiedad de alguien, pueden interpretarse dentro de los dos procesos, ya que a una persona también se le puede perjudicar cuando no logra la efectiva ejecución de una sentencia, por ejemplo, al no ponersele en posesión de los bienes que según la sentencia le corresponden, los cuales podrían estar destinados a producir una ganancia, como cuando es víctima de un hecho delictivo.

II. EL ALLANAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL

Como se dijo en el capítulo I al referirme al fin que persigue la realización de la diligencia de allanamiento autorizada por un juez competente, *“los agentes de la autoridad pueden entrar en ellos cuando los delincuentes a los que persiguen se refugien en los mismos; también podrán entrar en domicilios para evitar daños inminentes y graves a las personas o las cosas”*.³⁰⁵

En materia procesal civil, algunos consideran que, siendo el juez una autoridad tan competente como el penal (la Constitución Política no señala que el competente para dictar un allanamiento tenga que ser un juez penal), bastaría con la existencia de una resolución que implique una condena de dar, la cual sea necesaria ejecutar.

El Código Procesal Civil, artículo 242, regula de manera general las medidas cautelares atípicas y confieren al juzgador la facultad de utilizar medidas no especificadas o previstas expresamente, si hay fundado temor de que una parte pueda causar al derecho de la otra, una lesión grave o de difícil reparación. Según el Tribunal Superior Primero Civil³⁰⁶ esta disposición permite al juzgador realizar una labor más efectiva y eficiente.

³⁰⁵ Alfonso Serrano Gómez (2000). Op. Cit., pp. 262, 263.

³⁰⁶ Resolución 328-E. Tribunal Superior Primero Civil.

Respecto a las condenas de dar el artículo 695 del Código Procesal Civil señala que cuando en un proceso se da una sentencia disponiendo que al ganador se le debe poner en posesión del bien inmueble objeto de la controversia. En este caso se aplica lo indicado en el artículo 453 del mismo Código para permitir a la autoridad de policía practicar el allanamiento y poner en perfecta posesión del bien al actor.

Edwin Duarte señala que en materia civil *“las dos únicas formas de allanamiento autorizado, las contienen los artículos 452, referido al desalojo por medio de la autoridad de policía administrativa, lo que implica el acceso al inmueble por orden del Juez Civil, y su consecuente desocupación, y el artículo 455; ambos del Código Procesal Civil; referido al desahucio administrativo, ordenado por la autoridad de policía en los casos señalados por esa normativa”*.³⁰⁷

Indica el artículo 452 del Código Procesal Civil que cuando se da una sentencia estimatoria declarando con lugar la pretensión, confirmará la orden de desalojamiento impartida interlocutoriamente y se ordena el lanzamiento, el cual se ejecutará una vez firme el fallo. Para esto se utilizará una nota que se envía a la autoridad de policía administrativa del lugar donde está situado el inmueble.

³⁰⁷ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 35.

En el caso del desahucio administrativo³⁰⁸, artículo 455 del mismo Código, no es necesario promover el desahucio judicial y los que ocupen el bien deben desalojarlo cuando lo solicite el dueño, arrendador o la persona con derecho a poseerlo o su representante; si hubiera oposición, la autoridad de policía correspondiente, a solicitud del interesado procede a desalojarlo. Esta autoridad puede dar verbalmente un plazo prudencial para desocupar en casos especiales. Para los trabajadores de fincas rurales el plazo no puede ser menor de quince días ni mayor de treinta.

A pesar de lo anterior, para Edwin Duarte es necesaria la ausencia de consentimiento para poder hablar de un allanamiento, y quien puede dar el consentimiento es aquel que tiene el derecho de exclusión *“vale decir, la persona que está autorizada para permitir el ingreso de tercero”*.³⁰⁹

El Código Fiscal del 30 de setiembre de 1985, artículos 713 siguientes y concordantes, regula el procedimiento en materia de delitos. El artículo 714 establece el allanamiento sin orden para los establecimientos de comercio y habitaciones contiguas de sus dueños y en comunicación directa con dichos

³⁰⁸ Procedente en los casos establecidos en el artículo 7 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y suburbanos.

³⁰⁹ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 36.

establecimientos. Las autoridades pueden inspeccionarlas en cualquier momento así como a los demás domicilios con el único límite del horario.³¹⁰

Por último, aunque algunos consideran que el allanamiento es una figura que no debe aplicarse en los procesos civiles por cuanto los derechos que tutela esta jurisdicción no son lo suficientemente importantes como para justificar el uso de esta medida tan gravosa para los derechos fundamentales ya mencionados; sin embargo, como se desprende de los artículos arriba indicados, el allanamiento facilita la ejecución de las sentencias, permitiendo que la justicia sea no solo pronta, sino también cumplida, como constitucionalmente se dispone.

Más importante aun es señalar que la versión de setiembre del 2006 del Proyecto de Código Procesal Civil ya incluye la utilización de la diligencia de allanamiento dentro del proceso civil.

En primer lugar se establece en el título II sobre la “*Actividad Procesal*”, capítulo I “*Actos Procesales*”, sección VIII sobre la “*Prueba*”, artículo 46.2.3³¹¹, el

³¹⁰ Edwin Duartes Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op. Cit., p. 37.

³¹¹ “...3) *Deber de colaboración de partes y terceros. Las partes y los terceros tienen el deber de prestar la máxima colaboración para la efectiva práctica del reconocimiento. La negativa injustificada de los terceros faculta a los tribunales para tomar las medidas conminatorias que correspondan, sin perjuicio de la posibilidad de testimoniar piezas para el Ministerio Público, si estima que se está ante la comisión de un ilícito. Si la negativa injustificada procede de una de las partes, se le intimará para prestar colaboración; si mantiene su actitud, se podrá interpretar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho a probar. Los tribunales podrán ingresar a los inmuebles o a los recintos objeto de controversia, o donde se hallen los bienes a examinar. Para tal efecto podrán ordenar el allanamiento y auxiliarse con la fuerza pública si es necesario.*”

deber de colaboración de las partes y terceros para practicar el reconocimiento, utilizado para esclarecer y apreciar los hechos si fuera necesario o conveniente, permitiendo el allanamiento a los inmuebles o recintos objeto de la controversia, o donde estén los objetos que se examinarán, pudiendo utilizar la fuerza pública si fuera necesario.

En el Título III sobre Procesos de Ejecución, capítulo I “*Disposiciones Generales*”, el artículo 153³¹² dispone el allanamiento como un instrumento que facilita la efectiva ejecución de los pronunciamientos y acuerdos, si las circunstancias lo ameritan y usando la fuerza pública si fuera necesario. Establece las condiciones desde las que se practicará y que se debe levantar un acta donde se consigna el resultado y las firmas de los interesados. El artículo da amplias facultades para realizar y eliminar los obstáculos durante el ingreso.

Según esa regulación, cuando se practica un allanamiento debe respetarse el principio de proporcionalidad pues, como dichos artículos indican, esta diligencia se utiliza solo si fuera necesario o conveniente, porque no se debe olvidar que esta forma de ingreso a una vivienda se caracteriza por ser violenta.

³¹² “**Artículo 153. Allanamiento.** Para la ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios, cualquiera que sea su naturaleza, el tribunal podrá ordenar el allanamiento, cuando las circunstancias lo ameriten. Para tal efecto, fijará el objeto, así como las condiciones bajo las cuales se practicará el allanamiento y tendrá amplias facultades para ingresar a los lugares, eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la fuerza pública cuando lo estime necesario. Del allanamiento se levantará un acta, firmada por los interesados, donde se consignará en forma circunstanciada su resultado.”

El artículo 153 mencionado deja ver que la violencia de esta diligencia solo es procedente, cuando se ha negado u obstaculizado el ingreso a un lugar.

Sin embargo, esa normativa es menos precisa que la utilizada para el proceso penal, pues no dice nada acerca de la orden por emitir para no practicar un allanamiento ilegal. No hace diferencia en el tipo de lugar por allanar (si es morada o un establecimiento público); por consiguiente, tampoco hace referencia sobre la hora en que debe realizarse pero se podría aplicar por analogía las normas contenidas en el Código Procesal Penal.

Aquí, como en el proceso penal, no se puede ordenar un allanamiento general de todas las casas de un barrio o de todos los apartamentos de un edificio. Es necesario concretar el lugar o lugares por allanar. Sin embargo, para la Sala Tercera la orden de allanamiento de un hotel, autoriza a ingresar en todas las habitaciones de este.³¹³

³¹³ Rubén Hernández Valle (2002). Op. Cit., p. 154.

III. ANTECEDENTES: APLICACIÓN DEL ALLANAMIENTO EN MATERIAS NO PENALES

La Ley General de Salud número 5395 y sus reformas, artículo 321 permite que por motivos de salud pública, cuando una habitación o edificio sea calificado de inhabitable o insalubre, se le comunique y de un plazo al propietario o encargado para desalojarlo, realizar la demolición o los reparos (las puede realizar el Ministerio). Si no cumple la orden se procede a desalojar a los moradores o quienes estén en la casa, edificio o local, por medio de la guardia civil si fuere necesario, la cual puede clausurar el lugar si así se dispone.

Los artículos 346, 347, 348 349 de esa misma Ley facultan a los funcionarios del Ministerio de Salud para realizar las inspecciones necesarias a fin de constatar que las casas de habitación, fábricas, entre otros lugares, cumplan con todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la salubridad y la higiene, sin que ello implique violación de la libertad de domicilio garantizada en el artículo 23 de la Constitución.³¹⁴

El artículo 346 faculta a los funcionarios del Ministerio debidamente identificados para que hagan inspecciones o visitas entre las seis y las dieciocho horas (limitación horaria no aplicable para inspecciones relativas al control de

³¹⁴ Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 84.

alimentos, estupefacientes, alucinógenos y sustancias psicotrópicas que puedan producir dependencia psíquica o física) para practicar operaciones sanitarias, recoger muestras o recolectar antecedentes o pruebas en edificios, viviendas y establecimientos industriales, de comercio y otros lugares en los que pudieran darse infracciones a esta normativa.

Si las personas físicas o jurídicas impiden la entrada a esos inmuebles, interfieren con la actuación de los funcionarios o se niegan a entregar muestras y antecedentes, la autoridad de salud puede solicitar a la autoridad judicial la orden de allanamiento. Este deberá dictarse dentro de las veinticuatro horas naturales después de solicitada, con el único propósito de realizar la diligencia. Los funcionarios del Ministerio encargados de la diligencia, practicarán el allanamiento siguiendo las disposiciones legales, administrativas y técnicas de procedimientos del Ministerio y responderán de todo perjuicio innecesario causado por su actuación o por la extralimitación en sus funciones³¹⁵.

Según el artículo 348, esas autoridades de salud pueden solicitar el auxilio de la fuerza pública y de las otras autoridades administrativas para llevar a cabo las actuaciones inherentes a su cargo para las cuales hayan sido especialmente comisionados.

³¹⁵ Artículo 347. Ley General de Salud.

Para lo anterior, el artículo 349 indica que tendrán carácter de autoridad de salud los funcionarios del Ministerio que desempeñen cargos de inspección, especialmente comisionados para la comprobación de infracciones a esta ley o a sus reglamentos. Ellos tendrán fe pública en cuanto a las denuncias formuladas contra personas físicas o jurídicas por hechos o actos que involucren infracción a tales disposiciones o que constituyan delito.

En Derecho de Familia, la Ley contra la violencia Doméstica permite ordenar el allanamiento de morada cuando, por violencia doméstica, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial o psicológica de cualquiera de sus habitantes. Esta medida de protección debe llevarse a cabo conforme con lo dispuesto en el Código Procesal Penal y cuando exista una denuncia previa.³¹⁶ Así mismo, esta medida puede durar hasta un mes y puede cesar por reconciliación entre el ofendido y el imputado, siempre que la comunique el ofendido. Además, el imputado debe rendir caución juratoria de que no cometerá los mismos hechos y si hay indicios convincentes y razonables de que reincidirá se ordena la detención preventiva del imputado.³¹⁷

³¹⁶ Artículo 3 inciso c de la Ley contra la Violencia Doméstica.

³¹⁷ Artículo 30. Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer.

En materia de pensiones alimentarias, en 1993 la Sala constitucional se refirió sobre una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias. Esta ley autoriza el allanamiento para detener al deudor alimentario. En este voto los términos paz y seguridad personal del ciudadano son los antecedentes del concepto de allanamiento de morada (como señale en el primer capítulo) y la protección constitucional del domicilio es de carácter instrumental y defiende los ámbitos donde se desarrolla la vida privada.³¹⁸ Además, si bien es cierto el juez que dicta la orden de allanamiento en este caso no es el de instrucción, sino el que conoce del incumplimiento alimentario, se debe interpretar que cuando el artículo 23 constitucional se refiere al juez competente, no dice que deba ser uno de materia penal, sino el competente para conocer el caso concreto.

Esa resolución 1620-093 abre la posibilidad de que se ordene en otras ramas del derecho cuando se considere necesario, *“y con mucho mayor razón si se trata de la protección del derecho de alimentos constitucionalmente tutelado”*.³¹⁹ En igual sentido opinó el Procurador General quien señaló que el artículo 23 constitucional establece tres hipótesis diferentes para facultar el allanamiento de domicilio, una relacionada con materia penal y las otras no tienen un carácter prefijado, ya que la orden del juez puede ser para cualquier asunto cuando sea

³¹⁸ Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³¹⁹ Idem.

necesario el allanamiento de domicilio para la recta administración de justicia o cuando no realizarlo implique poner en grave peligro a las personas o a las cosas.

Según dice el Procurador el allanamiento dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias se justifica porque busca salvaguardar el interés superior de obtención de alimentos de personas que los necesitan, pues muchas veces la única forma de lograr ese fin es ejerciendo coerción física sobre el propio obligado. Para él, suprimir ese artículo haría nugatorios los derechos de los beneficiarios de una obligación alimentaria, pues la ocultación del deudor en un recinto privado sería un medio para eludir su responsabilidad.³²⁰

También, la representante del Patronato Nacional de la Infancia argumentó que aunque el artículo 23 constitucional consagra el derecho a la inviolabilidad de la morada y otros recintos privados, el mantenimiento del orden público y otros derechos superiores (como los sociales), exige el establecimiento de excepciones en los cuales el allanamiento es posible. Agregó que la orden autorizando el allanamiento debe expedirla el juez que conoce del asunto que amerita la medida, no sólo el juez penal, como el caso en que el deudor alimentario se oculte para evadir el apremio dictado en su contra.³²¹

³²⁰ Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³²¹ Idem.

Para la Sala Constitucional, la deuda alimentaria no es en sí misma una deuda civil, pues a pesar de ser una obligación patrimonial, tiene los caracteres fundamentales propios de la materia alimentaria, diversos de las obligaciones patrimoniales comunes, que tienen como base los contratos o fuentes generales de obligaciones. La obligación de dar alimentos se deriva de los vínculos familiares que impone el matrimonio, la patria potestad o el parentesco, obligación que incluye todo lo necesario para el desarrollo integral de los menores o la subsistencia de los acreedores de alimentos.³²²

En el tanto la orden de allanamiento se dicte correctamente por un juez competente para ello, no se estaría incurriendo en violación de un recinto privado, pues como bien lo señaló el voto citado: *“...Las violaciones a la Constitución no se miden en el tanto perjudique o beneficie al ciudadano, sino en el tanto y cuanto se haga lo que la Constitución no quiere que se haga”*.³²³

Por último, en el voto 1620-93, la misma Sala considera que lo argumentado por el recurrente de esa acción carece de validez ya que realiza una interpretación incorrecta de la norma constitucional. Aunque la deuda alimentaria no procede de un asunto penal, se debe tomar en cuenta que los asuntos relacionados con los derechos de la familia o de menores son protegidos por la

³²² Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³²³ Voto 2942-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Constitución, incluso imponiendo restricciones a derechos como ocurre con la inviolabilidad del domicilio. Por eso resuelve que el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias N° 1620 de 5 de agosto de 1953 y sus reformas no es inconstitucional.

Para Edwin Duarte, así como el allanamiento en materia de alimentos es admisible pues garantiza un derecho constitucional, también es admisible para tomar posesión de un menor, por parte del Patronato Nacional de la Infancia, en casos de maltrato, abandono *“u otra causa que amerite que este pase a manos de esa institución y se halle en una casa”*. Agrega que en esos casos debería ordenar el allanamiento *“el Juez de Familia o el Tutelar de Menores,...y no exclusivamente el Juez de Instrucción”*, además de que no se trata de un delito.³²⁴

También, la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, número 7331, contempla esta potestad en el artículo 198, para que durante la investigación de hechos de tránsito, las autoridades de tránsito debidamente identificadas, excepcionalmente puedan ingresar a establecimientos públicos o privados de uso público y a calles privadas a petición de algún dueño o inquilino, para proteger las personas y propiedades, respetando los límites de razonabilidad, proporcionales y normalidad.

³²⁴ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op Cit., p. 40.

Aclara Edwin Duarte que en esos casos, *“debe entenderse que se trata de un habitante de la misma urbanización o propiedad servida por la calle privada en cuestión”*.³²⁵

Agrega la Sala Constitucional que, *“la autorización del condueño o inquilino, en los términos previstos por la ley, es suficiente para permitir el ingreso legítimo a las calles de uso común de aquellos, sin que sea necesario el consentimiento de los demás, pues el ingreso de ellas no lo estaría consintiendo un tercero, sino quien tiene derecho a acceder a las mismas”*.³²⁶

IV. EL ALLANAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

El voto 1620-93 es la base de toda la discusión generada sobre la aplicación del allanamiento en otras ramas del derecho distintas del derecho penal, por lo que es esencial explicar lo que en dicha ocasión señaló la Sala Constitucional.

³²⁵ Edwin Duarte Delgado y Francisco Segura Montero (1996). Op Cit., p. 36.

³²⁶ Voto 3834-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Este caso se trata de una acción de inconstitucionalidad planteada por el señor Carlos E. Gudiño Morales contra el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias.

Ese señor consideró que dicho artículo solo establecía el allanamiento para casos muy calificados de delitos; es decir, que se permite sólo para materia penal y al ser las pensiones alimenticias materia de familia, nada tiene que ver con la penal. Además, que la deuda por pensión no está considerada en nuestro país como un delito.

El Procurador de aquel momento se opuso a la acción pues el artículo 23 establece 3 hipótesis en las cuales puede aplicarse el allanamiento, de las cuales dos no tienen un carácter prefijado, *“puesto que la orden del juez puede ser para cualquier asunto en el que se haga necesario el allanamiento de domicilio para la recta administración de justicia o cuando su no realización implique poner en grave peligro a las personas o a las cosas”*.

Señaló el Procurador que el allanamiento del artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias se justifica porque busca salvaguardar el interés superior de obtención de alimentos de aquellas personas que los necesitan, ya que muchas veces la única forma de lograr el fin es por medio de la coerción física sobre el propio obligado. Agrega que la afectación a la inviolabilidad del domicilio

se da solo por disposición legal y porque intervenga una autoridad judicial competente, como lo señala el artículo 23 constitucional.

Para el Procurador eliminar el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias haría de cierta forma nugatorios los derechos de los beneficiarios de la obligación alimentaria, ya que cuando el deudor alimentario se escondiera en un recinto privado podría evadir su responsabilidad.

Según este voto el tema implica tres conceptos importantes, que deben ser analizados previamente, los cuales son la naturaleza de la deuda alimentaria, el concepto de allanamiento de morada y la inviolabilidad del domicilio.

Respecto del primer punto, señala el voto que esta deuda no es en sí misma una obligación civil, pues a pesar de ser obligación patrimonial (basadas en contratos o fuentes generales de las obligaciones) tiene los caracteres propios de la materia alimentaria y, por lo tanto, es una obligación derivada de un vínculo familiar (matrimonio, patria potestad, parentesco) e incluye todos los extremos necesarios para el desarrollo integral de los menores o la subsistencia de los acreedores de alimentos.

Sobre el concepto de allanamiento de morada, lo define como el acto por el cual la autoridad entra a un recinto privado, contra o sin la voluntad del titular,

siendo legítimo cuando lo practica en los presupuestos indicados por la ley y cumpliendo con las formalidades que esta establece, pues de no cumplirlas la diligencia se tornaría ilícita. Incluso, este voto va más allá y retoma como surge la figura del allanamiento, como una noción amplia del delito de injuria en la Ley Cornelia, lo cual señalé en el primer capítulo de este trabajo.

Nuevamente este voto señala que los términos *“paz de la casa y seguridad personal del ciudadano”* son los antecedentes del concepto de allanamiento de morada.

Sobre el tercer punto, la inviolabilidad del domicilio, indica que la intimidad y el derecho a la vida privada son el fundamento constitucional de la protección del domicilio. No implica que no se pueda limitar³²⁷; por eso, cuando la orden sea dictada correctamente por el juez competente, no se incurre en una violación del recinto privado.

Por último, el voto indica que la norma constitucional deja abierta la posibilidad de que el legislador, cuando lo considere necesario, ordene el

³²⁷ “...ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan ilimitados que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses individuales opuestos, o con mayor motivo de la colectividad. De ahí que se haya previsto la posibilidad de entrar en el domicilio ajeno contra la voluntad, aún expresa, de su dueño, sin que ello signifique atentar contra esa inviolabilidad...”. Voto 2942-92 de la Sala Constitucional.

allanamiento en otras áreas del derecho y con más razón si es para proteger el derecho de alimentos constitucionalmente tutelado.

En 1994, en el proceso sucesorio de Nora Esquivel Guier, expediente 94-000594-183-CI, en el cual la promovente solicitó realizar un aseguramiento de los bienes objeto de la sucesión ya que había pasado mucho tiempo entre la muerte de la causante y la apertura del proceso y los bienes se encontraban en la casa del cónyuge supérstite y la hermana de la promovente. Para el abogado apoderado de la promovente, esta medida era procedente si la dictaba un juez competente, según lo permite el artículo 23 constitucional. Agregó que bastaba remitirse a lo señalado por la Sala Constitucional, sentencia 1620-93, que indicó que la autoridad podía entrar en un recinto privado contra o sin la voluntad del titular.

Sin embargo, esta medida fue rechazada por el Juzgado Cuarto Civil, resolución del 2 de noviembre de 1995, que declaró sin lugar un recurso de revocatoria presentado por el apoderado de la albacea pues consideró que dentro de las normas que regulan el procedimiento para el aseguramiento de bienes (artículos 884 y siguientes del Código Procesal Civil) no se prevé el allanamiento de morada; sin embargo, admitió el recurso de apelación que habían presentado y que debía conocer el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda.

Mediante la resolución 328-E, del 2 de mayo de 1996, el Tribunal Superior Primero Civil revocó la resolución a la que se había recurrido denegando el allanamiento solicitado por las razones que siguen.

En primer lugar, este Tribunal retomó lo resuelto en el voto 1620 de la Sala Constitucional en cuanto a que el allanamiento es un acto por el cual la autoridad penetra en un recinto privado, contra o sin la voluntad del titular, siendo legítimo si se practica en los casos y bajo las formalidades que indica la ley, dictado por un juez competente que debe fundamentar su decisión, orden que debe exhibirse al titular o a una persona mayor de edad que allí esté y levantarse un acta de lo actuado. Todo lo contrario puede implicar la ilicitud del acto.³²⁸

Además, retoma el mismo voto de la Sala Constitucional el hecho de que cuando el artículo 23 se refiere al juez competente, no define que sea necesariamente un juez penal, sino que *“la ley considera como competente al que conoce del caso concreto”*, dejando abierta la posibilidad de que pueda ordenarse en otras ramas del derecho.³²⁹

³²⁸ En el mismo sentido se puede ver la resolución 504-R del Tribunal Primero Civil.

³²⁹ Por ejemplo, esa resolución 328-E del Tribunal Superior Primero Civil concede la apelación en el sentido de que, el A quo dicte el allanamiento como medida precautoria atípica, para asegurar los bienes del sucesorio, que por su naturaleza pueden ser ocultados causando un daño irreparable al haber sucesorio.

Así, al resolver un recurso de apelación de un proceso de prueba anticipada, ha indicado el Tribunal Primero Civil que sí puede ordenarse el allanamiento, *“en atención al principio de la hermenéutica del derecho”*, como una medida precautoria atípica, con el fin de recabar la prueba pedida por la parte actora.

También rescata lo dispuesto por el artículo 242 del Código Procesal Civil, donde indica que el juez podría determinar el empleo de otras medidas, además de las medidas cautelares de nuestro ordenamiento, cuando tenga temor fundado de que una de las partes le cause a la otra una lesión grave o de difícil reparación, como sería el hecho de que al tratar de llegar a la caja fuerte para asegurar los bienes (que es una actuación de oficio) por ella contenidos, lo cual le corresponde al juez determinar, ya que no tiene otro fin que el de *“evitar hechos que lesionen a las personas”*.

Esta figura es por naturaleza una medida cautelar de ejecución inmediata, aplicable no sólo en el derecho procesal penal sino que, como se está aquí demostrando, facilita la expulsión de quien se oponga, por ejemplo, a la puesta en posesión sobre la cosa por parte del actor, así dispuesto en el artículo 454 del Código Procesal Civil.

Un aspecto importante es que *“ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan ilimitados que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses individuales opuestos, o con mayor motivo de la colectividad...”*.

Por último, y más importante todavía, es señalar que competente sería no solo el juez penal, sino todo el que conozca un caso concreto, pudiendo entonces dictarse en otras ramas del derecho, y considerándose una medida precautoria atípica, que puede ser utilizada para el aseguramiento de los bienes del sucesorio. En este caso es importante dictar una resolución y notificar la diligencia; además, se debe levantar un acta de inventario de los bienes encontrados, la cual deben firmar los concurrentes y, si alguien no quiere firmar, se hace constar.

En 1999, Purdy Motor, Agencia Datsun y Lachner & Sáenz plantearon un proceso contra Multifiltros S. A., pues esta última vendía repuestos de las marcas Toyota, Nissan e Isuzu haciéndolos pasar como originales. Las compañías actoras solicitaron que se realizara un allanamiento con el fin de obtener las muestras necesarias para el proceso.

Dentro de las razones argumentadas por los solicitantes de la medida está lo dispuesto por el artículo 242 del Código Procesal Civil, en el sentido de que como medida atípica puede dictarse cuando haya temor de que una de las partes

puede causar a la otra un daño grave o de difícil reparación. Se retoma lo indicado en el artículo 23 constitucional y en el voto 1620-93 de la Sala Constitucional, pues se deja abierta la posibilidad de que sea un juez conocedor del caso concreto quien dicte un allanamiento, que no necesariamente debe ser el penal, siendo considerado una medida precautoria atípica.

Las empresas actoras presentan un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de las siete y treinta horas del 30 de agosto de 1999 pues les denegó pruebas y medidas cautelares, con base en la jurisprudencia constitucional. Según esta el allanamiento es una medida que puede ser dictada en otros procesos distintos del derecho penal, siendo competente el juez que conoce del caso concreto³³⁰, agregando en un voto posterior: *“si en materia civil no se permite el allanamiento quedaría inoperante la puesta en posesión del actor de la cosa objeto del litigio”*.³³¹

La parte actora resaltó dentro de este expediente que cuando se permite el allanamiento se hace no solo para los procesos sucesorios, sino para utilizarse en otros procesos de materias no penales, pues lo opuesto sería contrario al *“principio de integración y aplicación por analogía permitido en el artículo 4 del Código Procesal Civil”*.

³³⁰ Voto 1620-93. Sala Constitucional.

³³¹ Voto 3333-95. Sala Constitucional.

En esa oportunidad se discutió si era adecuado solicitar la realización del allanamiento. Si como pruebas anticipadas existe un temor fundado por la actitud que pueda tomar la parte contraria (contra quien se pidió la diligencia), entonces, es esencial que se practique siguiendo un debido proceso y con la responsabilidad de quien solicite esas diligencias.

Además, el artículo 242 del Código Procesal Civil igualmente permite la realización del allanamiento como una medida cautelar atípica, lo cual mencioné en el voto anterior, empleada para evitar una lesión grave o de difícil reparación a una de las partes.

Por todo lo mencionado, el Tribunal Primero Civil estuvo de acuerdo con el allanamiento como medida precautoria atípica por si la demandada se negaba a aceptar las diligencias.³³²

La sentencia 383-F del año 2004 del Tribunal Primero Civil, Sección Primera, ha considerado que el allanamiento puede ser utilizado en casos de procesos hipotecarios cuando después de la realización de un remate se requiere poner en posesión de los bienes a los rematantes, con base en lo dispuesto en los

³³² Voto 504-R. Tribunal Primero Civil de San José.

artículos 695, 454 y 453 del Código Procesal Civil, lo cual supone el desalojo de las personas deudoras o de quienes no tengan derecho a oponerse.

Para ese caso específicamente de María Mayela Blanco Garro contra Empresa Constructora Picaso y Montes Pimo S. A., el Tribunal resolvió que debía suspenderse la puesta en posesión sobre los bienes; sin embargo, las razones expuestas al no estar relacionadas con la diligencia de allanamiento no las expondré en este trabajo, pues se trata de si la pretensión de dicho proceso puede ser resuelta por la vía incidental o si es necesario que los interesados interpongan un proceso declarativo.

Más recientemente, en el año 2006, el Tribunal Primero Civil en el proceso Ejecutivo Simple de Bambú Exportación y Rattan Exportación S.A. contra Inversiones Hamaka Dorada S.A., declaró mal admitido un recurso de apelación que había interpuesto una tercerista a la cual se le había denegado la realización de un allanamiento en la casa del depositario judicial para verificar la ubicación de un vehículo. Esa denegatoria se da por problemas con los plazos para notificar al depositario, por lo que este Tribunal resolvió que siendo el allanamiento un acto inherente de ejecución puede solicitarse en cualquier momento del proceso.

Dentro del expediente 05-1735-182-CI, proceso de Ejecución de Sentencia de Elieth Hidalgo Aguilar contra Fernando Madrigal Cerdas, el Juzgado Tercero

Civil de Mayor Cuantía de San José por resolución de las 13 horas del 31 de agosto del 2006 rechazó la solicitud de allanamiento al no considerarlo procedente.

Según ese Juzgado el allanamiento debe ser ordenado cumpliendo con las formalidades dispuestas por el ordenamiento procesal y también *“la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental que si bien no es irrestricto, su regulación y restricción es competencia de la ley ordinaria, y por ello en tal regulación o restricción se aplica el principio de reserva legal”*. Por eso señala que solo puede ser aplicado en los casos en que la ley expresamente lo permite y como una medida cautelar típica.

Para ese Juzgado ordenar la realización de un allanamiento con base en lo dispuesto por el artículo 242 del Código Procesal Civil *“es contrario al principio de tipicidad que regula esta medida...”*. Para el Juzgado no es lógico ordenar el allanamiento como medida cautelar atípica cuando en realidad es típica, y por lo tanto debe ser autorizada expresamente por la ley.

Posteriormente, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la resolución de las 8 horas del 1° de agosto del 2007, la cual fue resuelta por el

Tribunal Primero Civil de San José.³³³ En él se discutió la procedencia de la liquidación que presentó la actora, basada en una factura sin desglose de los repuestos comprados ni sus costos. Además, no indicaba la placa del vehículo por lo que no se sabía si era el de la actora. Además, se discutió sobre la declaración del señor que vendió los repuestos, pues no sólo se refirió al reconocimiento de su firma en la factura, sino que se le hicieron otras preguntas porque lo consideraron lego en la materia. Finalmente, el Tribunal revocó la sentencia recurrida y acogió la excepción de falta de derecho.

Por lo anterior, esta sentencia no profundizó sobre la discusión de la figura del allanamiento que aquí me interesa, y no merece más mención que la anterior.

V. EL ALLANAMIENTO ILEGAL

En primer lugar, el concepto de inviolabilidad está basado en la prohibición de que cualquier persona pueda penetrar en un domicilio sin el consentimiento de aquel que lo ocupa legítimamente. Por ello, es posible afirmar que lo inviolable no es la libertad de domicilio propiamente dicha, sino más bien el domicilio, considerado en su entidad física.³³⁴

³³³ Sentencia 299-P del 2 de abril del 2008.

³³⁴ Rubén Hernández Valle (1997). Op. Cit., p. 81.

El consentimiento para el allanamiento debe ser actual, es decir, *“otorgado antes de la comisión del hecho y que no haya sido revocado, pues no se discute la posibilidad de revocación. Carecerá, por el contrario, de efecto, si se otorga una vez consumado el hecho típico”*.³³⁵

Según Cabanellas inviolabilidad significa *“incolumidad, intangibilidad o prohibición rigurosa de tocar, violar o profanar una cosa, de infringir un precepto o de atentar contra alguien o algo”*.³³⁶

El allanamiento de morada es *“un delito que consiste en entrar en el domicilio de una persona sin su consentimiento y sin autoridad suficiente como para poder hacerlo”*. Es un delito que normalmente se da en concurso con otros como el robo y los requisitos para que se configure dependerán de cada ordenamiento jurídico, pues algunos como los democráticos buscan proteger el derecho a la intimidad³³⁷, que lo hace un delito contra la libertad personal. Para Binding este delito se refiere a la *“voluntad de disposición”* (y al derecho de posesión) del titular del bien jurídico tutelado, provocando que se pase del ámbito de los derechos personales a los reales.³³⁸

³³⁵ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 61.

³³⁶ Citado por Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde (2002). Op. Cit., p. 122.

³³⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Allanamiento_de_morada

³³⁸ Citado por: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 15, 16.

Hay concurso ideal entre el allanamiento ilegal de morada y los delitos cometidos para perpetrarlo o mantener la situación antijurídica *“(el sujeto activo, por ejemplo, causa lesiones al morador al consumir la entrada)”* y hay un concurso real cuando el allanamiento ilegal es utilizado para cometer otros delitos, *“pues no cabe hablar aquí de “identidad”, al menos parcial, de los actos típicos de ejecución de los distintos delitos, sino sólo de coincidencia temporal”*.³³⁹

Para Enrique Solsona la tutela del domicilio se justifica por la pérdida de intimidad que ha tenido el hombre en la sociedad, convirtiéndose cada vez más en un ser social (dada su función de interacción), sin dejar de reclamar *“sus instancias de intimidad, de recogimiento, de informalidad”*, y es en el domicilio que su vida privada recibe su sello particular. Además de ser *“el recinto imprescindible para desnudar su cuerpo y su espíritu”*, y donde puede realizar costumbres y actitudes que en la vida social no podría desarrollar.³⁴⁰

En términos generales este delito se puede definir como *“la entrada en morada”³⁴¹ ajena en contra de la voluntad del morador*”, lo cual constituye su

³³⁹ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp.91, 92.

³⁴⁰ Enrique F. Solsona (1987). Op. Cit., p. 69.

³⁴¹ Entendiendo por morada, todo lugar donde reside una persona sola o con su familia, y donde desarrolla las actividades propias de su vida doméstica, independientemente del título legítimo que lo hace titular del derecho de exclusión, ya que si se penetrara en un departamento desocupado no cometería el delito.

elemento esencial, incluso se dice que no es necesario que la prohibición sea expresa, basta con que la voluntad contraria del morador sea presumible, como sucede en el caso de penetrar de manera misteriosa y fraudulenta.

La entrada representa una actividad concreta y total, inseparable del individuo, pues *“no se puede “entrar” parcialmente, se entra o no se entra”*, factor importante para determinar la naturaleza de este delito como material e instantáneo. Por lo anterior, no comete el delito el que molesta o perturba a otro *“sin entrar físicamente”*, ni el que entra parcialmente (un sujeto que se asome o que introduzca una extremidad), aunque esto sí permite configurar otros delitos, los cuales no corresponde tratar aquí.³⁴²

Para Ángel Sanz la posibilidad de una tentativa de *“entrar”* está condicionada por la comprensión que se tenga del alcance de esa expresión *“como introducción de todo el cuerpo, o de sólo una parte de él”*. Según este autor existe acuerdo en que siempre debe ser una invasión *“física”* o *“corporal”* del ámbito espacial protegido, independientemente del lugar por donde se efectúe (puerta, ventana); dejando fuera de esta figura delictiva conductas *“como la captación, por medios tecnológicos, de imágenes o sonidos del interior”*.³⁴³

³⁴² Enrique F. Solsona (1987). Op. Cit., pp. 79, 80.

También se puede consultar: Issa El Khoury Jacob, Henry. “Notas Aclaratoria Sobre la Diferencia entre los Tipos “Allanamiento Ilegal” y “Violación de Domicilio” en el Derecho Penal Costarricense”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 32. Colegio de Abogados. P. 130. Mayo-Agosto, 1977.

³⁴³ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 37, 38, 81.

En la violación de domicilio, ingresar significa introducirse. La acción de entrar consistirá en pasar a través de una puerta, una ventana o un boquete en la pared, entre otros casos.³⁴⁴ Además, esa introducción del sujeto activo en la morada debe ser total para que se de la violación y debe tener conciencia de que su entrada le está vedada, pues lo hace sin el consentimiento del morador o de quien tenga el derecho de exclusión, es decir con la intención de delinquir. Es por esto que no hay violación si se penetra cometiéndose un error de hecho.³⁴⁵

Este tipo penal tiene como tipo objetivo *“la conducta del particular que entrare o se mantuviere en la morada ajena, contra la voluntad de su morador...”* El tipo agravado se refiere a la conducta que lleva a cabo *“una autoridad o funcionario público que actúa “fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa legal por delito”.*³⁴⁶

Es justamente el penetrar a un lugar ajeno, ya sea este de una persona física o jurídica que no da el consentimiento, factor antijurídico del delito, pues si

³⁴⁴ Issa El Khoury Jacob, Henry. “Notas Aclaratorias sobre la Diferencia entre los Tipos “Allanamiento Ilegal” y “Violación de Domicilio” en el Derecho Penal Costarricense”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 32. Colegio de Abogados. Pp. 130-131. Mayo – Agosto, 1977.

³⁴⁵ Issa El Khoury Jacob, Henry (1971). *El Delito de Violación de Domicilio*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica. Pp. 60, 61.

³⁴⁶ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 36.

estuviera este no habría delito.³⁴⁷ Otro factor que desaparece la antijuridicidad es cuando una casa tiene la puerta abierta y se presume que hay consentimiento tácito de entrar en la misma, o cuando una persona provoca el ingreso de otra a la casa.³⁴⁸

Nuestro Código Penal en su artículo 204, tutela la libertad de domicilio cuando dispone la entrada en la morada o casa de negocios ajenos, sus dependencias o un recinto habitado contra la voluntad expresa o presunta de quien lo puede excluir, “*sea clandestinamente o con engaño*”, debe recibir la pena de prisión de seis meses a dos años.

El segundo párrafo del mismo artículo establece un agravante si la entrada se realiza con violencia, es decir, utilizando la fuerza³⁴⁹, armas, escalando muros, violencia en las personas, o por dos o más personas, lo que aumenta la pena de uno a tres años.³⁵⁰ Esa agravante se da por el “*mayor contenido desvalorativo de la conducta del sujeto activo, quien al menoscabar de un modo efectivo la libertad de actuación del morador, intensifica la lesión del bien jurídico tutelado*”.³⁵¹

³⁴⁷ Enrique F. Solsona (1987). Op. Cit., p. 83.

³⁴⁸ Estos casos pueden ser ampliados en: Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., pp. 982-984.

³⁴⁹ Hay países donde para la perfección del delito no es necesario el empleo de fuerza o amenazas (Francia lo exige).

³⁵⁰ Zúñiga Morales, Ulises (compilador) (2004). *Código Penal*. 16° edición. San José: IJSA, p. 113, artículo 204. Algunos de los artículos de los Códigos Penales que contemplan este delito son: 184 (Francia), 439 (Bélgica), 380 (Portugal), 490 (España), 150 (Argentina), 230 (Perú), 184 (Venezuela), 294 (Uruguay), entre otros.

³⁵¹ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 93.

La violencia sobre las personas puede ser física o moral. La primera busca eliminar o reducir la resistencia del sujeto, que puede traducirse en golpes o encerrar a las personas o causando daño a sus pertenencias. Por su parte, la violencia moral puede expresarse por medio de palabras, diciéndoles que si se oponen al ingreso a la morada se les causará un mal. Esta intimidación presenta un peligro inminente para el morador.

Indica Ángel Sanz si en la agravación la violencia física solo debe contar la violencia física sobre las personas *“por tratarse de un delito que afecta a la libertad (intimidad personal) y no contra el patrimonio”*, lo cual contrasta con el argumento sistemático, que se apoya *“en lo que sucede (contraste entre “violencia o intimidación en las personas” y “fuerza en las cosas”) en el contexto legal de los delitos patrimoniales”*.³⁵²

Para Hernández Plasencia esa violencia o intimidación debe buscar *“el acceso o permanencia en la morada contra la voluntad del morador”* y no entrar con el fin de intimidar o ejercer violencia sobre algún morador. Si la violencia personal utilizada para entrar o permanecer en la morada daña al morador hay un concurso ideal de delitos entre las lesiones y el allanamiento en este caso se debe

³⁵² Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 95.

aplicar el tipo básico del delito para no realizar una doble valoración de la violencia.³⁵³

En la doctrina existen dos posiciones sobre la acción del delito. Primero quienes consideran que la acción de entrar es una sola y no se configura el delito cuando ingresó legalmente o se traslada a otro recinto reservado por alguna razón (así opina Ricardo Núñez); y segundo, los que consideran que la acción de entrar legalmente a una morada (que no configura el delito) no se agota ahí, ya que se puede cometer el delito al seguir entrando a sus dependencias (como dormitorios) a los que expresamente se le prohibió la entrada (posición de Solsona).³⁵⁴

Con respecto al sujeto pasivo (persona que habita o posee dichos recintos, titular del derecho de exclusión)³⁵⁵ ha surgido el problema al determinar quién tiene la facultad de decidir quién entra y quién no entra a esos lugares. Esta atribución se ha dado al jefe de familia, término frecuentemente aplicado al hombre y ambiguo en nuestros días, pues por la igualdad de género ambos cónyuges tienen iguales facultades para tomar decisiones por consenso. Cuando

³⁵³ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 97, 98.

³⁵⁴ Enrique F. Solsona (1987). Op. Cit., pp. 80-83.

También en: Issa El Khoury Jacob, Henry. "Notas Aclaratorias Sobre la Diferencia entre los Tipos "Allanamiento Ilegal" y "Violación de Domicilio" en el Derecho Penal Costarricense". *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 32. Colegio de Abogados. P. 131. Mayo-Agosto, 1977.

Antonio Quintano indica que existe "un *ius prohibendi* mediante el cual se veda el acceso, y el *permittedi*, que se limita a admitir. Si en el primero cabe su estricta reserva al titular cabeza de familia o quien hiciere sus veces, el segundo corresponde a cualquier morador, por modesta que fuere su situación en la morada". En: Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., p. 977.

³⁵⁵ Opinión que comparte José María Rodríguez Devesa en: José María Rodríguez Devesa (1983). Op. Cit., p. 305.

se califique el delito no deben presentarse contradicciones porque uno autorizó el ingreso de una persona y el otro no.

El deseo de excluir (*ius exclusionis*) a un tercero de su morada debe ser expresada *“de modo inequívoco..., aunque no sea por medio de palabras o personalmente, pues bastarán gestos concluyentes o la notificación hecha”*.³⁵⁶ Esta notificación la podría realizar, por ejemplo, por medio de alguna persona que trabaje para el titular del derecho de exclusión.

Entonces, esta norma protege el derecho de las personas que tengan un título o sean ocupantes legítimos (nacionales, extranjeros, incluso personas jurídicas), de excluir de su propiedad a las personas a las que no se les haya dado permiso de manera presunta o expresa. Lo anterior, me permite decir que la libertad de domicilio solo se puede perjudicar en los casos que expresamente autoriza nuestro ordenamiento jurídico.

Para Ángel Sanz este tipo penal *“admite una doble modalidad comisiva (sin que ello multiplique el número de delitos): entrar o mantenerse en morada ajena contra la voluntad del morador”*.³⁵⁷ Esto último es el hecho base en ambos

³⁵⁶ José María Rodríguez Devesa (1983). Op. Cit., pp. 306-307.
También puede consultarse: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 24.

³⁵⁷ Agrega José María Rodríguez Devesa que tanto entrar como mantenerse implican siempre una posibilidad de salir y por eso es esencial que exista el derecho de exclusión que sirva al morador para excluir a terceros del lugar. En: José María Rodríguez Devesa (1983). Op. Cit., p. 305.

delitos. Agrega que, ambos casos son delitos de simple actividad y agotan la acción típica básica con la sola presencia corporal en la morada ajena, *“donde no se exige, por tanto, la producción de un resultado material separable espacio-temporalmente de la conducta”*; de acción con la *“entrada”* y de omisión propia con el *“mantenimiento”*, esta última modalidad subsidiaria de la primera.³⁵⁸

Para Ángel Sanz la comisión del delito en la forma de mantenerse en la morada ajena contra la voluntad de su titular se da cuando se había entrado previamente de manera consentida.³⁵⁹ Agrega que, para Hernández Plasencia la entrada violenta a un local abierto al público no busca *“franquear el establecimiento”*, sino otros propósitos, por lo que apreciar esa agravación punitiva es casi imposible.³⁶⁰

Para el licenciado Henry Issa, la permanencia en la morada consiste en mantenerse en ella, lo que *“hace suponer que el sujeto activo entró lícitamente, es decir, con el consentimiento, o sin el disenso, del morador”*. Por eso es necesario que la voluntad de exclusión del sujeto que se encuentra en el recinto se

Hay que distinguir que la conducta activa es entrar en la morada ajena y la pasiva es el negarse a salir de la morada, una vez que se le ha pedido que lo haga.

³⁵⁸ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 36, 37, 81.
Además se puede consultar: Antonio Quintano Ripollés (1972). Op. Cit., pp. 971-973.

³⁵⁹ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 108.

³⁶⁰ Citado por: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 111, 112.

manifieste expresamente (con acciones muy evidentes), debido a la imposibilidad de este de interpretar la voluntad de exclusión del morador.³⁶¹

Señala Ángel Sanz que, *“tampoco obsta a la unidad delictiva la existencia de una pluralidad de moradores, pues aunque el bien jurídico protegido sea de carácter personalísimo, la protección se refiere a un único ámbito espacial (“morada”) ilegítimamente invadido por la conducta del sujeto activo”*.³⁶²

El tipo penal que contiene el artículo 204 del Código Penal antes indicado presenta una indeterminación del sujeto activo, al indicar que podría ser cualquier persona con capacidad penal.³⁶³ Esta indeterminación no se presenta en el delito de allanamiento ilegal (artículo 205), ya que en este el sujeto activo requiere de una condición especial, es decir, ser funcionario público.

En nuestro país este delito se castiga por el solo hecho de cometerlo, a diferencia de otras legislaciones³⁶⁴, en donde se subordina la aplicación de la pena

³⁶¹ Issa El Khoury Jacob, Henry (1971). *El Delito de Violación de Domicilio*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica. Pp. 67, 68. También en: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 56. Ángel Sanz agrega que, un sector de la doctrina penal española considera que *“la voluntad contraria del morador puede manifestarse de manera expresa o tácita en la modalidad de “entrar”*; y en el caso de *“mantenerse” sólo será típico cuando se realice pese a la expresa voluntad contraria del titular del ius exclusionis*”.

³⁶² Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 85, 86.

³⁶³ Es el *“particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma, contra la voluntad de su morador”*. En: Alfonso Serrano Gómez (2000). Op. Cit., p. 260.

³⁶⁴ Como la Argentina.

al hecho de que no se de en concurso con otro delito que merezca una pena mayor (por eso se considera un delito menor) y cuando se utilizó como un medio para consumir otro y la intención principal no fue la de violar la morada.³⁶⁵

El Código Penal tipifica el delito de allanamiento ilegal, el cual se da cuando un funcionario público allana un domicilio sin las formalidades que establece la ley (como la orden emitida por el juez o la notificación) o fuera de las circunstancias que esta determina. Dichas formalidades pueden obviarse en los casos establecidos por el Código Procesal Penal como en incendios, inundaciones o si han visto personas mientras se introducían, entre otros casos.³⁶⁶

En el delito de allanamiento ilegal aunque la acción en principio sea la misma, *“el contenido de sentido de la expresión es mucho más fuerte, ya que nos indica no sólo que se entra o se penetra sino que quien lo hace es una persona*

³⁶⁵ http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4717&cat=Derecho

³⁶⁶ Artículo 205: *“Se impondrá prisión de seis meses a tres años e inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, de uno a cuatro años al agente de la autoridad o al funcionario público que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine. Si la formalidad faltante fuere la orden judicial, las penas anteriores se aumentarán a juicio del Juez”*. Zúñiga Morales, Ulises (compilador) (2004). *Código Penal*. 16° edición. San José: IJSA, p. 114.

En España, se trata de la entrada ilegal de un funcionario público no judicial (que sí posee jurisdicción sobre el lugar donde se ubica el domicilio) sin el consentimiento de un súbdito español y fuera de los casos permitidos por ley. Este tema es tratado en: José María Rodríguez Devesa (1983). Op. Cit., pp. 734, 735.

Sobre este artículo el Licenciado Henry Issa señala que, por domicilio se entenderá *“el lugar en donde se realiza la acción, esto quiere decir, el lugar en donde la persona realiza sus ocupaciones domésticas habituales”*. En: Issa El Khoury Jacob, Henry. “Notas Aclaratorias sobre la Diferencia entre los Tipos “Allanamiento Ilegal” y “Violación de Domicilio” en el Derecho Penal Costarricense”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 32. Colegio de Abogados. P. 132-134. Mayo – Agosto, 1977.

que se encuentra investida con un rango especial y que posee una autoridad especial”.³⁶⁷

En este delito la agravación basada en el autor de la acción se da con la tipificación de este y no sería delito si no lo realizara un funcionario público, ya que *“...son delitos que el ciudadano que no es funcionario no puede cometer”*.³⁶⁸ Además, el sujeto activo del delito debe ser un funcionario público u autoridad, este debe actuar prevaleciéndose de su cargo.

En ciertas legislaciones³⁶⁹, además de que el delito lo comete una persona con investidura especial, lo hace mediando causa por delito: *“la autoridad o funcionario público penetra en el domicilio de una persona, sin el consentimiento de esta, como consecuencia de haberse cometido un delito”*, por lo que la entrada se realiza con el fin de descubrir el delito, sus autores y pruebas.³⁷⁰

En la doctrina existen dos posiciones, los que diferencian entre violación de domicilio y allanamiento de morada (posición que rige en Costa Rica)³⁷¹ y quienes

³⁶⁷ Issa El Khoury Jacob, Henry. “Notas Aclaratoria Sobre la Diferencia entre los Tipos “Allanamiento Ilegal” y “Violación de Domicilio” en el Derecho Penal Costarricense”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 32. Colegio de Abogados. P. 132. Mayo-Agosto, 1977.

³⁶⁸ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 128-131.

³⁶⁹ Como la española.

³⁷⁰ Alfonso Serrano Gómez (2000). Op. Cit., p. 921.

³⁷¹ En Argentina se distingue la violación de domicilio (artículo 150 del Código Penal), del allanamiento de morada o allanamiento irregular (artículo 151 del mismo texto legal), este último se configura cuando el funcionario público o agente

utilizan ambos términos indistintamente, como los españoles, que emplean el término allanamiento para describir la conducta de los dos tipos penales y los italianos y franceses que utilizan el término violación de domicilio³⁷², siendo la principal diferencia entre ellos el sujeto activo que realiza la acción.

El Lic. Henry Issa indica que la confusión entre ambas figuras delictivas se debió a que los jueces de la Sala de Casación en varias sentencias³⁷³ se guiaron durante un período considerable por autores españoles, que al igual que los italianos y franceses, no los diferenciaban; fue hasta la sentencia de las nueve y treinta horas del 15 de octubre de 1945, que el Tribunal por primera vez los diferencia, incluso en sus nombres, siendo ambos delitos contra la intimidad.

Al tipificar los delitos de allanamiento ilegal y de violación de domicilio, se busca proteger al sujeto no solo frente a particulares, sino también frente a los funcionarios judiciales quienes lo pueden cometer, tanto dictando una orden de allanamiento sin las formalidades que dispone la ley, como ejecutándolo

de la autoridad allana un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina. El consentimiento del interesado adquiere plena eficacia, porque es un delito constituido por la violación de garantías puestas por la ley para tutelar una forma del derecho individual de libertad. Entonces, el particular puede consentir válidamente el ingreso e incluso que se prescinda de las formalidades puestas para su propia garantía. Conforme Sala segunda, sentencia del 5/04/2001 en causa 1228: ovejero, Victor Alfredo y otro.

³⁷² Issa El Khoury Jacob, Henry. "Notas Aclaratorias sobre la Diferencia entre los Tipos "Allanamiento Ilegal" y "Violación de Domicilio" en el Derecho Penal Costarricense". *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 32. Colegio de Abogados. P. 134-135. Mayo – Agosto, 1977.

³⁷³ Como las del 29 de noviembre de 1913 de las quince horas y la del 26 de marzo del 1913 de las trece horas y cincuenta y nueve minutos.

ilegalmente, si dicta la orden y además procede personalmente al allanamiento comete el delito, pues este se consuma con sólo penetrar al lugar allanado.

En el caso del allanamiento de domicilio, puede darse una coautoría en la comisión del delito cuando un funcionario judicial acuerda con otro la realización de un allanamiento, donde cada uno realizaría una parte de la acción, y el primero emite la orden fuera de los presupuestos legales, mientras el segundo ejecuta materialmente la orden.

Si el funcionario judicial quiere allanar ilegalmente un domicilio, puede dictar la orden sin los presupuestos legales y valerse de otro funcionario (como un Agente de la Policía Judicial) para que lo ejecute, ya que desconoce su ilegalidad. En este caso, el funcionario judicial lo comete por autoría mediata, al utilizar un tercero (que no delinque, pues es lógico que piense que la orden se emitió legalmente, por existir una causa de inculpabilidad)³⁷⁴ para cometer el delito.

El allanamiento ilegal también puede darse si el funcionario judicial procede sin la orden de allanamiento, abusando de su autoridad para ingresar al domicilio³⁷⁵, pero si dicta la orden creyendo que cumple con los presupuestos del

³⁷⁴ Artículo 36, inciso b. Código Penal.

³⁷⁵ Un caso de allanamiento ilegal por falta de la orden de allanamiento previa a realizar la diligencia se dio en la resolución 2005-00211 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en donde no existió ni valoró que existieran los presupuestos legales para realizarla sin la orden, por lo que se consideró que debía *“ser anulada, como eliminados del proceso todos los elementos allí encontrados, al tiempo que invalidar el comiso que se dispuso de estos... en el entendido*

Código Procesal Penal (indicados en el capítulo segundo), no incurre en el delito.³⁷⁶ Este delito necesita la existencia del dolo³⁷⁷ (es un delito doloso y no culposo, además de material e instantáneo), pues su carencia excluye la tipicidad.

Entonces, estos delitos se consuman en el momento en que se entra en la morada contra la voluntad del morador, o cuando el sujeto se niega a abandonarla cuando se le solicita que lo haga. También, cabe la tentativa cuando quien pretende entrar no lo consigue³⁷⁸, como sería el caso en que se dicte la orden de allanamiento y el funcionario se apersona al lugar para allanarlo y el que tiene derecho a excluirlo impide que materialmente ejecute la acción.

Se considera que este es un *“delito ‘eventualmente permanente’*, lo que quiere decir que, *“el hecho previsto en la ley puede agotarse en el momento en que se concretan sus elementos constitutivos, pero también puede prolongarse”*, o

de que todos los objetos que fueron decomisados en dicha vivienda deberán ser devueltos a quien resulte con derecho a reclamarlos”. Agrega la resolución que la fundamentación un día después que realizó el Juez Penal no suple la orden y su necesidad previa, *“pues se trata de la motivación ex post de un acto lesivo de un derecho fundamental, inadmisibles dentro de nuestro esquema constitucional...”*.

³⁷⁶ Este tema se puede ampliar en: Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., pp. 70, 119. Este autor agrega que, de acuerdo con la doctrina dominante en Alemania, es suficiente el dolo eventual. Además, si se trata de un allanamiento de domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público se plantea el problema de *“si cabe exigir, además del dolo, un particular elemento subjetivo del injusto”*, a lo cual el autor señala que la respuesta debe ser negativa.

³⁷⁷ Esto debido a que, *“el sujeto ha de ser consiente de su entrada en morada ajena que se encuentra habitada, o se mantiene en la misma contra la voluntad de su morador... el consentimiento de este excluye la tipicidad”*. En: Alfonso Serrano Gómez (2000). Op. Cit., p. 262.

³⁷⁸ Ibid., p. 263.

*“basta con la realización de la conducta típica para su consumación, pero la continuación de dicha conducta no multiplica el número de delitos”.*³⁷⁹

Algunas legislaciones diferencian entre el allanamiento simple y el cualificado, entendiendo por el primero cuando un particular entra en una morada ajena o se mantiene en ella contra la voluntad de su morador, y por el segundo cuando la entrada o el mantenerse en la morada ajena se hace mediante violencia (que comprende la fuerza ejercida sobre las cosas) o intimidación.³⁸⁰

Otras legislaciones establecen causas de justificación³⁸¹ para los delitos de violación de domicilio y de allanamiento ilegal, cuando se realizan para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero causado por otra persona, accidente o estrago, para cumplir un deber de humanidad (con personas y animales, por ejemplo un animal atrapado en una inundación, un enfermo, un accidentado) o la prestación de auxilio a la justicia, en esos casos basta con que el sujeto del hecho crea que la justicia precisa ese auxilio y se lo de.³⁸²

³⁷⁹ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 83.

³⁸⁰ José María Rodríguez Devesa (1983). Op. Cit., pp. 304, 309.

³⁸¹ “Casos de entrada de individuos al domicilio ajeno sin que esta forma de entrar sea penada por la ley, debido a que se realiza en situaciones o casos que la misma ley ha previsto y justificado”. Issa El Khoury Jacob, Henry (1971). *El Delito de Violación de Domicilio*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica. P. 90.

³⁸² Enrique F. Solsona (1987). Op. Cit., pp. 94-96.

En Costa Rica algunos casos de causas de justificación son las disposiciones de la Ley de Salud, el allanamiento que autoriza el Código Procesal Penal (incluso el allanamiento sin orden judicial), el ejercicio legítimo de un derecho (como las visitas del arrendatario una vez al mes para ver el trato que da su inquilino a la propiedad), el ejercicio de una profesión, cargo o función (caso de los inspectores del Ministerio de Salud), consentimiento de la víctima, estados de necesidad³⁸³, casos que no ampliaré por no ser el objetivo de mi investigación.

Ciertos autores consideran que mientras no haya una resolución judicial o la voluntad de la persona de abandonar la morada ajena *“se entiende, a los efectos penales, que tiene un derecho a no ser excluido de ella”*.³⁸⁴

Se viola el derecho de propiedad privada y de intimidad tutelados en nuestra Constitución cuando una persona debe esperar el dictado de una resolución judicial para impedir el ingreso o el mantenimiento de un tercero en su morada, o peor aún sujetarse a la voluntad de quien sería el sujeto activo del delito. Se estaría otorgando mayor valor a la voluntad del sujeto invasor de la morada ajena y violaría el principio de justicia pronta y cumplida ya que el ejercicio

³⁸³ A este tema se refiere Henry Issa en su tesis de grado: Issa El Khoury Jacob, Henry (1971). *El Delito de Violación de Domicilio*. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica. P. 90-102.

³⁸⁴ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 77.

de dichos derechos quedaría supeditado al dictado de una resolución que puede tardar más de lo deseado en darse por la saturación de los tribunales.

Además, según la doctrina dominante en países como Alemania y España, el delito de allanamiento de morada no es de *“propia mano”*, por lo que para Roxin es indiferente *“si alguien entra por sí mismo, si se sirve de un niño o de un enajenado (dominio de la voluntad) o si alza a su cómplice sobre la valla (dominio funcional)”*, pues *“para el injusto de este delito, lo decisivo no es determinado comportamiento corporal (...) sino la lesión del derecho doméstico”*.³⁸⁵

Según Queralt la entrada de agentes públicos relacionada *“con funciones de control o inspección”* no está constitucionalmente vedada y no hay intimidad que deba respetar la Administración en el lugar de inspección. De la misma manera, para Muñoz Conde no es necesaria la autorización judicial para esas tareas que competen a ciertos órganos de la Administración en materia laboral, seguridad e higiene en el trabajo o cumplimiento de normas de seguridad social, pues si fuera necesaria y prioritario el derecho de inviolabilidad del domicilio a la hora de allanar su objetivo se frustraría.³⁸⁶

³⁸⁵ Ángel José Sanz Morán (2006). Op. Cit., p. 84.

³⁸⁶ Ibid., pp. 132, 133.

Finalmente, la Sala Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones que la prueba obtenida de un allanamiento ilegal “...se convierte en prueba espuria y por tanto inválida y sin potencia procesal alguna, imposible de constituir base o fundamento de una sentencia condenatoria”.³⁸⁷

De lo anterior se desprende que dichas pruebas obtenidas de manera contraria a la Constitución, la ley y el derecho internacional vigente en nuestro país, no pueden ser utilizadas al momento de fundamentar una decisión judicial ni para basarse en ellas.

³⁸⁷ Voto 0255-95. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. También las resoluciones: 2001-00917 y 2004-00480. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES

Al iniciar la presente investigación me propuse probar que *“el allanamiento que aplican los jueces civiles no obstante no tener regulación legal específica tiene soporte constitucional”*, hipótesis que ha sido probada una vez realizado el estudio de esta figura, cuyo origen se da a la luz del derecho penal.

Esta figura tuvo sus inicios después de una época sin autoridad comunal y como una figura propia del proceso penal, que no conocía la persecución penal como hoy la conocemos. El derecho romano lo conoció muy poco, para luego surgir dentro de una amplia noción del delito de injuria en la Ley Cornelia, momento en el cual el domicilio tenía un carácter sagrado.

Posteriormente, la noción de dicho concepto mejoraría en la edad media germánica, por razones de seguridad más que ideológicas. Surgió un nuevo concepto de santidad del hogar, pues protegía a las personas de la violencia del exterior (tanto de particulares como de funcionarios públicos), donde la ley y la costumbre era el medio de protección cuando los muros no funcionaban. Existía, entonces, una relación estrecha entre la seguridad y la paz de la casa.

Será con el derecho penal de la Alta Edad Media que dentro de los distintos conceptos de paz tendrá un papel importante el de paz doméstica y paz de la casa

(*pax domus*), base para las limitaciones en la práctica de los allanamientos. Por eso cuando se realizan se debe tratar de violentar lo menos posible la paz y tranquilidad de los habitantes de los lugares allanados, protegiendo en cierto grado la “intimidad doméstica”. Surgen conceptos para definir cuáles ingresos en las moradas serían ilegales, como el quebrantamiento y el encerramiento, adoptados por diferentes fueros españoles como el leonés, el cual prohibía la entrada en los hogares a los merinos y sayones del Rey, o el de Logroño que permitía matar al allanador.

En Costa Rica, esta figura se reguló por primera vez en el Código General de Carrillo, con el fin de asegurar todo aquello que rodeaba el hecho delictivo, lo cual incluía al reo con pena corporal o infamante que se ocultara en la casa de un particular o de un ministro extranjero, o en un establecimiento público, previa autorización del dueño o sin ella y solo durante el día y bastando solo la sospecha fundada.

Un aspecto que vale la pena resaltar de nuestra primera regulación sobre la materia es la figura del encubridor, considerándose así al dueño de la casa que se ocultaba para no ser notificado, o negar el permiso para el allanamiento, situación además problemática, pues hacía necesario emitir la orden de allanamiento y dejar vigilantes en los lugares que se pensara que el reo podría escapar. Además, esta regulación estipulaba expresamente cuáles eran los

casos en que era legal el uso de la fuerza, por ejemplo, si el dueño de la casa después de tres veces en que se le llamaba no abría la puerta para que se realizara el allanamiento.

Desde mi opinión existen aspectos que nuestro Código actual no contempla y que fueron muy importantes en aquella época. En primer lugar, el Estado desconocía la existencia de lugares de asilo que le permitieran a los delincuentes quedar impunes o lograr una disminución de las penas. En segundo lugar, regular cuando el reo se refugiaba en un lugar sagrado o en un establecimiento público, caso en que igualmente establecía una responsabilidad para el encargado de estos lugares que no autorizaban la realización de la diligencia.

Posteriormente, los Códigos de Procedimientos Penales de 1906 y 1913 regulaban esta figura de manera bastante descriptiva y clara en relación con el aseguramiento del delincuente, su patrimonio y los objetos útiles para la comprobación del delito, Códigos en los que nuestro legislador puntualizó los supuestos en los cuales se podía practicar el allanamiento y que actualmente se conservan en nuestra regulación procesal. Además, desde ese momento se abrió la posibilidad de que la efectuara una autoridad designada por el juez.

Un aspecto diferente que establecían estas normas es que antes de realizarlo se interrogaba a la persona afectada con la práctica y solo cuando la

diligencia no causaba la entrega voluntaria del objeto de la investigación o la desaparición de los motivos que lo justificaron, salvo casos de urgencia.

Esta normativa indicaba que el auto en que el Juez ordenara dichas medidas **siempre se debía fundamentar y notificar**, requisito que hoy es esencial para calificar de legal un allanamiento, expresando en él con toda claridad, cuál era el edificio o lugar cerrado por allanar y los actos de registro que se practicarían. A diferencia de la anterior regulación, la negativa para realizar el allanamiento se consideraba desobediencia de la autoridad, salvo que el objeto de la negativa fuera encubrir un delito o a sus autores.

Una debilidad de esa regulación era ordenar el allanamiento con base en la denuncia de una persona de *“buena fama”*. Ese es un factor subjetivo que, en nuestros días disminuiría la credibilidad de esta medida, debido a la afectación de derechos que esta implica.

Estos Códigos expresamente disponían que durante el allanamiento se debían evitar las inspecciones inútiles y molestar o perjudicar al interesado más de lo estrictamente necesario para el fin perseguido. Por eso quien lo practicaba debía adoptar las precauciones convenientes para no comprometer la reputación de la persona y respetar sus secretos, siempre procurando no dañar la

investigación. Además, conservaban la limitación horaria, en el sentido de que no podía realizarse en la noche, salvo las excepciones establecidas.

Cuando se realizaba nadie podía entrar o salir de la casa sin permiso de la autoridad; por eso se adoptaban las medidas de vigilancia necesarias para evitar la evasión de buscados o la extracción de instrumentos del delito útiles a la investigación. La autoridad ponía a vigilar el edificio por medio de la Policía o personas honradas, situándolos en las calles que rodeaban el lugar, con orden de detener y llevarle a los que salieran y las cosas que extrajeran.

Otra particularidad de esta normativa fue permitir el allanamiento en casas y naves con privilegio de exterritorialidad, donde el que debía autorizar la realización de la diligencia era el Agente Diplomático por medio de un oficio, estableciendo un procedimiento para estos casos, pues no podía realizarse hasta que este diera el permiso y el recurso de responsabilidad que podía interponerse contra los autos dictados según esa misma regulación.

En el Código de Procedimientos Penales de 1973, un factor importante fue el hecho de permitir la delegación solo por excepción en casos de urgencia y mediante resolución fundada, pues un fin de la presencia del juez en la diligencia era garantizar el acto y el domicilio.

En este Código ya claramente se estableció el horario en que debía efectuarse la diligencia. Es decir, entre las seis y las dieciocho horas, si tenía que efectuarse en un lugar habitado o en dependencias cerradas; sin embargo, permitía la realización a cualquier hora cuando el morador o su representante lo consintiera, en casos sumamente graves o urgentes o si peligraba el orden público.

Se podía allanar sin orden judicial en caso de incendios, inundaciones, amenazas a la vida de los habitantes o la propiedad, la denuncia del ingreso de personas extrañas al local con intención de cometer un delito, la introducción de un imputado de delito grave perseguido para aprehenderlo y si las voces provenientes de una casa indicaban la comisión un delito o que pedían socorro.

Propiamente, en el ámbito conceptual, allanar es la entrada en un recinto privado, normalmente contra la voluntad de su dueño (que es protegido por la garantía), con un fin procesal y de manera legítima si se realiza según las formalidades de la ley, con lo que queda demostrado que los derechos individuales pueden quebrantarse por un bienestar superior.

Es un acto utilizado por el juez para ordenar la revisión o inspección de un inmueble al haber motivos suficientes para presumir que allí pueden existir

elementos relacionados con el delito investigado o que pueden detener a un imputado o a una persona evadida o sospechosa.

Una figura estrechamente relacionada con el allanamiento es la flagrancia, pues le permite al que percibe una acción aparentemente criminal, restringir derechos fundamentales al que los está realizando sin esperar previa orden judicial. Esta figura le permite al policía después de valorar la situación y de decidir allanar, hacerlo sin el consentimiento del morador ni orden de juez pues la urgencia justifica la limitación de la garantía.

A nivel jurisprudencial, para la Sala Constitucional el allanamiento es un instrumento que facilita la realización de otros actos útiles para el proceso como el registro y el secuestro, el cual goza de legitimidad siempre que se fundamente su necesidad, se lleve a cabo en los casos determinados por nuestra legislación y siguiendo las formalidades señaladas. Por su parte, para la Sala Tercera es un procedimiento que la Constitución autoriza para lesionar la intimidad del domicilio, que fue garantizado por el Constituyente.

A pesar de ser una figura con diferentes naturalezas jurídicas (como medida cautelar –posición de la Sala Tercera-, medida accesoria, medio probatorio y como delito penal), considero que la más acertada es la que lo concibe como un instrumento para efectivizar otros, es decir, medida accesoria, reconocido así por

la Sala Constitucional y la Procuraduría General de la República, siendo un instrumento que le permite al juez conseguir mayores elementos de prueba para que cuando dicte sentencia su certeza sea absoluta.

Sin embargo, parece que nuestra legislación penal se inclina por considerarlo un medio probatorio por su ubicación en el Código Procesal Penal, dividido abstractamente en dos actos procesales: introducirse físicamente a un lugar determinado (allanar) y observar y localizar objetos relacionadas con el delito o a los presuntos inculpados (registrar). Es decir, todos los elementos ubicados con el allanamiento deben estar relacionados con el hecho punible investigado.

Respecto de su naturaleza jurídica de delito penal, es importante diferenciar entre el allanamiento como acto procesal realizado a gestión de una parte -en el cual debe efectuarse un análisis comprobatorio de los presupuestos previstos por el legislador para su validez- y el allanamiento de morada constitutivo de una conducta típica.

Siendo esta una diligencia excepcional que **solo** compete a funcionarios del Poder Judicial requiere una justificación en indicios o sospechas de la comisión de un delito. Es decir, deben existir elementos de convicción suficientes para realizarlo y contar con un propósito claramente definido (obtener elementos útiles a la investigación o la ubicación de un posible imputado o sospechoso de la

comisión de un delito). Así se evitan arbitrariedades y se garantiza el principio de legalidad, el derecho de defensa y le da al afectado seguridad jurídica debido a su alto carácter coercitivo.

Además, es confidencial en cuanto a su realización y sorpresivo evitando la fuga de información y la pérdida de resultados. Es un acto irrepetible, pues al encontrar en el interior del recinto a personas y objetos (por ejemplo su ubicación, cantidad y calidad) estos pueden alterarse por diversos factores (incluso ambientales) aunque se hayan fotografiado e impedido la entrada al lugar de otras personas. En el momento del allanamiento debe encontrarse todo en el estado en que se dieron las circunstancias.

Esta medida representa la posibilidad de obtener, como fuente primaria, no solo la prueba a la que se hizo referencia, sino también, el contexto en que se desarrolló un determinado acto delictivo o el ámbito en que se desarrolló una persona involucrada en el mismo. Solo por esa única vez los objetos o personas se encontrarán en ese estado, ubicación, cantidad.

Por último, permite prestar auxilio a las personas (como las víctimas de violencia doméstica), detener sospechosos, secuestrar evidencia relacionada con un determinado caso investigado, detenerse deudores alimentarios o ser instrumento para lograr la ejecución efectiva de sentencias. Además, busca evitar

males graves o las consecuencias de un acto que sean de difícil o imposible reparación, o la pérdida irreparable de bienes de valor elevado, ya que los daños previsibles exigen la urgente intervención para evitarlos a toda costa.

El actual Código Procesal Penal, artículo 195, añadió otras formalidades para su legalidad e igualmente aplicables para el proceso civil: el nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento, identificación del procedimiento ordenado, determinación concreta del lugar donde se efectuará, nombre de la autoridad que lo practicará o si hay delegación, motivo del allanamiento y la hora (si se da alguna diferencia debe ser razonable) y fecha en que se practicará; además, la orden debe llevar la firma del que ordena la diligencia y el sello del despacho del cual forma parte el juez que lo ordena, para dar seguridad a la persona afectada con la práctica del allanamiento.

Sienta un precedente importante la Sala Constitucional, resolución 2003-04672, al considerar que la necesidad de orden escrita queda cubierta si el juez realiza personalmente la diligencia, ya que la oralidad prevalece en nuestro actual proceso penal y permite que la motivación de los actos se haga oral y no escrita, *“justificando con palabras suficientes, explicando y dando razones que ameritan la actuación...”*, ya que el no justificar causaría la ilegitimidad de lo actuado.

Diferente era anteriormente la posición de la Sala Tercera para la cual la falta de orden judicial escrita era un defecto absoluto, pues la Constitución establecía esta medida como excepción y disponía los requisitos mínimos por cumplir para ser legítima su práctica y sus resultados pudieran incorporarse al proceso. Lo contrario generaba defectos no convalidables, que ni siquiera necesitaban alegar las partes. Este criterio cambiaría para considerar que puede hacerse verbal siempre que se dejen asentados en el acta de la diligencia la fundamentación oral y las razones que justifican la injerencia en un derecho fundamental.

Un juez competente debe emitir la orden para prevenir la irrupción de la policía en recintos privados sin ningún control o límite y evitar abusos sobre las personas y los objetos de estas. Así mismo, debe ser escrita y emitida en forma previa a la realización para dar certeza al ciudadano y evitar que después se pretenda legitimar un acto viciado.

Un criterio importante de acotar es el expresado por la Sala Tercera en su resolución 2003-01157, en el cual señaló que no se puede dudar de la existencia previa de una resolución ordenando el allanamiento solo porque no esté en el expediente, si es posible establecer que sí se ordenó, que estaba fundamentada y que el juez participó en la diligencia, pues existen casos en que se puede haber sustraído el documento del expediente, más si este tiene problemas de foliatura.

Igualmente, según la propia Corte (circular 55-2006) ciertos defectos son saneables como la duda en la solicitud de allanamiento sobre la identidad del firmante. No se produce el rechazo cuando la comunicación entre el juez y el fiscal ha sido verbal en casos de urgencia, confidencialidad y secreto de los datos, siempre que después se cumpla lo solicitado por escrito o exista una manifestación en el juzgado que conste en un acta que acompañará la solicitud original.

Para la realización del allanamiento en actuación personal o delegada podría un juez civil también disponer de la fuerza pública. No se debe olvidar que cuando el allanamiento se delega por el juez, este expedirá la orden por escrito, con indicación expresa del nombre del delegado y la comisión por cumplirse. Esta delegación no puede darse si son lugares habitados, sus dependencias, casa de negocios u oficina, según el artículo 193 del Código Procesal Penal, ya que el juez debe efectuarlo personalmente.

Al hablar de juez competente se debe considerar el principio contenido en el artículo 35 de la Constitución, referente a lo que en doctrina se conoce como *Principio del Juez Legal o Juez Natural*, pues son personas con un conocimiento especial y están calificados para dictar estas medidas, asegurando que las actuaciones se realizarán con apego al derecho, protegiendo los derechos

fundamentales de los involucrados. Esto implica que cuando actúe con abuso y maliciosamente al momento de realizar la diligencia pueda incurrir en responsabilidad por abuso de autoridad y cometer el delito de allanamiento ilegal.

Además, como se vio durante el desarrollo de este trabajo, el artículo 23 constitucional de ningún modo está otorgando la facultad de ordenar allanamientos a los jueces penales, como erróneamente creen muchas personas, haciendo posible que los jueces civiles también practiquen allanamientos como medida cautelar atípica, pero sí debe reunir las condiciones establecidas por normas para ser legal y garantizar el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano.

Es más preciso utilizar el término de titular en lugar del de morador al momento de determinar quien tiene el derecho del *“ius exclusionis*, para facilitar la solución de los casos de conflictos de voluntades. Este es el caso de las personas jurídicas, en donde sólo hay un titular de la actividad profesional, comercial o administrativa y su voluntad prevalecerá sobre otras, como ocurre con el presidente de una sociedad que a la vez es su representante.

Con respecto al horario sólo cabe decir que nuestra legislación ha sido muy clara al indicar que debe realizarse entre las seis y las dieciocho horas. Salvo los casos señalados en los cuales se permite la realización en otras horas y que de

ser necesario pueden aplicarse al proceso civil dejando la constancia respectiva, en el entendido de que esa limitación busca proteger el derecho de intimidad, pues se presume que durante la noche se realizarán actividades que normalmente no se efectúan en el día.

En el acta se deja constancia del nombre de la persona a quien se le notificó la orden de allanamiento, nombre del juez, del fiscal, del imputado, de los investigadores del Organismo de Investigación Judicial, del defensor (su inasistencia no invalida el acto siempre que esté un juez) y de auxiliares que no sean del Poder Judicial. El acta es firmada por el que practicó el acto y, si es necesario, los que intervienen en él, previa lectura. La ineficacia del acta no implica la ineficacia del acto. Cuando el legitimado para consentir la realización de la diligencia lo hace expresamente, se debe dejar constancia por escrito de ese consentimiento y los datos de la persona que autorizó.

Realizar la diligencia en un lugar distinto al indicado en la orden, vulnera la inviolabilidad de domicilio, y el acto es nulo. Si este fuera el caso los objetos encontrados ahí, a pesar de que pueden ser útiles para la investigación y para establecer la sanción del caso, no podrían utilizarse como prueba, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, donde no se viola ese derecho si la orden permite localizar la casa por medio de las características.

Nuestro Código Procesal Penal no regula el caso cuando el acopio de material excede del que puede hacerse en el mismo lugar del hecho y se debe buscar en otro lugar. Este hecho no generaría problema en el proceso civil, pues en principio, lo que se busca está previamente determinado, como ocurre con el aseguramiento de los bienes que forman parte del haber sucesorio.

El allanamiento se debe llevar a cabo procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas. Implica el reconocimiento dentro del proceso penal del principio de proporcionalidad y al ser una medida de ultima ratio, se limita la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, con sustento en la adecuación de la pena al fin que esta deba cumplir.

En el presente trabajo también se abarcó el tema de los derechos que, según mi perspectiva, son vulnerados con la realización de un allanamiento, a saber el derecho a la intimidad y el derecho de propiedad privada, que pueden quebrantarse en procura de valores superiores. Siendo el primero iniciado cuando se le dio valor a la espiritualidad del ser humano, sus sentimientos y su intelecto. Después se ampliaría para proteger contra daños físicos al prohibir el intento de causarlos, de manera que se le empezó a garantizar su derecho a no ser molestado.

Hoy en día, los avances tecnológicos, la intensidad y complejidad con que se vive han provocado que las personas se alejen del mundo y sean más vulnerables a la publicidad (influenciados por la cultura), convirtiéndose la soledad y la intimidad en algo esencial para la persona pues le permite sentirse libre y desarrollar plenamente su personalidad. Así, todo lo que invada su intimidad le causa más sufrimiento espiritual y angustia que los daños personales. Estos daños no se limitan a los que pueden ser objeto de la prensa u otras actividades.

Conceptualizándose como la facultad de toda persona de excluir a los demás del conocimiento de las actividades personales que conforman su vida individual y familiar, es el ámbito de soledad interna al que puede recurrir cada ser humano, aislar del conocimiento de los demás todo aquello que, según su criterio, sólo debe ser del conocimiento personal o familiar. Esta protección la pueden gozar, tanto personas físicas, como jurídicas (sobre estas algunos autores consideran que al ser un derecho personalísimo no corresponde a las personas jurídicas), y que puede exigirse, tanto en forma personal, como respecto de otros miembros del núcleo familiar.

Específicamente, nuestra Constitución Política lo regula en el primer párrafo del artículo 24, disposición incorporada luego de la reforma constitucional de 1991 a dicho artículo, protegiéndose la privacidad del hombre. Para la Sala Constitucional la intimidad incluye todos los fenómenos, comportamientos, datos y

situaciones de la persona que normalmente son sustraídos del conocimiento de terceros, que de conocerlos lo afectaría moralmente por afectar su pudor y recato.

Con respecto al derecho de propiedad privada, históricamente se le concibió como un derecho absoluto e ilimitado, pues giraba alrededor de una vida política donde los principales actores eran los grandes propietarios, lo que produjo un estrecho vínculo propiedad - poder político concebido como un derecho de posesión. Posteriormente, esta concepción absoluta del derecho fue desapareciendo hasta llegar a aceptar la limitación por interés social, evolución que respondió a la aparición de la doctrina Católica y del derecho urbanístico.

En Costa Rica, a pesar de habersele concebido desde el Pacto de Concordia en 1821 como un derecho natural del hombre, absoluto e ilimitado, fue hasta 1940 como producto del contexto socioeconómico y político que vivía el país, que Rafael Ángel Calderón Guardia propuso una reforma al artículo 29 constitucional de 1871, disponiendo que la propiedad sólo se limitaría por interés colectivo legalmente comprobado (ocupaba la votación de las dos terceras partes del total de los miembros del Congreso), previa indemnización (salvo casos de guerra o conmoción interna en que se puede indemnizar hasta dos años después).

Este derecho tiene por objeto la protección del domicilio. Puede definirse como el espacio físico del cual la persona tiene plena disponibilidad y en el cual

ejerce el uso y disfrute, desarrolla su vida privada mediante una pluralidad indeterminada de actividades, sin injerencias ajenas, protegiendo un ámbito de autonomía personal y donde ejercita otros derechos fundamentales como la libertad de reunión, de culto y de asociación.

El criterio esencial para calificar como domicilio constitucionalmente protegido a un determinado recinto es el de que sirva de manera habitual y efectiva como residencia o que, aunque su uso sea ocasional, su destino específico sea precisamente el de servir a dicho fin. Puede tratarse de muebles (carros, vagones) o inmuebles por naturaleza destinados para vivienda (casas, apartamentos) o que les hayan dado ese fin (bodegas, edificaciones en ruinas, cuevas); incluso lugares en construcción si su destino será habitacional.

En materia penal y para efectos de este trabajo morada o domicilio se consideran sinónimos, refiriéndose a un lugar habitado en forma más o menos permanente. Además, la noción de derecho penal abarca, no sólo el domicilio civil, sino también toda relación que el sujeto pueda tener con el lugar. Así mismo, este espacio debe cumplir con tres requisitos: la estructura del lugar cerrada o parcialmente abierta, pero aislada del ambiente externo, su destino y su carácter privado.

Igualmente, la norma que protege la propiedad privada se refiere a otros recintos que también reciben la protección constitucional como las casas de negocios; el recinto privado utilizado como morada de manera accidental o transitoria; las dependencias de morada, que no son moradas por sí mismas pero están unidas con aquellas y responden a la actividad desplegada por el local principal (si no se puede acceder por ellos, no son dependencias); los hoteles (de los que se excluyen los espacios de uso común, que por ser públicos no pueden allanarse); el despacho profesional, oficina y el local abierto al público, con un acceso ilimitado, sin perjuicio del derecho de admisión y del horario establecido para el ingreso.

Actualmente, son dos las normas constitucionales que protegen la inviolabilidad del domicilio. Por un lado, el artículo 23, en su segunda parte, que autoriza la realización del allanamiento, siempre que sea dictada por un juez competente, sin expresar que ese juez debe ser de la materia penal. Y por otro lado, el artículo 45 referido a los casos en que puede expropiarse para que un bien que fue privado pase al dominio público, o poner limitaciones a la propiedad. Esta regulación permite a los titulares de estos recintos impedir cualquier injerencia privada o pública en ellos, cuando no la consientan o el ordenamiento jurídico no la autorice.

Por lo anterior, se tipificó en el artículo 204 del Código Penal el delito de violación de domicilio, agravando en su segundo párrafo la pena desde ciertos supuestos como el escalamiento de muros o la fuerza en las cosas. Por su parte, el artículo 205 del mismo cuerpo legal tipifica el delito de allanamiento ilegal; es decir, cuando es realizado por una autoridad o funcionario público sin las formalidades de ley o fuera de los casos que esta determina.

Al vulnerar el allanamiento el respeto a los derechos humanos, fundamental para el desarrollo de la vida política y social y para que el individuo pueda desarrollarse con libertad y dignidad en la sociedad, es que esta diligencia además de represiva, facilita el abuso del poder por parte de funcionarios públicos, los cuales deben conocer la ley, pues su ignorancia no justifica sus acciones, ya que esto causa daños en las viviendas de los involucrados, robos, lesiones y amenazas.

Además, cuando el allanamiento se efectúa sin previa orden judicial, es más probable que se viole la intimidad y la propiedad privada de las personas, en el sentido de que son sorprendidos en su morada, quizás realizando acciones que normalmente no harían en público, afectado así su pudor. Además, en los casos en que se encuentran presentes menores de edad, la ejecución de una diligencia tan violenta como esta puede incluso causar problemas psicológicos en los niños.

Si bien es cierto son derechos que pueden ser suspendidos excepcionalmente, la diligencia de allanamiento no implica la suspensión de los derechos fundamentales de intimidad ni de propiedad privada al titular del recinto allanado. La suspensión es una medida decretada por el gobierno desde ciertas circunstancias, en las que deja sin efecto estos derechos, contrario a la naturaleza del allanamiento, la cual es servir de instrumento para llevar a cabo otras diligencias judiciales. Además, a diferencia del allanamiento que es dictado por un juez competente, la suspensión es dictada por la Asamblea Legislativa o, en receso de esta, el Poder Ejecutivo.

El allanamiento implica una violación autorizada por el ordenamiento jurídico bajo ciertos supuestos a esos derechos. En ningún momento estos derechos pierden su validez o eficacia; por eso dentro de los procesos penales los titulares de los recintos allanados que consideran que la diligencia se llevó a cabo sin seguir los procedimientos legales pueden presentar sus reclamos en la vía judicial para que se reconozca la violación de estos derechos.

En materia Procesal Civil, es el artículo 23 constitucional el que autoriza a las autoridades para allanar un recinto, siempre que se haya emitido por medio de orden escrita. Esta orden puede omitirse en situaciones urgentes y necesarias, con fundamento en principios de seguridad y justicia, pero con estricto apego a los procedimientos y garantías que dispone la ley.

Dicho artículo **no dice** que el juez deba ser quien conoce la materia procesal penal. Por el contrario, el artículo contiene varias situaciones que hacen que un juez sea considerado competente. Primero, al referirse únicamente al juez competente, dejando abierta la posibilidad de que un juez civil dicte dicha medida para hacer cumplir una sentencia. Segundo, el artículo claramente dice “o *para impedir la comisión o impunidad de delitos*”, donde esa **o** es inclusiva y hace mención de quien sería también competente para dictar el allanamiento que, en este caso sí sería el juez del proceso penal, encargado de determinar la verdad real de los hechos dentro del proceso penal. Por último, cuando indica “o *evitar daños graves a las personas o a la propiedad*”, pues, tanto dentro del proceso civil, como del penal, se trata de evitar daños a las personas o la propiedad.

A nivel legal, el Código Procesal Civil, artículo 242 regula de manera general las medidas cautelares atípicas. Da al juzgador la facultad de utilizar medidas no especificadas o previstas expresamente, si existe fundado temor de que una parte pueda causar al derecho de la otra una lesión grave o de difícil reparación, lo que le permitiría al juzgador ser más efectivo y eficiente.

También, según el artículo 695 del Código Procesal Civil sobre las condenas de dar, cuando en un proceso se da una sentencia disponiendo que al ganador se le debe poner en posesión del bien inmueble objeto de la controversia,

se aplica lo indicado en el artículo 453 del mismo Código, el cual que permite a la autoridad de policía practicar el allanamiento para poner en perfecta posesión del bien al actor.

Actualmente, dada su importancia ya se encuentra regulado en el Proyecto de Código Procesal Civil, como un instrumento que vendría a facilitar la efectiva ejecución de los pronunciamientos y acuerdos, si las circunstancias lo ameritan y usando la fuerza pública si fuera necesario, estableciendo las condiciones desde las cuales se practicará con respeto del principio de proporcionalidad y levantando un acta donde se consigna el resultado y la firma de los interesados.

Sin embargo, esa normativa es menos precisa que la utilizada para el proceso penal, pues no dice nada acerca de la orden por emitir para que no se practique un allanamiento ilegal. No hace diferencia en el tipo de lugar que se allanará (si es morada o un establecimiento público), por consiguiente tampoco hace referencia sobre la hora en que debe realizarse pero se podría aplicar por analogía con las normas contenidas en el Código Procesal Penal.

Aquí como en el proceso penal no se puede ordenar un allanamiento general de todas las casas de un barrio o de todos los apartamentos de un edificio, sí es necesario concretar el lugar o lugares que se allanarán.

Esta diligencia encuentra antecedentes en cuanto a su aplicación en ramas distintas del derecho no penal en diferentes normas. Lo establecido en la Ley General de Salud permite realizar por motivos de salud pública inspecciones o visitas, siempre rigiendo la limitación horaria del proceso penal.

En Derecho de Familia, la Ley contra la Violencia Doméstica permite ordenar el allanamiento de morada cuando, por violencia doméstica, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial o psicológica de cualquiera de sus habitantes, medida de protección que debe llevarse a cabo conforme con lo dispuesto en el Código Procesal Penal, previa denuncia.

En materia de pensiones alimentarias, en 1993 la Sala constitucional se refirió a esta figura al resolver una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias, que autoriza el allanamiento para detener al deudor alimentario. Si bien es cierto el juez que dicta la orden de allanamiento en este caso no es el de instrucción, sino el que conoce del incumplimiento alimentario, cuando el artículo 23 constitucional se refiere al juez competente no dice que deba ser uno de materia penal, sino el competente para conocer el caso concreto, permitiendo así dictar allanamientos en materias que no correspondan al derecho procesal penal.

Para la Sala Constitucional, la deuda alimentaria no es en sí misma una deuda civil, pues a pesar de ser una obligación patrimonial, tiene los caracteres fundamentales propios de la materia alimentaria, diversos de las obligaciones patrimoniales comunes, que tienen como base los contratos o fuentes generales de obligaciones. La obligación de dar alimentos se deriva de los vínculos familiares que impuestos por el matrimonio, la patria potestad o el parentesco, obligación que incluye todo lo necesario para el desarrollo integral de los menores o la subsistencia de los acreedores de alimentos.

Mientras la orden de allanamiento se dicte correctamente por un juez competente para ello, no se estaría incurriendo en violación de un recinto privado, pues como bien lo señaló el voto citado: *“...Las violaciones a la Constitución no se miden en el tanto perjudique o beneficie al ciudadano, sino en el tanto y cuanto se haga lo que la Constitución no quiere que se haga”*.

También, podría dictarse un allanamiento para tomar posesión de un menor, por parte del Patronato Nacional de la Infancia, en casos de maltrato, abandono *“u otra causa que amerite que este pase a manos de esa institución y se halle en una casa”*.

Así mismo, la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres contempla esta potestad en el artículo 198, para que durante la investigación de hechos de

tránsito las autoridades de tránsito debidamente identificadas, excepcionalmente puedan ingresar a establecimientos públicos o privados de uso público y a calles privadas a petición de algún dueño o inquilino, para proteger las personas y propiedades, respetando los límites de razonabilidad, proporcionales y normalidad.

Después de realizar este trabajo, puedo decir que sí se justifica el allanamiento para cuestiones patrimoniales, pues viene a ser una forma de efectivizar la justicia, como ocurre cuando se dicta dentro de un proceso sucesorio para realizar el aseguramiento de bienes. En este caso si se espera que las partes lleguen a cooperar con la justicia, esta podría dilatarse más de lo debido, pues en estos procesos a las partes les interesa lograr que les concedan su petición y no necesariamente “que se haga justicia”.

Además, si bien es cierto existen otros recursos para hacer cumplir las resoluciones (como el embargo, la captura de vehículos, entre otros), es claro el artículo 242 del Código Procesal Civil al decir que el juez podría determinar el empleo de otras medidas. Una razón que favorecería la preferencia del allanamiento sobre otras es que es una medida de aplicación inmediata; por eso sería más efectivo para evitar daños de graves o de difícil reparación a las partes y haría más latente para los ciudadanos el principio de justicia pronta y cumplida, como sería el caso cuando después de la realización de un remate se utiliza para poner en posesión de los bienes al adjudicatario de estos.

Finalmente, como en el proceso penal, en el proceso civil sería ilegal si se comete fuera de los supuestos legales, cometiendo de la misma manera el delito de allanamiento de morada si es cometido por una persona con investidura especial; es decir, un funcionario público, y violación de domicilio si lo comete un particular. En ambos casos contra la voluntad de su morador y con conciencia de lo que se está haciendo.

En doctrina existen dos posiciones sobre la acción del delito. Primero quienes consideran que la acción de entrar es una sola y no se configura el delito cuando ingresó legalmente o se traslada a otro recinto reservado por alguna razón (así opina Ricardo Núñez) y segundo, los que consideran que la acción de entrar legalmente a una morada (que no configura el delito) no se agota ahí, pues se puede cometer el delito al seguir entrando a sus dependencias (como dormitorios) a los que expresamente se le prohibió la entrada (posición de Solsona).

Al ser una diligencia que facilita la ejecución de otros actos de prueba, por sí sola no es un medio de prueba, ya que es un instrumento con el fin de realizar el ingreso a una morada para buscar elementos que refuercen o debiliten la certeza del juez en el momento procesal correspondiente. Además, como se vio, facilita la ejecución de las decisiones que se tomen en los Juzgados, por ejemplo en el caso de los procesos ejecutivos.

A pesar de su fin procesal es un procedimiento **excepcional** ya que lesiona derechos fundamentales de las personas como el de inviolabilidad de la morada y el de intimidad de los que la habitan, pudiendo incurrir en esas injerencias indebidas o irrazonables tanto los particulares como el Estado a través de sus representantes. Por eso es esencial llevarlo a cabo siguiendo los presupuestos constitucionales estipulados por la ley.

Sin embargo, como la Sala Constitucional lo indicó en 1992, voto 2942, ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan ilimitados que no puedan restringirse para defender los intereses individuales o colectivos opuestos. Es así como el allanamiento es, se quiera o no, una limitación a la garantía constitucional, que para ser legítima y legal debe practicarse según los lineamientos que establece la ley procesal, pues de lo contrario, lo que de esta diligencia se obtenga es prueba inválida como sucede en el proceso penal.

El allanamiento aplicado principalmente en el Derecho Privado viene a dar nueva vida al principio constitucional que dispone que la justicia debe ser pronta y cumplida según el artículo 41 de la Constitución Política, pues este ha venido a menos en los últimos años por la saturación existente en nuestros despachos judiciales y el allanamiento se convierte en un instrumento para que aquellos que

optan por la vía judicial para dirimir sus conflictos puedan ver satisfechas sus pretensiones al momento de la ejecución de las sentencias.

A pesar de lo anterior, existe una clara falta de normas que regulen la práctica de esta diligencia en las ramas del Derecho Privado, pues si bien es cierto existen normas en el actual Código Procesal Civil que autorizan su utilización³⁸⁸ se requieren complementariamente normas que regulen cómo esta diligencia debe ejecutarse, pues las circunstancias que envuelven estos procesos no son las mismas que determinan la ejecución de un allanamiento en el derecho procesal penal y donde la tutela de intereses es diferente en uno y otro caso.

Los redactores del proyecto del nuevo Código Procesal Civil, en su versión de setiembre del año 2006, lo señalan como un instrumento para la ejecución de los pronunciamientos y acuerdos ejecutorios, cualquiera que sea la naturaleza de estos, así dispuesto en el artículo 153 de dicho proyecto. Sin embargo, pretender regular en un solo artículo una figura que posee tanto poder coercitivo no es correcto. Se requiere mayor amplitud en su regulación principalmente porque como se vio en el capítulo tercero, los derechos de inviolabilidad del domicilio y de intimidad, ambos constitucionalmente protegidos, se ven vulnerados.

³⁸⁸ Sobre esto pueden consultarse los artículos 695 en relación con el número 453 (que expresamente lo permite) y el 242 que regula las medidas cautelares atípicas y confieren al juzgador la facultad de utilizar medidas no especificadas o previstas expresamente, si hay fundado temor de que una parte pueda causar al derecho de la otra, una lesión grave o de difícil reparación. Todos del Código Procesal Civil.

Además, dicha regulación deja la puerta abierta para la comisión de arbitrariedades por parte del tribunal de ejecución, pues sería sólo el criterio de este el que determinaría su conveniencia y no una regulación previa la que le indique a este y a las partes interesadas en qué situaciones sería necesaria su práctica, lo cual considero indispensable para garantizar el principio de seguridad jurídica y para asegurar un trato igual en situaciones de similar naturaleza. Así no se caería en el juego de presentar la ejecución de la sentencia en un determinado lugar porque se conoce cuál criterio manejarán para practicar esta diligencia.

Finalmente, el allanamiento es una figura que por su alcance coercitivo requiere una regulación más detallada para el proceso civil, indicando las situaciones que ameritan su práctica, los facultados para llevarlo a cabo y las potestades de que estos gozan, establecer si poseerá la misma limitación horaria del proceso penal, si podría practicarse sin la orden previa emitida por el juez competente, requisitos del acta. Lo anterior, me lleva a pensar que, mientras no exista una regulación expresa sobre la aplicación del allanamiento en el proceso civil y en otras ramas del derecho privado, deberán aplicarse por analogía las normas que regulan esta figura en el proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Alegre, Marcelo y otros (2003). Los Derechos Fundamentales. Argentina: Editores del Puerto s.r.l.
- Armijo Sancho, Gilberth A. (1991). La Constitución Política: su influencia en el Proceso Penal (IV El Principio del Juez Natural). San José: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial.
- Bastida, Francisco J. (2005). Propiedad y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios.
- Burgoa, Ignacio (1953). Dos Estudios Jurídicos. México: Editorial Porrúa, S. A.
- Burgoa, Ignacio (1984). Las Garantías Individuales. Décimo octava edición. México: Editorial Porrúa, S.A.
- Cafferata Nores, José I. (Compilador) (2004). Exigencias Actuales de la Persecución Penal: propuestas, discusiones, práctica judicial. Argentina: Córdoba.
- Cifuentes, Santos (1995). Derechos Personalísimos. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Dayenoff, David Elbio (1994). Defensas Penales y Acutaciones Procesales en el Nuevo Proceso Oral. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.
- Duartes Delgado, Edwin y Segura Montero, Francisco (1996). El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos. San José: Editec Editores.
- Escobar Roca, Guillermo (2005). Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos. Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá.

Hernández Sampieri, Roberto y otros. Metodología de la Investigación. Segunda Edición. --. Mc Graw-Hill.

Hernández Valle, Rubén (1997). Prerrogativa y Garantía. Segunda Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED.

Hernández Valle, Rubén (2002). El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica. San José: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, Rubén (2005). Instituciones de Derecho Público Costarricense. Sexta Reimpresión de la Primera Edición. San José: EUNED.

Issa El Khoury Jacob, Henry. Notas Aclaratorias sobre la Diferencia entre los tipos "allanamiento ilegal" y "violación de domicilio" en el Derecho Penal Costarricense. San José: --.

La Enciclopedia. (2004). Volumen I. Madrid: Salvat Editores.

Lete del Río, José Manuel (1986). Derecho de la Persona. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

López Guerra, Luis, Espín, Eduardo y otros (1994). Derecho Constitucional. Volumen I. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

López y López, Ángel M. (1988). La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

Moras Mom, Jorge R. (1993). Manual de Derecho Procesal Penal – Juicio Oral y Público Penal-. Tercera Edición Ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Novoa Monreal, Eduardo (1979). El Derecho de Propiedad Privada. Bogotá: Editorial Temis Librería.
- Padilla, Miguel M. (1987). Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Quintano Ripollés, Antonio (1972). Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo I, II Parte Infracciones Contra la Personalidad. Segunda Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Real Academia (1983). Diccionario de la Lengua Española. Décimo Novena Edición. España. --.
- Rodríguez Devesa, José María (1983). Derecho Penal Español. Parte Especial. Novena Edición. Madrid: Rodríguez Devesa.
- Rodríguez Oconitrillo, Pablo (2001). Derechos Fundamentales. San José: Editorial Juricentro.
- Rojas Soriano, Raúl. Guía para realizar Investigaciones Sociales. Plaza y Valdes Editores.
- Rubianes, Carlos J. (1980). Manual de Derecho Procesal Penal I. Teoría General de los Procesos Penal y Civil. 3ª reimpresión inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.
- Salkind J., Neil. Métodos de Investigación. Tercera Edición. --. Prentice Hall.
- Sanz Morán, Ángel José (2006). El Allanamiento de Morada, Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público. Valencia: Tirant lo Blanch.

Serrano Gómez, Alfonso (2000). Derecho Penal Parte Especial. Quinta Edición. Madrid: Dykinson.

Solsona, Enrique F. (1987). Delitos Contra la Libertad. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Warren, Samuel y Brandeis, Louis (1995). El Derecho a la Intimidad. --: Edición a cargo de Benigno Pendas y Pilar Baselga, Editorial Civitas S.A.

TESIS

Arce González, Jorge S. y Fonseca Méndez, Ana L. (1985). La Responsabilidad Penal del Funcionario Judicial. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Barquero Bolaños, Wilber (1998). El Derecho a la Propiedad Privada como Derecho Humano. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Céspedes Chinchilla, Gustavo y Molina Valverde, Mauricio (1996). La Participación de la Policía Administrativa en el Acopio de Prueba. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Gutiérrez Schawanhauser, Rodrigo A. (1986). La Propiedad Privada y su Función Social. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Issa El Khoury Jacob, Henry (1971). El Delito de Violación de Domicilio. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Marín Quirós, José Luis (1999). Límites y Limitaciones a la Propiedad Privada, según Jurisprudencia de las Salas Primera y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de los Años 1990 a 1998. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Muñoz Con, Carolina y Ruiz Ugalde, Alfonso (2002). *El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales*. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Rodríguez Ramírez, Miller (1993). *Limitaciones Probatorias en el Proceso Penal Costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Soto Cervantes, Juan José (1985). *Las Medidas Cautelares en la Legislación Procesal Penal*. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Velásquez Castro, Hugo Francisco (1992). *La Prueba Ilegal en el Derecho Penal Costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

REVISTAS

Hernández Valle, Rubén (1991). “Dos Reformas Constitucionales”. En: *Revista de Derecho Constitucional*: número 1, enero-abril, 1991. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. Págs. 155 – 161.

Hernández Valle, Rubén. “La Declamatoria de Inconstitucionalidad de la Norma Permisiva de la Intervención de las Llamadas Telefónicas”. En: *Revista de Derecho Constitucional*: número 2, mayo-agosto, 1991. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. Págs. 71 - 92.

Hernández Valle, Rubén. “Reflexiones sobre Problemas Constitucionales de las Normas Generales”. En: *Revista Parlamentaria*: número 1, volumen 1, diciembre, 1986. Asamblea Legislativa. San José, Costa Rica. Págs. 65-74.

- Hinés Céspedes, César. “Fortalecimiento o Debilitamiento de los Derechos Fundamentales”. En: Revista Judicial: número 85, año XXV, febrero, 2005. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. Págs. 19–33.
- Hinés Céspedes, César. “Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. En: Revista de Ciencias Jurídicas: número 106, enero-abril, 2005. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica. Págs. 33-56.
- Issa El Khoury Jacob, Henry. “Notas Aclaratoria Sobre la Diferencia entre los Tipos “Allanamiento Ilegal” y “Violación de Domicilio” en el Derecho Penal Costarricense”. En: Revista de Ciencias Jurídicas: número 32, mayo-agosto, 1977. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica. Págs. 127-143.
- Montiel Argüello, Alejandro. “La Suspensión de las Garantías de los Derechos Humanos”. En: Revista Judicial: número 51, año XV, setiembre, 1990. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. Págs. 99-108.
- Peralta Ballester, Jorge Alberto. “Desalojo y Allanamiento”. En: Revista Judicial: número 63, año XX, setiembre, 1997. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. Págs. 127, 128.
- Piza Rocafort, Rodolfo E. “Mecanismos de Protección de Derechos Humanos en Iberoamérica”. En: Revista de Ciencias Jurídicas: número 60, mayo-agosto, 1988. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica. Págs. 11-51.
- Rolla, Giancarlo. “La Regulación Constitucional de la Propiedad Privada en Italia”. En: Revista Costarricense de Derecho Constitucional: tomo III, marzo, 2002. IJSA. San José, Costa Rica. Págs. 253-280.

LEGISLACIÓN

- Asamblea General Constituyente de 1949 (1952). Actas de la Asamblea General Constituyente de 1949. Tomo II. San José: Imprenta Nacional.
- Asamblea General Constituyente de 1949 (1956). Actas de la Asamblea General Constituyente de 1949. Tomo III. San José: Imprenta Nacional.
- Asamblea Legislativa (1906) Código de Procedimientos Penales, 1906. San José: Tipografía Nacional.
- Asamblea Legislativa (1913). Código de Procedimientos Penales y Leyes Complementarias. San José: Tipografía Lehmann. Págsp. 199. 1913.
- Asamblea Legislativa (1990). Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. Número 7142. San José: --.
- Asamblea Legislativa (1995). Código de Procedimientos Penales: concordado y con anotaciones sobre consultas y acciones de inconstitucionalidad. 2° edición. San José: IJSA.
- Asamblea Legislativa (1996). Ley contra la Violencia Doméstica. San José: --.
- Asamblea Nacional Constituyente (30 de julio de 1841). Código General de la República de Costa Rica. Segunda Edición. San José: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, Nueva-York.
- Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica (2004). Constitución Política de la República de Costa Rica. Vigésima Edición. San José: IJSA.
- Astúa Aguilar, José (1910). Proyecto de Código Penal. San José: Tipografía Nacional.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José. San José.

Conferencia Internacional Americana (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá.

Consejo Superior. Circular número 55-2006. Sesión N° 17-06. 9 de marzo de 2006. San José, 5 de abril del 2006.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sin datos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin datos.

Organización de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley N° 4229 del 11 de diciembre de 1966). San José.

Parajeles Vindas, Gerardo (revisión y actualización) (2002). Código Procesal Civil. Décimo Primera Edición. San José: IJSA.

Proyecto de Código General Procesal. Sin datos.

Senado de Costa Rica (1919). Código Penal de la República de Costa Rica. Año de 1918. San José: Imprenta Nacional.

Zúñiga Morales, Ulises (compilador) (2004). Código Penal. 16° edición. San José: IJSA.

Zúñiga Morales, Ulises (compilador) (2004). Código Procesal Penal. Séptima Edición. San José: IJSA.

JURISPRUDENCIA DE REFERENCIA

Resolución 4029-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas y treinta minutos, del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Resolución 177-F-93. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas cuarenta y cinco minutos, del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y tres.

Resolución 159-F-94. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas del veinte de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Resolución 2432-95. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, once horas y treinta y tres minutos, del once de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Resolución 614-F-95. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas cincuenta y cinco minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

Resolución 468-99. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas veinte minutos del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Resolución 1114-99. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas con diez minutos del tres de setiembre de mil novecientos noventa y nueve.

Resolución 124-00. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas con veinticinco minutos del cuatro de febrero del dos mil.

Resolución 145. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas quince minutos, del once de febrero del dos mil.

Resolución 699-00. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas cuarenta minutos, del veintitrés de junio del dos mil.

Resolución 2000-00826. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, diez horas con cinco minutos, del veintiuno de julio del dos mil.

Resolución 2000-01160. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas con cuarenta y cinco minutos, del seis de octubre del dos mil.

Resolución 2001-00917. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, diez horas cero minutos, del veintiuno de setiembre del dos mil uno.

Resolución 2001-00315. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, diez horas con veinte minutos, del veintitrés de marzo del dos mil uno.

Resolución 2002- 000406. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, diez horas diez minutos, del tres de mayo de dos mil dos.

Resolución 2002-00874. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas veinte minutos, del seis de setiembre de dos mil dos.

Resolución 2002-01100. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas con cinco minutos, del primero de noviembre del año dos mil dos.

Resolución 2003-04672. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, catorce horas con cuarenta y siete minutos, del veintiocho de mayo del dos mil tres.

Resolución 2003-01157. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, diez horas veinticinco minutos, del diecinueve de diciembre de dos mil tres.

Resolución 2003-565. Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José, nueve horas cuarenta minutos, del veinte de junio de dos mil tres.

Resolución 2004-00480. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, diez horas treinta minutos, del catorce de mayo del dos mil cuatro.

Resolución 2005- 00211. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, once horas quince minutos, del dieciocho de marzo de dos mil cinco.

Voto 2942-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José.

Voto 3834-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, diecinueve horas treinta minutos, del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Voto 4029-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve y treinta horas del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Voto 1109-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Voto 1620-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, diez horas, del dos de abril de mil novecientos noventa y tres.

Voto 0255-95. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, nueve horas cincuenta y un minutos, del trece de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Voto 328-E. Tribunal Superior Primero Civil. San José, trece horas treinta y cinco minutos del dos de mayo del año mil novecientos noventa y seis.

Voto 3299-97. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José.

Voto 1551-98. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Voto 9458-99. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Voto 504-R. Tribunal Primero Civil. San José, ocho horas cinco minutos del diecisiete de marzo del año dos mil.

254-02R. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las doce horas y dos minutos del día veintidós de abril de dos mil tres.

Voto 383-F. Tribunal Primero Civil, Sección Primera. San José, ocho horas del tres de marzo del año dos mil cuatro.

Voto 354-N. Tribunal Primero Civil. San José, siete horas cincuenta minutos del veintiséis de abril del año dos mil seis.

Voto 1058-N. Tribunal Primero Civil. San José, ocho horas diez minutos del seis de octubre del año dos mil seis.

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS

http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=MHDA&nValor2=56983&nValor1=1&nValor3=62521&nValor5=&strTipM=J
A. Consultada el 12 de setiembre de 2007.

<http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/recAtenco/observa3.htm>
Consultada el 24 de octubre de 2007.

http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC¶m2=2&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=936&strTipM=TC&IResultado=15&strSelect=sel. Consultada el 06 de noviembre de 2007.

www.csj.gob.sv. Consultada el 06 de noviembre de 2007.

http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=20579&nValor3=21899&strTipM=TC&IResultado=3&strSelect=sel. Consultada el 20 de diciembre de 2007.

http://es.wikipedia.org/wiki/Allanamiento_de_morada. Consultada el 17 de enero de 2008.

http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4717&cat=Derecho. Consultada el 17 de enero de 2008.

http://es.encarta.msn.com/encyclopedia_761553778/Allanamiento_de_morada.html. Consultada el 04 de febrero de 2008.