



RESUMEN

En los últimos tiempos el domicilio de muchos ciudadanos ha sido violentado a pretexto de combatir la delincuencia y frenar el auge que este problema social va adquiriendo en la sociedad ecuatoriana. Sin embargo, y a pesar del loable objetivo, no puede seguirse afectando un derecho constitucional e irrespetando la intimidad domiciliaria del ciudadano ecuatoriano, por ello considero que es necesario desentrañar el real propósito de la medida cautelar de allanamiento del domicilio, y que constituye la excepción a la garantía Constitucional de Inviolabilidad de domicilio, es necesario desentrañar los casos en los que procede el allanamiento de domicilio, los requisitos de procedibilidad, el procedimiento que el fiscal debe seguir, el análisis las normas procesales aplicables al caso, y lo efectos jurídicos del allanamiento de domicilio ejecutado de forma irregular, para concluir analizando el delito de violación de domicilio.

PALABRAS CLAVES: Allanamiento de domicilio, inviolabilidad de domicilio, delito flagrante, violación de domicilio, ineficacia probatoria y exclusión de la prueba.



INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	10
CAPITULO I	
EL DOMICILIO, ASPECTOS GENERALES Y LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO	
1.1 TERMINOLOGÍA	12
1.1.1.- DOMICILIO	12
1.2.- LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO	17
1.2.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS	18
1.2.2.- LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO COMO DERECHO UNIVERSALMENTE RECONOCIDO	19
1.2.3.- LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO EN EL ECUADOR	20
1.2.4.- FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA GARANTIA CONSTITUCIONAL.-	24
1.3.- EXCEPCIONES A LA GARANTIA CONTITUCIONAL DE INVOLABILIDAD DE DOMICILIO	26
1.3.1.- ALLANAMIENTO DE DOMICILIO EFECTUADO CON EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL DOMICILIO	28
CAPÍTULO II	
EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.	
2.1 ASPECTOS GENERALES	34
2.1.1.- CONCEPTO	35
2.1.2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE ALLANAMIENTO DE DOMICILIO	37
2.2.- CASOS EN LOS QUE PROCEDE EL ALLANAMIENTO DE VIVIENDA DE UN HABITANTE DEL ECUADOR	39
2.2.1.- PRIMER CASO.- CUANDO SE TRATE DE DETENER A	41



UNA PERSONA CONTRA LA QUE SE HAYA LIBRADO MANDAMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA O SE HAYA PRONUNCIADO SENTENCIA CONDENATORIA A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	
2.2.1.1.-CUANDO SE TRATE DE DETENER A UNA PERSONA CONTRA LA QUE SE HAYA LIBRADO MANDAMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA	43
2.2.1.2.- CUANDO SE TRATE DE DETENER A UNA PERSONA CONTRA LA QUE SE HA PRONUNCIADO SENTENCIA CONDENATORIA A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	44
2.2.2.- SEGUNDO CASO.- CUANDO SE PERSIGA A UNA PERSONA QUE ACABA DE COMETER UN DELITO FLAGRANTE	45
2.2.3.- TERCER CASO.- CUANDO SE TRATE DE IMPEDIR LA CONSUMACIÓN DE UN DELITO QUE SE ESTÁ COMETIENDO O DE SOCORRER A LAS VÍCTIMAS	48
2.2.4.- CUARTO CASO.- CUANDO LA JUEZA O EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES TRATE DE RECAUDAR LA COSA SUSTRAÍDA O RECLAMADA O LOS OBJETOS QUE CONSTITUYAN MEDIOS DE PRUEBA	50
2.2.5.- ALLANAMIENTO DEL DOMICILIO DE TERCEROS	52
2.3 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	54
2.3.1 SOLICITUD DEL FISCAL	55
2.3.2 INTERVENCION DE JUEZ COMPETENTE	57
2.3.3 ORDEN O AUTO DE ALLANAMIENTO	57
2.3.3.1 CONTENIDO DEL AUTO DE ALLANAMIENTO	59
2.3.3.1.1.- LA MOTIVACIÓN	59
2.3.4.- EJECUCION DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO	61
2.3.4.1 PERSONAS QUE DEBEN INTERVENIR EN EL ALLANAMIENTO	61
2.3.4.2 EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO Y EL QUEBRANTAMIENTO DE PUERTAS Y SEGURIDADES	63
2.3.4.3 INCAUTACIÓN DE OBJETOS, DOCUMENTOS Y ARMAS	66



QUE CONSTITUYA MEDIO DE PRUEBA.

2.3.5.- EL ACTA DE ALLANAMIENTO	71
2.3.5.1.- CONTENIDO DE LA ACTA DE ALLANAMIENTO DEL DOMICILIO	71
2.4.- ALLANAMIENTO DE LUGARES PUBLICOS	73
2.5.- ALLANAMIENTO DE MISIONES DIPLOMATICAS Y NAVES O AERONAVES EXTRANJERAS	75
2.5.1.- ALLANAMIENTO DE NAVES O AERONAVES EXTRANJERAS	78
2.6.- CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN ALLANAMIENTO DE DOMICILIO SIN IMPORTAR EL FUERO DEL HABITANTE DE LA MORADA	79
2.7.- OTRAS MEDIDAS QUE PUEDE DICTAR EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DEL ALLANAMIENTO	80

CAPITULO III

EFFECTOS JURÍDICOS DE ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE FORMA ILEGAL.

3.1 EL DELITO DE VIOLACION DE DOMICILIO	84
3.1.1.- ANTECEDENTES	84
3.1.2.- BIEN JURÍDICO	84
3.1.3.- TIPICIDAD	85
3.1.4 ANTIJURICIDAD	87
3.1.5.- SUJETO ACTIVO	90
3.1.6.- SUJETO PASIVO	90
3.1.7.- CULPABILIDAD	90
3.2.- ALLANAMIENTO ILEGAL	91
3.2.1.- CONCEPTO	91
3.2.2.- SUJETO ACTIVO	92
3.2.3.- LA ANTIJURICIDAD	92
3.2.4.- CULPABILIDAD	93
3.3.- LA VIOLACION DE DOMICILIO SEGÚN LA LEGISLACION	93



ECUATORIANA

3.3.1.- VIOLACIÓN DE DOMICILIO POR	93
AUTORIDADES PÚBLICAS Y AGENTES DE POLICIA	
3.3.2.- SUJETO ACTIVO	94
3.3.3.- SUJETO PASIVO	94
3.3.4.- TIPICIDAD	95
3.3.5.- PUNIBILIDAD	95
3.3.6.- CONDUCTA CRIMINOSA	95
3.3.7.- ABUSO DE PODERES	96
3.3.8.- DOLO	96
3.3.9.- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	96
3.4.- VIOLACION DE DOMICILIO POR	98
PERSONAS PARTICULARES	
3.4.1.- CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	99
3.5.- LA EXCLUSION COMO MEDIO DE PRUEBA DE	100
LOS OBJETOS, DOCUMENTOS Y ARMAS INCAUTADAS EN	
UN ALLANAMIENTO REALIZADO DE FORMA ILEGAL.	
CONCLUSIONES	106
RECOMENDACIONES	108
BIBLIOGRAFIA	110



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES**

ESCUELA DE DERECHO

**“EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO Y SU APLICACIÓN EN EL
PROCESO PENAL ECUATORIANO”**

TESINA PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE DIPLOMADO SUPERIOR EN
DERECHO PROCESAL PENAL.

AUTOR: DR. RÓMULO RUPERTO ARGUDO ARGUDO

DIRECTORA: DRA. AUREA PIEDAD CALDERÓN VINTIMILLA.

CUENCA - ECUADOR

2010



DEDICATORIA

Con todo mi cariño, admiración y respeto dedico el presente trabajo a mis padres Daniel y Eudelia, a mis hermanos Lorgia, Magdalena, Nelson, Mayra y Diego, quienes con su ejemplo y sacrificio me impulsaron a llegar a la meta de mis estudios. A mi esposa Ma. Del Carmen y mi hijo Danielito inspiración de mi vida, y mi razón de existir.



AGRADECIMIENTO

Mis sinceros agradecimientos y gratitud para todos los profesionales de la Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, de la gloriosa Universidad de Cuenca, que con sus sabias enseñanzas me han orientado por la senda del saber, hacia la comprensión del maravilloso mundo del Derecho, y de manera muy especial mi gratitud y reconocimiento a la doctora Aurea Piedad Calderón, quien acertadamente ha dirigido el presente trabajo.



RESPONSABILIDAD

La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas expuestas en esta tesina, corresponden exclusivamente al autor.

Dr. Rómulo Ruperto Argudo Argudo



INTRODUCCIÓN

En nuestro país, desde el 20 de Octubre de 2008, fecha en la cual se puso en vigencia la Constitución de la República, se sostiene que hemos ingresado a un nuevo sistema de administración de justicia y formación de derechos, más aun cuando nuestro país ha mutado de un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, con las implicaciones que conlleva, convirtiéndose la Constitución en la suprema ley, por ello considero necesario realizar un análisis jurídico penal y constitucional de la aplicación de la medida cautelar de allanamiento de domicilio, como una excepción a la garantía constitucional de Inviolabilidad de Domicilio contemplado en nuestra Carta Magna en el Artículo 66 numeral 22, y según las reformas introducidas en nuestro Código de Procedimiento Penal de fecha 24 de marzo de 2009 y publicado en el Registro Oficial No. 555.

Es por esta razón que he considerado necesario y relevante analizar cómo está regulado en nuestro Código de Procedimiento Penal, Constitución de la República y en nuestra legislación, esta medida que constituye como se dijo anteriormente una excepción a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, con la finalidad de hacer un estudio crítico, y realizar aportes y sugerencias

También se pretende mediante este trabajo buscar las alternativas y sugerencias, para que esta medida cautelar de aplicación excepcional cumpla con lo que es su objetivo trascendental: *“La realización de la Justicia”*, así como también la obtención de medios de prueba debidamente actuados dentro de un proceso penal y en ocasiones inclusive para hacer efectiva otro tipo de medidas, como la prisión preventiva.

En los últimos tiempos el domicilio de muchos ciudadanos ha sido violentado a pretexto de combatir la delincuencia y frenar el auge que este



problema social va adquiriendo en la sociedad ecuatoriana. Sin embargo, y a pesar del loable objetivo, no puede seguirse afectando un derecho constitucional e irrespetando la intimidad domiciliaria del ciudadano ecuatoriano, por ello considero que es necesario desentrañar el real propósito de esta medida cautelar; es también necesario que los ciudadanos conozcamos los derechos que como tales nos asisten y saber cómo y de qué manera debemos hacer efectivos esos derechos; cómo ejercerlos, construyendo una sociedad más justa, más humana, más equitativa, generando equidad y justicia.

Es entonces aquí en donde el presente trabajo investigativo cobra gran importancia, permitiendo que el procedimiento y la justicia penal sean ecuánimes, respeten el debido proceso y el derecho de los demás, con el objetivo de alcanzar la tan anhelada paz social. Todo ello con el afán de convertirse en guía confiable de consulta, y en una base sólida de información detallada que brinde ayuda y resuelva dudas de personas interesadas en el tema, ya sean operadores de justicia, profesionales, estudiantes, y sociedad en general.



CAPITULO I

EL DOMICILIO, ASPECTOS GENERALES Y LA INVIOlavILIDAD DE DOMICILIO.

1.1 TERMINOLOGÍA.

Para abordar el estudio de esta medida cautelar de trascendental importancia en materia procesal penal, es necesario que precisemos algunos términos que serán de frecuente utilización en el presente trabajo investigativo. De ello depende el alcance y los límites de la medida cautelar objeto de estudio.

En nuestro Código de Procedimiento Penal, Código Penal y Constitución de la República son utilizados en forma indistinta y como sinónimos, términos como: domicilio, vivienda o morada, aunque su significado pueda ser diverso conforme analizaremos a continuación.

1.1.1.- DOMICILIO.-

1.1.1.1.- CONCEPTO ETIMOLÓGICO.

Se deriva del latín “*Domus colo*” o “*Domu collere*” y que significa habitar en una casa.

1.1.1.2.- CONCEPTO DE DOMICILIO DESDE EL DERECHO CIVIL.

Según la concepción civilista, el domicilio consiste en la residencia acompañada real o presuntamente, del ánimo de permanecer en él. (Art. 45 del Código Civil). Significa por tanto la ubicación física de la persona, escogida voluntariamente en un lugar concreto. Pero en dicho concepto no se hace referencia a la razón de ser del domicilio, no se relaciona con



la actividad del hombre que reside en el domicilio, pues solamente se trata de un lugar geográfico, es decir se tiene o no domicilio en un lugar determinado dentro del territorio, con la intención más o menos permanente de vivir en él.

1.1.1.3.- CONCEPTO DE DOMICILIO DESDE EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

Desde el punto de vista del Derecho Penal y Procesal Penal, la palabra domicilio no debe entenderse desde el estricto sentido civilista. En el campo del Derecho Penal y Procesal Penal, debe entenderse por domicilio a *“Cualquier lugar que haya escogido el hombre en forma lícita como morada suya, por muy precario que sea, sin importar la distinción de si lo ha escogido en forma fija o continua, o si por el contrario solamente por horas o para una destinación transitoria especial”*.

Según **Ricardo Vaca Andrade** debe entenderse por domicilio en el Derecho Penal y Procesal Penal a toda *“vivienda de cualquier construcción, o edificación de propiedad privada”*¹. Aclarando que no puede entenderse el término vivienda en forma restringida sino también en ciertos casos incluye a oficinas, sitios de trabajo, comercio, etc.”

Según **Jorge Zavala Baquerizo**, desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal, por domicilio se debe entender como *“Aquel recinto destinado por el hombre como sede de su hogar, en donde desarrolla sus actividades íntimas, como las de descansar, alimentarse, vestirse, etc.– Pero nuestra legislación penal sustantiva no solo restringe a ese solo recinto el ámbito de la morada o de la casa habitada, pues el Art. 593 del Código Penal, hace extensivo el concepto de casa habitada, a toda edificación, departamento, vivienda, choza, cabaña, aunque sea movable*

¹ VACA ANDRADE, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2009, Quito – Ecuador, página 794.



*como las casas rodantes, autocaravanas o cualquier otro lugar que sirva para habitación*².

Art. 593.- Se reputa casa habitada todo edificio, departamento, vivienda choza cabaña, aunque sea movable, o cualquier otro lugar que sirve para habitación.

Entendiéndose también a vagones, carpas, etc. que han sido destinadas para vivienda, incluyendo cuartos de pensiones o de hotel, ya sea que se utilice de forma permanente o temporal, pues está protegido penalmente mientras el arrendatario viva en dicho lugar.

La morada o domicilio por tanto en este campo del derecho supone una edificación separada de otras moradas, por muy rudimentaria o precaria que fuere, y no importa que sea propia o arrendada, en este último caso, la morada o domicilio corresponde al arrendatario debiendo el arrendador guardar el respeto debido como un tercero cualquiera.

De esta manera lugares que por falta de residencia o por falta de ánimo de permanecer en ellos y que para el Derecho Civil no constituyen domicilio, en cambio para el Derecho Penal y Procesal Penal, constituye domicilio de su morador o habitante, y por tanto está protegido jurídica y penalmente.

La protección de la inviolabilidad de domicilio está fundamentada en el ánimo de quien ocupa un local, pues si el mismo está dirigido a hacer de él un lugar para habitar, este es considerado como domicilio por tanto está protegido constitucionalmente. En el campo del Derecho Constitucional, Penal y Procesal Penal, la misma importancia y protección merece un palacio, una choza, una tienda o una covacha, lo que importa es que esté siendo habitada.

² ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. El Proceso Penal Tomo III, Editorial Edino Jurídico, Bogota – Colombia, año 1990, pagina 345.



La ley procesal penal establece textualmente qué debemos entender en este campo del derecho por domicilio, así lo establece en el Art.194 inciso final, *“Para los efectos de este capítulo, se tendrá por vivienda a cualquier construcción o edificación de propiedad privada.”*

Cabe indicar además que, también constituyen o forman parte del domicilio las dependencias que forman parte de la morada o vivienda con la condición de que estén debidamente cercadas, conforme dispone el Art. 594 del Código Penal en relación con el Art. 192 del mismo cuerpo legal.

Doctrinariamente se ha discutido también, si la celda de una persona privada de su libertad ya por auto de prisión preventiva o por sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, debe ser objeto de protección constitucional y penal, sin embargo la respuesta es que NO, porque, a pesar de haberse convertido este local en su lugar en donde habita, pero es de recordar que allí se encuentra precisamente en contra de su voluntad, por una orden judicial, a más de que leyes y reglamentos carcelarios permiten el ingreso a dichas celdas para hacer requisas y cacheos personales, con el objeto de incautar armas, estupefacientes, venenos, celulares, etc., justamente para garantizar la convivencia pacífica dentro del Centro de Rehabilitación Social.

Para ciertos efectos jurídicos, nuestro Código de Procedimiento Penal, hace referencia al domicilio del habitante del Ecuador en los términos comprendidos y entendidos en el Derecho Civil. Así por ejemplo:

Para efectos de **citaciones y notificaciones**, en ciertos casos concretos nuestro Código de Procedimiento Penal establece que estas diligencias deben cumplirse estrictamente en el domicilio del procesado o acusado, pero tomando como base el domicilio desde el punto de vista civilista, como en los casos siguientes: La citación con la acusación particular (Art. 55 numeral 2, Art. 59 CPP); notificación al acusado con la fecha de



la Audiencia de Formulación de Cargos (Art. 217 CPP); citación con la querrela (Arts. 371 numeral 1 y 372 CPP); obligación del testigo de señalar domicilio (Art. 133 CPP); obligación de señalar el domicilio en casos del testimonio del ofendido (Art. 141 y 288 CPP); obligación del acusado y el garante, al momento de ofrecer la caución señalarán sus respectivos domicilios para las notificaciones judiciales (Art. 184 CPP); obligación de citar al acusado para el juzgamiento de contravenciones (Art. 395 CPP); obligación de la persona que propone un amparo de libertad de señalar domicilio (Art. 424 CPP), etc. En estos casos se aplica el criterio civilista de domicilio, convirtiéndose el Código de Procedimiento Civil y las normas que regulan este particular, en normas supletorias en materia procesal penal, conforme dispone la Segunda Disposición General establecida en nuestro Código de Procedimiento Penal y que textualmente dispone:

“SEGUNDA.- En lo no previsto en este Código, se observará lo previsto por el Código de Procedimiento Civil, si fuere compatible con la naturaleza del proceso penal acusatorio”.

Existen también otros términos que suelen ser utilizados con mucha frecuencia en nuestra Constitución, Código Penal y de Procedimiento Penal, y es necesario analizar sus conceptos, aclarando que se lo realiza desde el estricto punto de vista procesal penal.

Vivienda.- Tiene una significación mucho más restringida, con ella se hace referencia a la habitación, lugar habitado o habitable, morada o residencia, en donde una persona y su familia realizan sus actividades vitales más importantes.



Morada.- Es todo lugar cerrado, destinado al desenvolvimiento de actividades domésticas.³ Es el lugar donde una persona vive, manteniendo en ella su intimidad y la de quienes habitan con él, y de las cosas de que se sirve, aunque esté destinada a ser habitada sólo en determinados lapsos.⁴

Casa de negocio ajena.- Es todo sitio que no formando parte de la morada, es destinado por los moradores al desenvolvimiento de alguna de sus actividades laborales o comerciales.⁵

Dependencia.- Comprende las áreas accesorias al domicilio principal. Tal es el caso de patios, garaje, depósitos, jardines, azoteas, etc.⁶

Recinto habitado.- Es todo lugar donde un individuo se encuentra, aunque sea transitoria o accidentalmente.⁷

1.2.- LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA INVIOlavILIDAD DE DOMICILIO.

El procedimiento penal ecuatoriano proviene de las diversas reformas a la ley procesal penal realizadas entre los siglos XX y XXI, procedimiento que ha llegado a nosotros por recepción, y que de cierta forma aunque hábilmente camuflada, mantiene las bases del proceso penal inquisitivo (*Persecución penal estatal y averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento penal*) modificada por una serie de límites referidos a la dignidad del ser humano, que impide llevar a cabo un

³ BENITES SANCHEZ, Santiago. Derecho Penal Peruano. Comentarios a la Parte Especial. 2 Edición. Imprenta del Departamento de Prensa y Publicaciones de la Guardia Civil, Lima – Perú, año 1959. p 195.

⁴ CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. 6 Edición Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, año 1999. Pág. 342 – 343.

⁵ BENITES SANCHEZ, Santiago, Derecho Penal Peruano. Comentarios a la Parte Especial. 2 Edición. Imprenta del Departamento de Prensa y Publicaciones de la Guardia Civil, Lima – Perú, año 1959, Pág. 195.

⁶ VILLA STEIN, Javier: Derecho Penal. Parte Especial I-B (delitos contra el honor, la familia y la libertad). Editorial San Marcos, Lima – Perú, año 1998. pág.126

⁷ BENITES SANCHEZ, Santiago, Derecho Penal Peruano. Comentarios a la Parte Especial. 2 Edición. Imprenta del Departamento de Prensa y Publicaciones de la Guardia Civil, Lima – Perú, año 1959, Pág. 196.



procedimiento penal aplicando formas crueles y contrarias al respeto por el hombre individualmente considerado, típica forma de la inquisición.

Entre los límites formales a la averiguación libre de la verdad histórica, en virtud de limitaciones constitucionales está el llamado *DERECHO A LA INTIMIDAD*, reconocido desde la Revolución Francesa (1789), como otro de los bastiones de la dignidad humana, y el de la inviolabilidad del domicilio.

1.2.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El referente histórico de este principio constitucional proviene de la Constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de Septiembre de 1787, en donde en la enmienda IV se estableció textualmente: *“El derecho del pueblo de estar seguro en sus personas, casas, papeles, y efectos contra inquisiciones, o apoderamientos injustos, no se violará; y no se darán órdenes sino en causas probables sostenidas por un juramento y señalando particularmente el lugar que haya que inquirirse; y los efectos que deban tomarse”*. Este texto tiene su antecedente inmediato en la Declaración de Virginia de 12 de Junio de 1776.

También en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en el Art. 4 se expresaba *“...El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen más límite que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos”*

En Latino América esta garantía constitucional más bien convertida en derecho, fue establecida inicialmente en la hermana República de Perú, por San Martín en el bando dado en Lima, el 7 de Agosto de 1821, y fue modificada parcialmente en un articulado del Estatuto Provisional del 8 de Octubre del mismo año. El concepto de inviolabilidad del domicilio estaba



referido a la defensa de la libertad de intimidad; abarcaba toda morada destinada a la habitación y al desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada. Cuando el Libertador Simón Bolívar llega a Perú, las leyes consideraban legales los allanamientos, y eran los habitantes de la vivienda allanada quienes debían probar que ese allanamiento era injusto o arbitrario. En el artículo primero del bando sanmartiniano se establece que *"No podrá ser allanada la casa de nadie sin una orden firmada..."* Otro artículo señala que de no existir una orden emanada directamente de San Martín, el allanado puede ofrecer resistencia física a la autoridad. La modificación efectuada el 8 de Octubre de 1821 establece: *"La casa de un ciudadano es sagrada, que nadie podrá allanar sin una orden expresa del gobierno, dada con conocimiento de causa. Cuando falte aquella condición, la resistencia es un derecho que legitima los actos que emanen de ella."*

Cabe finalmente citar las frases de **Luís Recasens Sichez** *"No debe haber libertad contra la libertad... que ningún individuo o grupo use sus derechos y libertades para destruir los derechos y libertades del hombre"*⁸.

1.2.2.- LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO COMO DERECHO UNIVERSALMENTE RECONOCIDO.

La Declaración Universal de los Derecho Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948, en su artículo 12 reconoce el derecho a la inviolabilidad de domicilio de todo ser humano en cualquier lugar, dicha norma citada dispone textualmente: *"Art. 12.- Nadie será objeto de ingerencia arbitraria 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 ingerencias o ataques"*.

⁸ RECASENS SICHEZ, Luís; Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa – México, 1970, Pág. 580.



Nadie será objeto de ingerencia arbitraria en su domicilio, significa que todos los seres humanos en el mundo, tenemos derecho a que nuestro domicilio no sea perturbado por “**INGERENCIAS ARBITRARIAS**” por tanto nadie puede estar desprotegido por la ley, ante tales ingerencias o ataques arbitrarios en su domicilio. Como consecuencia de aquello, nuestra Constitución establece la garantía de inviolabilidad de domicilio y el Código Penal tipifica como delito esta conducta, en el Capítulo IV, en los artículos 191 a 196. No olvidemos además que nuestro país es miembro de las Naciones Unidas, suscribió este convenio internacional, el mismo que con arreglos a nuestra carta magna fue ratificado por el entonces Congreso Nacional convirtiéndose consecuentemente en parte de nuestro ordenamiento jurídico, que debe ser cumplido y respetado (Art. 424 y 425 de la Constitución de la República).

1.2.3.- LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO EN EL ECUADOR.

1.2.3.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

En el Ecuador la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio, se lo conoce desde inicios de la vida independiente, y fue establecida en todas las Constituciones de la República en términos iguales o equivalentes.

En las tres primeras Constituciones, esto es, la de 1830, 1835 y 1843, se decía que *“La casa de un ciudadano es un asilo inviolable, por tanto no puede ser allanado sino en los casos previstos y con los requisitos prescritos por la ley”*, además, en otros artículos se prohíbe expresamente obligar a alojar a militares en casas particulares o de comunidad (Art. 63, 65; 102 y 105; y 98 y 99, respectivamente).



En la Constitución de 1845, refiere esta garantía a toda persona, si bien las anteriores equiparaban a los extranjeros con los ecuatorianos (Art. 127 y 128). En la Constitución de 1850 vuelve a referirse solo a los ecuatorianos (Art. 112 y 119) y las siguientes hablan de toda persona, como en la Constitución de 1852.

La Constitución de 1878 solamente se refería a la inviolabilidad de domicilio, pero no contiene la expresa prohibición de ser obligado a recibir militares (Art. 17 numeral 4), probablemente porque esta regla se entendía comprendida en la más genérica de la inviolabilidad de domicilio.

En las siguientes constituciones se garantizaba en parecidos términos, la inviolabilidad de la morada de una persona. Así se estableció en la Constitución de 1897 en su Art. 20, en la Constitución de 1906 en el Art. 141 numeral 8; en la Constitución de 1929 en el en el Art. 151 numeral 10; en la Constitución de 1945 en el Art. 141 numeral 8; en la Constitución de 1946 en el Art. 191 numeral 6; y en la Constitución de 1967 en el Art. 28 numeral 9.

En la Constitución de 1998, en el Art. 23 numeral 12 se estableció la protección al domicilio de la siguiente manera: *“La inviolabilidad de domicilio. Nadie podrá ingresar en él ni realizar inspecciones o registros sin la autorización de la persona que lo habita o sin orden judicial, en los casos y formas que establece la ley;”*

La Constitución de la República de Ecuador vigente desde el 20 de Octubre del 2008 en el Capítulo Sexto, titulado Derechos de Libertad, en el artículo 66, se reconoce y garantiza a las personas entre otros derechos la inviolabilidad de domicilio, así dispone el numeral 22 del antes citado artículo ***“El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en***



los casos y forma que establezca la ley”.

La garantía constitucional se refiere a toda clase de personas, primeramente a las personas naturales, pero también a las personas jurídicas. Respecto de algunas de estas últimas, incluso se reafirma el principio con una especial prohibición, como la de violar sus recintos, tal el caso de las Universidades, como lo declara el artículo 355 inciso 4 de la Constitución vigente.

Autores como **Jorge Zavala Baquerizo**, consideran que el domicilio de las personas jurídicas no estarían protegidas por la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio y sus connotaciones penales, al respecto manifiesta *“Las personas jurídicas aunque tienen domicilio, sin embargo el lugar en donde desarrollan sus actividades no puede ser considerado el lugar protegido contra un allanamiento, salvo el caso que el representante de dicha persona jurídica, o cualquier otra persona utilice también el mencionado local como habitación, en cuyo caso, la protección se mantiene, pero en cuanto el local esté destinado a morada de una persona natural...”*⁹.

Las personas jurídicas por mandato legal, deben tener un domicilio fijado en el Ecuador, generalmente en el lugar en donde desarrolla sus actividades más importantes, sin embargo este domicilio a criterio del autor citado no es objeto de protección ni de la Ley Penal, ni Constitucional, puesto que del propio contexto del artículo 66 de la carta magna se concluye que dicha norma establece una serie de garantías exclusivamente para las personas naturales, así ocurre con garantías como la vida, libertad, integridad personal, etc. Este criterio es confirmado por Nuestro Código de Procedimiento Penal, en el Art. 194 al establecer que *“La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada..”*, sin lugar a duda que solamente una persona natural puede habitar en un lugar determinado, no así las personas jurídicas, que a

⁹ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, tratado de derecho Procesal Penal, tomo VI, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, año 2005, Pág. 327.



pesar de tener su domicilio en dicho lugar no tienen en cambio su habitación o vivienda. Lo manifestado no obsta a que en dicho lugar que funge de domicilio de una persona jurídica sea también utilizado como domicilio de una persona natural, como por ejemplo del guardia, siendo en este caso si protegido por la ley por constituir domicilio de una persona natural o física.

En el caso del Art. 355 inciso 4 de la Constitución, esto es la inviolabilidad de los predios universitarios es una excepción a la regla general.

Cabe aclarar además que existen legislaciones que si reconocen y establecen protección contra la violación de domicilio de las personas jurídicas, como el caso de la legislación española, que se evidencia en varias jurisprudencias del Tribunal Supremo de España.

A criterio de **Ricardo Vaca Andrade**, la norma constitucional, en realidad se está refiriendo, principalmente, a la vivienda, entendida como tal y de manera restringida como se dejó indicado. Esto, desde luego, sin perjuicio de que la garantía constitucional, para otros efectos, también incluya la protección de las oficinas, sitios de trabajo, comercio, etc.¹⁰

La inviolabilidad de domicilio como garantía constitucional y para los efectos del estudio que abordamos, se basa fundamentalmente en la necesidad de que toda persona pueda permanecer en la intimidad de su hogar, propio o ajeno, respetando su privacidad, sin que otra personas puedan ingresar en la vivienda, en contra de la voluntad de su titular, y de ocurrir aquello, por el efecto jurídico de la protección del domicilio se estaría cometiendo el delito de Violación de Domicilio tipificado en nuestro Código Penal, en los artículos 191 a 196 y que serán objeto de estudio en forma pormenorizada en el capítulo tercero de este trabajo.

¹⁰ VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2009, Quito – Ecuador, Pág. 794.



Sin embargo de la claridad con la que se ha redactado la norma constitucional, podemos encontrar que en nuestra legislación procesal penal, ya sea, en el primer Código de Procedimiento Penal puesto en vigencia en nuestra patria, como el expedido en enero del 2000 utilizan el término “Vivienda”, pudiendo entenderse que el allanamiento como medida cautelar solo se concreta a la vivienda de un habitante del Ecuador, y que, para los efectos de este capítulo se debe entender por vivienda a cualquier construcción o edificación de propiedad privada.

1.2.4.- FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA GARANTIA CONSTITUCIONAL.

Las garantías y derechos consagrados en el Art. 66 de la Constitución de la República está enmarcadas en el conjunto más amplio de derechos estrictamente ligados a la personalidad, pues todos ellos constituyen aspectos fundamentales para el desarrollo del ser humano. Estos son los llamados por la doctrina derechos de ámbito personal personalísimo, directamente relacionados con la vida privada de las personas y su intimidad.

Por tanto la vida privada se revela como un bien constitucional autónomo distinto de los demás derechos y garantías reconocidos en el Art. 66 de la Constitución, y protegido precisamente por ese conjunto de derechos.

Los términos intimidad y vida privada en nuestra legislación son utilizados como términos sinónimos, pero es necesario realizar algunas precisiones. En efecto la norma constitucional citada conceptúa la intimidad como un derecho fundamental del mismo nivel que el honor o la propia imagen, sin embargo el conjunto de todos los derechos consagrados en el Art. 66 de la Constitución más aun los derechos a la inviolabilidad de domicilio, de secreto, etc., (Art. 66, numeral 21, 22) tienen como objeto último la protección de un bien constitucional distinto y más amplio “*la vida*



privada". Por tanto intimidad y vida privada habrían de contemplarse como la parte y el todo, en el sentido de que la intimidad constituye el núcleo de la vida privada, esta es la parte más esencial. Entre ambos bienes habrá una suerte de medio y fin, en el sentido de que la vida privada es el objetivo último en la protección constitucional a la intimidad.

Por vida privada se debe entender como el conjunto de circunstancias y datos relativos a la vida de una persona, que queda fuera del conocimiento de los demás, salvo que medie un expreso deseo de comunicarlo o ponerlo de manifiesto por parte de la persona afectada y al margen naturalmente de las personas que comparten con ella aspectos más o menos amplios de su vida.

En conclusión la vida privada constituye el fundamento de la protección que la constitución realiza del domicilio en el Art. 66 numeral 22, por ello que la inviolabilidad de domicilio no solo protege el espacio físico, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella.

Es necesario puntualizar además que según Jorge Zavala Baquerizo, la norma constitucional citada garantiza al habitante de la República el "*Derecho a la intimidad personal y familiar*", puesto que es en ese domicilio en donde el hombre desarrolla su vida privada, personal y familiar, escogida libremente por el hombre, y que poética y doctrinariamente se le ha llamado "*HOGAR*", siendo ésta una de las razones a criterio de este autor, por las que el constituyente estableció esta garantía constitucional¹¹.

¹¹ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo VI, Ediciones EDINO, Guayaquil – Ecuador, año 2005, Pág. 324.



1.3.- EXCEPCIONES A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE INVIOlavILIDAD DE DOMICILIO.

El principio constitucional que garantiza la inviolabilidad del domicilio del habitante del Ecuador, no es ilimitado, pues la misma Constitución establece límites objetivos a esta garantía, constituyéndose en la regla general, pero existen excepciones debidamente establecidas en la ley. Es así como, la misma Constitución en el Art. 66 numeral 22 establece:

“..... no se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.”

A más de la norma constitucional, y al constituir una excepción a una garantía constitucional, es necesario que los casos en los que el domicilio de una persona que habita en el Ecuador puede ser allanado y por tanto franqueada la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio, debe estar expresamente establecido en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose regulado de forma pormenorizada en el Art. 194 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 194.- Casos.- La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes:

1. Cuando se trate de detener a una persona contra la que se haya librado mandamiento de prisión preventiva o se haya pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de libertad;

2. Cuando se persiga a una persona que acaba de cometer un delito flagrante;



3. Cuando se trate de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas; y,

4. Cuando la jueza o el juez de Garantías Penales trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba.

En los casos de allanamiento de domicilio de un tercero, se requerirá auto de la Jueza o el Juez de Garantías Penales basado en indicios de que el prófugo estuviere ahí, salvo en los casos de los numerales 2 y 3.

En los casos de los numerales 2 y 3 no se requiere formalidad alguna.

Para los efectos de este capítulo, se tendrá por vivienda a cualquier construcción o edificación de propiedad privada.

De las normas antes transcritas se puede concluir que tres son las limitaciones que se imponen a la garantía constitucional estudiada, estas son:

- 1.-** Cuando existe el consentimiento del habitante del domicilio o vivienda a ser allanada.
- 2.-** El allanamiento por orden judicial, y,
- 3.-** En los casos comprendidos en los numerales 2 y 3 del Art. 194 del Código de Procedimiento Penal.



Estas limitaciones se encuentran debidamente reguladas y reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la constitución como en la ley.

El pretender extender estas limitaciones a otros casos no previstos, constituyen un delito y merecen ser sancionados. Por ello **Jorge Zavala Baquerizo** manifiesta: *“...desde el momento en que el precepto constitucional expresa que las “Inspecciones o registros” deben hacerse en “los casos que establece la ley” (destacamos) está significando que el irrespeto a la integridad del domicilio debe ser reglamentado por la ley, constituyéndose, en este caso, el Código de Procedimiento Penal, la ley que reglamenta los casos y modos como la “violación domiciliaria” se convierte en “allanamiento domiciliario”, esto es, que lo que normalmente constituiría un delito (Violación del Domicilio) se convierte en un acto jurídico (Allanamiento) cuando se lo ejecuta conforme a lo dispuesto en la ley que reglamenta el allanamiento que no es otra, repetimos, que el CPP”.*¹²

1.3.1.- ALLANAMIENTO DE DOMICILIO EFECTUADO CON EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL DOMICILIO.

La primera gran limitación a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio está constituida por, el ingreso al domicilio y registro del mismo, pero con el consentimiento del titular del domicilio. Entonces es necesario analizar el consentimiento como elemento esencial para esta excepción a la garantía constitucional.

El consentimiento entendido como la voluntad de una persona para que se haga o no se haga algo, en este caso para que un tercero extraño ingrese a su domicilio y realice observaciones, incautaciones de objetos o detención de personas, según el caso.

¹² ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo VI, Ediciones EDINO, Guayaquil – Ecuador, año 2005, Pág. 328 y 329.



Para que se considere válidamente otorgado el consentimiento del titular del domicilio y por tanto considerarse que el allanamiento es legal, es necesario, que ese consentimiento no adolezca de vicio que lo invalide, y le vuelva ineficaz. Los vicios del consentimiento pueden ser el error, la fuerza o el dolo.

Jorge Zavala Baquerizo al respecto se pregunta *“Puede aceptarse como legalmente practicada la introducción del fiscal o la policía en una morada particular porque el dueño de ésta, en presencia del mencionado funcionario y de los agentes de la autoridad, que solicitan el consentimiento del habitante de la morada que pretenden registrar y éste lo concede sin que haya precedido un auto de allanamiento y no se porte la orden para allanar”*.

En forma muy acertada el mismo autor responde: *“Se debe tener presente que la sola presencia de la autoridad fiscal y de la policía ante el morador ya constituye un apremio psicológico que vicia el consentimiento, pues el habitante de la morada no está al cabo de saber si es que ante su negativa de conceder el permiso de entrada, los funcionarios van a entrar de todas maneras. Opinamos que en la hipótesis propuesta, aún en el caso que el habitante del lugar conceda su consentimiento sin haber sido previamente informado de la naturaleza y fines de la intromisión en la vivienda, así como las consecuencias de la misma, y los que se introducen en la morada respectiva no tienen autorización para hacerlo, cometen un delito, pues la voluntad del habitante del lugar ha sido coaccionada psicológicamente ante la presencia del fiscal y de la fuerza pública”*. Así se manifiesta también el jurista **Maier**¹³ quien, al referirse al tema que tratamos, dice: *“En efecto, la sola presencia de la fuerza pública implica en la vida real, coacción*

¹³ MIER, Julio B. Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, editorial Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, año 2004, Pág. 580, 581.



suficiente para producir un consentimiento viciado o, al menos, otorgado con error acerca de la facultad del requirente".¹⁴

Otro aspecto necesario a tener presente es que, quien debe otorgar el consentimiento es el titular del domicilio a allanarse y no otra persona. Por ello es necesario diferenciar entre el dueño del local o casa de vivienda en donde una persona tiene su domicilio, y el titular del domicilio. No siempre el dueño del inmueble, tiene en dicho lugar su domicilio, muy frecuentemente el dueño de la casa, departamento o local, cede parte de su derecho de propiedad (facultad de uso y goce), procediendo por ejemplo a darlo en arriendo a otra persona, que fija en dicho local su domicilio, estando prohibido desde ese momento al dueño o propietario ingresar al domicilio en contra de la voluntad de su habitante, peor aun autorizar el ingreso a fiscales o policía a este domicilio, puesto que no es él su titular, de esto suceder, se estaría cometiendo un delito.

Doctrinariamente se discute la validez del allanamiento realizado por el Fiscal y la Policía Judicial, sea con el fin de detener a una persona o recabar o comisar objetos o cosas relacionadas con la investigación, cuando ingresan al domicilio de la persona previa autorización del titular o morador del domicilio, consentimiento obtenido mediando información del objeto del allanamiento y las consecuencias que del mismo podrían derivarse. La opinión es dividida, pues como ya manifestamos anteriormente no solamente se requiere del consentimiento del titular del domicilio, sino que este consentimiento debe estar libre de cualquier forma de vicio o coacción, y a criterio de algunos autores, la sola presencia de la Policía y Fiscal vician el consentimiento, pues coaccionan psicológicamente a cualquier persona. Sin embargo otros autores consideran que bastaría el consentimiento del titular del domicilio, para que el allanamiento sea legítimo, en tanto y en cuanto "*el dueño de la*

¹⁴ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo VI, Ediciones EDINO, Guayaquil – Ecuador, año 2005, Pág. 334 y 335.



morada haya sido debidamente informado del objeto de la intromisión en su domicilio". Mas si no se le informa, y el morador cree que se trata de una simple visita u observación, la intromisión es ilegal y abusiva, a más de que constituye delito.

Aun cuando se haya obtenido el consentimiento para ingresar al domicilio, informándole y advirtiéndole de las consecuencias que de este acto procesal podrían devenirse, lo que en doctrina se ha dado en llamar el "*consentimiento informado*".

Es necesario además recordar, que vician también el consentimiento, EL ERROR. Es lógico suponer, que el morador del domicilio a allanarse, no está en condición de suponer si es que la ley exige que el fiscal, la policía o el juez deben estar autorizados judicialmente para poder ingresar en su domicilio y por lo tanto, al desconocer aquello, bien podría otorgar su consentimiento por error, cosa que sin lugar a duda también afectaría la validez de ese consentimiento, porque está viciado, volviendo ilegal el allanamiento en estas condiciones.

Es necesario entonces, que el fiscal o la policía judicial u otra autoridad que pretenda obtener el consentimiento de una persona para allanar su domicilio, también le informe que si esta persona no quiere no puede efectuarse el allanamiento, puesto que debería disponerse de una orden judicial escrita para hacerlo y que en ese momento no dispone de aquella.

Es necesario también tener presente que, el ingreso al domicilio de una persona que no está presente, se presume que no hay consentimiento, así dispone el artículo 195 del Código Penal.

Tampoco se puede presumir que hay consentimiento para el ingreso al domicilio, el hecho de que las puertas o seguridades que impiden el libre ingreso al domicilio estén abiertas, y permitan el libre ingreso al local,



puesto que es el interior del local el que está protegido por la garantía constitucional, sin importar que el local sea una choza, una mansión, una cabaña, etc.

En conclusión podríamos manifestar, que el allanamiento es legítimo cuando el fiscal o la policía judicial han obtenido el consentimiento de su titular pero bajo la condición esencial de haberle informado a éste, previo a obtener su consentimiento, sobre el objeto del allanamiento, esto es, si se van a realizar observaciones dentro del local, a incautar objetos o bienes que puedan encontrarse en su interior, o a detener a una persona contra quien se haya librado auto de prisión preventiva o sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad; es necesario además advertirle de las consecuencias de esta diligencia, por ejemplo de encontrarse en el local objetos de dudosa procedencia, estupefacientes, armas, etc. se le podría detener e iniciar en su contra una investigación penal.

Maestros de este diplomado como la Dra. Padlova Guerra sostenía con acierto que: *“...para asegurar la actuación del fiscal, la obtención de la prueba, etc., el consentimiento informado del morador del domicilio al momento del allanamiento, es preferible provenga del mandato de ingreso judicial o auto de allanamiento, pues si existiera un trabajo conjunto entre Policía Judicial, Fiscalía y Juzgados de Garantías Penales, el tiempo para obtener una orden de allanamiento podría ser muy corto, inclusive cuestión de minutos, entonces no es justificable poner en riesgo la actuación del fiscal e inclusive los resultados de la investigación por la premura del tiempo; es necesario actuar en forma adecuada y segura”*.

MAIER, sostiene: *“Las mismas razones alcanzan para postular de lege ferenda, que el consentimiento (expreso) no debe habilitar para prescindir de la orden judicial, salvo los casos de necesidad previstos en la misma*



ley (Pedido de Auxilio, en verdad en casos de consentimiento expreso y persecución inminente de prófugos)¹⁵.

Respecto a la segunda y tercera excepciones a la garantía de inviolabilidad de domicilio lo estudiaremos en el siguiente capítulo.

¹⁵ MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, editorial Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, año 2004, Pág. 577, 578.



CAPÍTULO II

EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.

2.1.- ASPECTOS GENERALES.

Como ya se manifestó en el capítulo anterior, el allanamiento de domicilio constituye la excepción a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, por ello esta excepción ha sido debidamente regulada en nuestro Código de Procedimiento Penal, estableciendo los requisitos y condiciones en los que procede, y los casos que se apartan de la ley deben ser sancionados.

La excepción a esta garantía constitucional, está fundamentada en el hecho de que existe una incuestionable necesidad de orden social que supera el derecho individual, cual es la de permitir que **para el descubrimiento de la verdad que interesa a la sociedad** por razones superiores, o imprevistas y de fuerza mayor, de verdadera necesidad jurídica, se dé la posibilidad de que se ingrese a la fuerza y aun en contra de la decisión del titular de la vivienda, en los casos que la ley dispone y permite tal actuación, como cuando se trata de aprehender objetos que tienen relación con el delito de que se ocupa el proceso penal, o cuando se trata de rescatar o socorrer a la víctima del delito.

Hay otros casos como el de prestar ayuda a los moradores de una vivienda que se encuentra en peligro actual e inminente por inundación, incendio, terremoto, u otra causa, que justifican por su real estado de necesidad, salvar bienes jurídicos de mayor valor al daño que se ocasiona con el allanamiento, o por la fuerza irresistible de un caso fortuito o una fuerza mayor¹⁶.

¹⁶ VACA ANDRADE, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2009, Quito – Ecuador, Pág. 797.



2.1.1.- CONCEPTO.

El allanamiento es el franqueamiento voluntario o compulsivo material de la vivienda de una persona que puede tener como origen un auto de allanamiento, o puede surgir debido a una emergencia, que no pueden ser otras que las señaladas en el Código de Procedimiento Penal.

Para **Clariá Olmedo** *“El allanamiento de domicilio se muestra como un acto de coerción real limitativo de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad de quien está protegido por esa garantía, cumplido por la autoridad judicial con fines procesales, y legítimos solamente si se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley ritual”*¹⁷. Según este concepto, solamente existe allanamiento cuando se ha procedido en contra de la voluntad de la persona que habita en el local allanado, pero a nuestro criterio constituye allanamiento el acto de ingresar al local o lugar habitado por otra persona, ya se haga con el consentimiento del dueño o aun sin su consentimiento, en los casos y condiciones que la ley permite. El allanamiento no deja de ser tal, porque el dueño del local que se allana permite que se realice el acto procesal, lo que ocurre es que la persona cuyo domicilio se ve afectado, permite voluntariamente la entrada a su domicilio, a las personas que ejecutan el allanamiento.

El allanamiento no solamente comprende el registro domiciliario, sino también la requisita domiciliaria y personal. Por ello autores como **Jorge Zavala Baquerizo**, afirma que *“...el titular del órgano jurisdiccional competente, ordena previas las formalidades legales, el franqueamiento compulsivo de la morada de un habitante del país, o de cualquier otro lugar, particular, municipal o fiscal, con el fin de aprehender a una persona prófuga, o a comisar objetos, documentos, etc., relativos a la infracción, materia del proceso penal, en donde incide el auto de*

¹⁷ OLMEDO, Clariá. Autor citado por Jorge Zavala Baquerizo, El Proceso Penal, tomo III, editorial EDINO, Bogotá – Colombia, 1990, Pág. 341.



*allanamiento*¹⁸. Es un acto procesal y legal, por cuanto tiene como presupuesto, la existencia de un proceso penal, sin el cual es imposible su génesis.

Según **Ricardo Vaca Andrade**, *“El allanamiento no es sino el ingreso en la vivienda de una persona, efectuado por el Fiscal, acompañado de la Policía Judicial, con o sin el consentimiento del morador del domicilio, por razones superiores, y con la finalidad de permitir que se aprehenda a una persona contra la que se ha librado mandamiento de prisión preventiva o se ha pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad; o cuando se persiga a una persona que acaba de cometer un delito flagrante; o cuando se trata de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o se socorre a las víctimas; o cuando el Juez de Garantías Penales trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba*¹⁹.

A criterio de este notable estudioso del Derecho Procesal Penal, solamente existe allanamiento en los casos que con orden judicial actúa el fiscal, pero no olvidemos que el Art. 194 del Código de Procedimiento Penal, contempla 4 casos en los que el domicilio del habitante del Ecuador puede ser allanado, por tanto los casos contemplados en la norma citada, constituyen allanamiento, pero aclarando eso si que en los caso 1 y 4 de la norma citada, se requiere de orden judicial, y en los casos 2 y 3 no se requiere tal orden, conforme analizaremos más adelante.

A criterio del autor antes citado, solamente el domicilio es objeto de protección especial tanto constitucional como legal, no así otros bienes de propiedad del sospechoso, del afectado o de terceros que se

¹⁸ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo VI, Ediciones EDINO, Guayaquil – Ecuador, año 2005 Pág. 341.

¹⁹ VACA ANDRADE, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2009, Quito – Ecuador. Pág. 797, 798.



encuentren en posesión de la persona, bienes como vehículos, maletas, carteras, inclusive la persona y la ropa que utilice ésta.

Lamentablemente en nuestro país el legislador no ha tomado en cuenta que puede violarse la intimidad o vida privada de una persona, al permitir el registro y búsqueda en otros bienes distintos a la vivienda, como los antes indicados.

Por ejemplo una cartera de una mujer, en donde mantiene prendas íntimas, etc., pero que según como está regulado, puede ser registrada por un agente de policía. Es más con tanta frecuencia se arman operativos y puestos de control policial, sobre todo en carreteras y terminales aéreas, en donde se registra vehículos, maletas y personas (El llamado cacheo) todo con el objeto de combatir la delincuencia, buscar armas, explosivos o sustancias estupefacientes; este registro se realiza sin orden judicial, e inclusive en muchos casos sin ninguna consideración y respeto. Sobre todo en el caso del registro personal o cacheo, en donde la persona es manoseada todo su cuerpo. En los aeropuertos a las personas se les registra sus maletas y equipajes, a veces destruyendo inclusive la maleta con objetos corto punzantes, luego sus pertenencias son prácticamente exhibidas en forma pública sin respeto alguno es más en algunos casos se sustraen prendas, electrodomésticos, etc. Ya es hora de que alguien se preocupe de estas irregularidades.

2.1.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.

El allanamiento de domicilio no es una medida cautelar en si misma, pues solo tiene por finalidad hacer posible la ejecución de otra medida cautelar.

Es por ello que el allanamiento de domicilio constituye una medida auxiliar y de apoyo, que hace posible la ejecución de las medidas cautelares



personales o reales, tienen por objeto violentar las seguridades que protegen el lugar a allanarse para permitir el ingreso a un local determinado. Convirtiéndose entonces en una medida auxiliar de apoyo, para la efectividad de las medidas cautelares de carácter personal, como la prisión preventiva o para el comiso de documentos, instrumentos, etc., relativos a la infracción objeto de la investigación dentro del proceso penal.

Manzini, se refiere a la naturaleza accesoria de esta medida cautelar en los siguientes términos: *“Perquisición Domiciliaria, es la búsqueda material que se hace en el ámbito domiciliario ajeno, cuya inviolabilidad está normalmente garantizada por la Constitución... por el Código Penal.... A fin de apoderarse de cosas que interesan a la justicia penal y que se sospecha se custodian allí, o de la persona del imputado, o de otra persona indiciada o evadida que se cree estar allí refugiada”*²⁰.

Además es un acto procesal que proviene del titular del órgano jurisdiccional penal, (Juez de Garantías Penales), y tiene como presupuesto un proceso previo, de donde surge el auto de allanamiento, ya que solo en casos excepcionales puede allanarse el domicilio de un habitante del Ecuador sin orden judicial, (Art. 194 numerales 2 y 3 del CPP), además en el auto de allanamiento se debe hacer constar el objetivo o finalidad que persigue, y este puede ser el registro domiciliario, comiso de bienes, o detención del prófugo de la justicia. Cumplido el acto para el cual se emitió la orden de allanamiento, la medida se considera agotada y el fiscal y la policía judicial deben abandonar el local allanado, sin que les sea lícito, proceder a realizar otro acto distinto al determinado en la finalidad dispuesta en el auto de allanamiento. Por ejemplo si el juez competente dispuso el allanamiento de un domicilio para detener a un ciudadano sobre el cual existe auto de prisión preventiva, se efectúa el allanamiento y además del ciudadano buscado por la justicia se

²⁰ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, editorial EDIAR, Buenos Aires – Argentina, año 1950, Pág. 356.*



encuentran objetos de dudosa procedencia, no se podrá comisar dichos bienes sin cometer en este caso violación de domicilio, el allanamiento debe cumplir exclusivamente el fin determinado en el auto y nada más.

Es preciso recordar que se puede ordenar el allanamiento de otros lugares distintos al domicilio de un habitante en el Ecuador, como en el caso de allanamiento a locales de instituciones públicas por ejemplo del Palacio de Gobierno, locales en donde funcionan los juzgados, del Congreso Nacional, etc.

El allanamiento como medida cautelar es una **actividad irrepetible**, por tanto debe ejecutarse en el momento en que el juez o el fiscal lo consideren oportuno, sobre todo para asegurar la adecuada sustanciación del proceso. Puede practicarse antes de iniciar el proceso, esto es durante la indagación previa, o en la instrucción fiscal, cuando se ha ejecutoriado el auto de prisión preventiva o la sentencia condenatoria a una pena privativa de la libertad, en este caso para hacer efectiva la medida cautelar de carácter personal o real, la de aprehender los objetos o documentos relacionados con el proceso, o para detener al prófugo de la justicia, esto en el caso de allanamiento por orden judicial.

En el caso de allanamiento sin orden judicial, cuando se trata de delito flagrante, o para impedir la comisión de un delito o auxiliar a las víctimas, el allanamiento debe efectuarse en el mismo momento, en que se sorprende y persigue al delincuente o se conoce, que se esté consumando un delito.

2.2.- CASOS EN LOS QUE PROCEDE EL ALLANAMIENTO DE VIVIENDA DE UN HABITANTE DEL ECUADOR.

La garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, no es ilimitada, en el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal se establece los cuatro



casos en los que procede el allanamiento de domicilio de un habitante del Ecuador, estos son:

Art. 194.- Casos.- La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes:

1. Cuando se trate de detener a una persona contra la que se haya librado mandamiento de prisión preventiva o se haya pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de libertad;

2. Cuando se persiga a una persona que acaba de cometer un delito flagrante;

3. Cuando se trate de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas; y,

4. Cuando la Jueza o el Juez de Garantías Penales trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba.

En los casos de allanamiento de domicilio de un tercero, se requerirá auto de la jueza o el juez de Garantías Penales basado en indicios de que el prófugo estuviere ahí, salvo en los casos de los numerales 2 y 3.

En los casos de los numerales 2 y 3 no se requiere formalidad alguna.



Para los efectos de este capítulo, se tendrá por vivienda a cualquier construcción o edificación de propiedad privada.

2.2.1.- PRIMER CASO.- CUANDO SE TRATE DE DETENER A UNA PERSONA CONTRA LA QUE SE HAYA LIBRADO MANDAMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA O SE HAYA PRONUNCIADO SENTENCIA CONDENATORIA A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

En este caso se puede disponer el allanamiento del domicilio de un habitante del Ecuador cuando se vaya a proceder a la “*DETENCIÓN*” de una persona pero exclusivamente cuando:

- 1.- Cuando se haya librado mandamiento de prisión preventiva.
- 2.- Cuando se haya pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de libertad.

La finalidad que persigue esta primera excepción es hacer posible la captura de la persona contra quien se ha dictado el mandamiento de prisión preventiva o sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad. Nuestra legislación procesal penal establece que solo un agente policial o de la autoridad puede proceder a la detención de un ciudadano que se encuentra prófugo de la justicia, en las condiciones antes indicadas, siendo sin embargo factible que cualquier persona pueda proceder a la detención de esta persona en las condiciones indicadas, siempre y cuando ésta se encuentre en la calle, pero al ciudadano común y corriente, que no ostenta la calidad de agente policial o de autoridad no le es lícito, ingresar en lugares cerrados que constituyen el domicilio de una persona, sin el respectivo consentimiento u orden judicial de autoridad competente, so pretexto de detener a un ciudadano prófugo de la justicia.



En este último caso es obligación del ciudadano que conoce el lugar en donde se encuentra escondido el prófugo de la justicia, concurrir ante el Juez de Garantías Penales o ante el Fiscal y poner en conocimiento de dichas autoridades este particular, a fin de que, cumplidas las exigencias legales, se dicte motivadamente el respectivo auto de allanamiento de domicilio, y así proceder legalmente a la detención. Es decir que en este caso, para proceder al allanamiento del domicilio en donde se encuentre el prófugo de la justicia se necesita de orden judicial, o sea de auto de allanamiento de domicilio dictada por un Juez de Garantías Penales competente.

En el auto en el que el juez ordene el allanamiento, debe precisarse si el acto procesal tiene la finalidad de aprehender a la persona prófuga o comisar objetos, puesto que una vez que se ha cumplido el acto y se ha detenido al prófugo, el acto procesal queda agotado y por ende el Fiscal y Policía Judicial deben desocupar inmediatamente el domicilio allanado.

Sin lugar a duda que el allanamiento en este caso tiene límites, unos de carácter objetivo y otros de carácter personal:

Límites de Carácter Objetivo.- Quiere decir que el allanamiento solo procede en el lugar plena y expresamente señalado y con la finalidad determinada, sin que sea lícito extenderse por parte del Fiscal o la Policía Judicial, más allá de los fines establecidos en el auto de allanamiento.

Límites de Carácter Personal.- Consiste en el hecho de que, si el auto de allanamiento tiene como finalidad la detención de una persona plenamente identificada, solamente en el allanamiento se podrá capturar a esa persona, y si junto a él se encuentra a otra persona prófuga de la justicia, no puede detenerse a ésta, porque estaría el Fiscal extralimitándose en sus facultades, inclusive este abuso podría ocasionarle sanciones de tipo penal.



El fundamento jurídico para este tipo de límites a la ejecución del allanamiento, está en el hecho de que con esta medida cautelar, no solamente se vulnera la garantía constitucional de la inviolabilidad de domicilio, sino también garantías como el derecho a la libertad y el derecho a la propiedad, como cuando se ordena el allanamiento para detener a una persona contra quien se ha librado auto de prisión preventiva o sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, o se dispone el allanamiento para incautar documentos, objetos, armas del delito que se investiga. El actuar del Fiscal y Policía Judicial fuera de estos casos constituye una actuación ilegal, y lo que en doctrina se llama “*allanamiento irregular*”.

2.2.1.1.-CUANDO SE TRATE DE DETENER A UNA PERSONA CONTRA LA QUE SE HAYA LIBRADO MANDAMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA.

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, de aplicación excepcional, según nuestra constitución (Art. 77), es una medida de carácter estrictamente formal, puesto que solo puede el Juez de Garantías Penales dictarla cuando se han cumplido con los requisitos y condiciones establecidas en el artículo 167 de Código de Procedimiento Penal.

En este caso la norma no autoriza el allanamiento del domicilio de la persona contra quien se ha dictado prisión preventiva, a cualquier persona y en cualquier condición, pues se requiere como ya se dijo, orden de juez competente, en este caso deberá ser un Juez de Garantías Penales, mediante auto debidamente motivado y fundamentado, determinando a plenitud, la finalidad de la medida cautelar, misma que debe ser ejecutada por el fiscal con la colaboración de la policía.

Dos son las condiciones para que prospere el allanamiento:



a) El auto de prisión preventiva sea dictado por juez competente, un Juez de Garantías Penales, y,

b) Que el auto de prisión preventiva esté ejecutoriado, puesto que de este auto se puede apelar y mientras no se resuelva el recurso propuesto no prospera el allanamiento.

2.2.1.2.- CUANDO SE TRATE DE DETENER A UNA PERSONA CONTRA LA QUE SE HA PRONUNCIADO SENTENCIA CONDENATORIA A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.-

La norma autoriza el allanamiento del domicilio en donde se encuentra refugiada la persona contra quien se ha dictado sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad. En este caso no está permitido a cualquier persona allanar el domicilio que sirve de refugio al mencionado prófugo, sino que quien conoce de este hecho debe concurrir ante el Juez de Garantías Penales, para que dicho juez ordene el allanamiento de acuerdo a los mandatos legales.

Pero es necesario tener presente que la mentada sentencia condene a pena privativa de libertad, si solo impone una pena pecuniaria, lógicamente no procede el allanamiento del domicilio del condenado. Es necesario además que la sentencia se encuentre ejecutoriada, puesto que si dicha sentencia ha sido impugnada mediante algún recurso, es posible que la misma sea reformada y o revocada y por tanto no ejecutable aún, por lo tanto no procede la medida cautelar analizada. Finalmente, es necesario que la sentencia no haya quedado en suspenso su cumplimiento, pues si se trata de una sentencia de ejecución condicional, no procede la detención del condenado, y por tanto queda excluida la posibilidad del allanamiento de la morada en donde se encuentra el prófugo.



En cuanto a las razones y fundamentos que justifican el acto procesal, prácticamente es el mismo, que el caso de allanamiento del domicilio para la detención de una persona contra quien se ha dispuesto prisión preventiva, esto es aprehender a la persona prófuga de la justicia, para que el delito no quede en la impunidad.

2.2.2.- SEGUNDO CASO.- CUANDO SE PERSIGA A UNA PERSONA QUE ACABA DE COMETER UN DELITO FLAGRANTE.

En el Código de Procedimiento Penal en el Art. 162, con claridad nos da un concepto sobre lo que por Delito Flagrante debemos entender, así:

Art. 162.- Delito Flagrante.- Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención.

Según el **Diccionario de ESCRICHE**, define al delito flagrante como: “*El delito que se ha consumado públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo que lo comete*”.

El delito descubierto en el mismo momento de su perpetración, o como se suele decir vulgarmente cuando el delincuente ha sido sorprendido con las manos en la masa.



El concepto de flagrancia delictual está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente. No puede haber flagrancia en virtud solamente del elemento objetivo, es necesario siempre la presencia del delincuente en el hecho delictivo, fuera de los casos expresamente exceptuados por la ley, no constituye flagrancia si el no es sorprendido en el acto mismo, o inmediatamente después de cometido el hecho delictivo.

El elemento único y necesario al sorprender al delincuente, para determinar flagrancia, se extiende en algunos casos, en el tiempo y en el espacio, pues se asimila como tal, aunque se verifique en un cierto tiempo después de cometido el delito y conforme a ciertas condiciones, con lo cual estamos frente a lo que llama la doctrina "*Cuasi Flagrancia delictual*", es decir que cuando la persecución inmediata del sospechoso, después de cometido el hecho, permite encontrarlo cerca del lugar, en posesión de las cosas hurtadas o robadas, dando base para presumir fundamentadamente, que intervino en su perpetración. La flagrancia está relacionada con el "*inter criminis*" en cuanto el sujeto es descubierto en el momento en que está realizando el acto constitutivo de la infracción con miras a la consumación; en tanto que la cuasi flagrancia se dará cuando el delito ya se ha consumado o cuando hay delito frustrado, si es que se produjo o no, respectivamente, la lesión del bien jurídico protegido.

Los requisitos que la ley procesal penal exige para que exista delito flagrante son:

1.- Que el delito se cometa en presencia de una o más personas.-

Pero la ley no especifica condiciones adicionales, como que los que presencien el hecho criminal (Testigos Presenciales) sean mayores de edad, entendiéndose por tanto que bastará la constatación objetiva visual de los hechos.



2.- Que se descubra el delito inmediatamente después de su supuesta comisión.

3.- Que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención.

4.- Que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

Esta limitación a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, tiene su razón de ser puesto que, se trata de permitir el ingreso de una persona de forma excepcional y emergente, en el domicilio en el que ha ingresado el agente del delito, sin necesidad de cumplir con formalidad alguna.

Sin embargo solo en el caso de que el agente sea sorprendido en delito flagrante, autoriza la introducción en el domicilio particular, en donde este se ha refugiado, autorizando el ingreso a la o las personas que lo persiguen.

La norma citada hace uso del verbo “**PERSEGUIR**” para significar que la persona autorizada para introducirse en la morada particular, constituida en refugio del autor del delito flagrante, es aquella persona que persigue a quien huye, no a cualquier persona, que por saber que en ese domicilio se encuentra el que huye, pretenda penetrar en dicho lugar.

La autorización entonces es para quien persigue al autor del delito y no a cualquier persona, y con la finalidad exclusiva de aprehender al delincuente y ponerlo a órdenes de la justicia, todo dada la emergencia del hecho.



Pero si desde que se ha descubierto el delito y la noticia de que el autor se ha refugiado en un domicilio particular, ha transcurrido cierto tiempo sin que hubiera existido persecución, y recién entonces comienza a buscársele al autor, ya no es legítima la irrupción del domicilio sede del refugio de la persona buscada, sino que, es necesario que se dicte el auto de allanamiento por parte del juez competente para que dicho auto permita la captura del agente.

2.2.3.- TERCER CASO.- CUANDO SE TRATE DE IMPEDIR LA CONSUMACIÓN DE UN DELITO QUE SE ESTÁ COMETIENDO O DE SOCORRER A LAS VÍCTIMAS.

En este caso la persona que teniendo conocimiento de que en un domicilio se está cometiendo un delito, ingresa en dicho domicilio, sin consentimiento ni permiso del dueño, con la única finalidad de evitar se cometa el delito, o para socorrer a las víctimas de un delito.

El fundamento jurídico para que aún sin orden judicial, ni consentimiento alguno, un particular ingrese en el domicilio de otra persona, está en la emergencia que el hecho ocasiona. El peligro en que se encuentran los habitantes del domicilio allanado, por ello que el legislador en una práctica de ponderación de un bien jurídico protegido a otro, considera como de mayor importancia la ayuda inmediata a la víctima de un delito, frente a la inviolabilidad de domicilio que siendo trascendente, pero al estar en peligro otros bienes es preferible aquello, que lamentarnos por las desgracia que podrían ocurrir si la víctima no es ayudada. El estado constitucional de derechos y justicia no puede permitir se cometa un delito a pretexto de garantizar a ultranza derechos consagrados en la constitución, como el derecho a la propiedad y el de la inviolabilidad de domicilio.



La solidaridad humana y el deber que tenemos todos de impedir se lesionen las normas del ordenamiento jurídico, autoriza en estos casos de emergencia, allanar el domicilio e impedir que el delito inclusive llegue a perfeccionarse.

Las condiciones jurídicas para que el particular ingrese en el domicilio ajeno son las siguientes:

1. La persona que allana el domicilio ajeno debe tener conocimiento de que en el domicilio a ser allanado se está cometiendo un delito, no basta con que el particular presuma, que se va a cometer un delito, la norma transcrita es muy clara “trate de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo”, mas no un delito que se va a cometer.

Por ello que la norma citada debe ser entendida en tal forma. Caso contrario se desnaturalizaría la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, pues a pretexto de que el particular presume que en un domicilio se comete un delito estaría facultado legalmente para allanarlo, inclusive podría ser el pretexto perfecto para ladrones, que al ser descubiertos por el dueño del inmueble, bien pudieren escudarse en este argumento.

El conocimiento de que se está cometiendo un delito puede provenir de manifestaciones externas como: gritos o llamados de auxilio, ya porque testigos presénciales han constatado el ataque y buscan ayuda de terceros, o porque el particular conocía que en un determinado día y hora se iba a perpetrar un delito en un lugar cierto.

2. Es necesario que el delito que se pretende impedir, se haya iniciado en su ejecución, es decir *“Principio de ejecución”*, y no simplemente con que se presuma pueda cometerse el delito. Es



más el momento en que el particular ingresa al domicilio y descubre al agente en plena comisión del delito, estamos frente al caso de delito flagrante y el particular inclusive está autorizado a aprehender al delincuente y ponerlo a órdenes de la autoridad inmediatamente.

3. El allanamiento también puede realizarse para ayudar a la víctima del delito, es decir inclusive cuando el delito ya se ha cometido, bien puede inclusive el delincuente haber huido, pero en este caso la urgencia de brindar ayuda a la víctima justifica el allanamiento. Grave sería que un ciudadano necesite de orden judicial para ingresar al domicilio de una persona agonizante, víctima de un ataque o agresión que le ha ocasionado heridas mortales, bienes jurídicamente protegidos como la vida, podrían estar en juego y sin duda es un bien de mayor importancia que la propiedad privada.
4. Para el allanamiento en este caso particular no requiere de orden judicial, así mismo lo dispone el Artículo 194 del CPP en el inciso penúltimo, que dispone:

En los casos de los numerales 2 y 3 no se requiere formalidad alguna.

2.2.4.- CUARTO CASO.- CUANDO LA JUEZA O EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES TRATE DE RECAUDAR LA COSA SUSTRAÍDA O RECLAMADA O LOS OBJETOS QUE CONSTITUYAN MEDIOS DE PRUEBA.

Cuando la policía judicial en sus investigaciones que realiza bajo la dirección del fiscal tenga conocimiento que en la morada que pretende allanar se encuentran objetos relacionados con el proceso que investiga, debe informar al fiscal, para que éste concurra ante el Juez de Garantías



Penales y solicite el auto de allanamiento de domicilio, mismo que debe ser fundamentado, determinándose los objetivos que el acto procesal persigue.

En el caso propuesto contempla dos posibilidades, estas son:

1. 1.- Recoger las cosas sustraídas o reclamadas, relacionadas con la infracción que se investiga.

Es obligación del fiscal, el momento en que se produce el allanamiento, proceder a comisar las cosas, objetos, armas, etc., producto del delito (robo, hurto, abigeato, estafa, etc.), tanto para el reconocimiento pericial, como para proceder a devolver a su dueño, poseedor o mero tenedor. La norma citada utiliza los términos “... *recaudar la cosa sustraída o reclamada...*”.

2. Recoger los objetos que constituyen medio de prueba del delito.

En este caso se permite el allanamiento para recaudar objetos que constituyan medio de prueba, pero al referirnos a la prueba, debemos tener presente que solo ésta se da en la Audiencia de Juicio, antes no es prueba sino únicamente indicios o evidencias.

Además no debemos confundirnos entre prueba propiamente dicha y medio de prueba, sobre esta última debemos tener presente que nuestro Código de Procedimiento Penal, en el Art. 89 establece como medios de prueba los siguientes. La prueba es material, testimonial y documental. La prueba material está constituida por las huellas o vestigios que dejó la infracción, o los instrumentos con los que se cometió. Este medio de prueba material o documental es trascendental para arribar a la verdad histórica y demostrar la existencia jurídica del delito e identificar inclusive al autor del ilícito, es por ello que la ley faculta al juez ordenar el



allanamiento del domicilio en donde se encuentran dichos medios de prueba.

Finalmente para proceder al allanamiento del domicilio en este caso en particular, es necesario orden de Juez competente, así dispone el Art. 195 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 195.- El allanamiento de la vivienda del acusado o sentenciado, en los casos determinados en el numeral 4 del artículo anterior, serán autorizados por la Jueza o Juez de Garantías Penales mediante auto fundamentado.

2.2.5.- ALLANAMIENTO DEL DOMICILIO DE TERCEROS.

Por mandato legal, también puede procederse al allanamiento del domicilio de terceras personas, que sin ser considerados procesados, acusados ni sentenciados dentro de un proceso penal, sin embargo, por razones de orden estrictamente legal, su garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio se ve limitada.

En estos casos es necesario que el allanamiento esté precedido por una orden dispuesta por un Juez de Garantías Penales, lo que se denomina auto de allanamiento, el mismo que debe estar fundamentado en INDICIOS que hagan presumir que el prófugo o los objetos que se constituyen prueba del delito que se investiga, indicados en el numeral 4 del artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, se encuentran en ese lugar.

En artículo 195, inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, establece:



Art. 195.- inciso segundo.- *Para el allanamiento de la vivienda de otra persona, es necesario que el auto tenga como antecedente presunciones graves respecto a que el procesado o los objetos indicados en el numeral 4 del artículo precedente (Art. 194 CPP) se encuentren en ese lugar.*

De conformidad con la norma transcrita, el Juez no puede aventurarse a violentar el domicilio de una tercera persona ajena al proceso penal, en base de meros supuestos, indicios o inclusive sospechas, que puedan constar dentro del proceso, pues por mandato legal esas presunciones debe ser graves, ya sea que provengan de investigaciones o informes de la Policía Judicial, de declaraciones de testigos, etc., que hayan sido puestas a disposición del Fiscal, quien a su vez con esta información, solicitará al Juez de Garantías Penales la respectiva orden de allanamiento. Pero de ninguna manera este auto de allanamiento puede fundamentarse en sospechas que la Policía Judicial, Fiscal o Juez, elaboren a su leal saber y entender, sin que las mismas se encuentren debidamente avaladas en el proceso.

No olvidemos que la medida cautelar que el juez disponga, atacará a un bien jurídico y constitucionalmente protegido, por lo que debe existir un cuidado muy especial por parte del funcionario judicial, para que solamente en ciertos casos especiales, excepcionales y debidamente avalizados pueda violentar la garantía constitucional, de un ciudadano que no es ni sujeto activo ni pasivo del delito.

La diferencia entre el allanamiento del domicilio del prófugo o acusado y de terceros, radica en que, cuando se trata del domicilio del prófugo, existe de por medio auto de prisión preventiva, auto de llamamiento a juicio o sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, sin que en este caso, se exija otro fundamento adicional. Pero no sucede lo mismo



se requiere del allanamiento del domicilio del tercero ajeno totalmente al proceso, y a las providencias, auto de prisión preventiva o sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, por ello, la ley procesal penal establece la necesidad, de que existan graves presunciones, que en el domicilio del tercero se encuentre el prófugo u objetos que serán medio de prueba dentro del proceso penal que se investiga.

Sin embargo si se trata de las causales 2 y 3 del artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, puede allanarse el domicilio de cualquier habitante del Ecuador aun sin orden judicial.

2.3.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Conforme hemos analizado durante el desarrollo de este capítulo, sobre todo respecto a las condiciones que debe cumplir el allanamiento del domicilio como medida cautelar, misma que es de carácter estrictamente formal, y debe sujetarse a las condiciones y exigencias establecidas en la ley procesal penal.

Al referirnos al allanamiento de domicilio sin orden judicial, como en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, no se requiere más que las condiciones y circunstancias que ya analizamos anteriormente. Sin embargo cuando se trata de allanamiento por orden judicial, es necesario que éste cumpla con una serie de requisitos de forma, sin los cuales el mismo acto procesal de allanamiento de domicilio podría convertirse en delito de violación de domicilio.

Analicemos a continuación cada uno de estos requisitos de procedibilidad.



2.3.1.- SOLICITUD DEL FISCAL.

La investigación penal es de dos clases, esto es, pública o privada (Art. 32 CPP), el ejercicio de la acción pública le corresponde al fiscal (Art. 65 CPP), por tanto, se inicia ya por denuncia o por el hecho de que el fiscal de lo penal, de alguna manera ha llegado a tener conocimiento de un hecho delictivo de acción pública, por lo que dispondrá el inicio de la indagación previa, y si dentro de las investigaciones realizadas por el fiscal considera necesario proceder al allanamiento de un domicilio, ya sea para detener al prófugo sobre el cual se ha librado orden de prisión preventiva o para recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba, deberá solicitar al Juez de Garantías Penales que disponga el respectivo auto de allanamiento, conforme manda el Art. 215 inciso 2 del CPP, que dispone: *“Si durante la indagación previa tuviere que adoptar medidas para las cuales se requiere de autorización judicial, la fiscal o el fiscal deberá previamente obtenerla”*, y según dispone el Art. 216 numeral 9 del mismo cuerpo legal que prescribe, son obligaciones del fiscal entre otras: *“Solicitar a la Jueza o Juez de Garantías Penales que dicte las medidas cautelares, personales y reales que el Fiscal considere oportunas. Igualmente deberá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas, cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvirtuar los indicios que las motivaron. En estos casos, deberá remitir al Juez copias certificadas de lo actuado”*.

En base a esta petición, el Juez de Garantías Penales deberá analizar la procedencia o no del auto de allanamiento de domicilio. El fiscal no podrá ejecutar el allanamiento, mientras no tenga en su poder la orden de allanamiento del domicilio.

Si se trata de detener al prófugo sobre el cual se ha dictado sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, puede el Juez disponer el allanamiento de domicilio y cumplir dicho acto procesal él mismo.



En caso de delito de acción privada (Art. 371 CPP) en donde la competencia para tramitar dichos proceso le corresponde al Juez de Garantías Penales, quien debe tramitar exclusivamente a petición de parte, mediante querrela. Se discute si en este caso el Juez de Garantías Penales puede o no dictar auto de allanamiento del domicilio de una persona, es necesario que dilucidemos este problema en base a lo que dispone nuestra ley.

Ya manifestamos que en los casos contemplados en los numerales 2 y 3, del Art. 194 del Código de Procedimiento Penal, se puede allanar el domicilio de una persona aun sin orden judicial, ya se trate de un delito de acción pública o privada.

Pero en el caso del numeral 1 del Art. 194 del Código de Procedimiento Penal, esto es cuando se trate de detener a una persona contra la que se haya librado mandamiento de prisión preventiva o se haya pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de libertad; recordemos que en los procesos de acción penal privada no se puede dictar prisión preventiva, (Art. 173 CPP). Por tanto en este supuesto caso no es posible se emita auto de allanamiento del domicilio; pero en el segundo caso, esto es, cuando se haya pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de libertad, consideramos que si procedería se ordene el allanamiento del domicilio para detener al prófugo de la justicia, pues la norma objeto de análisis, no se refiere a delito de acción pública exclusivamente.

Respecto al numeral 4 del artículo 194 del CPP, esto es *“Cuando la jueza o el juez de Garantías Penales trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba”*, también se puede proceder al allanamiento del domicilio en donde fundamentadamente se sospecha están dichos objetos.



2.3.2 INTERVENCION DE JUEZ COMPETENTE.

La competencia para administrar justicia, esto es, juzgar y ejecutar lo juzgado, se distribuye entre otras cosas por la materia, surgiendo entonces los jueces penales, cuya competencia está expresamente establecida en el Art. 27 del Código de Procedimiento Penal.

Entre las competencias del Juez de Garantías Penales contempladas en el Art. 27 están:

1.- Garantizar los derechos del procesado y ofendido, conforme a las facultades y deberes establecidos en este Código, la Constitución y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, y,

2.- Tramitar y resolver en audiencia, en la etapa de Indagación Previa y etapa de Instrucción Fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazos y necesidad de mantención de medidas cautelares. Entre otras, por lo que le corresponde al Juez de Garantías Penales el establecer medidas cautelares como la de allanamiento del domicilio.

Es por ello que esta medida cautelar de carácter excepcional, debe necesariamente ser dictada mediante auto motivado, por un Juez de Garantías Penales.

2.3.3.- ORDEN O AUTO DE ALLANAMIENTO.

Conforme hemos manifestado en los casos de los numerales 1 y 4 del artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, se requiere de una orden por escrito dictada por un Juez de Garantías Penales para proceder



a allanar el domicilio del habitante del Ecuador. Esta orden proviene de lo que en doctrina se llama un auto de allanamiento.

El artículo 195 del Código de Procedimiento penal dispone al respecto:

Art.- 195.- *El auto de allanamiento de la vivienda del acusado o del sentenciado, en los casos determinados del numeral 4 del artículo anterior, será autorizado por el juez de garantías penales mediante auto fundamentado.*

Para el allanamiento de la vivienda de otras personas, es necesario que el auto tenga como antecedente presunciones graves respecto a que el procesado o los objetos indicados en el numeral 4 del artículo precedente, se encuentran en ese lugar.

La orden no es más que la objetivación de la voluntad del órgano jurisdiccional penal para que se haga efectivo el allanamiento, pero éste debe ser resultado de la voluntad del juez constante en un auto, por tratarse de la limitación de un derecho constitucionalmente garantizado, como es la inviolabilidad de domicilio. El auto de allanamiento se cumple con la orden que el juez emite y entrega al fiscal para que la ejecute.

El allanamiento del domicilio, es un acto jurídico, es por ello que el fiscal al pretender ingresar en un domicilio particular, para obtener resultados positivos para el proceso penal, es recomendable que siempre cuente con la orden del juez, que le faculte cumplir dicha actividad procesal, siendo de esta manera una actuación oficial.



2.3.3.1 CONTENIDO DEL AUTO DE ALLANAMIENTO.- El auto de allanamiento debe contener:

2.3.3.1.1.- LA MOTIVACION.

Uno de los principios fundamentales del debido proceso es la exigencia de que toda resolución que afecte a los derechos de las personas debe ser motivada, así dispone el Art. 76 numeral 7 literal I de la Constitución, que textualmente dispone:

“Las resoluciones del poder público deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncia las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideran nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados”.

La providencia o auto en donde el Juez de Garantías Penales dispone el allanamiento del domicilio de una persona, debe contener la motivación a la que se refiere la norma constitucional citada. Es decir deberán constar las normas y principios aplicables al caso, y la pertinencia de su aplicación. Es necesario además recordar que según el Art. 195 del CPP anteriormente transcrito, establece una diferenciación en la motivación, según se trate de quien habite en la vivienda a ser allanada, ya sea del prófugo o encausado o la de terceras personas ajenas al proceso penal que se investiga.

Cuando se requiera el allanamiento para detener a una persona contra la que se haya librado mandamiento de prisión preventiva o se haya pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de libertad,



contemplado en el numeral 1 del artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, es necesario que anteceda al auto de allanamiento, la orden o auto de prisión preventiva ejecutoriada o la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad, en firme. En dicho auto de allanamiento el Juez debe hacer constar de manera clara y precisa el local a ser allanado, esto es la dirección (calles e intersecciones), ubicación, número de vivienda si está ubicada en el área urbana, individualizando inclusive el departamento en el que se encuentre el prófugo, si se trata de un inmueble o edificio en donde existen varios departamentos habitados por varias familias, ya sea por tratarse de un condominio, propiedad horizontal, casa de arriendos, inclusive una habitación de hotel, porque el juez no puede dictar una orden de allanamiento en forma general, facultándole al fiscal irrumpa en todos los departamentos del edificio, por ello es necesario que la orden de allanamiento sea individualizada.

Es necesario que al momento del allanamiento el Fiscal o Policía Judicial, a más de portar la orden escrita de allanamiento, deberá también portar la orden de detención del prófugo, pues si no dispone de tal, no es posible ejecutar el allanamiento, medida auxiliar dispuesta para la ejecución de una medida cautelar personal, como ya se explicó.

Cuando la Jueza o el Juez de Garantías Penales trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba, según numeral 4 del Art. 194 del Código de Procedimiento Penal, es necesario que además de la motivación ya indicada, existan indicios precisos y graves dentro del proceso, de que en dicho lugar están los objetos o cosas sustraídas o reclamadas, no basta simplemente con suponer que en un lugar determinado puedan estar estos bienes, pues una garantía constitucional no puede estar sujeta a caprichos o suposiciones infundadas de la autoridad.



Finalmente en el Art. 195 del Código de Procedimiento Penal, en el inciso final dispone:

“Para el allanamiento de la vivienda de otras personas, es necesario que el auto tenga como antecedente presunciones graves respecto a que el imputado o los objetos indicados en el numeral 4 de artículo precedente, se encuentran en ese lugar”.

2.3.4.- EJECUCION DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO.-

Luego de que el Juez de Garantías Penales emita el auto respectivo de allanamiento, y se le entregue la orden por escrito al fiscal que lo solicitó, se debe proceder de la siguiente forma.

2.3.4.1 PERSONAS QUE DEBEN INTERVENIR EN EL ALLANAMIENTO.

Por regla general en el allanamiento del domicilio dispuesto por orden judicial, debe estar presente el fiscal, acompañado por miembros de la Policía Judicial.

De conformidad con lo que dispone el Art. 198 del Código de Procedimiento Penal, el fiscal debe determinar qué personas ingresarán al domicilio a ser allanado.

Art. 198.- Participantes.- *Al allanamiento irá el Fiscal, acompañado de la Policía Judicial, sin que puedan ingresar al lugar que debe allanarse otras personas que no sean las autorizadas por el Fiscal.*



Según mi opinión personal el allanamiento de la morada constituye una limitación a un derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio y de intimidad personal, por lo que este acto procesal debe ser realizado por un Juez de Garantías Penales y no por una de las partes procesales, como es el Fiscal, por lo que comparto el criterio de **Jorge Zavala Baquerizo quien manifiesta** “ *El fiscal se encuentra inconstitucionalmente actuando en el allanamiento, puesto al ser él quien dirige y regenta la sustanciación de la instrucción fiscal, no es imparcial, por ello que este acto trascendental debería estar presidido por el Juez de Garantías Penales, imparcial en la relación jurídica que es de la naturaleza del proceso penal, pero no por una persona que, como el fiscal tiene la doble misión de investigar y acusar, a la cual se le suma la de actuar como juez en la primera etapa del proceso penal, como es la instrucción fiscal...es alarmante que mientras la Constitución exige que los jueces sean imparciales (Art. 76 numeral 7 literal k) en sus funciones, sin embargo la ley permita que el fiscal que es manifiestamente parcial, dada su función de investigar y de acusar, pueda sustanciar el proceso como juez de primera etapa del proceso penal y se le permita que presida actos procesales tan delicados y comprometedores como es el acto de allanamiento de la morada del habitante del país... ²¹”.*

Una vez que el fiscal tiene en su poder la orden de allanamiento, deberá coordinar con los miembros de la Policía Judicial para instruirlos de cómo se va actuar, deberá vigilar que no se vulneren derechos de las personas que se encuentran en el interior del domicilio allanado, pues como manifiesta Zavala Baquerizo, no se trata de la toma de una fortaleza que estuvo en manos del enemigo, la búsqueda de un botín, ni satisfacer venganzas personales. Es un acto procesal de muy delicada actuación.

Recordemos que el allanamiento como medida cautelar tiene finalidades concretas, por tanto sólo las personas que el fiscal autorice ingresarán al

²¹ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo VI, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, año 2005, Pág. 367.



domicilio a allanarse, y sólo las cosas y objetos que el fiscal señale deberán ser comisadas o incautadas y sólo la persona cuyo nombre conste en el auto de prisión preventiva o sentencia condenatoria deberá ser aprehendida. En resumen el fiscal dirige el allanamiento, decide lo que se hace o no en el domicilio que se está allanando.

Conocemos de muy pocos casos en el país en donde el Juez de Garantías Penales, que dictó el auto y orden de allanamiento, es quien preside la diligencia de allanamiento, en nuestro medio esto no ha ocurrido, es el fiscal el que lo cumple.

Consideramos que en este acto procesal también podrían estar presentes las partes procesales, acompañadas de sus abogados defensores.

2.3.4.2.- EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO Y EL QUEBRANTAMIENTO DE PUERTAS Y SEGURIDADES.

Sobre la ejecución de la orden de allanamiento, el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal establece:

Art. 199.- Ejecución.- Si presentada la orden de allanamiento, el dueño o el habitante de la vivienda se resistiere a la entrega de la persona o de las cosas, o a la exhibición de aposentos o arcas, el Fiscal ordenará el quebrantamiento de las puertas o cerraduras.

El allanamiento es el quebrantamiento compulsivo material de la morada del habitante del Ecuador, con la orden judicial respectiva.

Un gran vacío dejado por la ley procesal penal es el no establecer si el allanamiento debe practicarse en un horario determinado, ya sea en horas del día o de la noche. Como es frecuente en nuestro medio el



allanamiento se realiza en horario nocturno. Es preciso establecer diferencias entre el allanamiento a una vivienda o a un local comercial.

El allanamiento a una vivienda de un habitante del Ecuador consideramos que en lo posible debe realizarse en horas hábiles, mientras la familia no ha ingresado al descanso nocturno. Las consecuencias físicas y psicológicas del allanamiento deben sufrir las personas que provocaron tal allanamiento y nadie más.

El ejecutar el allanamiento en altas horas de la noche, es atentar contra la tranquilidad de toda la familia, de todo el barrio, inclusive se atenta contra el pudor de los moradores de la vivienda allanada, que se ven sorprendidos en la intimidad de su descanso, pues si el morador se ha prestado a pernoctar, existen personas que acostumbran dormir desnudos, y al ser sorprendidos por el allanamiento y la intromisión abrupta, serán en estas condiciones en las que se los encuentre. Además no debemos olvidar que en la vivienda a ser allanada pueden habitar también menores de edad, que sin lugar a dudas sufren tremendo impacto psicológico al ser despertados por personas extrañas en su hogar.

Legislaciones como la italiana y argentina, establecen límites horarios para la ejecución del allanamiento con orden judicial, excepto lógicamente el caso de allanamiento por delito flagrante o para auxiliar a las víctimas en donde no puede establecerse un límite horario y puede ser ejecutado en la hora que fuere siempre que medien las condiciones que para esos casos particulares se requieren y que hemos analizado oportunamente.

La ejecución del allanamiento en locales comerciales puede realizarse en cualquier hora.



Otro aspecto trascendental que el fiscal debe cumplir al momento de ejecutar el allanamiento, es la exhibición de la orden de allanamiento al morador o titular del domicilio, quien por legítimo derecho puede revisarla, conocer qué autoridad emitió tal orden y con qué objetivo. Pero un problema práctico que alguna vez se presentó en nuestro medio, se dio cuando, al momento en que el Fiscal le presentó la orden al dueño del domicilio, éste se lo tragó, por ello es recomendable entregársele más bien una copia de dicha orden y así evitar situaciones no deseadas.

Es necesario nuevamente recordar la diferencia entre el dueño del inmueble y el dueño del domicilio a ser allanado, en este caso, la orden judicial de allanamiento debe ser puesta a disposición del dueño del domicilio, quien puede consentir el ingreso o negarse hacerlo, en este caso, sin duda que el consentimiento para ingresar al domicilio jurídicamente es irrelevante, pues el consentimiento fundamental surge del auto de allanamiento legítimamente emitido, es más, inclusive de no existir dicho consentimiento la ley le faculta al fiscal ingresar de todas maneras al domicilio.

Entonces, presentada la orden y si el morador titular del derecho del domicilio no permite el ingreso a la vivienda, el fiscal está facultado en ese momento a disponer que se rompan las puertas y seguridades, con el objeto de acceder al interior de la vivienda y practicar el allanamiento.

Ya en el interior del local o vivienda, el Fiscal debe dedicarse a efectuar el allanamiento, específicamente disponiendo el registro del inmueble, solamente para el objetivo que consta en la orden de allanamiento; si el objetivo del allanamiento es obtener instrumentos o cosas relacionadas con la infracción, y al practicar el allanamiento se encontrare en el interior de la vivienda a un prófugo de la justicia, no podrá disponer su detención por cuanto no está jurídicamente legitimado para aquello.



Si se trata de recuperar cosas relacionadas a la infracción que se investiga, y el dueño de la vivienda se niega a abrir vagones, maletas, baúles, etc., igualmente el fiscal está autorizado para disponer se rompan dichas seguridades y se registre dichos bienes muebles, pero es recomendable que dichos actos se los practique en presencia del habitante de la vivienda, de la persona a cuya custodia se encuentren o de testigos, para que aprecien lo que se encontrare en dichos lugares y se proceda a la incautación, si es de aquellos para cuyo objetivo se dictó el allanamiento; esto permite garantizar la imparcialidad del acto y evitar alegaciones posteriores en el sentido de que artificiosamente se hacen aparecer objetos o documentos que comprometan responsabilidad penal de los moradores del lugar allanado, o puede acusarse de que desaparecieron otros objetos que no constan en el acta de allanamiento.

No se debe perder de vista que el allanamiento es un acto procesal excepcional, y que debe practicarse con sigilo, en estricta observación a las normas aplicables y bajo el objetivo determinado en el propio auto y orden de allanamiento, de ello depende la eficacia o no de su resultado.

2.3.4.3.- INCAUTACION DE OBJETOS, DOCUMENTOS Y ARMAS QUE CONSTITUYAN MEDIOS DE PRUEBA.

Los artículos 200 y 201 del Código de Procedimiento Penal disponen:

Art. 200.- Inspección e Incautación.- *Practicado el allanamiento, el Fiscal inspeccionará en presencia de los concurrentes las dependencias del local allanado, las armas, documentos u objetos concernientes a la infracción y entregará a la Policía Judicial lo que mandare a recoger a consecuencia del allanamiento, previo inventario y descripción detallada.*



Art. 201.- Documentos.- *Los documentos que, por su naturaleza puedan incorporarse al proceso, una vez rubricados por el Fiscal serán agregados a los autos, después de cumplir lo dispuesto en este Código en relación con la prueba documental.*

El allanamiento de domicilio inicia con el ingreso del Fiscal al local, ya en el interior deberá proceder a realizar una inspección del lugar, para dar cumplimiento a la orden y objetivos del allanamiento.

Si el objetivo del allanamiento es proceder a la detención del prófugo, el Fiscal debe inspeccionar todos los lugares en donde puede esconderse este sujeto, sin que quede ningún lugar sin ser inspeccionado, descubierto y detenido el prófugo el Fiscal debe retirarse del lugar y la diligencia termina.

El Fiscal no puede extender a su capricho, el allanamiento a otro lugar que el determinado en la orden judicial de allanamiento, por ejemplo si el allanamiento es practicado en un edificio en donde existen varios habitantes y por ende varios domicilios, no puede el Fiscal allanar el edificio en forma general, sino exclusivamente el departamento expresamente determinado.

Pero si el Fiscal al momento de ejecutar el allanamiento del domicilio con el fin exclusivamente de aprehender al prófugo de la justicia, se encontrare en el inmueble con objetos o cosas que son relativas a una infracción, pero el comiso no estaba incluido en la orden de allanamiento que está investigando. ¿Es legal que el Fiscal proceda a decomisar e incautar dichos objetos?

La doctrina se ha pronunciado en forma diversa, así, para unos el Fiscal debe aprehender las cosas, aunque no se encuentre autorizado



judicialmente para ello, porque, se afirma, que el allanamiento comprende todo el ámbito de la vivienda y si dentro de la misma existen efectos y cosas relacionadas con la infracción, el Fiscal debe proceder en beneficio de la correcta administración de justicia, a incautarla, aunque la búsqueda de esas cosas no estuviera comprendida dentro de las finalidades del allanamiento. A esta teoría se denomina “*allanamiento extensivo*”, teoría que en el transcurso del tiempo ha sido fuertemente cuestionada y muy poco aplicada.

Otra teoría, y sin duda la más aceptada es que el Fiscal en el caso analizado, está obligado a actuar dentro de los límites expresamente previstos en la orden judicial de allanamiento y que, en consecuencia, si al cumplir dicho allanamiento, observa que en la vivienda allanada se encuentran objetos relacionados con la infracción, debe solicitar al Juez una nueva autorización para incautar dichos objetos o cosas, amén de que no será necesario días o meses para obtener la nueva orden de allanamiento, si se trabaja en forma coordinada se requeriría de minutos para obtener una nueva orden. Pero si dicha diligencia fuera cumplida por el Juez de Garantías Penales, no necesitaría sino, dictar en ese momento un auto por el cual haría extensivo el allanamiento para recuperar las cosas encontradas sorpresivamente.

Finalmente hay una tercera teoría que sostiene que si el Fiscal al momento de cumplir con la orden de allanamiento, y a simple vista observa que existen en el local allanado cosas que están relacionadas con el delito que se investiga o con cualquier otro delito, puede ordenar su incautación, pero una vez cumplida la finalidad del allanamiento, ejemplo detener al prófugo, ya no es legal continuar con el registro sigiloso del domicilio.

Sin embargo no podemos desconocer que el allanamiento del domicilio como medida cautelar, constituye una excepción a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, por tanto debe actuar



siempre ajustado a lo que se ha ordenando en el auto de allanamiento, no pueden violentarse esos límites e ir más allá de los mismos.

El allanamiento de vivienda comprende no solo la casa habitada sino también lo que el Código Penal establece como “*dependencias de la casa habitada*” (**Art. 594 CP**) esto es patios, corrales, pesebres, terrenos cerrados y cualquier edificación que se encuentre dentro de estas dependencias, aun cuando esté comprendida en un cercado particular dentro de un cercado general, pero anexo a la casa de habitación sobre la cual se dispuso el allanamiento.

Si el allanamiento se ha dispuesto para recaudar cosas relacionadas con el proceso, el fiscal deberá inspeccionar todos los lugares en donde se puedan encontrar guardados o escondidos dichos objetos, pudiendo registrar cajones, baúles, archivos, escritorios, etc., los mismos que al ser encontrados el fiscal los comisará o incautará registrándolos en la diligencia, detallándolos de forma pormenorizada, individualizándolos y describiéndolos según su naturaleza. Luego dichos objetos deben ser entregados a la Policía Judicial para que los guarde según la cadena de custodia y sean presentados como medio de prueba en juicio.

Respecto a los documentos es necesario precisar que según lo dispuesto en el **Art. 201.- del Código de Procedimiento Penal**, *Los documentos que, por su naturaleza puedan incorporarse al proceso, una vez rubricados por el Fiscal serán agregados a los autos, después de cumplir lo dispuesto en este Código en relación con la prueba documental.*

Es necesario tener presente que, juntamente con la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, está también la de secreto de correspondencia, conforme dispone el Art. 150 del CPP y Art. 66 numeral 21 de la Constitución.



Como se puede colegir de la norma trascrita, la ley no obliga al Fiscal que inmediatamente después de ser descubierto el documento en el domicilio allanado, éste deba ser incorporado al proceso, sin observar minuciosamente las normas aplicables al caso de la prueba documental.

Una vez cumplidos los procedimientos establecidos en nuestro Código de Procedimiento Penal, respecto a la prueba documental, (Arts. 145 a 158 del CPP) y si dichos documentos están relacionados con el proceso penal que originó el allanamiento, entonces deben ser agregados por el Fiscal al proceso, una vez que han sido debidamente rubricados.

Con la orden de allanamiento el Fiscal no está autorizado a incautar todo documento que encuentre en el domicilio allanado, sino solamente aquellos que estén relacionados con el objeto de la investigación, y que son el objetivo de la diligencia. Es por ello que el Fiscal al momento de descubrir un documento, debe examinarlo privadamente, y constatar y determinar si dicho documento está relacionado con el objeto del allanamiento, y de ser así, lo rubricará y lo incorporará al proceso, previas las formalidades de rigor, a las que se refiere la prueba documental.

Es nuestro criterio que, no es lícito apoderarse de todo documento que se llegue a encontrar en el domicilio registrado, pues no debemos olvidar que la actuación del Fiscal en la ejecución del allanamiento tiene límites de carácter legal, como las garantías constitucionales establecidas en el artículo 66 de la constitución, entre ellas la inviolabilidad de secreto, el derecho a la intimidad personal y familiar, etc.

Finalmente, no es la Policía Judicial la autorizada a incautar o aprehender documentos en el domicilio que se allana, sin la orden del Fiscal.



2.3.5.- EL ACTA DE ALLANAMIENTO.

El Art. 202 del Código de Procedimiento Penal, dispone:

Art. 202.- Concluido el allanamiento, se harán constar en acta, que se agregará al proceso, los incidentes y resultados de la diligencia.

El allanamiento inicia con el ingreso del fiscal, la policía judicial y las personas que el Fiscal autorice, al domicilio objeto del allanamiento, y concluye cuando el Fiscal y todos sus acompañantes se retiran y egresan de dicho domicilio.

Finalizada la tarea para la cual se ordenó el allanamiento, el Fiscal declara que ha concluido dicha diligencia y que de todo lo actuado, la forma en la que se realizó el allanamiento, las órdenes que emitió, los resultados y demás observaciones debe hacerse constar en una acta redactada por escrito y que debe ser firmada por el fiscal, el secretario y las personas que intervinieron en la diligencia, conforme dispone el Art. 116 del CPP.

Como manifestamos anteriormente, el allanamiento del domicilio es una actividad irrepetible, por ello el fiscal tiene la obligación de perpetuarla en el proceso, para ello se necesita el acta redactada por escrito.

2.3.5.1.- CONTENIDO DE LA ACTA DE ALLANAMIENTO DEL DOMICILIO.- El acta debe ser redactada por escrito y debe contener lo siguiente:

1. Iniciar por determinar el lugar exacto en el que se practicó el allanamiento, con el objeto de dejar constancia que se practicó el allanamiento en el domicilio autorizado por el Juez.



2. Luego se hará constar la fecha con especificación de la hora en que inició la diligencia y la hora en que terminó.
3. Se hará constar el nombre del Fiscal y de las personas que lo acompañan e intervienen en el allanamiento.
4. La narración de todos los incidentes suscitados en la práctica de la diligencia.
5. Debe hacer constar si hubo o no oposición por parte de titular o del encargado del domicilio en la práctica del allanamiento.
6. La forma como se practicó el registro domiciliario.
7. El resultado de la diligencia; esto depende del objetivo de la diligencia, si se realizó para detener al prófugo deberá detallarse si se cumplió o no y en que circunstancia se cumplió; si la diligencia se efectuó con la finalidad de incautar objetos u cosas relacionadas con el delito que se investiga, el Fiscal debe describir el objeto, indicar el lugar en que se encontró, el nombre de la persona que lo portaba; si se comisa documentos relacionados con la infracción, el Fiscal debe en el acta hacer constar el número de documentos incautados, y que los retuvo para su examen respectivo; si se comisa armas el Fiscal indicará los nombres y apellidos de la persona que los portaba.
8. Las firmas del fiscal, secretario y de las personas que intervienen en el allanamiento.

Concluido el allanamiento y si no fue posible alcanzar el objetivo que perseguía dicha diligencia, deberá también hacerse constar en el acta.



2.4.- ALLANAMIENTO DE LUGARES PÚBLICOS.

También se puede allanar lugares públicos conforme dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 203.- Lugares públicos.- Para allanar los lugares públicos como el Palacio de Gobierno, los locales de los juzgados y tribunales de justicia, o las oficinas públicas, el juez de garantías penales avisará, previamente, a los funcionarios respectivos, haciéndoles conocer la necesidad del allanamiento.

Para allanar el recinto del Congreso Nacional se necesita el consentimiento previo del Congreso o de su Presidente.

Si por las razones expuestas en este trabajo, es posible legalmente franquear la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio de un habitante del Ecuador, con mucha más razón se puede allanar un lugar público, que como analizaremos no se encuentra bajo la protección constitucional, pero para evitar abusos e ilegalidades, la ley ha dispuesto el procedimiento que debe cumplirse para el allanamiento de estos lugares. No existe en el país local y lugar que no pueda allanarse, salvo las embajadas, misiones diplomáticas y oficinas consulares de naciones extranjeras, que tienen un tratamiento especial como lo veremos.

Los lugares públicos que señala la norma transcrita “Palacio de Gobierno, los locales de los juzgados y tribunales de justicia, o las oficinas públicas”, son meramente ejemplificativos y no excluyentes, puesto que al utilizar la frase “Lugares Públicos”, quedan comprendidas las oficinas, almacenes, salones, etc. de propiedad privada, debido a que estos son lugares de libre acceso y concurrencia de cualquier persona.



Es por ello que puede allanarse lugares públicos fiscales, municipales y hasta particulares, pero siempre cumpliendo con las exigencias legales, respetando el horario y reglamentos internos de buenas costumbres.

No comete delito alguno menos el de violación de domicilio el que ingresa por ejemplo a un cine o club privado, etc. sin pagar su entrada, o contra la voluntad del conserje, pero las personas encargadas de la custodia e ingreso al local tienen el derecho legítimo de impedir el ingreso a dicho local por parte de personas que no forman parte del mismo, o que no respeta las normas y regulaciones establecidas.

Sin embargo en estos casos para proceder a realizar un allanamiento, es necesaria una orden judicial de allanamiento dispuesta por un Juez de Garantías Penales, para evitar ilegalidades y procedimientos abusivos, pero paralelamente al auto de allanamiento, el Juez debe notificar al jefe de la oficina pública a ser allanada, transcribiendo el auto de allanamiento, haciéndole saber la necesidad de la medida y la finalidad de la medida cautelar. Ya en el local público a ser allanado, si el jefe de la oficina se pone al allanamiento, el fiscal puede autorizar la ruptura de seguridades y el ingreso al local para cumplir con la orden de allanamiento.

El procedimiento es diferente para el allanamiento de algunos lugares públicos como:

a.- Allanamiento al Congreso Nacional, hoy Asamblea Nacional, según dispone el segundo inciso del artículo antes transcrito, "*Para allanar el recinto del Congreso Nacional se necesita el consentimiento previo del Congreso o de su Presidente*", en este caso el Juez debe dirigirse al Presidente de la Congreso, hoy Asamblea Nacional, haciéndole conocer del auto de allanamiento, la necesidad y el objetivo del mismo y solicitándole el consentimiento respectivo. El presidente de la Asamblea Nacional, deberá poner en conocimiento del pleno de la asamblea. Si el



presidente o la asamblea no dan su consentimiento para tal allanamiento, el Juez debe abstenerse de emitir la orden de allanamiento y no se puede ejecutar el allanamiento.

b.- Allanamiento a lugares públicos particulares, en este caso el Juez debe oficial al representante de dicho lugar, haciéndole conocer la necesidad del allanamiento y su finalidad, solicitándole además preste las facilidades del caso para el cumplimiento de dicha diligencia. Pero si el representante de dicho lugar se niega a permitir el ingreso para el allanamiento, el Fiscal puede ordenar se rompan las seguridades o puertas y de todas maneras se cumple con el allanamiento.

c.- En los demás lugares debe emitirse el auto y orden de allanamiento, notificársele al jefe de dicha oficina o local, haciéndole saber la necesidad del allanamiento.

2.5.- ALLANAMIENTO DE MISIONES DIPLOMATICAS Y NAVES O AERONAVES EXTRANJERAS.-

El artículo 204 del Código de Procedimiento Penal al respecto dispone:

Art. 204.- Para extraer al prófugo de una Misión Diplomática o Consular, o de la residencia de un Jefe de Misión Diplomática o Jefe de Oficina Consular, o de los miembros de las respectivas misiones, el juez de garantías penales se dirigirá con copia del proceso al Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitando que reclame su entrega.

En caso de negativa o silencio del agente diplomático o consular, el allanamiento no podrá realizarse.



En todo caso, se estará a lo dispuesto en convenios y normas internacionales vigentes en el Ecuador sobre la materia.

Según dispone la norma transcrita, para proceder al allanamiento de Misiones Diplomáticas o Consulares, e inclusive la residencia del Jefe de la Misión Diplomática, o de la Oficina Consular, el Juez de Garantías Penales debe dirigirse al Ministro de Relaciones Exteriores, mediante oficio, en el que conste el auto de allanamiento dispuesto, las razones por las que considera necesario dicho allanamiento, debe además remitir copias debidamente certificadas de todo el proceso que incide en el auto de allanamiento, para que el canciller tenga pleno conocimiento de todo lo actuado y analice si el procedimiento seguido por el Juez de Garantías Penales está o no ajustado a derecho, y al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Si el Ministro de Relaciones Exteriores considera procedente la petición, se dirigirá mediante oficio al representante diplomático o consular solicitando su consentimiento para que se cumpla con el allanamiento ordenado por el juez.

Si el representante diplomático o consular consiente en dicho allanamiento, contestará por escrito al Ministro de Relaciones Exteriores, quien remitirá dicha autorización al Juez de Garantías Penales, para que remita al fiscal, y así se cumpla el allanamiento dispuesto. Pero si el representante diplomático o consular no consiente en el allanamiento o guarda silencio, el allanamiento no puede realizarse.

Es necesario aclarar que la norma transcrita no se refiere al caso de que los diplomáticos, Jefes de misiones, agregados, etc., que han cometido delitos dentro del país, pues en este caso se les aplica lo dispuesto en el Art. 18 del Código de Procedimiento Penal; la norma se refiere al hecho de que en las misiones diplomáticas, consulares, o sus oficinas e inclusive



en la residencia del Jefe de la Misión Diplomática o Consular se encuentre un prófugo de la justicia ecuatoriana, es decir una persona contra la que se ha dictado ya sea orden de prisión preventiva o sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad.

La norma transcrita además limita el allanamiento, exclusivamente para detener al prófugo de la justicia, por lo tanto no se puede solicitar el allanamiento de estos locales o domicilios para recuperar cosas, objetos, armas, etc., relacionados con un hecho punible que se investiga.

Finalmente la norma transcrita en el último inciso dispone “*En todo caso, se estará a lo dispuesto en convenios y normas internacionales vigentes en el Ecuador sobre la materia*”. En este caso vale la pena hacer una breve referencia a lo que en doctrina y en el Derecho Internacional Público se llama “*Derecho de Asilo*”, que se regula por convenios internacionales, las normas del derecho internacional y el derecho interno de cada país.

El Derecho de Asilo es una institución muy antigua, su nombre proviene del latín “*asylum o asulem*” que significa refugio sagrado o sitio inviolable; en virtud de esta institución, el Estado extranjero concede amparo y protección a una persona perseguida por motivos políticos, religiosos o militares, que demanden su ayuda, sea dentro de su embajada, sea dentro de su territorio, comprendiendo dentro de este concepto a sus navíos y aeronaves de guerra.

El asilo por tanto es un derecho que se concede a toda persona perseguida por motivos políticos, religiosos o militares para que pueda permanecer dentro del territorio del estado al que ha pedido protección, hasta que cese la causa que motivó la demanda de amparo. Lo importante del asilo es que no está sometido a tratados internacionales como la extradición, así se declaró en la Convención sobre Asilo Político emitida en la Séptima Conferencia Internacional Americana de



Montevideo, celebrada en 1933, es una institución básicamente humanitaria, antes que jurídica, y que, por ende, queda al criterio de cada país concederlo o negarlo, sin esperar reciprocidad alguna²².

2.5.1.- ALLANAMIENTO DE NAVES O AERONAVES EXTRANJERAS.

El artículo 205 del Código de Procedimiento Penal dispone:

Art. 205.- Para detener a los prófugos que se hubieren refugiado en una nave o aeronave de guerra extranjera que estuvieran en el territorio de la República, la reclamación de entrega se hará siguiendo las disposiciones del artículo anterior, inclusive en los casos de negativa o silencio del comandante de la nave o aeronave.

La norma transcrita nos remite al artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, que señala que pasos deben seguirse para realizar el allanamiento de naves y aeronaves de guerra extranjeras, que se encuentran en el territorio patrio.

El Juez de Garantías Penales que dicte el auto de allanamiento de estos locales, deberá dirigirse al Ministro de Relaciones Exteriores, con un oficio, al que adjuntará copias debidamente certificadas de todo lo actuado en el proceso penal que motiva el allanamiento y las razones por las que el juez dispone el allanamiento. El Ministro de Relaciones Exteriores deberá dirigirse al comandante de la nave o aeronave, solicitándole brinde las facilidades para que se cumpla con el allanamiento, si este da su consentimiento, el allanamiento se cumple, pero si no consiente o guarda silencio, el allanamiento no se ejecuta.

²² ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo VI, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, año 2005, Pág. 392.



Es necesario recordar que como el caso anterior se debe proceder a disponer el allanamiento, cuando en dichas naves o aeronaves se encuentra el prófugo de la justicia ecuatoriana, más no para recuperar cosas, objetos, armas que tengan relación con el hecho ilícito que se investiga.

2.6.- CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN ALLANAMIENTO DE DOMICILIO SIN IMPORTAR EL FUERO DEL HABITANTE DE LA MORADA.

El artículo 196 del Código de Procedimiento Penal dispone al respecto:

Art. 196.- El allanamiento se efectuará no obstante cualquier fuero del habitante de la morada.

El Juez de Garantías Penales debe disponer el allanamiento de domicilio sin tomar en cuenta si el morador de la vivienda goza o no de fuero. Por tanto ninguna persona puede oponerse a la ejecución del allanamiento alegando gozar de algún fuero especial.

Lo que significa que en nuestro país no existen lugares en los que no se pueda realizar allanamientos, y servir de escondite o refugio de prófugos de la justicia o para ocultar cosas, objetos o armas de origen delictivo.

En el campo doctrinario se discute si la inmunidad parlamentaria, esto es la inmunidad concedida a los legisladores o asambleístas, puede impedir el allanamiento de su domicilio, mas a criterio de **Jorge Zavala Baquerizo**, *“la inmunidad de nuestra referencia dice relación con la persona del parlamentario en los casos expresamente previstos en el Código de Procedimiento Penal, y en la Ley Orgánica que regula la actividad legislativa, pero no se refiere al domicilio del mismo, pues sería*



extender el derecho de asilo a una morada particular por el solo hecho de pertenecer a un legislador”²³.

Si en el domicilio de un legislador se encontrare escondido un prófugo de la justicia u ocultados bienes, armas documentos, etc. que están relacionadas con un delito, cumpliéndose con las formalidades analizadas en este trabajo, el Juez de Garantías Penales puede dictar el respectivo auto de allanamiento de dicho domicilio.

Para la ejecución del allanamiento del domicilio no se reconoce ningún tipo de fuero, ya sea que pertenezca a un policía, militar o político, debido al fin social que persigue esta diligencia procesal, sobre el interés individual.

2.7.- OTRAS MEDIDAS QUE PUEDE DICTAR EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DEL ALLANAMIENTO.

El Juez de Garantías Penales según dispone el Artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, tiene algunas facultades, para garantizar la eficacia del allanamiento del domicilio, así:

Art. 197.- Para evitar la fuga de la persona o la extracción de las armas, instrumentos, objetos o documentos que se trate de aprehender, y mientras se ordena el allanamiento, el juez de garantías penales podrá disponer la vigilancia de lugar, con orden de detener y conducir a su presencia a las personas que salgan y de aprehender las cosas que se extraigan.

²³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo VI, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, año 2005, Pág. 363.



La norma transcrita le confiere al Juez de Garantías Penales las siguientes facultades:

- a).- Disponer la vigilancia de la vivienda a ser allanada.
- b).- Ordenar la detención y conducir a su presencia a las personas que salgan de dicho lugar.
- c).- Aprender las cosas que se extraigan de dicho domicilio.

a).- Disponer la vigilancia de la vivienda a ser allanada.- El Juez puede ordenar y coordinar con la Policía Judicial para que custodien el inmueble a ser allanado, mientras se tramita la orden de allanamiento. No olvidemos que la Policía Judicial debe trabajar siempre bajo la dirección de la administración de justicia y no por cuenta propia.

b).- Ordenar la detención y conducir a su presencia a las personas que salgan de dicho lugar.- Una vez constituida la guardia policial, por disposición del Juez, se puede detener a toda persona que salga del inmueble a ser allanado, e inmediatamente debe esta persona ser trasladada ante el Juez de Garantías Penales que dictó esta medida, con el objeto de identificar a dicha persona y determinar si se trata o no por ejemplo del prófugo de la justicia, a quien se pretende detener con la orden de allanamiento.

Es necesario que el Juez en este caso pregunte el grado de parentesco que la persona detenida puede tener con el prófugo, si ésta es la finalidad del allanamiento, pues no olvidemos que no se está obligado a declarar en contra de nuestros ascendientes o descendientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y del cónyuge o conviviente en unión de hecho.

La finalidad de la detención de las personas que salen de la vivienda a ser allanada es, establecer de manera precisa si no se trata de la persona a



la que se pretende detener mediante el allanamiento, y evitar que este sujeto vuelva a darse a la fuga.

c).- Aprender las cosas que se extraigan de dicho domicilio.- Los miembros de la policía que realizan la guardia al domicilio, no solo están obligados a detener a cuanta persona salga del indicado inmueble sino también a comisar las cosas, objetos, armas, etc., que se pretendan sacar del lugar vigilado, aun se puede aprehender cosas que no tengan relación con el objeto de la investigación. Una vez comisadas dichas cosas, deben ser puestas a órdenes del Juez o del Fiscal para que determinen si son o no importantes para el proceso que se investiga, de no ser relacionadas con el hecho que se investiga serán devueltas a su titular poseedor o mero tenedor que así justifique serlo, pero de ser consideradas relacionadas con el hecho ilícito que se investiga serán incorporadas al proceso según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

La norma estudiada es diferente a la establecida en el Artículo 108 del CPP, que le faculta al fiscal o a la policía judicial impedir aun con el uso de la fuerza pública que las personas abandonen el lugar en donde se cometió un delito hasta que se practique ciertos actos urgentes.



CAPITULO III

EFFECTOS JURÍDICOS DE ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE FORMA ILEGAL.

El allanamiento de domicilio como medida cautelar constituye la excepción a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, pero como hemos manifestado a lo largo de este trabajo, esta medida cautelar para su procedencia debe cumplir con una serie de requisitos y formalidades rigurosas, que hacen que lo que podría considerarse un delito que afecta a la intimidad del domicilio, se convierta en un acto jurídico legal de allanamiento de domicilio.

El allanamiento efectuado al margen de la ley, y fuera de los casos expresamente autorizados por el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, hace que ésta diligencia se convierta en lo que la doctrina denomina "Allanamiento Irregular", inclusive puede convertirse en un delito, tipificado y sancionado en nuestro Código Penal en el *CAPÍTULO IV, denominado, De los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, en los artículos 191 a 196.*

Los efectos jurídicos de un franqueamiento del domicilio de un habitante del Ecuador, realizado al margen de la ley son:

- 1.- El delito de violación de domicilio.
- 2.- La ineficacia probatoria de la prueba obtenida mediante este medio ilegal, y,
- 3.- La exclusión del medio de prueba obtenido de manera ilegal.

Es necesario analizar de forma breve todos y cada uno de estos efectos jurídicos.



3.1 EL DELITO DE VIOLACION DE DOMICILIO

3.1.1.- ANTECEDENTES.

El delito de violación de domicilio no fue conocido en el Derecho Romano, en la Edad Media, ni siquiera en los principios de la Edad Moderna, los sistemas políticos imperantes no resultaban propicios para la protección de la paz del hogar tan unido al respeto de las garantías individuales. Fue en Inglaterra que como consecuencia de la lucha entre los nobles y el soberano, que buscaban más libertades, en donde surgió aquella frase “*Mi casa es mi reino*”, sin embargo fueron los germanos los que elaborando el derecho de paz del hogar (*Hausfriden*). Concibieron la violación de domicilio como una violación a esa paz, o si se quiere, a la voluntad de hacer o no hacer, aceptar o rechazar a alguien en ese ámbito de intimidad.

3.1.2.- BIEN JURÍDICO.

El delito de violación de domicilio se encuentra ubicado dentro del título de los delitos contra la libertad. Por tanto el bien jurídico protegido es la libertad individual de las personas.

La ley no tutela la libertad en si misma, sino una serie de derechos inherentes a ella, que cubren un sector de las manifestaciones humanas de la libertad fundamental.

Respecto al derecho a la morada, requiere un sentido jurídico más agudizado, por que no se trata ya de la libertad de movimiento, característico de los tipos penales de libertad, sino de disponer a voluntad del lugar en que se vive, particularmente caracterizado en la ley por el derecho de aceptar o excluir de él a otras personas²⁴.

²⁴ FONTÁN BALESTRA Carlos. Derecho Penal parte especial, editorial Abelaredo Perrot, Buenos Aires – Argentina, año 1979, Pág. 356 y 357.



Existen diversas posiciones al respecto, nosotros consideramos que la más acertada es la que nos da **Carlos Creus**, quien sostiene: “*Una de las manifestaciones de la libertad individual es, el mantenimiento de una esfera de reserva dentro de la cual el individuo puede desenvolverse sin la injerencia de terceros. Esa esfera de reserva se traduce, entre otras manifestaciones, en el ámbito, de la intimidad del individuo constituido por su domicilio. Los delitos de este capítulo protegen, precisamente ese ámbito de la intromisión de terceros contra la voluntad de su titular*”²⁵. En tal sentido el bien jurídico protegido lo constituye **la inviolabilidad de domicilio, como protección de la intimidad personal.**

3.1.3.- TIPICIDAD.

El tipo penal del delito de violación de domicilio esta constituido por dos elementos fundamentales a saber; **el primero** consiste en “*entrar*” en la morada o casa de negocios ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro.

Entrar quiere decir “*pasar de fuera a dentro*”, “*pasar por una parte para introducirse en otra*”. Esto significa introducir el cuerpo por completo en el lugar; no es suficiente introducir una parte del cuerpo (Poner el pie para evitar que se cierre la puerta, asomar la cabeza), menos aun, molestar a los ocupantes desde fuera, como por ejemplo tirar piedras, observar desde fuera, sentarse en la vereda.

También penetra en morada ajena, quien estando en determinados lugares de una morada o casa de negocios, penetra en otro lugar que se encuentra delimitado de modo visible, al acceso al público, aunque el obstáculo sea fácilmente salvable.

²⁵ CREUS, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. 6 Edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999. Pág. 341.



Sin embargo según **Gustavo Labatut Glema**, no comete delito de violación de domicilio el que permanece en la casa ajena, no obstante la orden de abandonar dada por sus moradores²⁶.

El **Segundo elemento** que tipifica la violación de domicilio es el hecho de que la entrada a la casa ajena se verifique “*contra la voluntad del morador*” voluntad que puede manifestarse de forma expresa o presunta.

Cuando de morada se trata es de presumir la negativa del morador, mientras no exista consentimiento expreso o tácito suyo, de lo cual se deduce que si ha adoptado precauciones para impedir la entrada de terceros en su casa, su presencia física en el momento de la comisión del delito es irrelevante para los efectos penales.

Según **Fontán Balestra**, “*cuando se trata de una vivienda se presume que el habitante entiende que solo él y las personas que él admite, tienen acceso a la misma, desde que la morada es para él, para los suyos y para sus intimidades*”²⁷.

En cambio cuando se trata de las llamadas casas de negocios o casa pública, mientras se encuentre abierta al público y en la parte destinada a este objeto, se presume que existe el consentimiento para su ingreso. Pero según el mismo Fontán Balestra, una vez que dichos lugares cierran sus puertas a la atención al público, quedando dentro del mismo solo el dueño, sus encargados o su familia, la casa debe estar sujeta al mismo amparo que la habitación o domicilio ajeno.

La existencia de este delito resulta de la naturaleza del lugar en relación con la voluntad de excluir, la que se presume cuando se trata de morada, en tanto que prevalece cuando se trata de una casa de negocio y ésta se

²⁶ LABATUT GLEMA, Gustavo. Derecho Penal Tomo II, séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, año 1983, Santiago – Chile, Pág. 34.

²⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal Parte especial, editorial Abelaredo Perrot, Buenos Aires – Argentina, año 1979 Pág. 360.



encuentra abierta al público, mas cuando estas son cerradas al público, se convierte en morada y prevalece la exclusión.

Lo que la doctrina denomina “*voluntad de exclusión*”, es decir limitar el acceso a la morada, a cualesquier persona sin autorización del morador es el que prevalece.

Aun existiendo consentimiento para ingresar a parte de la morada, este consentimiento puede estar ilimitado, así por ejemplo: quien es recibido en la sala no está autorizado por ello a meterse en los dormitorios; o en otra parte de la casa, o el proveedor que se introduce diariamente a la cocina, no por ello a de creerse facultado para penetrar en el resto de la casa; o, cuando habiendo el agente entrado en un lugar abierto al público, se introduce luego en lugares no admitidos al público. Esto también es entrar, puesto que se pasa de un lugar para introducirse en otro, convirtiéndose en delito de violación de domicilio.

Por tanto quien penetra en el domicilio de un habitante del Ecuador contra la voluntad expresa de quien tiene derecho a excluirlo, comete el delito de violación de domicilio.

La violación de domicilio es un *delito instantáneo*, que se consuma al cumplirse la acción de entrar en un domicilio ajeno, sin el consentimiento del morador. Es posible la tentativa.

La falta de morador quita al lugar el carácter de domicilio, sin que ello cambie por obra del objeto para el cual fue el lugar destinado.

3.1.4.- ANTIJURICIDAD.

La antijuricidad del delito de violación de domicilio está dada por el hecho de que *el lugar al que se penetra sea ajeno, es decir, habitado por*



otro. Por ello la antijuricidad queda excluida cuando media el consentimiento de quien tiene la facultad para disponerlo o en los casos autorizados por la ley (Art. 194 CPP).

Este delito se caracteriza por el conflicto de voluntades, que debe ser resuelto previamente en una valoración jurídica decisoria, de cual ha de ser la que prevalece, o al menos, si la del morador es o no merecedora de la específica protección, que la ley penal le otorga frente al presunto allanador.

Estos conflictos de voluntades son:

A.- La voluntad presunta para el ingreso al domicilio,

B.- A quien corresponde el derecho de exclusión.

A).- La voluntad presunta para el ingreso al domicilio.- Partamos del hecho de que, la voluntad de oposición expresa consiste en hacer conocer al autor por cualquier medio, la oposición al ingreso al domicilio; mientras que, la voluntad de oposición presunta se da cuando el autor puede presumir que no tiene asentimiento para entrar.

En nuestra legislación el artículo 66 numeral 22 de la Constitución, dispone que no se pueda realizar inspección o registro en el domicilio de un habitante del Ecuador sin su **autorización o sin orden judicial**, para el ingreso válido al domicilio de una persona se requiere por tanto de su voluntad expresa.

Es más nuestro Código Penal extiende esa voluntad de oposición cuando el morador se encuentra ausente, así dispone el Art. 196.

Art. 196.- En la violación de domicilio se presume que no hay consentimiento del dueño o su encargado cuando no están presentes en el acto que constituya la violación.



En los lugares en donde se permite el acceso al público, de no haberse manifestado expresamente la voluntad de exclusión, la admisión se presume. Mientras que quien se encuentra en la intimidad de su hogar no puede pensarse que tenga la voluntad de que cualquiera pueda entrar en él, por tanto la voluntad de exclusión se presume; mas quien abre un local con fines lucrativos, se propone precisamente que el público concurra al lugar, por tanto se presume la admisión al público.

B).- A quién corresponde el derecho de exclusión?.- No surte los efectos jurídicos legales la oposición al domicilio de cualquier morador, sino de quien tiene el derecho de excluir.

Lo común es que varias personas ocupen un recinto, surge entonces la interrogante, ¿Quién tiene el derecho de exclusión? Cuando se trata de una familia, no parece dudoso que el jefe de familia posee el derecho de exclusión, y lo puede ejercer personalmente o delegando. Cuando se trata de personas situadas en un plano de igualdad, la oposición de cualquiera de ellos es válida, inclusive el derecho de exclusión puede ser ejercido por terceros, tales como personas del servicio, porteros, guardias, etc. el derecho de exclusión es muy amplio.

El derecho de admisión, en cambio es limitado, y no puede ser ejercido de igual modo. Así por ejemplo, si un hijo o una persona de servicio puede oponerse a que alguien penetre en el domicilio, y su oposición es plenamente eficaz, particularmente cuando se halla ausente el jefe de la familia, en cambio, carece de validez el consentimiento de tales personas, si el autor sabe o debe presumir que no es esa la voluntad del titular. Por tanto el derecho de admisión solo le corresponde al jefe de hogar o quien hace sus veces.



3.1.5.- SUJETO ACTIVO.

Puede ser cualquier persona, con excepción de las autoridades que actúan bajo el imperio de la ley, particularmente del Art. 194 del Código de Procedimiento Penal.

3.1.6.- SUJETO PASIVO.

Es la persona a quien corresponde el derecho de exclusión; es decir, aquel cuya libertad resulta atacada por el derecho arbitrario.

3.1.7.- CULPABILIDAD.

La violación de domicilio es un delito DOLOSO, consiste en la conciencia de que se entra en morada ajena, contra la voluntad de quien tiene el derecho de exclusión.

Los elementos antes indicados constituyen el tipo penal, por tanto un error, aun culpable, sobre esas exigencias, excluye el dolo, y con él el delito, pues nuestro Código Penal no describe figuras culposas del delito de violación de domicilio.

Pueden ser frecuentes los casos de error cuando medie voluntad presunta, como cuando el autor desconoce la voluntad de oposición, no habrá cometido el delito. Por ejemplo: La persona que visita frecuentemente a su amigo, ignorando que éste se ha disgustado con él, y decidió no recibirlo más en su casa. O el caso de confusión de pisos o departamentos.

Existen legislaciones en donde este delito es de carácter subsidiario pues la norma expresa que se aplica siempre que no resultare otro delito más



severamente castigado, en nuestro país es un delito autónomo e independiente, aunque podría existir concurrencia de delitos, como por ejemplo violación de domicilio para cometer el delito de robo, asesinato, delitos sexuales como violación, etc.

3.1.2.- ALLANAMIENTO ILEGAL.

El allanamiento realizado de forma ilegal es otro de los delitos contra la inviolabilidad de domicilio, este delito es cometido por funcionarios públicos en el desempeño de su cargo.

El domicilio de las personas no puede ser violentado, debe ser garantizada su privacidad frente a las demás personas, más aun del abuso de las autoridades, caso contrario, el ser humano no sería capaz, ni aun luego de una larga jornada, de refugiarse en su morada, a salvo de la mirada e ingerencia del mundo exterior, y de la pesquisa permanente del estado policial.

3.2.1.- CONCEPTO.

Según **RAINERI**, respecto al allanamiento ilegal dice: *“Violación de domicilio cometido por funcionarios públicos es la introducción o la penetración voluntaria del funcionario público, a sabiendas de que abusa de poderes inherentes a sus funciones, en una habitación ajena o en un lugar de residencia privada o en sus pertenencias”*.

Alfredo Echeverri manifiesta: “El allanamiento es fundamentalmente el ingreso en morada ajena invocando autoridad, generalmente acompañado de un registro o recorrido de los recintos que componen aquella”.



La forma en que se perpetra este delito es igual que en el caso de la violación de domicilio, es decir “entrar en domicilio ajeno”, con la diferencia de que quien entra en la morada ajena es una autoridad en ejercicio de sus funciones.

3.2.2.- SUJETO ACTIVO.

Debe ser un funcionario público o agente de la autoridad. *Por funcionario público se entiende a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o nombramiento de la autoridad competente.* Por tanto el agente de la autoridad (Fiscal, Juez, o Policía Judicial) es un funcionario público.

Tales personas han de haber actuado abusando de sus funciones, y la sola condición de funcionarios públicos, no transforma la violación de domicilio en allanamiento ilegal. Son las dos circunstancias las que dan ha este delito la característica diferencial y las que han motivado que en alguno de los antecedentes nacionales y en la legislación comparada, sea tratado como delito de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

3.2.3.- LA ANTIJURICIDAD.

Consiste en allanar el domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina. (Art. 194 CPP) Se trata por tanto de violación de las exigencias de fondo y de forma, establecidos por la ley procesal penal para el allanamiento.

Se dirá que el allanamiento ha tenido lugar sin las formalidades prescritas por la ley, cuando no obstante ser procedente la medida en el caso, ella se ha cumplido sin observar los requisitos legales correspondientes.



El allanamiento de forma legal solo procede en los casos contemplados en la ley, en nuestro país, en los casos expresamente establecidos en el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, y en las condiciones y con las formalidades y requisitos prescritos, cuya inobservancia torna para el funcionario la entrada en un domicilio en allanamiento ilegal.

Por tanto existe allanamiento ilegal cuando se ha realizado fuera de los casos contemplados por la ley, cuando se da la orden de allanamiento o se realiza el procedimiento sin haber motivo legal para ello, o al margen de la ley.

3.2.4.- CULPABILIDAD.

El allanamiento ilegal es un delito doloso, y el dolo consiste en el conocimiento de que se penetra en un domicilio ajeno ilegítimamente. La ignorancia y el error, torna al hecho impune por ausencia del tipo culposo.

3.3.- LA VIOLACION DE DOMICILIO SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA.

Según dispone nuestro Código Penal este delito se encuentra tipificado en el *CAPÍTULO IV, denominado, De los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, en los artículos 191 a 196. Por ello es necesario que analicemos cada uno de los tipos penales contemplados en nuestra legislación penal:*

3.3.1.- VIOLACION DE DOMICILIO POR AUTORIDADES PÚBLICAS Y AGENTES DE POLICIA.

El texto legal del artículo 191 del Código Penal establece:

Art. 191.- Los empleados del orden administrativo o judicial, los oficiales de justicia o de policía, los



comandantes o agentes de la fuerza pública que, obrando como tales, se hubieren introducido en el domicilio de un habitante, contra la voluntad de éste, fuera de los casos previstos y sin las formalidades prescritas por la Ley, serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

El termino “*introducido*” utilizado por el texto legal transcrito, tiene el mismo significado que el verbo “*entrar*” utilizado en la figura básica de este delito, en este caso estamos frente a lo que la doctrina llama allanamiento ilegítimo.

3.3.2.- SUJETO ACTIVO.

Son los empleados del orden administrativo o judicial, los oficiales de justicia o de policía, los comandantes o agentes de la fuerza pública, que actúan como tales.

Por empleado judicial debe entenderse a todos los que se denominan Servidores Judiciales conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial.

3.3.3.- SUJETO PASIVO.

Cualesquier persona cuyo domicilio sea violentado de forma ilegal.



3.3.4.- TIPICIDAD.

Los empleados del orden administrativo o judicial, los oficiales de justicia o de policía, los comandantes o agentes de la fuerza pública que, obrando como tales, se hubieren introducido en el domicilio de un habitante, contra la voluntad de éste, fuera de los casos previstos y sin las formalidades prescritas por la ley.

3.3.5.- PUNIBILIDAD.- La sanción al empleado de orden administrativo o judicial, los oficiales de justicia o de policía, los comandantes o agentes de la fuerza pública, es la prisión de seis meses a dos años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

A más de la sanción privativa de la libertad y de la pena pecuniaria la ley impone también otra sanción y esta es la contemplada en el Art. 195 del Código Penal que dispone:

Art. 194.- Los culpados de las infracciones previstas en los dos artículos anteriores serán colocados bajo la vigilancia de la autoridad por un tiempo igual al de la condena.

3.3.6.- CONDUCTA CRIMINOSA.

Se refiere a los actos que realiza el funcionario público abusando de sus poderes inherentes a sus funciones, introduciéndose en morada ajena, casa o departamento ajeno o en sus dependencias o inclusive permaneciendo ilegítimamente en uno de dichos lugares.



3.3.7.- ABUSO DE PODERES.

Es uno de los elementos para que se perfeccione este delito, pero para que exista tal abuso es preciso que el funcionario público esté legalmente investido de sus funciones y que se exceda en sus facultades al ejercerlas al momento de ejecutar el allanamiento.

3.3.8.- DOLO.

Consiste en la voluntad que tiene el sujeto al introducirse o permanecer en la habitación, casa o morada ajena o sus dependencias, a sabiendas de que actúa abusando de sus facultades inherentes y haciendo caso omiso a las formalidades prescritas por la ley.

Es necesario además que el funcionario público indicado en el texto legal, actúe en la introducción ilegal al domicilio en el ejercicio de sus funciones o cargo, pues si lo hace fuera de su cargo y como persona particular, el delito será el de violación de domicilio como persona particular y no como autoridad.

3.3.9.- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

Este delito de violación de domicilio por autoridades públicas puede ser agravado por la existencia de ciertos actos, hechos o circunstancias que hacen que el delito sea más peligroso, consecuentemente la sanción es mayor al autor de dicho delito. Nuestro legislador ha decidido enunciar ciertos actos, hechos o circunstancias que hacen que la violación de domicilio sea delito agravado, así se encuentra descrito en el Art. 193 del Código Penal, que textualmente dispone:



Art. 193.- La prisión será de seis meses a cinco años y la multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el hecho ha sido cometido con una orden falsa de la autoridad pública, o con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes o con una de las tres circunstancias siguientes:

- *Si el acto ha sido ejecutado de noche;*
- *Si ha sido ejecutado por dos o más personas; y,*
- *Si los culpables o alguno de ellos llevaban armas.*

Según la norma trascrita tres son las circunstancias agravantes al hecho delictivo, a saber:

1.- Si el acto ha sido ejecutado de noche.- La nocturnidad es considerada una circunstancia agravante, debido a que el hecho delictivo no solamente afecta al habitante del domicilio violentado, sino también a su familia, en donde pueden estar niños, que pueden sufrir perturbaciones psicológicas al ser repentinamente despertados por sujetos extraños en su habitación, y además puede ser proclive para la comisión de otros delitos.

2.- Si ha sido ejecutado por dos o más personas.- Es lo que la doctrina y la ley penal denomina “*pandilla*”, según dispone el Art. 601 del Código Penal. Sin duda que esta conducta denota mayor peligrosidad del agente, pues demuestra, la preparación para la comisión del delito, el asegurar los resultados y el buscar menos riesgos para el que lo ejecuta.

3.- Si los culpables o alguno de ellos llevaban armas.- Por arma se debe entender, “*Toda máquina, o cualquier otro instrumento cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aunque no se haga uso de él*” según dispone el Art. 602 del Código Penal.



3.4.- VIOLACION DE DOMICILIO POR PERSONAS PARTICULARES.- El Código Penal dispone:

Art. 192.- Será reprimido con prisión de un mes a dos años y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que sin orden de la autoridad y fuera de los casos en que la ley permite entrar en el domicilio de los particulares, contra la voluntad de éstos, se hubiere introducido en una casa, departamento, pieza o vivienda, habitada por otro, o sus dependencias cercadas, ya por medio de amenazas o violencias, ya por medio de fractura, escalamiento o ganzúas.

Bien Jurídico: Constituye la inviolabilidad de domicilio, como protección de la intimidad personal.

Tipicidad Objetiva:

Acción Típica: La acción punible es la de **entrar**; pasar de afuera al interior de la morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado, en contra de la voluntad del habitante o morador del domicilio, ya sea que la introducción al domicilio ajeno sea bajo amenaza, violencia, por fractura o escalamiento o ganzúa.

Sujeto Activo: Puede ser cualquier persona, que no sea funcionario o servidor público en ejercicio de sus funciones.

Sujeto Pasivo: Es cualquier persona, titular de domicilio, el habitante.

Tipicidad Subjetiva: Este tipo de delito exige el dolo por parte del agente, es decir tener pleno conocimiento que la introducción al domicilio ajeno se realiza de forma ilegal, y con violencia, a la fuerza, usando ganzúas, fractura o escalamiento de muros o paredes para ingresar.



Penalidad: Se prevé una pena privativa de libertad de un mes a dos años y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América.

A más de la sanción privativa de la libertad y de la pena pecuniaria la ley impone también otra sanción y esta es la contemplada en el Art. 195 del Código Penal que dispone:

Art. 194.- Los culpados de las infracciones previstas en los dos artículos anteriores serán colocados bajo la vigilancia de la autoridad por un tiempo igual al de la condena.

3.4.1.- CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

El Código Penal al respecto dispone:

Art. 195.- Será reprimido con prisión de quince días a seis meses y multa de cinco a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que se hubiere introducido, sin el consentimiento del propietario, o del locatario, pero sin violencias o amenazas, en los lugares designados en el Art. 192, y haya sido encontrado en ellos durante la noche.

La violación de domicilio que se ejecuta sin violencia o amenaza es un delito que según nuestro Código Penal, es atenuado conforme se desprende de la norma trascrita, por tanto la pena que se impone al autor es más benigna.



3.5.- LA EXCLUSIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA DE LOS OBJETOS, DOCUMENTOS Y ARMAS INCAUTADAS EN UN ALLANAMIENTO REALIZADO DE FORMA ILEGAL.

La Constitución de la República en el artículo 76 numeral 4 dispone: *“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*. Y el Artículo 80 del Código de Procedimiento Penal dispone; *“Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”*.

A esta regla, cuyo origen está en el derecho anglosajón (*exclusionary rule*), se le conoce en nuestro medio como regla de exclusión constitucional de la prueba obtenida de forma ilegal.

Por su parte autores como (M. Miranda Estrampes, E. Jauchen y Cafferata Nores), distingue entre prueba ilícita o prohibida, aquella en donde se violan derechos fundamentales en las fuentes mismas de la prueba, y la prueba ilegal, como aquella en donde se violan previsiones normativas probatorias a nivel de medios de prueba

Esta regla ha sido desarrollada por el legislador para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de pruebas, a saber:

- La prueba inconstitucional, o la que se obtiene violando derechos fundamentales, (tortura, desapariciones forzadas, etc.)
- La prueba ilícita, o la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del



investigado, procesado, acusado o juzgado, consagradas en particular para cada tipo de prueba.

Los elementos de juicio y los criterios que orientan al juez al momento de decidir si una prueba debe o no ser excluida son:

Si se trata de una irregularidad menor que no comprometa seriamente el debido proceso.

¿Cuáles son los efectos de la Regla de Exclusión?

Los efectos jurídicos que tienen lugar cuando da lugar la decisión judicial de exclusión de una prueba son los de rechazo y no utilización ni valoración alguna, en la actuación procesal. Es decir, que la prueba que amerita ser excluida no puede ser considerada, de ninguna manera, por el juez que va a decidir acerca de la responsabilidad del acusado.

Ya en el derecho comparado, la regla tiene diversa aplicación, así por ejemplo: En Estados Unidos, una vez que la regla ha sido establecida se aplica rigurosamente. Aunque hoy en día las excepciones a la regla han aumentado. En Colombia, la investigación criminal es una función jurisdiccional, en donde las decisiones de los jueces están sujetas al principio de legalidad, entendido como sometimiento de las actuaciones judiciales a la integridad del ordenamiento jurídico. Esto significa, que una vez desarrollada legislativamente la regla y su excepción, estas deben cumplirse sin dar espacio alguno a la discrecionalidad o a la ponderación judicial en su aplicación.

La Regla de Exclusión según criterios doctrinarios cumple las siguientes funciones:



1. **Función disuasiva**, de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales;
2. **Función protectora**, de la integridad del sistema judicial y de su reputación;
3. **Función garante**, del respeto de las reglas de juego en un Estado Constitucional de Derechos;
4. **Función aseguradora**, de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y
5. **Función reparadora**, de la arbitrariedad cometida en contra del procesado, o acusado.

Puede suceder que la obtención de la prueba que resultó excluida, denominada principal o primaria, haya dado lugar a la obtención de otra prueba que le es derivada, directa o indirectamente, de esa prueba principal. En este caso, la prueba derivada debe ser, igualmente, excluida del acervo probatorio. Es la teoría que se conoce como “frutos del árbol envenenado”. Teoría creada en La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, según la cual los efectos del vicio se extienden incluso hasta la prueba relacionada.

El método que se aplica para determinar si la prueba regularmente obtenida deriva o no de la prueba ilícita, es el de la supresión mental hipotética: se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular. Si la respuesta es positiva, el elemento de prueba obtenido se puede valorar. Aquí operan el buen sentido, las reglas de la experiencia y el in dubio pro reo.



La doctrina internacional ha introducido algunas excepciones a la regla general de exclusión de las pruebas derivadas. Entre estas excepciones se encuentran:

- **La de atenuación**, consistente en afirmar que el vínculo entre la prueba derivada y la prueba principal es muy débil y por tanto no afecta el debido proceso;
- **La de la fuente independiente**, referida a que el conocimiento que dio lugar a la obtención de la prueba derivada es uno completamente diferente al que dio lugar a la obtención de la prueba principal;
- **La del descubrimiento inevitable**, es decir, que la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía;
- **La doctrina del acto de voluntad propia**, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona, se rompe el vínculo con la prueba principal.

En nuestro país, demostrada la existencia de una conexión causal, directa o indirecta, entre la prueba principal, obtenida con violación de garantías fundamentales, y la prueba derivada de aquella, ésta se excluye de la actuación procesal en virtud del Artículo 76 numeral 4 de la Constitución.

Según nuestra legislación el efecto jurídico que provoca la obtención de pruebas de forma ilegal, violando garantías constitucionales y legales es el de la **ineficacia probatoria** conforme dispone el Art. 76 Numeral 7 de la constitución, y en concordancia con esta norma, en las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal en Marzo del 2009 en el Art. 226.1, se dispuso que entre las finalidades que persigue la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen, está:

*“4.- Resolver sobre las **solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas**, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido*



obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y en este Código”.

Y el Art. 226.3 incisos 3 y 4 del mismo cuerpo legal dispone que:

“Si se impugna la constitucionalidad o la legalidad de la evidencia, el juez de garantías penales deberá pronunciarse rechazando la objeción o aceptándola, y en este último caso declarará qué evidencias son ineficaces hasta ese momento procesal. (.....) En el evento anterior, el juez de garantías penales preguntará al fiscal si es su decisión mantener la acusación sin contar con la evidencia que se considera ineficaz hasta ese momento; si el fiscal decide mantenerla, el juez de garantías penales dictará auto de llamamiento a juicio, en cuya etapa la Fiscalía deberá desarrollar los actos de prueba necesarios para perfeccionar y legalizar la evidencia ineficaz.

Muy ardua ha sido la discusión jurisprudencial sobre la prueba ilícita. Creo que es unánime (y así tenía que ser con base en nuestra Constitución) la posición que estima que la prueba directamente ilícita no tiene ninguna validez para sustentar una decisión jurisdiccional en ningún sentido, ya sea para absolver ya sea para condenar. El verdadero problema es saber cómo se llegó a la noticia y si se llegó a ella por medio de una prueba ilícita. Se trata de prueba indirectamente viciada por su relación con prueba espuria, como ocurre, por ejemplo, con la captura en flagrancia de varias personas que querían traficar con droga, capturados en el momento mismo de realizar la transacción, pero de la cual se tuvo noticia por medio de una interceptación ilegítima de una conversación telefónica previa, todo esto debe ser probado.

En materia de nuestro estudio debemos concluir manifestando que en los casos en los cuales se proceda a obtener prueba violentando el



procedimiento establecido en el Art. 194 del Código de Procedimiento Penal, la prueba que por este acto ilegítimo se obtenga será ilegal, violatoria a normas constitucionales y por tanto carece de eficacia probatoria, y sin duda debe ser excluida del proceso penal.



CONCLUSIONES:

1. El derecho a la “Inviolabilidad de domicilio”, reconocido y consagrado en nuestra Constitución, es un derecho fundamental, indispensable para el ser humano, al estar orientado a precautelar su intimidad, su privacidad, tanto la del morador de la vivienda, como la de su familia, permitiendo su desarrollo emocional creativo y psicológico, a más de que el ser humano requiere un lugar reservado, privado, limitado del resto de la sociedad, destinado a su descanso.
2. La medida cautelar de allanamiento de domicilio, es una medida auxiliar, orientada a hacer efectivas otras medidas cautelares de carácter personal o real, mas no constituye una medida cautelar autónoma e independiente.
3. El allanamiento de domicilio, es una medida cautelar extremadamente formal, pues al constituir una excepción a la Garantía Constitucional de inviolabilidad de domicilio debe cumplir con los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 194 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.
4. Los casos en virtud de los cuales se puede allanar el domicilio de un habitante en el Ecuador están expresa y únicamente contemplados en el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, por tanto todos aquellos casos que se aparten de éste, son ilegales y pueden devenir inclusive en un delito o una actuación ilegítima de parte de quien lo ejecuta.



5. El allanamiento para proceder a la captura del prófugo de la justicia o para recuperar los bienes u objetos sustraídos y que son medio de prueba del proceso penal que se investiga, debe ejecutarse mediante orden judicial escrita, emitida por un Juez de Garantías Penales, mediante auto que debe ser motivado y fundamentado.

6. Al ejecutarse el allanamiento, el fiscal debe exclusivamente concretarse a la finalidad u objetivo dispuesto en el respectivo auto de allanamiento, sin que le sea lícito extenderse en sus atribuciones a otra distinta a la contemplada en el auto.

7. La ejecución del allanamiento es precedida por el Fiscal, quien además es el que la dirige y debe velar por que se ejecute en estricta aplicación del ordenamiento jurídico vigente, siendo de su responsabilidad las irregularidades que de ésta diligencia pudieren devenirse.

8. No existe en el Ecuador domicilio o lugar que no pueda ser allanado y que sirva de escondite o refugio de delincuentes, o destinado a actos ilícitos.



RECOMENDACIONES:

1. Al ser la medida cautelar de allanamiento de domicilio una excepción a la regla general de inviolabilidad de domicilio, es necesario que el fiscal que lo ejecuta, lo realice con absoluto apego al ordenamiento jurídico.
2. No es recomendable que por la premura del tiempo o por cualquier razón, el fiscal o la policía judicial efectúen el allanamiento de domicilio, sin contar con una orden judicial proveniente de juez competente, pues por más que se alegue que dicho allanamiento se realizó con el consentimiento del morador del domicilio o su representante, puede dar paso a que se produzcan violaciones o procedimientos irregulares, etc. que podrían inclusive poner en riesgo el resultado del allanamiento.
3. Es necesario que exista coordinación entre el Fiscal y el Juez de Garantías Penales, para de esta manera permitir mayor agilidad en el desarrollo de los procesos y mejores resultados en la investigación, una orden de allanamiento puede y debería ser tramitada en minutos no en días, pues los hechos pueden variar muy rápidamente, y la sociedad necesita resultados positivos respecto a la persecución del delito.
4. Es necesario que quien cumpla la orden de allanamiento de domicilio sea una persona imparcial, que no esté contaminada con el proceso, hoy esta diligencia fundamental lo ejecuta el mismo fiscal que investiga y que de tener prueba necesaria acusa, convirtiéndose en juez y parte; sería recomendable que ésta



diligencia la cumpla el Juez de Garantías Penales, como garante del proceso, aunque debería ejecutarlo con la coordinación del fiscal que solicita el allanamiento porque sin duda él si conoce lo que con el allanamiento de domicilio pretende obtener.



BIBLIOGRAFIA

Benítez Sánchez, Santiago. Derecho Penal Peruano. Comentarios a la Parte Especial. 2 Edición. Imprenta del Departamento de Prensa y Publicaciones de la Guardia Civil, Lima – Perú, año 1959.

Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. 6 Edición Editorial Astea, Buenos Aires – Argentina, año 1999.

Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal parte especial, editorial Abelaredo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1979.

Labatut Glema, Gustavo. Derecho Penal Tomo II, séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, año 1983, Santiago – Chile.

Maier Julio B. J., Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, editorial Ediciones del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 2004.

Manzini, Vicenio, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, editorial EDIAR, Buenos Aires – Argentina, año 1950.*

Olmedo, Clariá. Autor citado por Jorge Zavala Baquerizo, El Proceso Penal, tomo III, editorial EDINO, Bogota – Colombia, 1990.

Recasens Sichez, Luís; *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Editorial Purrua – México, 1970.

Vaca Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009.

Villa Stein, Javier: Derecho Penal. Parte Especial I-B (delitos contra el honor, la familia y la libertad). Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1998.



Zavala Baquerizo, Jorge. El Proceso Penal Tomo III, Editorial Edino Jurídico, Bogotá – Colombia, 1990.

Zavala Baquerizo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo VI, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005.

CODIGOS Y LEYES

Código Civil, editorial Ediciones Legales, actualizado a abril 2010.

Código de Procedimiento Civil, editorial Ediciones Legales, actualizado a abril 2010.

Código de Procedimiento Penal, editorial Ediciones Legales, actualizado a abril 2010.

Código Penal, editorial Ediciones Legales, actualizada a abril 2010.

Constitución de la República del Ecuador