

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADO DE
LOS TRIBUNALES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

***“LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ALLANAMIENTO EN EL
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN RAZÓN DEL
DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO Y
GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO.”***

JUAN JOSÉ ROBLES ORELLANA

DIRECTOR: DR. MÁRCELL CHÁVEZ

QUITO 2016

Molina Gallegos & Asociados
ESTUDIO JURIDICO

Quito DM, 17 de octubre del 2016

Señor doctor
Íñigo Salvador
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA (E)
PUCE
Ciudad.-

Señor Decano:

He sido designado como profesor informante de la tesina intitulada “**LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ALLANAMIENTO EN EL CÓDIGO INTEGRAL PENAL EN RAZÓN DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO Y GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO**” preparada por el señor Juan José Robles Orellana, alumno de la facultad; al respecto, digo:

Considero que el estudiante se ha ceñido en el desarrollo de la investigación al tema propuesto, la bibliografía es suficiente.

Por lo expuesto, califico con la nota de 9/10 puntos al trabajo de investigación realizado por el estudiante.

Atentamente,



Dr. José Molina Gallegos

Recibido 17/10/2016

Quito, 19 de septiembre de 2016

Señor Doctor:

Iñigo Salvador Crespo

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE

En su despacho.-

De mi consideración:

Atento a la designación realizada, en mi calidad de profesor informante de la disertación intitulada "*La inconstitucionalidad del allanamiento en el Código Orgánico Integral Penal en razón del derecho a la inviolabilidad de domicilio y garantías básicas del debido proceso*", elaborada por el señor Juan José Robles Orellana, una vez que he analizado sus resultados, me permito presentar el informe respecto a esta disertación, en los siguientes términos:

La disertación se plantea como objetivo el analizar jurídicamente el texto normativo contenido en el artículo 481 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) y su aparente contradicción con el derecho a la inviolabilidad de domicilio, para lo cual, en su primer capítulo plantea los aspectos generales del domicilio como garantía de carácter constitucional, partiendo que existe un derecho al "domicilio", en lugar del derecho a la *inviolabilidad del domicilio*, derecho que en todo caso, en el desarrollo de este capítulo, lo distingue y asume como relevante para la investigación.

En el mismo capítulo, casi al finalizar, en un muy breve análisis se refiere a las excepciones a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, debiendo a mi entender, extenderse en esta explicación, pues de ahí parte la

Recebido 19/09/2016

justificación del por qué existe la figura del allanamiento, cuando y como se justifica, y sobre todo el por qué nuestra normativa penal sobrepasaría (a criterio del autor) los límites que la dogmática impone al dar cabida a esta excepción al derecho a la inviolabilidad de domicilio.

En el segundo capítulo el autor profundiza en el análisis del allanamiento, pasando por el análisis histórico legislativo de la figura adjetivo penal, deteniéndose finalmente en un análisis pertinente relacionado con los casos en los que procede el allanamiento según la Constitución y el COIP.

En un tercer momento del desarrollo de la tesis, el autor profundiza normativa y dogmáticamente en el concepto de debido proceso, para preguntarse mas adelante sobre la motivación de las resoluciones judiciales, en lo pertinente a aquellas resoluciones que ordenan el allanamiento, incluyendo un análisis del delito de violación de domicilio, que sería la consecuencia sustantiva, a decir del autor, de un allanamiento llevado a cabo de manera ilegal.

Después de analizar las consecuencias sustantivas de un allanamiento realizado de forma ilegal – que sería el cometimiento de un delito -, analiza las consecuencias adjetivas, es decir la nulidad procesal o probatoria de todo aquello recabado con motivo del allanamiento ilegalmente realizado.

Finalmente, cumpliendo el objeto de su investigación, el autor analiza la supuesta inconstitucionalidad de la figura del allanamiento incluida en el COIP, pues a su criterio puede generar arbitrariedad, concluyendo que le corresponde al Juez de Garantías Penales el modular y garantizar el derecho a la inviolabilidad de domicilio ante un pedido de allanamiento.

Con estos antecedentes, considero que la investigación se ha realizado dentro de los parámetros establecidos por la Universidad, y si bien tengo varias observaciones en el desarrollo de la tesis tiene, sus conclusiones son viables.

Con estos antecedentes, la calificación que consigno respecto a la disertación dirigida es de **8 puntos sobre 10**.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines pertinentes.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nicolás Salas Parra', is written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat cursive.

Nicolás Salas Parra

Docente

DEDICATORIA

Dedico de manera especial a mis padres quienes han sido los cimientos de mi desarrollo, a mis hermanos por haber cuidado de mí y haber guiado cada paso de mi vida, a mis sobrinas por brindarme alegrías diariamente, a Michelle por su cariño y apoyo incondicional, y a mis amigos quienes han estado a mi lado a lo largo de esta carrera, creciendo conjuntamente; todos y cada uno de ustedes han dedicado tiempo para enseñarme nuevas cosas, que serán aportes invaluable para el resto de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en cuyas aulas con el concurso de sus profesores me he formado. Así mismo resalto el trabajo de mi Director de Tesis, Dr. Márcell Chávez, por su invaluable guía en el desarrollo de este proyecto.

A mis padres por haberme proporcionado siempre la mejor educación y las mejores lecciones de vida.

RESUMEN

El 3 de febrero del 2014 la Asamblea Nacional del Ecuador, aprobó la expedición de Código Orgánico Integral Penal, el mismo que entro en vigencia 180 días después, contados desde su publicación en el Registro Oficial, esto es el 10 de Agosto del 2014. Dentro de este cuerpo normativo se encuentra desarrollado el procedimiento así como las formas en las que procede el allanamiento de domicilio en el Ecuador. Precisamente el Art.- 481 del Código Orgánico Integral Penal describe los requisitos de la orden de allanamiento, adicionalmente este articulo dispone que en casos de “urgencia” el fiscal podrá solicitar la orden verbalmente o por cualquier medio conveniente, dejando constancia de los motivos que determinen el allanamiento, en otras palabras el Código Orgánico Integral Penal no determina con claridad y certeza la manera en que el fiscal haría la solicitud al Juez de Garantías Penales; de la misma forma esta codificación es deficiente en determinar cómo el Juez de Garantías Penales (quien está a cargo de la tutela de los derechos) puede autorizar el allanamiento por cualquier medio, dejando constancia de dicho acto. En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como lo es el Ecuador, a criterio del autor no cabe imaginarse que la forma en que el derecho constitucional de un ciudadano va ser limitado o reducido sea por “cualquier medio conveniente”, ya que ello podría generar arbitrariedades y abusos por parte de las autoridades judiciales y policiales y carece de cualquier tipo de motivación, lo cual vulnera desde cualquier perspectiva derechos humanos esenciales como lo son derechos de libertad, inviolabilidad de domicilio, garantías básicas del debido proceso, entre otros.

ABSTRATC

On 3 February 2014 the National Assembly of Ecuador, approved the issuance of the Organic Code Integral Criminal, the same that came into force 180 days counted from its publication in the Official Gazette, this is August 10, 2014. Within this regulatory body is developed the procedure as well as the ways in which proceeds the raids on homes in Ecuador. Precisely Art.- 481 of the Code of Criminal Integral describes the requirements of the search warrant, this article further provides that in cases of "urgency" the prosecutor may request the order orally or by any convenient means, noting the reasons determine the raid, in other words the Code of Criminal Integral does not determine clearly and with certainty how the prosecutor would request the Judge of Criminal Guarantees; in the same way this coding is deficient in determining how the Criminal Trial Judge (who is in charge of the protection of rights) may authorize the raid by any means, noting dichoacto. In a Constitutional State of Rights and Justice as is the Ecuador, to the author can not be imagined that the way the constitutional right of a citizen will be limited or reduced either by "any appropriate means", as that could generate arbitrariness and abuses by police and judicial authorities and lacks any kind of motivation, which violates from any perspective essential human rights such as rights to freedom, inviolability of the home, basic guarantees of due process, etc.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I: EL DOMICILIO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL	13
1.1.- Aspectos Generales	13
1.2.- Terminología	15
1.3.- Garantía Constitucional.....	18
1.4.- La inviolabilidad de domicilio como Derecho Universal, Declaratoria de Derechos Humanos – Pacto de San José.....	25
1.5.- Excepciones a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio.....	36
CAPÍTULO II: EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO	39
2.1.- Aspectos generales y concepto	39
2.2.- Naturaleza Jurídica	41
2.3.- Disposiciones de allanamiento del Código de Procedimiento Penal – Antecedentes históricos	45
2.4. Casos en los que procede el allanamiento de domicilio según la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal.....	69
CAPÍTULO III: EFECTOS JURÍDICOS DEL ALLANAMIENTO LLEVADO DE FORMA ILEGAL	83
3.1.- Debido proceso	83
3.2.- Motivación de las resoluciones emanadas del poder público.....	90
3.3.- Delito de violación de domicilio	96
3.4.- Violación de domicilio por parte de autoridades públicas y agentes de la policía.....	102
3.5.- La exclusión como medio de prueba de los objetos, documentos y armas incautadas en un allanamiento realizado de forma ilegal.....	106
CAPÍTULO IV: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ALLANAMIENTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	114
4.1.- Análisis del Artículo.-481 del Código Orgánico Integral Penal	114
CONCLUSIONES.....	124
RECOMENDACIONES	127
BIBLIOGRAFÍA.....	128

INTRODUCCIÓN

El presente tema de estudio se enfocará en el análisis del art.- 481 del Código Orgánico Integral el mismo que presupone una violación directa a derechos de libertad de los ciudadanos, presupone una arbitrariedad total para la forma en la cual debe darse algo tan delicado como lo es el allanamiento de domicilio.

El Art.- 481 del Código Orgánico Integral Penal, se configura dentro de las disposiciones adjetivas del mismo cuerpo, sin embargo, contiene una contradicción directa con lo dispuesto en la Constitución en el Capítulo sexto dentro de los Derechos de libertad el cual establece en su “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 22. 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.”

En palabras del tratadista Jorge Zavala Baquerizo, la norma constitucional citada garantiza al habitante de nuestro Estado el “Derecho a la intimidad personal y familiar”, ya que por obvias razones es en este lugar donde el ser humano llevará a cabo sus actividades personales, privadas y familiares, lugar que es escogido libremente y no impuesto, lugar que debe ser respetado.

En consecuencia, no se puede establecer una disposición como la del Art.- 481 del COIP, que establece que “mientras que el fiscal lo considere pertinente podrá solicitar verbalmente o por cualquier medio conveniente, dejando constancia de los motivos que determinen el allanamiento.” Adicionalmente establece que de no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar el fiscal deberá indicar los motivos para que a pesar de aquello se lleve a cabo los o el allanamiento, de igual forma el juez podrá autorizar el allanamiento por cualquier medio, siempre que se deje constancia de aquello, este tipo de disposiciones en un Estado de Derechos y Justicia, simplemente no se pueden realizar, es contraria a la seguridad jurídica que tenemos todos y debe declararse su inconstitucionalidad de forma urgente, antes de que bienes jurídicos fundamentales sean vulnerados.

CAPÍTULO I: EL DOMICILIO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

1.1.- Aspectos Generales

El domicilio es uno de los atributos de la personalidad del ser humano conjuntamente con el nombre, la capacidad, la nacionalidad, el patrimonio y el estado civil; los atributos de la personalidad son aquellos elementos o características propias que encontramos en todas las personas, sean estas naturales o jurídicas y que generan ciertos efectos jurídicos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los atributos de la personalidad la Dra. Sonia Merlym Sacoto en su libro "Sujetos de la relación jurídica", ha sabido manifestar:

"En relación con la naturaleza jurídica de los atributos de la personalidad, existen varias tendencias:

- a. Unitaria: que identifica los atributos con los derechos personalísimos y, en consecuencia, los define como "aquellos que tienen por objeto los elementos constitutivos de la personalidad del ser humano en sus múltiples aspectos: físico, moral, individual y social"*
- b. Quienes distinguen entre atributos y derechos personalísimos" (Merlym Sacoto, 2011).*

Sin embargo, pese a lo mencionado, existen diversos aspectos que se constituyen en diferencias muy marcadas que impiden que los atributos de la personalidad se confundan con los derechos personalísimos de la persona, los cuales son los siguientes:

- Únicamente los seres humanos somos titulares de los derechos personalísimos, por otro lado, las personas jurídicas sí poseen atributos de la personalidad exceptuando el Estado Civil.

- Ciertos atributos de la personalidad son renunciables como por ejemplo la nacionalidad o el patrimonio; los derechos personalísimos son irrenunciables.
- El tratamiento de los atributos de la personalidad está regulado de manera heterogénea según el ordenamiento jurídico al que nos enfoquemos, los derechos personalísimos tienen una concepción universal de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

El domicilio es el lugar en el que el ser humano ha decidido permanecer y llevar a cabo sus actividades económicas, familiares, religiosas, sociales, etc., lo cual se traduce en el ánimo real de un individuo de permanecer en una determinada circunscripción territorial.

También el domicilio es definido por la Real Academia Española (R.A.E.) de diversas maneras entre ellas las más relevantes para el tema en estudio son:

1.-Morada fija y permanente.

2.-Lugar en que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.

3.-Casa en que alguien habita o se hospeda.

Todos estos conceptos que han sido citados, tienen diversos elementos en común, en relación al primero, establece que el domicilio es la morada fija y permanente de una persona, esto tiene sentido toda vez que, el ser humano por sus características propias se desplaza continuamente durante toda su vida, por lo que resulta imprescindible para los ordenamientos jurídicos establecer un lugar fijo en el que el ser humano pueda ser ubicado, esto para que la persona pueda ser sometida a las obligaciones generadas por las relaciones jurídicas que ha adquirido, y que de igual manera pueda hacer efectivo el ejercicio de sus derechos inherentes a su condición o aquellos que han derivado de relaciones jurídicas.

En nuestra legislación, el Código Civil, en su Art.- 45 nos brinda una definición de lo que es domicilio, la misma que reza: *“El domicilio consiste en la*

residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil". De la presente definición podemos connotar que el domicilio se compone de dos elementos, el uno llamado material, tangible, objetivo y el otro subjetivo o espiritual.

El elemento material lo podría definir como la residencia o en otras palabras el lugar en que la persona permanece habitualmente dentro de un territorio. El elemento subjetivo por su parte hace referencia a la voluntad real o presumible del individuo de permanecer en aquel lugar.

Sobre el tema el Doctor Ricardo Treviño García ha manifestado que:

"Por su parte, el artículo 28 del mismo ordenamiento legal preceptúa: "El domicilio de la persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle".

De la anterior definición, se desprenden dos elementos; uno de carácter objetivo, representado por la residencia de una persona en cierto lugar, y otro subjetivo, el cual consiste en el propósito de esa persona radicar en el lugar en donde haya elegido su residencia (Art.- 28)"(Treviño, 2002).

Para finalizar este punto es necesario explicar las diferencias entre domicilio, residencia y habitación. El domicilio se caracteriza por ser una relación de derecho la cual tiene el requisito de que la persona debe expresar el ánimo de permanecer en ella. La residencia por otro lado es una relación de hecho que consiste en el sitio donde el ser se asienta asiduamente. La habitación no es más que el establecimiento fugaz, ocasional, temporal, transitorio de la persona.

1.2.- Terminología

Nuestro ordenamiento jurídico al haber acogido el sistema de la familia jurídica romanista, en concordancia con aquello pienso que es elemental explicar la forma en que ellos trataban a esta institución al igual que los vocablos de

donde procede, a fin de comprender y establecer semejanzas y diferencias con nuestra actual concepción del domicilio.

Según los estudios realizados sobre el origen y composición de la palabra domicilio, se ha determinado que esta proviene etimológicamente de dos vocablos latinos: de “**Domuscolo**” o “**Domus collere**”, lo que significa y es entendido como habitar una casa.

Para el Derecho Romano, el domicilio no estaba constituido únicamente por la presencia de la persona, sino que al igual que en nuestro ordenamiento jurídico se requería de un elemento subjetivo, el cual es el ánimo de residir en él, esto entendido en aquella época como el lugar en el que realizan o es el centro de sus actividades, así podemos suponer que el sentimiento o la intención debía ser público, en otras palabras, evidente; con lo que nace el concepto de derecho entre el sujeto y el lugar.

Una vez que he realizado este breve análisis histórico del término domicilio, debo explicar que además éste se divide en dos clases, el domicilio político y el domicilio civil.

El Art.- 46 del Código Civil estipula que: *“El domicilio político es el relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere, es o se hace miembro de la sociedad ecuatoriana, aunque conserve la calidad de extranjero. La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional”*.

Si bien nuestro código no marca una diferencia elemental entre domicilio político y domicilio civil, debemos entender que esta disposición está enfocada a los extranjeros, quienes, para el ejercicio de ciertos derechos, deberán establecer su domicilio en el país y demostrar esta situación; el Dr. Juan Larrea Holguín, ha manifestado lo siguiente al respecto:

“El domicilio político se adquiere, como el domicilio general, por la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella. Pero en el caso de los

extranjeros, como para permanecer en el Ecuador requieren cumplir ciertas formalidades administrativas, se considera que adquieren el domicilio político desde que se les confiere el “carnet de domicilio”, que es la prueba de haber cumplido dichas formalidades y que constituye a la vez el documento que acredita la adquisición del domicilio político en el país.”(Larrea Holguín, 1998).

En relación al domicilio civil, nuestro Código Civil, de igual manera que con el domicilio político nos brinda una especie de definición en su Art.- 47, la cual reza: *“El domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado”*. Esta disposición hace referencia al ámbito al que se refiere el domicilio civil, mientras que el Art.- 48 del mismo cuerpo normativo manifiesta los criterios para determinar el domicilio civil: *“El lugar donde un individuo esta de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”*.

De lo escrito puedo establecer que desde una concepción puramente civilista, el domicilio es entendido y concebido como la residencia de la persona sobre un lugar, sumado al ánimo de permanecer allí, o la voluntad de residir en aquel lugar. Esto significa la elección de la persona para ser ubicado en un lugar concreto, sin embargo a los ojos del derecho penal, debemos aclarar que esto no funciona de la misma manera.

Para el derecho penal y el derecho procesal penal, el domicilio constituye: *“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.”* (Treviño, 2002)

Podemos apreciar claramente que para el derecho penal y el derecho procesal penal, los elementos objetivos y subjetivos presentes en las definiciones del derecho civil, no son necesarias para la determinación del domicilio, es únicamente prioritario que la persona haya escogido lícitamente el lugar y que se encuentre en aquel lugar.

“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.”(Argudo Argudo, 2010).

1.3.- Garantía Constitucional

Uno de los campos de estudio del Derecho Constitucional, es el referente a los derechos y garantías de las personas, sean estos civiles o políticos, o ya sean estos sociales culturales o económicos, colectivos o del medio ambiente. Los constitucionalistas han optado por llamarlos o denominarlos “derechos fundamentales”, con el fin de establecer una diferencia entre estos y los derechos subjetivos que básicamente consisten en cualquier pretensión que realice una persona, cuando estos derechos fundamentales o cuando estos principios del Derecho Constitucional son recogidos por instrumentos internacionales, es decir cuando llegan a internacionalizarse, surge la denominación de “derechos humanos”, designándose de este modo aquellos valores inherentes a la dignidad del ser humano.

El Derecho Constitucional estudia los derechos humanos ya que de esta forma deberá organizar las instituciones del Estado, El Dr. Hernán Salgado Pesantes al respecto ha manifestado:

*“Pero, no se trata tan solo de estructurar jurídicamente al Estado ni tampoco de legitimarle a través del Derecho; la concepción que se impone a partir del Siglo XVIII es la de **implantar en el Estado un orden jurídico que a partir del reconocimiento los derechos inherentes a la persona establezca un régimen de garantías para los gobernados**; un orden jurídico que haga realidad los valores básicos de libertad, justicia y democracia.”*(Salgado Pesantes, 2012)

Bajo esta premisa, se confiere al Estado la protección de los derechos humanos, los mismos que serán esenciales en la organización de las funciones estatales, las competencias y las debidas responsabilidades de cada función. En otras palabras podemos afirmar que el Estado debe estructurarse teniendo muy en claro y presente como eje vital de su organización los derechos y libertades de la ciudadanía, obviamente estos jamás serían posibles dentro de un régimen autoritario o totalitario, por lo que la única vía posible será mediante un sistema basado en democracia.

Siendo esto así, corresponde a la Constitución, regular y delimitar la organización y funcionamiento del Estado, previendo mecanismos que hagan posible la vigencia real de los derechos tanto individuales como colectivos, creando y estableciendo las garantías necesarias para aquello. El Estado en base a los derechos económicos-sociales, debe crear entonces las condiciones necesarias a través de lo que son las políticas públicas, para que todos los derechos, libertades y garantías establecidos en la Constitución, sean efectivos, en otras palabras, que estos sean reales.

“El Estado se limita a reconocer derechos fundamentales, pues son derechos naturales del hombre, a través, principalmente, de su texto constitucional. El Estado, entonces, simplemente reconoce dichos derechos, no los establece, no es una concesión graciosa por parte del poder estatal, y, es más, no puede vulnerarlo ni a través del legislador ni del poder constituyente.”(Oyarte, 2014)

La gran mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos, acostumbran reconocer constitucionalmente los derechos de sus ciudadanos y personas que se encuentren dentro de su territorio, así como también los mecanismos de protección para que en caso de que los primeros sean vulnerados exista un procedimiento efectivo que permita restablecer el derecho vulnerado.

“En este sentido, la capacidad de los derechos para vincular la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como fundamento real de la Constitución material de una sociedad dependerá en última instancia de la eficacia de sus mecanismos de protección.”(Storini, Grijalva, & Andrade, 2009)

Realizando una comparación general entre la Constitución de 1998 y la del 2008, podemos afirmar que el nuevo texto constitucional amplía y fortalece el conjunto de garantías de derechos fundamentales, incrementando las herramientas para su defensa y por otro lado especificando y desarrollando el contenido de sus garantías. Después de lo dicho puedo determinar que tenemos una constitución sumamente garantista, por la amplitud de instituciones o mecanismos destinados a la protección y ejercicio efectivo de derechos y de libertades, en consecuencia la Constitución del 2008 establece una amplísima fuente de derechos fundamentales, aquellos que como hemos mencionado tienen relación directa con la dignidad de la persona, así estos pueden ser reconocidos tanto en el texto constitucional como en instrumentos internacionales. En concordancia con lo expuesto el constituyente de Montecristi incorporo la posibilidad de que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sea posible la aplicación de derechos contenidos en instrumentos internacionales, sin la necesidad de que exista un cuerpo normativo que desarrolle sobre aquel derecho.

“En la constitución no se establece una gradación respecto a la protección de los derechos y libertades. Todos los derechos gozan de un régimen de protección jurídica reforzada que se logra a través de garantías normativas o abstractas, jurisdiccionales o concretas e institucionales que se pueden sintetizar así:

- *Procedimiento agravado de reforma constitucional (art. 441).*
- *Reserva de ley ordinaria y orgánica para su regulación (arts. 132 y 133).*
- *Obligación del legislador de respetar el contenido de estos derechos (art. 11, núm. 4).*
- *Garantías normativas (art. 84).*
- *Las garantías de políticas públicas, prestación de bienes y servicios orientados a hacer efectivos todos los derechos y de su formulación y control ciudadano (art. 85).*
- *Vinculación directa de todos los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo (art. 11, núm. 3).*

- *Previsión de un procedimiento preferente y sumario para su protección jurisdiccional, de una reparación integral y de instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia o resolución (art. 86).*
- *Previsión de una acción de protección, acción de habeas corpus, acción de habeas data, acción por incumplimiento y acción de acceso a la información pública (arts. 88 y ss.).*
- *Posibilidad de promover una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución (art. 94).*
- *Carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías (art. 436, núm. 6).”(Storini, Grijalva, & Andrade, 2009).*

Las garantías enumeradas anteriormente conforman dos grupos diversos en función de su naturaleza. En el primer grupo, que comprende las seis primeras garantías antes citadas, se inscriben todos aquellos que tienen como objetivo o fin de evitar que el actuar de los poderes públicos pueda causar una afectación o vulneración a los derechos constitucionales, o una lesión mínima al contenido del precepto constitucional. Al gozar de un carácter general, este grupo de garantías llevan el nombre de genéricas, abstractas o normativas. La finalidad de estas es evitar que normas de rango inferior a la Constitución, que desarrollan los derechos fundamentales, priven a la misma del contenido y eficacia de los derechos.

Dentro del segundo grupo, los mismos que son los cuatro restantes, se encuentran aquellos mecanismos que tienen un carácter distinto y se podría decir que se caracterizan por ser reactivos, por ejemplo, los mecanismos que se ofrecen a la ciudadanía para que en cada situación que consideren que se ha producido un menoscabo a sus derechos, pueda acudir a estos para tener un restablecimiento del mismo. A diferencia del anterior grupo su objeto o función no es evitar o prevenir una ocasional actuación indebida de los poderes públicos, sino ser instrumento de los ciudadanos para poder reaccionar una vez que se ha producido el abuso o daño de los derechos por parte de los órganos estatales.

En este sentido el Ecuador históricamente desde sus inicios de vida republicana, ha reconocido constitucionalmente el derecho a la inviolabilidad de domicilio en términos iguales o equivalentes, por ejemplo, la Constitución del año 1830 tuvo consigo en su Título VIII, referente a los Derechos Civiles y Garantías, en su artículo 65 la siguiente disposición:

“Art. 65.- [INVOLABILIDAD DE DOMICILIO].- La casa de un ciudadano es un asilo inviolable; por tanto no puede ser allanada sino en los casos precisos, y con los requisitos prevenidos por la ley.”, nuestra actual Constitución, en su Capítulo Sexto, establece los Derechos de Libertad, los mismos que se encuentran contemplados en el Art.- 66, dentro de dicho artículo el numeral 22 estipula lo siguiente: *“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”*.

Enfocándonos en el tema de estudio, el cual es la inviolabilidad de domicilio, de lo hasta aquí manifestado debo decir, que no se puede y no es posible confundir las definiciones brindadas por el código civil para el entendimiento de domicilio, puesto que la protección que realiza nuestra constitución es de carácter instrumental, es decir tiene un enfoque de defensa a los ámbitos en que se desarrolla la vida íntima y personal de las personas. Existe una discusión doctrinal sobre la aplicación exclusiva de este precepto constitucional a personas naturales, o si es aplicable tanto a las naturales como a personas jurídicas; al respecto autores como Jorge Zabala Baquerizo, ha argumentado que este derecho es de aplicación exclusiva de personas naturales, puesto que:

“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...”(Zabala Baquerizo, 2005).

Sin embargo, existen otras posturas al respecto afirmando que la disposición constitucional es más extensiva y que su alcance cubre la situación de las personas jurídicas. En el derecho comparado podemos observar ejemplos como la legislación española que reconoce la inviolabilidad de domicilio para personas jurídicas y al respecto la sentencia española STC 137/1985 dice:

“En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezca o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo”.

Como se ha dicho en puntos anteriores el domicilio es un atributo de la personalidad, al cual tienen acceso tanto personas naturales como jurídicas, en cuyos casos su domicilio será aquel que ellas mismas determinen al constituirse, que conste en los estatutos o en el contrato social.

Existe un nexo de unión indiscutible entre la norma que protege la inviolabilidad del domicilio, Art. 66 núm. 22 de la Constitución y la que garantiza la intimidad familiar y personal Art. 66 núm. 20íbidem, cuando ambas disposiciones son abarcadas dentro de lo que comprende los derechos de libertad, lo cual, significa un concepto constitucional de domicilio mucho más amplio que los brindados por el código civil. Podemos evidenciar que la inviolabilidad de domicilio constituye un verdadero derecho fundamental de las personas, instaurado para proteger el ámbito privado, la vida personal e íntima del ser humano, dentro de un espacio limitado, que ella misma ha escogido para llevar a cabo sus actividades particulares, y esta situación debe caracterizarse precisamente por quedar exento e inmune de invasiones o intromisiones de otras personas y con mucha más razón de los poderes del Estado.

Al leer el texto constitucional, es válido preguntarse, ¿Se defiende el derecho a la inviolabilidad de domicilio o al derecho de propiedad? Para responder esta interrogante deberemos dejar claro qué implica cada uno de estos derechos.

Antes que nada se debe mencionar que no se debe confundir el Derecho de Propiedad con el Derecho a la Propiedad, que pese a tener nombres muy parecidos, tienen diferentes acepciones, el Derecho de Propiedad, el mismo que no se encuentra consagrado por nuestra Constitución, hace referencia al derecho real que tiene una persona sobre cosa corporal (bienes) para gozar y disponer de ellas. Por otro lado el Derecho a la Propiedad, el cual está consagrado en el Art.- 66 núm. 26 de nuestra Constitución, es el derecho que tienen las personas a acceder a la propiedad de los bienes, esto implica un respeto muy profundo al dominio de las cosas, este derecho no es comúnmente consagrado por las constituciones en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

En cambio, el Derecho a la Inviolabilidad de Domicilio, está inmerso en el ámbito privado de la persona, y este derecho deriva de otros dos, los cuales son el derecho a la intimidad y el derecho al honor. El derecho a la intimidad consiste en la seguridad que tiene la persona de no tener que tolerar intromisiones no autorizadas en su vida privada, en el desarrollo personal de su humanidad, puesto que es en este lugar donde la persona llevará a cabo su relaciones sociales, religiosas, económicas, familiares, culturales; y puesto que tales intromisiones se realizan con más frecuencia en la vivienda, domicilio, morada, es por ello, que se conoce a este derecho como el Derecho a la Inviolabilidad de Domicilio, el mismo que se encuentra reconocido dentro de los derechos de libertad de los seres humanos.

“El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto a necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima.”(González Martínez, 2008).

En consecuencia, a través de este derecho no únicamente se busca la protección del espacio físico, lo que se trata de proteger con estas disposiciones es su contenido, lo que hay dentro de este espacio físico, entendido esto como la emanación de la persona, el área en cuestión está íntimamente vinculado a lo que llamamos en nuestro lenguaje corriente, hogar;

lugar que ha escogido para llevar a cabo su vida familiar, personal, religiosa, etc.

De la misma forma el Código Orgánico Integral Penal protege este bien jurídico de vital importancia para el desarrollo de la vida de las personas, y así que en la sección sexta, Delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar, en su artículo 181 establece: *“Violación de propiedad privada.- La persona que, con engaños o de manera clandestina, ingrese o se mantenga en morada, casa, negocio, dependencia o recinto habitado por otra, en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La persona que, en ejercicio de un servicio público, sin la debida autorización o fuera de los casos contemplados legalmente; o que con una orden falsa de la autoridad pública; o que con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes, viole un domicilio o lugar de trabajo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. En la violación de domicilio se presume que no hay consentimiento del dueño o de la dueña o su encargado cuando no están presentes en el acto que constituya la infracción.”*

1.4.- La inviolabilidad de domicilio como Derecho Universal, Declaratoria de Derechos Humanos – Pacto de San José

Los derechos y garantías fundamentas, ya sean estos políticos, económicos, civiles, culturales, colectivos o individuales, siempre han sido llamados por los constitucionalistas como derechos fundamentales, sin embargo, cuando los preceptos constitucionales se internacionalizaron, cuando fueron recogidos por instrumentos internacionales, más que nada después de la Segunda posguerra, aparece en el derecho la denominación “derechos humanos”, para determinar a los valores inherentes a la dignidad del ser humano.

“Si bien podemos decir que no existen diferencias sustanciales entre los dos términos –derechos fundamentales y humanos-, sin embargo hablar de

derechos humanos significa ir más allá de los textos positivados (constitución o tratado), pues cualquier valor esencial para el ser humano compatible con su naturaleza y dignidad constituye un derecho.”(Salgado Pesantes, 2012).

Los derechos humanos tienen la vital característica de ser progresivos lo que implica que tanto su alcance como protección son mayores con el transcurso del tiempo, en consecuencia doctrinariamente se dice que los derechos humanos no tienen un número determinable de estos, por el contrario permanece indefinido, y su desarrollo está condicionado a las necesidades o requerimientos del ser humano, en una época y sociedad determinada, en otras palabras, a su evolución. Estas exigencias o necesidades pueden ser individuales o sociales, pero tienden a la universalidad, su fundamento o pilar principal es la dignidad de la persona, en consecuencia, todos los derechos humanos deberán concordar con la protección de la dignidad, esto va de la mano con el respeto a la autonomía y libertad de todos nosotros.

El contenido de los derechos humanos es trascendental para el desarrollo de la vida de las personas, abordan temas de índole universal, y por ello es que nuestra constitución ha reconocido estos derechos como norma de rango superior por sobre todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico e incluso con rango superior la misma constitución, siempre que estos sean más beneficiosos o favorables en materia de derechos humanos. La norma constitucional mencionada que establece el orden jerárquico de aplicación de derechos humanos es la siguiente:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Es en este punto donde se genera la diferencia entre derechos humanos o también denominados constitucionales, de los derechos subjetivos, estos últimos entendidos como la facultad o el poder que tiene la persona para hacer valer sus propios derechos e incluso limitar los ajenos, poseer o exigir alguna cosa de conformidad con lo establecido en las normas jurídicas.

La defensa y protección de los derechos humanos es un deber jurídico de los Estados, deber que en caso de no ser efectuado por los poderes públicos de un determinado Estado, da lugar a responsabilidades ya sean nacionales o incluso internacionales.

“...hubiese sido adecuado, en mi criterio, precisar el carácter jurídico que tiene ese deber u obligación y que su incumplimiento genera responsabilidades de diversa índole a quienes actúan en nombre de Estado. De modo general, cuando se habla de deberes estamos en el ámbito ético-moral y cuando se inscribe el deber en la Constitución de un Estado abordamos una concepción política de los deberes impuestos por la Ley Fundamental, y es este el camino que conduce a las “normas programáticas.” (Salgado Pesantes, 2012).

Como ya lo ha mencionado el Dr. Hernán Salgado, no ha existido una claridad sobre las consecuencias que tendría el Estado, frente a un caso en que se vieran afectados derechos humanos; en la Constitución lo más cercano que podemos encontrar al respecto está ubicado en el Capítulo IX del Título II, Art. 83 que establece una serie de responsabilidades para los ciudadanos, y son normas enfocadas a llevar una conducta ética más que jurídica. Coincidimos con el pensamiento del Dr. Hernán Salgado al afirmar que a nuestra constitución le falta puntualizar las responsabilidades de los poderes públicos cuando nos encontremos frente a un caso de violación de derechos humanos o constitucionales, así resulta que todo lo referente a derechos humanos se ve minimizado por estos asuntos y a la final no sirve de nada tener una constitución tan garantista, ya que finalmente el control del cumplimiento y protección de los derechos humanos será meramente político.

“Los derechos humanos deben entenderse de una manera mucho más amplia e integral, porque además son un fenómeno en constante construcción y evolución. No se pueden delimitar únicamente a un conjunto de derechos determinados, sino a una idea más comprensiva de fenómenos sociales y políticos, ya que su reconocimiento parte de verdaderas "conquistas" logradas por la persona humana frente al poder del Estado, cualquiera sea su forma de manifestación. Es por ello que una definición sobre derechos humanos siempre debe ir acompañada del conocimiento de los procesos históricos y filosóficos alrededor de la persona humana y su constante interrelación en la sociedad y con el poder. Igualmente, debe tener como base valores indiscutibles como la dignidad, la libertad y la igualdad, aun cuando no fueren términos necesariamente incorporados en la parte conceptual.” (Martínez, 2008)

Sin embargo, de la misma forma debemos decir que tanto la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como el Código Orgánico de la Función Judicial si prevén tanto el derecho de repetición en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como sanciones y responsabilidades en el Código Orgánico de la Función Judicial; así me permito citar las siguientes normas:

“Código Orgánico de la Función Judicial

CAPITULO II

PRINCIPIOS RECTORES Y DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

Art. 15.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley.

En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (...)

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley.”

“Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Capítulo X

Repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos

Art. 67.- Objeto y ámbito. - La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos. (...)”

Para la aplicación de derechos humanos o constitucionales el Art.- 11 de nuestra Constitución ha recogido una serie de principios básicos que han sido consagrados doctrinariamente tanto en informes como en fallos jurisprudenciales de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos como lo son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de esta forma nuestra norma fundamental establece lo siguiente:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

- 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.*
- 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.*

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y

funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.

Sobre esta disposición constitucional cabe hacer el siguiente análisis, con el fin de desarrollar el tema en estudio a profundidad.

Los principios que podemos observar contemplados en la antedicha disposición, siguiendo la clasificación que ha realizado el Dr. Hernán Salgado, que se encuentran en la presente norma son:

- a) Principio de directa e inmediata aplicación (Art.-11 num.3).- este principio también es llamado como “*self executing*”, lo que invoca este principio es que los derechos humanos o constitucionales no necesitan de actos legislativos complementarios para su vigencia y posterior aplicación dentro del territorio del Estado, esto se evidencia en que ningún juez podrá dejar de aplicar un derecho fundamental, argumentando falta de ley, o cualquier otro cuerpo normativo. Este principio ha sido desarrollado por la doctrina internacionalmente, en este sentido se ha creado un criterio generalizado de que las normas de un tratado sobre derechos humanos deben ser ejecutables por sí mismas, esto quiere decir que son de utilización inmediata para las personas pertenecientes a determinado Estado.

- b) Principio de interpretación más favorable (Art.-11 num.5).- este principio también ha sido desarrollado y reconocido por la doctrina internacional, en resumen lo que se busca es que las normas deben ser interpretadas y aplicadas en el sentido de favorecer a la persona. La norma hace bien en identificar a las personas a las cuales va dirigida este principio, a los funcionarios públicos. La convención americana de derechos humanos, ha establecido ciertas reglas para la aplicación y ejecución de este principio, las mismas que podemos observar en su Art.- 29, entre las que se destaca: *“...limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”*.
- c) Principio de desarrollo progresivo de derechos humanos (Art.-11 num.8).- como ya se lo dijo anteriormente los derechos humanos no son limitados, sino por el contrario, surgen según las necesidades y época en las que se encuentre la humanidad, más que nada en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. Este principio lo que permite es garantizar la evolución de los derechos, ya que impide que se de algún retroceso en esta materia. El Art.- 11 num.8 de nuestra constitución establece que el contenido de estos derechos será progresivo así el Estado está en la obligación de generar y garantizar las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos. Podemos observar que también la disposición prohíbe cualquier regresión en derechos mediante acciones u omisiones por parte del Estado, en consecuencia, las determina como inconstitucionales.
- d) Norma o cláusula abierta para derechos humanos (Art.- 11 num.7).- el reconocimiento de los derechos humanos siempre se lo debe hacer con amplitud por parte de los Estados, con esto se evita que haya restricciones al respecto. Como ya se dijo no es posible enumerar los derechos humanos, por cuanto estos están en constante evolución. El ser humano gracias a su raciocinio e intelecto, ha ido descubriendo nuevos derechos que sustentan a la persona. Es esta la razón por lo que en nuestra constitución en su Art.- 11 num.7 se dice: *“El reconocimiento*

de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento". Esto es lo que se conoce como norma o clausula abierta, las normas de este carácter resultan altamente peligrosas cuando se habla de organización institucional, por las implicaciones que podría tener, sin embargo, en derechos humanos, es sumamente beneficioso y permite una mayor protección para las personas, ya que la dignidad humana prevalece como el fundamento y eje principal de los derechos.

- e) La no restricción de derechos (Art.- 11 num.4). - esta disposición de la constitución establece que lo que no podrá ser restringido es el contenido de los derechos y de sus garantías constitucionales, la restricción de cualquier derecho seria alterar el carácter mismo de los derechos humanos, ningún derecho debe ser afectado en su esencia.

Por su parte la Declaración de Derechos Humanos, es un documento declarativo, creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde se recogen en treinta artículos los derechos humanos fundamentales, los signatarios de este instrumento, son todos los Estados miembros de la O.N.U. (Organización de las Naciones Unidas), siendo el Ecuador uno de los Estados parte.

En esta declaratoria en su Art.- 12 tenemos la disposición referente al tema que nos hallamos estudiando, esto es el derecho de inviolabilidad de domicilio, la misma que establece lo siguiente:

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

Esto quiere decir que todos los seres humanos en todo el mundo, tenemos derecho a que nuestro domicilio no sea perturbado o menoscabado por injerencias arbitrarias y sin embargo se aprueban en nuestro órgano legislativo disposiciones como las del Código Orgánico Integral Penal, lo cual nos hace pensar que este derecho no está siendo totalmente protegido, puesto que se estaría permitiendo injerencias arbitrarias a domicilios al permitirse realizar un allanamiento solicitando la autorización para ello por “cualquier medio” y otorgándose dicha autorización de la misma manera, siendo lo correcto realizarla por escrito, exponiendo las razones y motivaciones por las cuales se va a limitar el derecho de un ser humano.

Por otro lado, debemos recordar que nuestro país, es miembro de las Naciones Unidas, en consecuencia, suscribió la declaración de los Derechos Humanos, declaración que fue ratificada por el Congreso Nacional, lo cual obligó a realizar reformas en nuestra constitución, y desde entonces ha sido parte de nuestro ordenamiento jurídico, en concordancia con los Arts.- 424 y 425 de nuestra Constitución de la República.

De igual modo la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento internacional, que también ha sido suscrito y ratificado por el Ecuador, establece en su Art.- 11, Protección a la Honra y Dignidad:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. (Los subrayados me pertenecen.)

Otros ejemplos de instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador que brindan la protección al derecho de inviolabilidad de domicilio son las siguientes:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“Art.- 17: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. (Los Subrayados me pertenecen.)

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

“Art.- 8: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. (El subrayado me pertenece.)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

“Art.- IX: Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de domicilio”. (El subrayado me pertenece.)

De todo lo expuesto podemos concluir que el derecho a la inviolabilidad de domicilio es un derecho reconocido universalmente, que merece una protección especial, ya que estamos hablando de un derecho que involucra y tiene como esencia la dignidad de la persona, su privacidad, su intimidad, y su derecho a no ser molestado; y cuando esto suceda, es decir en los casos que proceda el allanamiento debería ser informado por escrito, expresando con qué fines se realizará y de manera motivada, puesto que su derecho va ser limitado.

1.5.- Excepciones a la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio

La disposición constitucional que establece y garantiza el derecho a la inviolabilidad de domicilio, no es absoluta, pues la misma norma establece criterios objetivos para que este derecho sea limitado, constituyéndose, a mi criterio, en la regla general, sin embargo, existen otras disposiciones en la ley que estudiaremos más adelante. Así la Constitución en su Art.- 66 num.22 dispone:

“...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”.

Al existir una excepción a la garantía constitucional, y en relación a todo lo expuesto a lo largo de este capítulo, puede ocurrir que el domicilio de una persona pueda ser violentada, sin embargo, consideramos que los casos en que este derecho es limitado, se debe detallar los casos de forma pormenorizada en la ley.

El Código Orgánico Integral Penal, sobre los casos en que procede el allanamiento establece lo siguiente:

“Art. 480.- Allanamiento.- El domicilio o el lugar donde la persona desarrolle su actividad familiar, comercial o laboral, podrá ser allanado en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de detener a una persona contra la que se ha dictado orden de detención con fines de investigación, prisión preventiva o se ha pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de libertad.*
- 2. Cuando la Policía Nacional esté en persecución ininterrumpida de una persona que ha cometido un delito flagrante.*

3. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se está realizando o de socorrer a sus víctimas.

4. Cuando se trate de socorrer a las víctimas de un accidente del que pueda correr peligro la vida de las personas.

5. Cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga. En estos casos se procederá a la aprehensión de los bienes.

6. En los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deba recuperarse a la agredida, agredido, o a sus familiares; cuando la agresora o el agresor se encuentre armado o bajo los efectos del alcohol, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o esté agrediendo a su pareja o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de cualquier miembro de la familia de la víctima.

7. Cuando se trate de situaciones de emergencia, tales como: incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad.

En los casos de los numerales 1 y 5 se requerirá orden motivada de la o el juzgador y en los demás casos no requerirá formalidad alguna.

Para evitar la fuga de personas o la extracción de armas, instrumentos, objetos o documentos probatorios y mientras se ordena el allanamiento, la o el fiscal podrá disponer la vigilancia del lugar, la retención de las cosas y solicitar a la o al juzgador la orden de detención con fines investigativos para las personas que se encuentren en él”.

Haciendo un análisis de la norma constitucional, como de la disposición del Código Orgánico Integral Penal, para facilitar el estudio del tema he establecido que puedo decir a manera de síntesis que en el Ecuador existen tres limitaciones al ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, las cuales son:

1.- Cuando se cuenta con el consentimiento del habitante del domicilio o vivienda, lugar en que reside o habita la persona.

2.- El allanamiento que, por disposición expresa de la ley, mismos que necesitan de orden judicial motivada.

3.- Aquellos casos especialísimos que no necesitan formalidad alguna, comprendidos en los numerales 2, 3, 4, 6 y 7 del Art.- 480 del Código Orgánico Integral Penal.

El que existan estas limitaciones, crea una seguridad para el domicilio de las personas dentro de un Estado de Derecho, y cualquier injerencia al domicilio de una persona, siempre que corresponda a los casos taxativamente señalados en la ley y que han sido resumidos en tres grupos en líneas anteriores, no constituye delito. Las inspecciones o registros que se realicen a una vivienda, morada o domicilio, deben estar reglamentadas por la ley, esto por disposición constitucional:

“Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

- 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*
- 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. (...).”*

Siendo en este caso el Código Orgánico Integral Penal, ya que este cuerpo normativo es el encargado de limitar los casos y modos de la violación domiciliaria, que si se realizan sin observancia de los derechos de la persona se convertiría en un allanamiento ilegal de domicilio. En otras palabras, lo que normalmente constituiría un delito (violación de domicilio), se convierte en un acto jurídico legal (allanamiento), siempre y cuando se lo ejecute en observancia de los derechos establecidos en la Constitución y las formalidades necesarias, precautelando los derechos de las personas y del debido proceso.

“Es decir que se puede allanar un domicilio sin orden judicial previa en los casos extremos que la doctrina conoce como prestación de auxilio en estado de necesidad ya mencionados, como cuando se trata de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas. O cuando se persigue a una persona que acaba de cometer un delito flagrante.”(Zambrano Pasquel, 2005).

CAPÍTULO II: EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO

2.1.- Aspectos generales y concepto

El término allanamiento proviene del latín *applanare*, del adverbio *ad* y *planu*, lo cual significa llano, pese a que el término tenga un origen de carácter romanista, debemos decir que esta institución no existió en aquella época, ni si quiera se tiene referencia de esta como delito, es decir no fue reconocido por el ordenamiento jurídico de entonces.

“El derecho romano no consideró el allanamiento de la morada como un delito propio e independiente, sino como una modalidad de la “injuria”; el “domun vi intruire” fue así estimado por la LexCornelia de injuris.” (Siguenza Bravo, 2010).

En relación al concepto de allanamiento, debemos decir que dentro del mundo del derecho esta palabra tiene dos acepciones, la una entendida dentro del ámbito del Derecho Procesal como la manera en que la parte demandada dentro de un juicio, se allana (conforma) con las pretensiones o reclamaciones que realiza la parte actora; y por otro lado tenemos en el ámbito del Derecho Penal, que se debe entender como una forma en que se invade la intimidad de las personas, por razones de carácter social que superan su derecho y garantía constitucional, con la finalidad de realizar labores investigativas, de socorro o aprehensivas.

El allanamiento de domicilio como se mencionó en el capítulo anterior, constituye la excepción a la garantía constitucional de la inviolabilidad de domicilio, por lo que esta excepción debe estar perfectamente regulada por el Código Orgánico Integral Penal, estableciendo las causas y los requisitos para llevar a cabo este acto procesal, y aquellos que no cumplen con aquellos requisitos deben ser sancionados por la ley como delito.

En ese orden de ideas, nos preguntamos: ¿Resulta natural pensar en la posibilidad de entrar en el domicilio ajeno? ¿Incluso en contra de la voluntad

expresa de la persona, sin que esto signifique que se ha violentado su derecho y por tanto, sin encajar la conducta en el delito de violación de domicilio? La excepción a esta garantía constitucional, se encuentra fundamentada en que existe una incuestionable necesidad de orden social, que supera al ámbito del derecho privado de las personas, la misma que es permitir que para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos que interesa a la sociedad, por causas de fuerza mayor, imprevistas o superiores, de verdadera y autentica necesidad jurídica, se de la facultad de que se ingrese incluso por medio de la fuerza al domicilio de una persona, aun en contra de su voluntad expresa, siempre y cuando se cumpla con las formalidades y requisitos establecidos por la ley.

Así el Doctor Vaca Andrade sostiene que: *“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 mayor.”*(Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomoll, 2009).

Obviamente en los casos descritos por el autor, no sería razonable exigir a los agentes del orden, o en su defecto al juez de garantías penales, quien es el encargado de la tutela del bien jurídico en cuestión (inviolabilidad de domicilio), que emita una orden autorizando el allanamiento de cierto domicilio, puesto que estamos en situaciones donde existe un peligro inminente y exige actuaciones instantáneas, con el fin de proteger bienes jurídicos de mayor importancia que la inviolabilidad de domicilio.

Enfocándonos netamente a nuestro tema de estudio debemos entender al allanamiento como la acción en la que se franquea de manera voluntaria o ya sea por la imposición de la fuerza, por medio como consecuencia de una resolución motivada de la autoridad competente ala vivienda, morada, domicilio de una persona, que puede surgir de un auto de llamamiento a juicio, así como

de una emergencia, que no pueden ser otras de las estipuladas por el Código Orgánico Integral Penal.

De manera general se ha establecido que, para allanar legítimamente el domicilio de una persona, se requiere de dos requisitos fundamentales:

- Primero la orden de la autoridad competente, que deberá observar todas las formalidades pertinentes, cuyo caso recae sobre el juez de garantías penales, encargado de tutelar el bien jurídico que deberá ser limitado lo menos posible, dependiendo de cada caso.
- En segundo lugar, la existencia de una causa debida, y que se encuentre previamente establecida y desarrollada por la ley, esto se lo puede resumir en la investigación criminal o en la aprehensión de un delincuente,
- Y por último, como ya hemos visto, casos de urgencia como lo son incendios, terremotos, etc.

2.2.- Naturaleza Jurídica

El allanamiento de domicilio o morada es generalmente confundido como una medida cautelar, sin embargo, no es aquello en sí mismo, pues tiene como finalidad hacer posible el cumplimiento de otra medida cautelar. En otras palabras podríamos decir que el allanamiento constituye una medida auxiliar o de apoyo que hace viable la ejecución de otras medidas ya sean estas cautelares, personales o reales, debemos recordar que el objeto del allanamiento es violentar, vulnerar, forzar, las seguridades que protegen un determinado lugar que como ya hemos visto puede ser un domicilio, morada, habitación de una persona, para así permitir el ingreso de las autoridades que estén buscando la aprehensión de una persona o en su defecto objetos que ayuden al esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos, o ya sea para brindar auxilio a una persona, etc.

Se debe dejar claro que el allanamiento de domicilio es un acto procesal, que proviene del Juez de Garantías Penales (titular del órgano jurisdiccional penal) y adicionalmente es el titular del cuidado y protección del derecho en cuestión

(derecho de inviolabilidad de domicilio), por lo que se debe presumir que previa a la orden de allanamiento, existe un proceso previo, por el cual existen los indicios suficientes para dictar dicha orden y limitar el derecho de intimidad de las personas, que únicamente de manera excepcional puede ser vulnerado sin orden judicial motivada.

El allanamiento dentro del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra ubicado dentro del Capítulo II Actuaciones y Técnicas Especiales de Investigación, en la Sección Segunda, Registros y allanamiento. Dentro de esta sección se encuentra definido al allanamiento, se establecen los casos en que procede, así como el procedimiento a seguir cuando se lo vaya a realizar. El allanamiento constituye un acto procesal, cuya responsabilidad y tutela recae sobre el Juez de Garantías Penales quien da la orden y el Fiscal que la ejecuta, al ser un acto procesal, presupone un procedimiento previo el mismo que sin entrar en mayores detalles es el siguiente:

El fiscal solicita la orden de allanamiento fundamentada, cuando se encuentre dentro de los casos establecidos en el Art.- 480, donde la norma ha establecido claramente que solo en casos excepcionales el allanamiento se lo podrá realizar sin la observancia de formalidades. El Juez de Garantías Penales una vez recibida la petición de allanamiento por parte del Fiscal, deberá emitir la orden de allanamiento en donde constará por escrito los motivos que determinan el registro del domicilio y las diligencias que se vayan a efectuar, también la norma nos dice que deberá constar la dirección exacta del bien así como su fecha de expedición. Una vez cumplido el acto, las diligencias o las medidas para lo cual se emitió dicha orden, la medida se la considera agotada y tanto el fiscal, como la policía judicial hoy denominada personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o del personal competente en materia de tránsito, deben abandonar el bien inmueble allanado, cualquier acto que se tratase de realizar distinto del que conste taxativamente en la orden de allanamiento será ilícito. Para ejemplificar lo manifestado, supongamos que el Juez de Garantías Penales ha autorizado el allanamiento de un bien inmueble para la detención de una persona sobre el que recae una medida cautelar de prisión preventiva, se efectúa el

allanamiento con normalidad y se detiene a la persona, sin embargo se observa que dentro del bien inmueble existen objetos de dudosa o ilegítima procedencia, dichos objetos no se podrán comisar o incorporar al proceso por ningún motivo, ya que esto constituiría delito de violación de domicilio y adicionalmente aquellos objetos carecerían de valor probatorio, por no haberse respetado los derechos del procesado, el allanamiento debe cumplir exclusivamente el fin determinado en el auto emitido por el Juez de Garantías Penales y nada más.

“La autoridad nominadora y sancionadora es el Ministro Fiscal General. Doctrinariamente aceptamos que existe responsabilidad compartida entre la competencia que tiene el fiscal para dirigir la instrucción fiscal (que es investigación pura), y la competencia del juez penal, que es quien controla los límites dentro de los cuales ejerce su competencia como investigador el Fiscal. Corresponde al juez penal dictar las medidas de aseguramiento personales y reales aún de oficio, revocarlas igualmente de oficio, sustituirlas, autorizar actos procesales como los del allanamiento de morada, interceptación de correspondencia, de comunicaciones, etc.”(Zambrano Pasquel, 2005).

Debemos recordar y aclarar que el Código Orgánico Integral Penal, establece que es posible ordenar el allanamiento de otros lugares, distintos al domicilio de una persona habitante del Ecuador, como es el caso de allanamiento a misiones diplomáticas o consulares o a su vez la residencia de los miembros de las respectivas misiones, en estos caso el juzgador se deberá dirigir con copia del proceso a la entidad encargada de las políticas exteriores del país, solicitando la práctica de dicha diligencia. En caso de negativa ante esta solicitud el allanamiento no será viable y no podrá ser realizado bajo ninguna circunstancia. De igual manera ocurre en los casos en que se busca detener a personas prófugas que se han refugiado en una nave o en una aeronave extranjera, que se halle en territorio ecuatoriano.

El antiguo Código de Procedimiento Penal, incluso preveía el allanamiento a locales de instituciones públicas por ejemplo los Juzgados, el Congreso

Nacional o incluso el Palacio de Gobierno, disposiciones con las que hoy lastimosamente ya no contamos.

El auto de orden de allanamiento, no constituye una medida cautelar por sí misma, sin embargo conforme a lo expuesto el allanamiento permite o hace posible la ejecución de medidas cautelares ya sean estas de carácter personal como lo son la prisión preventiva, la detención, o reales como por ejemplo el secuestro, la incautación, a mi parecer la orden de allanamiento es una medida auxiliar o de apoyo, por todo lo expuesto anteriormente, ya que es esta la que permite el ingreso a un determinado bien inmueble, ya sea con la voluntad de la persona o violentando las seguridades que protegen aquel lugar.

“De esta forma, si el Ministerio Público decide detener, o someter a prisión preventiva, u ordenar allanamiento necesitara autorización de un juez del poder judicial, un juez penal que será precisamente el juez de control de la instrucción.”(Zambrano Pasquel, 2005).

El allanamiento no tiene preestablecido una etapa procesal o fase pre-procesal en la que deba efectuarse, es decir puede ocurrir antes de iniciar el proceso, esto es en la investigación previa o incluso antes como acto urgente, también puede tener lugar en la etapa de instrucción, ya que como hemos visto esta actuación tiene diversos fines.

En los casos excepcionales en los que puede realizarse el allanamiento sin orden judicial, esto es cuando hablamos de delito flagrante, o en los casos en que se busca impedir la comisión de un delito, auxiliar víctimas, se entiende que el allanamiento debe ser instantáneo, debe realizarse ese mismo momento, ya sea cuando se sorprende o persigue al delincuente, o el momento en que se conoce que está por consumarse un delito.

2.3.- Disposiciones de allanamiento del Código de Procedimiento Penal – Antecedentes históricos

Para iniciar el desarrollo de este punto, es necesario conocer antes que nada, las disposiciones constitucionales que han existido a lo largo de nuestra vida republicana con relación al derecho de inviolabilidad de domicilio, el mismo que como ya lo mencionamos ha existido desde los inicios de nuestra vida como Estado independiente, así por ejemplo, la Constitución de 1830, contenía la siguiente disposición:

“Art. 65.- [INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO].- La casa de un ciudadano es un asilo inviolable; por tanto no puede ser allanada sino en los casos precisos, y con los requisitos prevenidos por la ley.”

Según lo leído de la disposición constitucional, el derecho de inviolabilidad de domicilio está plenamente limitado a la casa de un ciudadano, lo cual en la actualidad podría generar inconvenientes, por la diversidad de infraestructura con la que contamos.

En 1835, en el gobierno de Vicente Rocafuerte, se dicta la segunda constitución de nuestro país, la misma que tuvo una vigencia de ocho años, esta Constitución no trajo consigo mayores cambios con el derecho de inviolabilidad de domicilio, estableciendo lo siguiente:

“Art. 105.- [INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO].- La casa de toda persona que habite el territorio ecuatoriano, es un asilo inviolable, y solo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente.”

Una vez que ha sido nombrado por segunda ocasión el General Juan José Flores presidente de la república, este convoca a una nueva asamblea constituyente, la misma que tuvo motivo en Quito y en consecuencia origino la tercera Constitución de nuestra historia en 1843, esta es conocida como “La

Carta de la Esclavitud” puesto que tenía como objetivo mantener al General Flores en el poder. La carta política en mención, también contemplaba el derecho de inviolabilidad de domicilio:

“Art. 99.- [INVOLABILIDAD DE DOMICILIO].- La casa de toda persona que habite el territorio ecuatoriano, es un asilo inviolable, y solamente puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de la autoridad competente.”

Al haber sido la tercera Constitución un acto de totalitarismo total del General Juan José Flores, se produjo una crisis interna del país, lo que conllevó a la realización de varias revueltas, lo que originó la necesidad de una nueva Constitución, lo mismo que ocurrió en el año de 1845, en relación a nuestro tema de estudio, dicha Constitución estableció que:

“Art. 127.- [INVOLABILIDAD DE DOMICILIO].- La morada de toda persona que habite el territorio ecuatoriano, es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por motivo especial, determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente.”

De esta disposición podemos notar, que ya no se utiliza el término casa, para referirse al domicilio de una persona, en esta ocasión el constituyente decidió optar por el término morada, que pensamos que es mucho más amplio, y permite una mayor protección del derecho de intimidad, o de inviolabilidad de domicilio dentro del territorio nacional.

En 1851, en nuestro país tuvo ocasión otra asamblea constituyente, la misma que nombro como presidente a Diego Noboa, dicha Constitución tuvo la duración de apenas un año, y fue de tendencia conservadora, sin embargo, si contemplo el derecho de inviolabilidad de domicilio, el mismo que transcribiremos a continuación:

“Art. 112.- [INVOLABILIDAD DE DOMICILIO Y CORRESPONDENCIA].- No podrá ser allanada la casa de ningún ecuatoriano, ni su correspondencia

o papeles interceptados o registrados sino por la autoridad, en los casos y con las formalidades prescritas por la ley.”

Debemos decir que en esta Constitución, se confunde el derecho de inviolabilidad de domicilio con el de inviolabilidad de correspondencia, siendo dos derechos totalmente distintos, con finalidades distintas, por una parte el derecho de inviolabilidad de domicilio busca proteger la intimidad de la vida de las personas como ya lo hemos mencionado, el derecho de inviolabilidad de correspondencia por su parte busca proteger el derecho de secreto que tienen los ciudadanos, de comunicarse libremente con quienes deseen y contarse o transmitir cualquier idea que posean, sin que esto esté sujeto a control del Estado.

Una vez concluido el periodo presidencial de Diego Noboa, se convoca a una nueva asamblea constituyente, la misma que expide nuestra sexta carta política, en apenas ocho presidencias, una vez expedida esta Constitución en 1852, es elegido como presidente de la república José María Urbina, quien gobernó al país de 1852 a 1856, es conocido además por abolir la esclavitud en el país, esta Constitución duro nueve años, y gobernaron con ella José María Urbina y el General Francisco Robles. Con respeto al derecho de inviolabilidad de domicilio, esta Constitución sostuvo lo siguiente:

“Art. 126.- [INVOLABILIDAD DE DOMICILIO].- La morada de toda persona que habite en el territorio ecuatoriano es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente.”

En el año de 1861, en Quito, tuvo lugar una nueva Asamblea Constituyente, la misma que expidió la séptima carta política de nuestro Estado, durante el gobierno de Gabriel García Moreno, nuestra séptima Constitución alcanzo una duración de ocho años, y con ella gobernaron los presidentes: Gabriel García Moreno, Gerónimo Carrión y Palacio y Javier Espinosa y Espinosa, en cuanto a la protección del derecho tema de estudio, se estableció:

“Art. 120.- [INVOLABILIDAD DE DOMICILIO].- La morada de toda persona que habite en el territorio ecuatoriano es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por motivo especial que determine la ley y por orden de autoridad competente.”

La octava Constitución del país, fue llamada la Carta Negra, la asamblea constituyente tuvo lugar en Quito, y se la llamo de esta forma ya que convirtió al presidente Gabriel García Moreno, en un dictador legal, atribuyéndole amplio poder de veto, dueño del congreso, elector de los magistrados del Poder Judicial, entre otras cosas. En cuanto a la inviolabilidad de domicilio, fue una copia exacta de la séptima Constitución, como podemos ver a continuación:

“Art. 105.- [INVOLABILIDAD DE DOMICILIO].- La morada de toda persona que habite en el territorio ecuatoriano es un asilo inviolable, y solo puede ser allanada por motivo especial que determine la ley y por orden de la autoridad competente.”

Tras nueve años de duración, la Carta Negra finalmente es derogada por la Constitución de 1878, la cual surge tras la rebelión del 8 de septiembre de 1876, por una asamblea constituyente llevada a cabo en Ambato, en donde dictatoriamente, el presidente de la Asamblea Ignacio de Veintimilla, asume el cargo de Presidente de la República, gobernando de 1876 a 1883, lo cual le dio a esta Constitución una vigencia de seis años. Para la inviolabilidad de domicilio esta carta política estableció que:

“Art. 17.- [DERECHOS CIVILES, GARANTÍAS].- La Nación garantiza a los ecuatorianos:

(...)

4. El hogar, que no puede ser allanado sino por un motivo especial determinado por la ley, y por orden de autoridad competente; (...). ”

En el año de 1883, se da en el país el derrocamiento del presidente Ignacio Veintimilla, por lo que en nuestro territorio se establecieron tres gobiernos seccionales, el uno encabezado por Eloy Alfaro abarcando las provincias de

Manabí y Esmeraldas, en Guayaquil Pedro Carbo y por último en Quito en donde se conformó un Pentevirato, este periodo de nuestra historia es conocido como el de la “restauración”, y estos gobiernos tenían como objetivo primordial el restablecimiento de la democracia luego de la dictadura del General Ignacio de Veintimilla. El 10 de agosto del mismo año, se convocaron a elecciones para una nueva Asamblea Constituyente, la nueva carta política tenía como propuesta fundamental un Ecuador unitario y centralista y es así como en el año de 1884 se expide una nueva constitución y con ello inicia su presidencia José María Placido Caamaño. El derecho de inviolabilidad de domicilio perduro en esta nueva constitución, en donde observamos la siguiente disposición:

“Art. 29.- [INVIOLABLIDAD DE DOMICILIO].- La morada de toda persona es inviolable; no se allanará sino por motivo especial, que la Ley determine, y por orden de autoridad competente.”

Tras el triunfo del ejercito liberal, termina el llamado periodo progresista en nuestro país, y una nueva Asamblea Constituyente es llevada a cabo en Guayaquil, la misma que expide la décima primera carta política de nuestro Estado y elige como presidente constitucional al General Eloy Alfaro Delgado, el reconocimiento del derecho de inviolabilidad de domicilio, en esta constitución no presenta mayores cambios, únicamente podemos rescatar que en lugar de mantener el nombre de inviolabilidad de domicilio, se lo llama inviolabilidad de propiedad:

“Art. 20.- [INVIOLABLIDAD DE LA PROPIEDAD].- La morada de toda persona es inviolable; no será allanada sino por motivo especial que la ley determine y por orden de autoridad competente.”

En diciembre del año de 1906, la Asamblea Constituyente, que estuvo reunida en Quito, expide la décima segunda Constitución de nuestra república, nombrando como presidente constitucional a Eloy Alfaro Delgado hasta el 1911, esta Constitución tuvo como objetivos mejorar la viabilidad, paz exterior, desarrollo de las artes y ciencias, educación laica así como la separación de la

Iglesia del Estado, esta Carta Política duro alrededor de 23 años, siendo hasta entonces la Constitución con mayor vigencia en nuestra vida republicana. El derecho de inviolabilidad de domicilio fue reconocido por esta Constitución, sin embargo, se la agrupo dentro de una serie de garantías individuales y políticas, a diferencia de las anteriores constituciones que la establecían como un artículo independiente:

“Art. 26.- [GARANTÍAS INDIVIDUALES Y POLÍTICAS].- El Estado garantiza a los ecuatorianos:

(...)

8. La inviolabilidad del domicilio; nadie puede penetrar en él, sin manifestar previamente orden por escrito de autoridad competente, y sólo en los casos determinados por la ley; (...).”

En julio de 1925 se produce en nuestro país la “revolución juliana”, la misma que tiene éxito y depone el gobierno de Gonzalo Córdova y Rivera. Una nueva Asamblea Constituyente, convocada por Isidro Ayora, lo nombra a este último como Presidente Constitucional de la República, así como expide la décimo tercera Constitución del Ecuador en el año de 1929, como datos importantes de debe decir que esta Constitución otorga el voto a la mujer, así como incorpora una garantía constitucional la cual es el habeas corpus, además en cuanto al derecho de inviolabilidad de domicilio se establece que:

“Art. 151.- [DERECHOS CIVILES, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES].- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos:

(...)

10. La inviolabilidad del domicilio. Nadie puede penetrar en domicilio ajeno sin consentimiento de su dueño o morador, o mediante orden escrita de autoridad competente y en la forma que determinen las leyes. Exceptúase el caso de auxilio a las víctimas de un delito o desastre; (...).”

En el año de de 1942 el Ecuador y el Perú, firman el Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Rio de Janeiro, el trajeron como resultado que nuestro país pierda

alrededor de 200.000 kilómetros cuadrados de territorio, lo mismo que bajo la credibilidad y el apoyo del presidente Arroyo del Río, lo cual provocó que sea derrocado, en estas condiciones el 10 de agosto de 1944, es proclamado presidente del Ecuador el Dr. José María Velasco Ibarra por una nueva Asamblea Nacional Constituyente, la misma que el 6 de marzo de 1945, expide la décima quinta Constitución de nuestro país. Sobre el derecho de inviolabilidad de domicilio, debemos decir que esta Constitución, hace una simple referencia sobre este derecho, sin especificar las condiciones, situaciones y requisitos en las que puede ser limitado, como ya lo venían haciendo constituciones anteriores, así tenemos la siguiente disposición:

“Art. 141.- El Estado garantiza:

(...)

8. La inviolabilidad del domicilio. (...).”

En el año de 1946, el gobierno del entonces presidente José María Velasco Ibarra, convoca a elecciones para una nueva Asamblea Constituyente, la misma que nombró como presidente a José María Velasco Ibarra hasta septiembre de 1948, plazo que no se cumplió, puesto que en el año de 1947 Velasco Ibarra es derrocado por su ministro de defensa el Coronel Carlos Mancheno Cajas. Dicha Asamblea Constituyente, expidió la décima sexta carta política de nuestro país, que como novedad trajo consigo las siguientes novedades, volvió a crear el cargo de vicepresidente y además creó el Tribunal Supremo Electoral; esta Constitución tuvo una vigencia de 20 años, tuvo rasgos de ser liberal. El derecho de inviolabilidad de domicilio, fue contemplado también por esta Constitución, en la cual se corrige la falta de desarrollo que existía al respecto, estableciendo las formalidades y casos en el que este derecho puede ser reducido:

“Art. 187.- [DERECHOS FUNDAMENTALES].- El Estado garantiza a los habitantes del Ecuador:

(...)

6. La inviolabilidad del domicilio: nadie puede penetrar en el contra la voluntad de su dueño, a menos de presentar orden firmada por autoridad competente; y, sin esa orden, solo en los casos expresamente determinados por la ley; (...).”

El presidente Clemente Yerobilndaburu, convoca una nueva asamblea constituyente, la cual expide una nueva carta política el 25 de mayo de 1967 en Quito, proclamando como presidente a Otto Arosemena Gómez, esta Constitución tuvo una vigencia de once años y gobernaron con ella los presidentes Otto Arosemena Gómez, José Velasco Ibarra y Guillermo Rodríguez Lara. Del mismo modo, esta Constitución mantuvo el modelo de reconocimiento y limitación del derecho de inviolabilidad de domicilio, estableciendo que:

“Art. 28.- [DERECHOS CIVILES].- Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

(...)

9. La inviolabilidad del domicilio: nadie puede entrar en habitación de otro sin su consentimiento o sin orden firmada por autoridad competente; sin tal orden, solo en los casos expresamente determinados por la ley; (...).”

Nuevamente una Asamblea Constituyente, llevaba a cabo en la ciudad de Quito, proclama la Décima Octava Constitución de nuestra historia, la misma que es proclamada con fecha 15 de enero de 1978, día en el que además asume la presidencia de nuestro país el Dr. Jaime Roldós Aguilera. Esta carta política de nuestro país duro veinte años, políticamente tuvo una tendencia social demócrata. En cuanto al derecho de inviolabilidad de domicilio, esta constitución, redujo la definición del derecho constitucional, puesto que se limitó a únicamente enunciarlo, sin establecer las condiciones en que este puede ser reducido, y mucho menos las formalidades para aquello, así tenemos el siguiente artículo:

“Art. 19.- [DERECHOS FUNDAMENTALES].- Toda persona goza de las siguientes garantías:

(...)

6. la inviolabilidad del domicilio. (...).”

En el año de 1998, se expide la Décima Novena Carta Política, mediante una Asamblea Constituyente la misma que fue llevada a cabo otra vez en la ciudad de Quito, esta Constitución tuvo una vigencia de 10 años, y su contenido tuvo una tendencia neoliberal. Es en esta Constitución, en donde hemos notado el mayor cambio y avance en cuando a la protección y garantía del derecho de inviolabilidad de domicilio, puesto que además de delimitar las causas por las que este derecho puede ser limitado, se hace énfasis en los derechos establecidos en los instrumentos internacionales vigentes lo cual no se había observado en ninguna de las cartas políticas anteriores, adicionalmente establece las condiciones en que esto puede ocurrir, es decir cuando se tenga la autorización de la persona o ya sea cuando se tenga orden judicial en los casos y forma que establezca la ley:

“Art. 23.- [Derechos civiles].- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

(...)

12. 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 forma que establece la ley; (...).”

Una vez que hemos conocido el marco constitucional histórico del derecho de inviolabilidad de domicilio, procederé con el desarrollo, análisis y recopilación histórica del cuerpo adjetivo penal, para lo cual será necesario remitirnos a los inicios de nuestra República esto es cuando el Ecuador alcanzó su independencia, específicamente desde su separación de la Gran Colombia, dentro del país se mantuvieron vigentes normas españolas, las mismas que regían y regulaban la vida de las colonias; tomo algunos años que el país despertara y entendiera la necesidad de tener su propio ordenamiento jurídico.

Específicamente en el ámbito de nuestro estudio, el primer Código Penal de nuestro Estado se creó en 1837 durante la presidencia de Vicente Rocafuerte, sin embargo, este código no presentó mayor avance para la época, por el poco interés y preparación que tenían los legisladores de aquellos tiempos. Por ejemplo, en cuanto a las disposiciones en relación al allanamiento, esta institución es concebida como un delito, así el Código Penal de 1837 disponía la siguiente:

“DEL ALLANAMIENTO DE CÁRCELES, U OTROS ESTABLECIMIENTOS DE CORRECCIÓN O CASTIGO DE LOS PRESOS Y DELA RESPONSABILIDAD DE SU FUGA.

DEL ALLANAMIENTO:

Art. 186.- El que fuera de los casos del capítulo 3o escalare, asaltare o allanare alguna cárcel, fortaleza, casa de reclusión, o cualquier otro establecimiento público de corrección o castigo, con el objeto de dar libertad, o inferir algún daño a alguno o algunos de los presos o detenidos que se hallen en ellos, sufrirá la pena de seis meses a cuatro años de prisión, aunque no se verifique la fuga ni el daño que se hubiese intentado hacer; y si se verificare, será la pena de igual tiempo de obras públicas, sin perjuicio de otra mayor que esté impuesta al daño cometido.”

Como se puede observar el allanamiento establecido en este código, está vinculado con la idea de forzar las seguridades de una cárcel o lugar de retención con el fin de ayudar a fugarse a una persona o con el fin de causar daños a los presos, en todo caso el allanamiento fue configurado como delito y siendo los únicos lugares susceptibles del mismo son las cárceles y los centros de retención.

Sin embargo, procesalmente hablando, recién en el año de 1839 se dicta la primera ley referente al Procedimiento Criminal, en este año se encontraba en la presidencia el General Juan José Flores, dicho cuerpo normativo constaba de noventa y cuatro artículos, los mismos que son reglas elementales y de gran similitud a las del Código de Procedimiento civil de la época.

Con relación a nuestro tema de estudio, esto es el allanamiento de domicilio, dentro de este código, no encontramos una disposición expresa que determine las causales del allanamiento o muchos menos en lo que consiste, sin embargo, he encontrado una disposición que se podría asimilar al actual allanamiento:

“Art.- 42. El juez en todo caso ira al lugar en que se ejecutó el delito, irá a la casa del reo que resulte indiciado, para hacer la pesquisa de los instrumentos, armas, efectos, papeles, i en general de todas las cosas que se juzguen útiles al descubrimiento de la verdad i comprobación del delito.”

Sobre el antedicho Código de Procedimiento Criminal el Dr. Ricardo Vaca ha manifestado lo siguiente:

“Muchos aspectos de carácter trascendental se dejan al arbitrio de los jueces penales quienes de esta forma deben suplir vacíos y lagunas poniendo en peligro el estricto cumplimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas. Por estos motivos, se considera que esta primera ley penal en materia procesal es insuficiente.”(Vaca Andrade, Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, 2014).

En el año de 1851, entra en vigencia la Ley de Procedimientos Criminales, que como consecuencia deroga la Ley de 1839, esta ley entra en vigencia en el período presidencial de Diego Noboa, sin embargo este cuerpo normativo fue muy efímero, puesto que en 1853, el entonces Congreso Nacional, dicta una nueva Ley de Procedimiento Criminal, en esta norma ya se regulan ciertos aspectos procedimentales como por ejemplo la forma de presentación de la acusación, ya sea esta personalmente o mediante apoderado, se establecen ciertas reglas que deben observar los jueces al momento de dictar el auto de cabeza de un proceso, o cuando estos dispongan la detención del procesado.

El código de 1851 no trajo consigo mayores avances en relación al tema del allanamiento de domicilio. Como lo vamos a observar, aun no se legisla dicha diligencia de manera separada como lo tenemos en nuestros días, a mi criterio

en esta época el allanamiento es entendido como una mezcla de lo que actualmente conocemos como diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos y lo que es el allanamiento de morada:

“Art. 47. El juez ira al lugar en que se ejecutó el delito para practicar el reconocimiento, y si supiese ó presumiese que en la casa ó habitación de la persona ó personas que resulten sindicadas, hai armas, instrumentos, efectos, papeles u otras cosas que conduzcan al descubrimiento de la verdad y comprobación del cuerpo del delito, pasara también a dicha casa ó habitación.”

Del citado artículo podemos decir, que el allanamiento hasta la época, si bien no tenía causales claramente definidas, ni tampoco estaba claro en qué consistía, podemos ver que al menos el Juez podía ingresar al domicilio de las personas para obtener pruebas como lo son las armas, instrumentos o efectos con las que se cometió el ilícito o en su defecto que sirvan para el esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos.

“Entre 1853 y 1863 se producen algunas reformas para casos y situaciones aislados en materia penal. En este último año, el 14 de Octubre, se promulga una nueva Ley de Procedimientos Criminales, la cual parece ser tan solo una codificación de la anterior.”(Vaca Andrade, Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, 2014).

Mucha razón tiene el Dr. Vaca al afirmar que dichos códigos son simples codificaciones de las anteriores, y aquello lo podemos notar en las disposiciones referentes a nuestro de tema de estudio, el allanamiento, en consecuencia hasta este código dichas disposiciones son muy simples y como lo hemos venido diciendo, no se las regula de manera autónoma, por el contrario se mantiene la confusión entre reconocimiento del lugar de los hechos y el allanamiento de domicilio, pese a que constitucionalmente el derecho de inviolabilidad de domicilio fue claramente regulado desde los inicios de la República, así en este código encontramos la siguiente disposición:

“Art. 27. El juez irá al lugar en que se ejecutó el delito, para practicar el reconocimiento; y si supiese ó presumiese que en la casa o habitación de las personas que resulten sindicadas hai armas, instrumentos, efectos, papeles ú otras cosas que conduzcan al descubrimiento de la verdad y comprobación del cuerpo del delito, pasará también á dicha casa ó habitación y se apoderará de ellos.

Irá igualmente á cualquiera otro lugar, si supiere ó presumiese que en él se han ocultado los objetos de que habla el inciso anterior.

Si los objetos de que habla este artículo se hallaren fuera del territorio del juez, requerirá al del lugar donde se creyere que existen, para que se apodere de ellos y los remita el Juez requirente.”

En este nuevo código, podemos notar como novedad, que se atribuye al juez la facultad de ir a cualquier otro lugar donde el Juez presumiese que existen pruebas conducentes a determinar la responsabilidad de la persona, es decir, de alguna manera la facultad del Juez es más amplia que en el anterior código y el allanamiento no únicamente se limita al lugar del delito, sino incluso a cualquier lugar en que se estime que existen objetos que ayuden al descubrimiento de la verdad, consecuencia de lo expuesto, el allanamiento, para la época no tiene límites y atribuye al Juez un extenso poder y una muy poca protección al derecho de inviolabilidad de domicilio de los ciudadanos, pese que este ya era contemplado y reconocido en la constitución de la época.

Durante el mandato del Dr. Gabriel García Moreno en el año de 1871, en su segunda presidencia, se promulga un nuevo Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, el mismo que entró en vigencia en 1872, esta ley constaba de trescientos cincuenta y nueve artículos, y como novedad divide la acción penal en pública y privada, así como permite la presentación de denuncias reservadas, también brinda un aporte significativo en cuanto a la teoría de la prueba puesto que la clasifica en materiales, testimoniales, instrumentales, reales y conjeturales, y a su vez se dividen en perfectas, plenas e imperfectas y semiplenas.

Es en este código, en donde por primera vez se trata al allanamiento de manera autónoma, incluso dentro del código se crea una sección entera para tratar sobre la extradición y sobre el allanamiento, reconociendo la inviolabilidad de domicilio de los habitantes del Ecuador y además dejando en claro las causales por las que este derecho puede ser reducido, siendo un avance importante, tanto en derechos como en el cuerpo adjetivo penal, dicha disposición establecía lo siguiente:

“Art. 116. La morada de un habitante del Ecuador no puede allanarse sino en los casos siguientes:

- 1. Cuando se trata de aprehender á un individuo contra el que se haya librado mandamiento de detención ó de prisión:*
- 2. Cuando se persigue un reo, á consecuencia del crimen ó delito infraganti;*
- 3. Cuando se persigue á ladrones famosos ó á reos condenados ó enjuiciados que se hallen prófugos:*
- 4. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se esté perpetrando:*
- 5. Cuando se trate de socorrer á los moradores del domicilio contra un ataque actual, ya porque se oigan voces en las casas que anuncien dicho ataque, ya porque se denuncie por testigos haber visto personas que la han asaltado ó introduciéndose en ella por medios irregulares ó en el silencio de la noche:*
- 6. Cuando un marido, padre, madre ú otro individuo que tenga alguna persona bajo su inmediata inspección o cuidado, reclamen la extracción de su esposa, hijo, pupilo ó menor que han sido robados ó seducidos, y están ocultos en alguna casa:*
- 7. Cuando resulte que en la casa se hacen juntas secretas de las que están prohibidas por la ley:*
- 8. Cuando el juez trate de recoger en la morada que se ha de allanar la cosa robada ú otro objeto que constituye cuerpo de delito; ó las armas, instrumentos ú otros medios con que se hubiese cometido la infracción:*

9. *Cuando se trata de recoger papeles ú otros objetos materiales conducentes a comprobar la identidad de la persona ó la culpabilidad de acusado:*
10. *En caso de incendio ó inundación ó cuando se advierta asfixia ó muerte aparente causada por el rayo, los vapores del carbón ú otras sustancias. En este caso y en los casos 4 y 5 se procederá al allanamiento inmediatamente y sin formalidad alguna:*
11. *Cuando se trata de embargar los bienes del criminal que intenta eludir su responsabilidad civil.”*

El Código de 1871, fue modificado en 1887, en la Presidencia de José María Placido Caamaño, quien expidió una ley para realizar reformas al Código, las mismas que fueron enfocadas al abandono de la querrela, presentación y aceptación de la fianza de calumnia, la prueba conjetural y sobre el sobreseimiento definitivo.

En el gobierno de Luis Cordero, en el año 1892, entró en vigencia un nuevo Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, el mismo que fue elaborado en base a un proyecto realizado por la Corte Suprema de Justicia, con el cual ya se sientan las bases y nos aproximamos a la estructura que se mantuvo por muchos años e incluso se podría decir que hasta la actualidad. En este nuevo código como innovaciones se presentan: se establece un régimen de personas que no pueden presentarse como acusadores particulares, se señalan los requisitos de una querrela, se incorpora el principio de publicidad de la denuncia, la división de la acción en pública y privada se mantuvo, sin embargo con relación a la pública, el proceso penal se dividía en sumario y plenario, cuando se trataba del juzgamiento de crímenes, el plenario de entonces era conocido por el jurado. El sistema de valoración de la prueba se conserva.

Dicho código no presento mayores cambios en relación al tema de estudio, se mantuvieron las once causales para proceder con el allanamiento, me permito transcribir dicha disposición con respecto al allanamiento:

“Art. 117. La morada de un habitante del Ecuador no puede allanarse sino en los casos siguientes:

- 1. Cuando se trata de aprehender á un individuo contra el que se haya librado mandamiento de detención ó de prisión:*
- 2. Cuando se persigue un reo, á consecuencia del crimen ó delito infraganti:*
- 3. Cuando se persigue á ladrones famosos ó á reos condenados ó enjuiciados que se hallen prófugos:*
- 4. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se esté perpetrando:*
- 5. Cuando se trate de socorrer á los moradores del domicilio contra un ataque actual, ya porque se oigan voces en la casa que anuncien dicho ataque, ya porque se denuncie por testigos haber visto personas que la han asaltado ó introduciéndose en ella por medios irregulares ó en el silencio de la noche:*
- 6. Cuando un marido, padre, madre ú otro individuo que tenga alguna persona bajo su inmediata inspección ó cuidado, reclamen la extracción de su esposa, hijo, pupilo ó menor que han sido robados ó seducidos, y están ocultos en alguna casa:*
- 7. Cuando resulte que en la casa se hacen juntas secretas de las que están prohibidas por la ley:*
- 8. Cuando el juez trata de recoger, en la morada que se ha de allanar, la cosa robada ú otro objeto que constituye cuerpo de delito; ó las armas, instrumentos ú otros objetos con que se hubiese cometido la infracción:*
- 9. Cuando se trata de recoger papeles ú otros objetos materiales conducentes á comprobar la identidad de la persona ó la culpabilidad de acusado:*
- 10. En caso de incendio ó inundación ó cuando se advierta asfixia ó muerte aparente causada por el rayo, los vapores del carbón ú otras sustancias. Entonces, y en los casos 4 y 5, se procederá al allanamiento inmediatamente y sin formalidad alguna:*
- 11. Cuando se trata de embargar los bienes del criminal que intenta eludir su responsabilidad civil.”*

En 1906, en la Presidencia del General Eloy Alfaro, entra en vigencia un nuevo Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, este cuerpo normativo es muy parecido al anterior, salvo algunas precisiones como por ejemplo que las infracciones que no deban ser perseguidas de oficio pueden terminar por el simple desistimiento de los acusadores siempre que no exista contradicción entre los acusadores, por su parte en los delitos en que procede la investigación de oficio aun cuando exista el desistimiento de la acusación, el proceso debía seguir sustanciándose con la intervención del ministerio público esto es con la presencia del Agente Fiscal, en otros ámbitos se prohíbe la pesquisa anónima, el procedimiento cuando se tratare de acción pública se mantiene al igual que en el anterior Código, estos es dividida en Sumario y Plenario. Las primeras reformas a este Código se producen después de veinte y cuatro años de su expedición, en el año de 1930 y aquellas reformas se enfocan principalmente a la competencia en asuntos de contrabando, la valoración de las declaraciones testimoniales en base a principios como los de la sana crítica del juez, la motivación y justificación de los dictámenes fiscales así como de las sentencias y la apelación.

El código de 1906, también contemplo disposiciones referentes allanamiento de domicilio, reduciéndolas de once a siete causales por las que se allanar la vivienda de una persona dentro de nuestro país, así en la Sección VII de dicho código, en lo referente a la extradición y del allanamiento, encontramos el siguiente artículo:

“Art. 113. La morada de un habitante del Ecuador no puede allanarse sino en los casos siguientes:

- 1. Cuando se trata de aprehender á un individuo contra el que se haya librado mandamiento de detención ó prisión:*
- 2. Cuando se persigue á un reo, á consecuencia de crimen ó delito infraganti:*
- 3. Cuando se trata de impedir la consumación de una infracción que se esté perpetrando:*
- 4. Cuando se trata de socorrer á los moradores del domicilio contra un ataque actual, ya porque se oigan voces en la casa*

que anuncien dicho ataque, ya porque se denuncie por testigos, haber visto personas que la han asaltado ó introduciéndose en ella, por medios irregulares ó en el silencio de la noche:

- 5. Cuando un marido, padre, madre ú otro individuo que tenga alguna persona bajo su inmediata inspección ó cuidado, reclamen la extracción de su esposa, hijo, pupilo ó menor que han sido robados ó seducidos, y están ocultos en alguna casa:*
- 6. Cuando el juez trata de recoger, en la morada que se ha de allanar, la cosa robada ú otro objeto que constituye cuerpo de delito; ó las armas, instrumentos ú otros objetos con que se hubiese cometido la infracción:*
- 7. En caso de incendio ó inundación ó cuando se advierta asfixia ó muerte aparente causada por el rayo, los vapores del carbón ú otras sustancias. Entonces, y en los casos 4 y 5, se procederá al allanamiento inmediatamente y sin formalidad alguna.”*

En el año de 1938, en el transcurso del gobierno de Aurelio Mosquera Narváez, se expide el primer Código de Procedimiento Penal, nombre con el cual hemos denominado a este cuerpo normativo hasta hace pocos meses, sin embargo, se puede concluir que en líneas generales este código en esencia es igual al de 1906, sin embargo sienta la base de la estructura que llevarán los códigos de esta materia para los años posteriores. Este Código en el mismo año de su expedición, sufrió reformas, en vista de que aquella codificación adolecía de errores tipográficos y adicionalmente se dan cambios de redacción dentro del texto de ciertos artículos.

“Art. 173. La morada de un habitante del Ecuador no puede allanarse sino en los casos siguientes:

- 1. Cuando se trata de aprehender á un individuo contra el que se haya librado mandamiento de detención ó prisión o contra quien se haya pronunciado sentencia que le condene a prisión o reclusión;*

2. *Cuando se persigue á un reo, á consecuencia de crimen ó delito flagrante;*
3. *Cuando se trata de impedir la consumación de una infracción que se esté perpetrando;*
4. *Cuando se trata de socorrer á los moradores del domicilio contra un ataque actual, ya porque se oigan voces en la casa que anuncien dicho ataque, ya porque se denuncie por testigos, haber visto personas que la han asaltado ó introduciéndose en ella, por medios irregulares ó en el silencio de la noche;*
5. *Cuando un marido, padre, madre ú otro individuo que tenga alguna persona bajo su inmediata inspección ó cuidado, reclamen la entrega de su esposa, hijo, pupilo ó menor que hayan sido plagiados o raptados y estén ocultos en alguna casa;*
6. *Cuando el juez trata de recoger, en la morada que se ha de allanar, la cosa robada o hurtada u otro objeto que constituya prueba de la existencia de la infracción, o las armas, instrumentos u otros objetos con que la infracción se hubiere cometido; y,*
7. *En casos de inundación o incendio, o cuando se advierta asfixia o muerte aparente causada por el rayo, los vapores del carbón u otras sustancias. En este caso y en los de los Nos. 4 y 5, se procederá al allanamiento, inmediatamente, sin formalidad alguna.”*

EL Dr. Velasco Ibarra durante su mandato, expide en 1946 un nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual trae algunas reformas enfocadas especialmente al juzgamiento de funcionarios públicos que hayan sido acusados de abusos del dinero del Estado, así como el juzgamiento de reincidentes de delitos de hurto y robo.

En la tercera administración del presidente Velasco Ibarra, se configura una Comisión Legislativa, con el fin de realizar una compilación de la legislación en

materia procesal penal, para así crear un solo Código de Procedimiento Penal, el mismo que es expedido en 1955.

“Art. 170. La morada de un habitante del Ecuador no puede allanarse sino en los casos siguientes:

- 1. Cuando se trata de aprehender á un individuo contra el que se haya librado mandamiento de detención ó prisión o contra quien se haya pronunciado sentencia que le condene a prisión o reclusión;*
- 2. Cuando se persigue á un reo, á consecuencia de crimen ó delito flagrante;*
- 3. Cuando se trata de impedir la consumación de una infracción que se esté perpetrando;*
- 4. Cuando se trata de socorrer á los moradores de una habitación contra un ataque actual, ya porque se oigan voces en la casa que anuncien dicho ataque, ya porque se denuncie por testigos, haber visto personas que la han asaltado ó introduciéndose en ella, por medios irregulares ó en el silencio de la noche;*
- 5. Cuando un marido, padre, madre ú otro individuo que tenga alguna persona bajo su inmediata inspección ó cuidado, reclamen la entrega de su esposa, hijo, pupilo ó menor que hayan sido plagiados o raptados y estén ocultos en alguna casa;*
- 6. Cuando el juez trata de recoger, en la morada que se ha de allanar, la cosa robada o hurtada u otro objeto que constituya prueba de la existencia de la infracción, o las armas, instrumentos u otros objetos con que la infracción se hubiere cometido; y,*
- 7. En casos de inundación o incendio, o cuando se advierta asfixia o muerte aparente causada por el rayo, los vapores del carbón u otras sustancias. En este caso y en los números 3, 4 y 5, se procederá al allanamiento, inmediatamente, sin formalidad alguna.”*

Ya en el año 1960 la Comisión Legislativa, en la presidencia del Dr. Camilo Ponce, se logra codificar el Código de Procedimiento Penal, el mismo que es

expedido en el mismo año, cabe decir que este Código mantuvo las mismas bases y estructuras de los códigos de 1906 y 1938.

“Art. 170.- La morada de un habitante en el Ecuador no puede allanarse sino en los casos siguientes:

- 1. Cuando se trate de aprehender a un individuo contra el que se haya librado mandamiento de detención, o contra quien se haya pronunciado sentencia que le condene a prisión o a reclusión;*
- 2. Cuando se persigue a un reo a consecuencia de delito flagrante;*
- 3. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se esté perpetrando;*
- 4. Cuando se trate de socorrer a los moradores de una habitación contra un ataque actual, ya porque se oigan voces en ella, ya porque se denuncie por testigos haber visto personas que la han asaltado o se han introducido en ella por medios irregulares, o durante la noche;*
- 5. Cuando el marido, el padre, la madre u otro individuo que tenga alguna persona bajo su inmediata inspección o cuidado, reclame la entrega de la mujer, del hijo, del pupilo o del menor que haya sido plagiado o raptado y este oculto en alguna casa;*
- 6. Cuando el juez trate de recoger, en la morada que se ha de allanar, la cosa robada o hurtada, u otro objeto que constituya prueba de la existencia de la infracción, o las armas, instrumentos u otros objetos con que la infracción se hubiere cometido; y,*
- 7. En caso de inundación o incendio, o cuando se advierta asfixia, o muerte aparente causada por el rayo, los vapores del carbón u otras sustancias. En este caso y en los de los números 3, 4 y 5 se procederá al allanamiento, inmediatamente, sin formalidad alguna.”*

“En la codificación de 1971 no se clasifica ya a las pruebas en plenas o semiplenas. Solo se dice que la prueba es “aquella que demuestra de un modo positivo la responsabilidad y la culpabilidad del sindicado”. En lo referente a la confesión se establece el derecho al silencio que tiene el sindicado. Se deja a criterio del Órgano Judicial la orden de detención provisional siempre y cuando se encuentre reunidos los requisitos expresamente determinados en la ley. Las

infracciones cometidas por medio de la imprenta son de competencia del Presidente de la Corte Superior (Corte Provincial).”(Vaca Andrade, Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, 2014).

EL código de 1971 con respecto al allanamiento no trajo mayores cambios, como lo hemos visto, desde el código de 1871, se ha mantenido el mismo esquema con respecto al allanamiento y la tutela del derecho de inviolabilidad de domicilio, en general podemos decir que las causales se han mantenido con ligeras modificaciones de forma, mas no de fondo, así este código establece:

“Art. 99.- La morada de los habitantes del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes:

- 1. Cuando se trata de aprehender a un individuo contra el que se haya librado mandamiento de detención o pese sobre el sentencia condenatoria a pena de prisión o reclusión;*
- 2. Cuando se persigue a una persona sindicada de delito flagrante;*
- 3. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se esté perpetrando;*
- 4. Cuando se trate de delitos de rapto o plagio, para obtener el rescate de la persona raptada o plagiada;*
- 5. Cuando el juez trate de recaudar las cosas hurtadas o robadas, de aprehender objetos que constituyan prueba de la existencia de una infracción o las armas o instrumentos con que se haya perpetrado; y,*
- 6. En casos de inundación, incendio o cuando se advierta asfixia o sea necesario prestar inmediata ayuda a los moradores contra un peligro actual o inminente, ya porque se denuncie que alguna persona o personas se han introducido en una habitación por medios irregulares o durante la noche o la han asaltado*

En los casos de los numerales 3, 4 y 6 se procederá sin formalidad alguna.”

En el año 1979, el entonces Presidente de la República, el Abg. Jaime Roldós Aguilera, ordena la creación de una comisión encargada de la elaboración de un proyecto de ley, en base a un anteproyecto de autoría del Dr. Jorge Zavala Baquerizo, el mismo que posteriormente fue sometido a consideración del

órgano legislativo y finalmente aprobado por el órgano ejecutivo para ser finalmente publicado el 10 de junio de 1983. Este código trajo consigo importantes reformas como las que citaremos brevemente: Se elimina el Capítulo referente a la Jurisdicción, se establece que la acción penal es únicamente pública, en lugar de la conocida y tradicional división en pública y privada, se retoma la oralidad para el Juicio Plenario y con ello se crean Tribunales Penales, los mismos que se encontraban conformados por tres jueces, el trámite de esta etapa se da en dos momentos, uno frente al Presidente del Tribunal Penal y otro el cual era el decisivo frente al Tribunal Completo en una audiencia oral en donde se practican las pruebas y se escuchan a las partes con sus debidos alegatos, para que así el Tribunal dicte sentencia, procesalmente, estas fueron los cambios más relevantes que introdujo el Código de Procedimiento Penal de 1983.

En lo referente al allanamiento este Código introdujo la siguiente disposición:

“Art. 203.- La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes:

1.- Cuando se trate de aprehender a una persona contra la que se haya librado mandamiento de prisión preventiva o se haya pronunciado sentencia condenatoria o pena de prisión o reclusión;

2.- Cuando se persiga a una persona que ha cometido delito flagrante;

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

4.- Cuando el cónyuge, el padre, la madre o la persona que tenga a otra bajo su inmediata responsabilidad o cuidado reclame la entrega del cónyuge, del hijo, del pupilo o del menor que haya sido plagiado o raptado;

5.- Cuando el Juez trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyen medios de prueba; y,

6.- En caso de inundación, incendio o cuando fuere necesario prestar inmediata ayuda a los moradores, contra un peligro actual o inminente.

En los casos de los numerales 2, 3, 4 y 6, procederá el inmediato allanamiento, sin formalidad alguna.”

Del citado artículo podemos apreciar que se establece una protección a la vivienda de los habitantes del Ecuador, por lo cual se establecen 6 causales por las que este derecho podría ser reducido. También podemos apreciar que se ha mantenido desde los inicios de la República hasta la época la protección que se da para el cónyuge, padre o madre o la persona que tenga a otra bajo su responsabilidad o cuidado a otro ser ya sea este su cónyuge, hijo, pupilo o menor que haya sido raptado o plagiado, se entiende que esta causal funcionó toda vez que la persona hubiera tenido conocimiento de donde se encontraba la persona raptada, lo cual para la época de vigencia de este código resulta más dificultoso, puesto que la densidad poblacional en el Ecuador había aumentado considerablemente.

En el año de 1999 se conformó una comisión encargada de preparar un proyecto que fue entregado al Congreso Nacional, para que posteriormente fuera sometido a conocimiento nacional y debate público. Dicha comisión estuvo conformada por los doctores Walter Guerrero, Edmundo Durán y Alfonso Zambrano, a finales del año de 1999 dicho proyecto fue discutido por el órgano legislativo de manera muy apresurada según los historiadores del país y aprobado de manera muy sospechosa, siguiendo el procedimiento legislativo este fue remitido al presidente de la república Jamil Mahuad, quien lo devolvió al Congreso Nacional con algunas observaciones, dichas observaciones no fueron ni tratadas por el órgano legislativo por lo que el proyecto de ley entró en vigencia por el ministerio de la ley el 13 de enero del 2000. Este código de procedimiento penal tuvo vigencia en nuestra legislación hasta el 10 de agosto del 2014, siendo objeto de reformas en el año 2003, 2006 y en el 2009, sin embargo, en relación con nuestro tema de estudio dichas reformas no introdujeron cambios en las disposiciones referentes al allanamiento, estableciendo el Art.- 194 lo siguiente:

“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 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 del 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.”

Como ya lo hemos manifestado, esta disposición ya contempla y protege el derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio, vigente en la Constitución de 1998, es por ello que se exige formalidades como el auto del juez de garantías penales en donde se exponga de forma detalla las razones por las que el domicilio de una persona va a ser allanado y así su derecho a la inviolabilidad de domicilio sea reducido.

2.4. Casos en los que procede el allanamiento de domicilio según la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal

Como ya se ha mencionado a lo largo de esta investigación, el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio no es absoluto, ya que, existen casos en los que este derecho puede ser reducido, y dichos casos los encontramos tanto en la Constitución como en el Código Orgánico Integral Penal.

Comenzaremos el estudio de este sub-capítulo con las limitaciones al derecho de inviolabilidad de domicilio presente en nuestro texto constitucional; de esta forma en la sección cuarta, referente al Estado de Excepción tenemos el Art.-164 el mismo que establece lo siguiente:

“Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.”

A modo de primera observación debemos decir que únicamente el Presidente o Presidenta de la República, puede declarar el Estado de Excepción en todo o parte del territorio nacional. Sin embargo no es una atribución libre de condiciones, el Presidente de la República podrá declarar el Estado de Excepción siempre y cuando se cumpla una de las siguientes causales: en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural, cabe decir que en la anterior Constitución, sólo se contemplaban cuatro causales las cuales eran agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna y catástrofes naturales, hoy en día tenemos seis causales.

También debemos decir que en el Ecuador sólo existe un nombre genérico para este régimen, a diferencia de otros países como Perú o Chile, países en los que según la causal que motive el régimen se establece un nombre para aquello, por ejemplo en Chile, en caso de Guerra Internacional se establece un Estado de Asamblea, y Estado de sitio en caso de guerra interna o grave conmoción interior, en resumen se puede establecer que en Chile, se entiende que el Estado de Sitio es menos intenso que el Estado de Asamblea, por las repercusiones que este conlleva; en cada Estado hay ciertas atribuciones específicas.

En Ecuador, se pueden suspender derechos y tener ciertas atribuciones, las mismas que el Presidente de la República considere pertinentes, las cuales que deberán servir para enfrentar la contingencia, así la Constitución establece:

“Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

- 1. Decretar la recaudación anticipada de tributos.*
- 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.*
- 3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional.*
- 4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado.*
- 5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional.*
- 6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones.*
- 7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.*
- 8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.” (El subrayado me pertenece.)*

Hasta 1996 la Constitución, permitía la posibilidad de limitar o suspender derechos de manera muy amplia, hasta antes de la reforma, se podían prácticamente suspender todos los derechos, con excepción a la vida y la integridad personal. Con la reforma constitucional de 1996, se da un avance importante en esta materia, señalando de manera expresa los derechos

fundamentales que podrán limitarse en un Estado de Excepción, formula que mantenemos hasta nuestros días.

“En un estado de excepción ciertos derechos fundamentales podrían ser suspendidos o limitados (Art. 165, inc. 1, CE) lo que podría ser tomado como una disposición contradictoria a la finalidad estatal de garantizarlos (Art. 3, N 1, 11, N 1 y 3, y 426 CE), pero como se dijo, ante las circunstancias que obligan a decretar el estado de excepción, en ocasiones, es necesaria la suspensión no solo para superar la contingencia o prevenir la amenazas sino, también, para proteger derechos fundamentales, tanto así que esta es una medida expresamente permitida en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (Art. 27.1 CADH).” (Oyarte, 2014)

En estos Estados, se debe evitar que se agraven los hechos que lo provocaron, por ello es que se da la posibilidad de limitar o suspender derechos (términos que no significan lo mismo), al igual que se da capacidad de atribuirse facultades extraordinarias, que de la misma manera son discrecionales, es decir, se deberá hacer únicamente lo absolutamente necesario para enfrentar la calamidad y que deberán constar expresamente en el decreto que establezca el Estado de Excepción, emitido por el Presidente de la República.

Como ya se mencionó, los derechos pueden ser suspendidos o limitados, pero esto implica una gran diferencia: Suspender: esto quiere decir que no se puede ejercer temporalmente el derecho, en otras palabras es vigente pero carece de efectividad. Limitar: se puede ejercer el derecho, pero no plenamente.

Es importante hacer énfasis que en materia de derechos, siempre se deberá optar (suspender, limitar), por lo menos desfavorable, en este caso como ya hemos visto sus significados, será limitar y solo en caso de que el problema no se resuelva con aquello, suspender.

“En este caso, como en los demás, la inviolabilidad del domicilio, solo se encuentra suspendida o limitada para efectos del estado de excepción y la causa que originó su declaratoria, por lo que no implica, en lo absoluto, ataques arbitrarios al domicilio de las personas, eventos en los cuales se deben aplicar

las sanciones antes señaladas y, para realizar los registros o el ingreso, se requerirá de orden judicial.” (Oyarte, 2014)

La Constitución utiliza el término *domicilio*, concepto que como ya lo revisamos, es definido por el Código Civil, de un modo que, a nuestro criterio, es bastante impreciso el cual consiste en la residencia, más el ánimo real o presuntivo de permanecer en ella, pero cuando se habla de domicilio en materia constitucional no nos referimos al Art.- 45 del Código Civil, sino que estamos hablando del lugar que se está habitando. Por su parte el Código de Procedimiento Penal del año 2000, establecía un término más preciso al referirse a este como vivienda:

“CAPITULO VII

EL ALLANAMIENTO

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 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 del 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.”

Sin embargo, esta norma no será materia de análisis, puesto que fue derogada por el Código Orgánico Integral Penal, el cual realiza un mayor avance en el

tema, ya que establece y se refiere al domicilio como el lugar donde la persona desarrolle su actividad familiar, comercial o laboral. Las confusiones que se deban y existían en relación con otros bienes en los que una persona puede habitar y no necesariamente residir, como por ejemplo la habitación de una hostería, o el transporte o vehículo de una persona, se han superado con el Código Orgánico Integral Penal, ya que existen disposiciones expresas para aquello en donde es posible ordenar el registro de aquellos bienes de conformidad con los Arts. 478 y 479 del Código Orgánico Integral Penal.

La legitimidad con la que se efectuó un allanamiento, se establece en las normas procesales penales, como ya lo hemos citado en capítulos anteriores, hoy en día tenemos siete casos en los que el allanamiento de domicilio es procedente:

“... 1. Cuando se trate de detener a una persona contra la que se ha dictado orden de detención con fines de investigación, prisión preventiva o se ha pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de libertad.

2. Cuando la Policía Nacional esté en persecución ininterrumpida de una persona que ha cometido un delito flagrante.

3. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se está realizando o de socorrer a sus víctimas.

4. Cuando se trate de socorrer a las víctimas de un accidente del que pueda correr peligro la vida de las personas.

5. Cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga. En estos casos se procederá a la aprehensión de los bienes.

6. En los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deba recuperarse a la agredida, agredido, o a sus familiares; cuando la agresora o el agresor se encuentre armado o bajo los efectos del alcohol, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o esté agrediendo a su pareja o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de cualquier miembro de la familia de la víctima.

7. Cuando se trate de situaciones de emergencia, tales como: incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad. ...”

Procedemos a su análisis:

Primer caso: *“Cuando se trate de detener a una persona contra la que se ha dictado orden de detención con fines de investigación, prisión preventiva, o se ha pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de la libertad.”*

En este caso se puede proceder a efectuar el allanamiento de domicilio de la persona únicamente cuando se vaya a realizar la “DETENCION” de la misma, sin embargo, es necesario que se cumpla con:

1. Que se haya dictado orden de detención con fines investigativos o ya sea porque se ha dictado orden de prisión preventiva.
2. Que se haya pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de la libertad.

El fin que tiene esta primera excepción es que se haga posible la captura de una persona contra la cual se ha dictado mandamiento de prisión preventiva o sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de la libertad.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, establece que nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo los casos de delitos flagrantes y los casos en que la persona se fugue del establecimiento de rehabilitación social en el cual se halle cumpliendo su pena, o ya sea que esté detenido o con orden de prisión preventiva, en estos tres casos excepcionales la aprehensión podrá ser realizada por cualquier persona, que en caso de realizarlo deberá poner inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente policial de conformidad con los Arts. 526 y 528 Código Orgánico Integral Penal. Es importante aclarar que esto es factible toda vez que la persona que se encuentra prófuga de la justicia se encuentre en la calle, en un espacio abierto, en un lugar público, ya que al ciudadano común no se le

permite y más importante todavía, no se le hez lícito, ingresar en lugares cerrados que constituyan el lugar donde una persona desarrolle su vida privada lo cual conocemos como domicilio, con el pretexto de detener a una persona que se encuentre prófugo de la justicia, sin el respectivo consentimiento del titular del bien inmueble o ya sea con orden judicial de autoridad competente, ya que aquello constituiría delito de violación de propiedad privada.

“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 Juez de Garantías Penales competente.” (Argudo Argudo, 2010)

En la orden de allanamiento, la misma que es ordenada por el juez de garantías penales, se debe especificar textualmente, si dicho auto tiene la finalidad de aprehender a una persona, o si fue dictada con el fin de comisar objetos, ya que una vez que se ha dado cumplimiento con dicho acto y se ha detenido al prófugo de la justicia, aquel acto procesal se agota, y en consecuencia se deberá desocupar de manera inmediata aquel inmueble que ha sido allanado.

Segundo caso: *“Cuando la Policía Nacional esté en persecución ininterrumpida de una persona que ha cometido un delito flagrante.”*

Para lograr comprender de mejor manera esta segunda excepción al derecho de inviolabilidad de domicilio, nos tendremos que remitir al propio Código Orgánico Integral Penal, para comprender lo que nuestra legislación establece como delito flagrante:

“Art. 527.- Flagrancia.- Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.”

Estamos hablando del delito descubierto al mismo tiempo de su perpetración. Es un delito que se ha consumado públicamente, y que además su autor ha sido descubierto por uno o varios testigos al momento de realizarlo.

“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 él no es sorprendido en el acto mismo, o inmediatamente después de cometido el hecho delictivo.” (Argudo Argudo, 2010)

Los requisitos establecidos por el Código Orgánico Integral Penal, son en general muy parecidos, por no decir idénticos a los que establecía el Código de Procedimiento Penal, para determinar si existe flagrancia, los cuales son:

- 1. Que la persona que comete el delito esté en presencia de una o más personas.-*
- 2. Cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión.*
- 3. Que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión.*

Como lo establece el mismo código en su inciso final, no se podrá alegar persecución interrumpida, si han transcurrido más de veinte y cuatro horas

entre la comisión del delito y la detención de la persona, siendo este el caso tampoco existirá flagrancia.

4. Cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

Volviendo a nuestro tema de estudio, esta limitación al derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, tiene su motivo de ser, ya que se trata de permitir el ingreso al domicilio de forma excepcional y emergente, en donde ha entrado o se encuentra la persona que ha cometido el ilícito flagrante, sin necesidad de cumplir con ninguna formalidad, lo cual se encuentra establecido por el mismo cuerpo normativo. La norma previamente citada, hace referencia al verbo "PERSEGUIR", lo cual nos permite concluir, que esta excepción a la inviolabilidad de domicilio no aplica para cualquier ciudadano o persona, sino a quien persigue a quien huye. Entonces podemos decir que la autorización es para quien persigue a la persona autora del delito, y no como dijimos a cualquier persona, y adicionalmente tendrá el fin exclusivo de aprehender a la misma y poner a órdenes de la justicia, es decir de autoridad competente.

Tercer caso: *"Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se está realizando o de socorrer a sus víctimas."*

En esta excepción, cuando una persona tiene conocimiento de que en un determinado domicilio se está cometiendo un delito, se le da la posibilidad de ingresar en dicho domicilio, sin la autorización o consentimiento previo del dueño del mismo, además sin formalidad alguna, con el único objetivo de evitar que se cometa dicho delito o con el fin de socorrer a las víctimas producto del ilícito.

El fundamento jurídico, para que sin formalidad alguna se permita el ingreso de un particular a un domicilio ajeno, consiste en la emergencia que dicho hecho ocasiona, y que en consecuencia requiere de acciones inmediatas. El legislador en un ejercicio de ponderación de bienes jurídicos, ha considerado y establecido como de mayor importancia el auxilio o ayuda inmediata, frente al derecho de inviolabilidad de domicilio, que sin dejar de ser importante o

trascendente, es preferible que este sea limitado frente a lo que podría ocurrir si aquellas víctimas no son socorridas o no se llegare impedir la consumación del delito, lo cual en cualquier escenario sería lamentar una verdadera desgracia. Un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, no se puede permitir a si mismo que se cometa un delito so-pretexto de garantizar de manera rígida los derechos consagrados en su constitución, como lo es el derecho de inviolabilidad de domicilio, derecho de propiedad o derecho a la intimidad.

Sin embargo, debo acotar algunas precisiones con respecto con esta tercera excepción al derecho de inviolabilidad de domicilio; primero debemos aclarar que la persona que allana el domicilio de un tercero, debe tener conocimiento de que en el domicilio que va a ser allanado se está cometiendo un delito, no es suficiente que la persona alegue, que se iba a cometer un delito, la norma citada es muy clara al determinar “*se trate de impedir la consumación de una infracción que se está realizando...*” (El subrayado me pertenece), mas no se menciona en la norma un delito que esta por cometerse.

“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.” (Argudo Argudo, 2010)

Como segundo punto debemos mencionar, que para que esta causal funcione correctamente, es vital que el delito que se pretende evitar, haya iniciado en su ejecución por cual se dijo que no basta que se presuma que pueda cometerse el delito. En este caso una vez que la persona ha ingresado al domicilio del tercero quien ya ha iniciado con la ejecución del delito y en consecuencia lo descubre en plena comisión del mismo, ya nos encontramos frente al caso de un delito flagrante y el particular incluso está autorizado para aprehender al delincuente y ponerle a órdenes de las respectivas autoridades.

Por último también debemos mencionar que el allanamiento en este caso, procede de igual manera cuando se trate de brindar ayuda a la víctima del delito, a nuestro criterio inclusive una vez que ya se ha cometido el delito, ya sea porque el delincuente huyó, pero en este caso la emergencia y urgencia de brindar ayuda a la víctima justifican totalmente el ingreso no autorizado sin formalidad alguna. Sería impensable que un ciudadano, necesite de orden judicial para ingresar al domicilio de un tercero, en donde se encuentra una persona agonizante que necesita de auxilio inmediato. No hace falta decir que bienes jurídicos como la vida podrían estar inmersos en estas situaciones y que realizando una ponderación es un bien de mayor importancia frente al derecho de propiedad privada, inviolabilidad de domicilio o intimidad.

Cuarto caso: “Cuando se trate de socorrer a las víctimas de un accidente del que pueda correr peligro la vida de las personas.”

Esta causal a nuestro criterio se asemeja en gran parte a la anterior, principalmente en su última parte, donde ya se habla del socorro que deberán prestar las personas a víctimas, sin embargo en esta causal ya no nos encontramos frente a una persona que ha iniciado la ejecución de un delito. Además, debemos mencionar que no existía en el anterior Código de Procedimiento Penal por lo que es nuevo para nuestro ordenamiento jurídico.

Se puede afirmar que esta causal es más de carácter humanitario o solidario, ya que la norma claramente establece que se autorizara el allanamiento siempre y cuando se trate de socorrer a víctimas de un accidente del que pueda correr peligro la vida de las personas o personas, de igual manera que en la anterior causal, creemos que la mera presunción de un accidente no autoriza a la persona a ingresar al domicilio de una persona. De no ser así, la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio se desnaturaliza, ya que a pretexto de que un particular creyera que existe un accidente dentro de un bien inmueble, estaría facultado para ingresar a él, es decir allanarlo, sin formalidad alguna, convirtiéndose inclusive en un problema para la administración de justicia, ya que ladrones podrían alegar perfectamente esta causal, para

escudarse de sus verdaderas intenciones, cuando el dueño del inmueble los descubriese.

El conocimiento de que se ha producido un accidente y de que una persona necesita auxilio inmediato, puede provenir de manifestaciones externas como gritos de auxilio, llamadas de auxilio, constatación de testigos de que han presenciado algo fuera de lo común y buscan ayuda de terceros, etc.

Quinto caso: *“Cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga. En estos casos se procederá a la aprehensión de los bienes.”*

En las investigaciones que realiza la Fiscalía, conjuntamente con su órgano auxiliar es decir con la Policía Judicial que hoy denominada personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o del personal competente en materia de tránsito y se logre tener conocimiento de que en un determinado domicilio (el cual se pretende allanar) se encuentran objetos relacionados con el proceso que está en investigación y que ayudarán al esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos, el fiscal a cargo de tal investigación deberá fundamentar al respectivo Juez de Garantías Penales y a su vez solicitar al mismo la respectiva orden de allanamiento de domicilio, la misma que deberá ser debidamente fundamentada y motivada, especificando con claridad los objetivos que dicho acto procesal persigue.

Esta causal nos presenta dos posibilidades para ser efectiva:

- 1) *“Cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada...”*
- 2) *“Recaudar...los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga.”*

Lo que se persigue en este caso con el allanamiento, es recaudar objetos que constituyan medio de prueba dentro del proceso, para referirnos a prueba debemos recordar que esto únicamente ocurre cuando se da la Audiencia Oral de Juicio, antes de aquello

estas únicamente son meros indicios o también pueden ser llamados evidencias.

Sexto caso: “En los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deba recuperarse a la agredida, agredido, o a sus familiares; cuando la agresora o el agresor se encuentre armado o bajo los efectos del alcohol, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o esté agrediendo a su pareja o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de cualquier miembro de la familia de la víctima.”

Creemos que esta causal no resulta tan diferente de las anteriormente mencionadas, sin embargo, no es menos cierto que en el Ecuador el índice de violencia contra las mujeres y el grupo familiar es sumamente alto, según estadísticas, en el país seis de cada diez mujeres han sido víctimas de violencia ya sea esta física o psicológica, por lo que el legislador ha considerado, brindarles una protección especial, ya que al tratarse de grupos de atención prioritaria necesitan de cuidados y normativa específica.

Al igual que en las anteriores causales, debemos decir que esta no necesita de formalidad alguna, puesto que se está brindando auxilio a determinadas personas, se sustenta en la solidaridad humana y en el deber que tenemos cada uno de nosotros en evitar que se lesiones bienes jurídicos protegidos de gran importancia.

Séptimo caso: “Cuando se trate de situaciones de emergencia, tales como: incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad.”

Como ultima causal se encuentran los casos en que por desastres naturales o accidentes humanos, bienes jurídicos como la propiedad o la vida se encuentran afectados o próximos a ser afectados, en consecuencia se permite el ingreso de terceros con el único fin de ayudar a proteger a estos bienes jurídicos.

CAPÍTULO III: EFECTOS JURÍDICOS DEL ALLANAMIENTO LLEVADO DE FORMA ILEGAL

3.1.- Debido proceso

Empezaremos el desarrollo de este punto dejando en claro que el principio del debido proceso es un derecho fundamental, de contenido constitucional que garantiza a todos los seres humanos, la efectividad de los procesos. El debido proceso abarca una serie de principios tanto materiales como formales, donde se puede incluir el principio de legalidad, el principio de juez natural, principio de presunción de inocencia, principio de favorabilidad, los cuales sin lugar a dudas también se los puede identificar como derechos fundamentales del ser humano y creemos que responden mejor a aquella figura.

El objetivo principal de este principio es *“garantizar el equilibrio armónico de las partes entre sí, bajo la dirección de un tercero imparcial que estaría dispuesto a dar el derecho a quien le corresponda, en virtud de lo probado, es decir, de lo evidenciado por las partes bajo parámetros de legitimidad y oportunidad.”*(Ramirez Gomez, 1999)

En otras palabras, podríamos decir que este principio es el conjunto de garantías, que protegen a un ciudadano que está siendo sometido a cualquier proceso, que le permiten estar seguro de que aquel proceso será llevado de manera recta, limpia, con una cumplida y eficiente administración de justicia, con seguridad jurídica y con la debida motivación y fundamentación de las resoluciones, decisiones judiciales, en donde se vean afectados o reducidos derechos.

“Es esta posiblemente, la garantía fundamental, que engloba o rige los demás derechos fundamentales de la persona en relación con el proceso penal, garantizando la intangibilidad de la dignidad de la persona y reafirmando que “el ser humano es la referencia imperativa de todos los valores, que nada es superior y que todo queda condicionado a servirle con miras a permitir su

desarrollo integral y armónico.”(Vaca Andrade, MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, 2011)

En nuestra constitución, podemos encontrar el derecho al debido proceso en su Art.- 76, en el cual como dijimos se enumeran una serie de derechos que se encuentran abarcados por el debido proceso, así dicho artículo reza lo siguiente:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*
- 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*
- 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*
- 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*
- 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

- a) *Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
- b) *Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
- c) *Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*
- d) *Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*
- e) *Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*
- f) *Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.*
- g) *En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*
- h) *Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*
- i) *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.*
- j) *Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*
- k) *Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*
- l) *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda 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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

El primer numeral del artículo anteriormente citado, tiene relación directa con su numeral séptimo, letra k, en donde se puede observar que se garantiza el derecho al juez predeterminado o por la ley, o principio del juez natural. El fin principal de estos preceptos constitucionales es evitar manipulaciones en la administración de justicia, en otras palabras, podemos decir que lo que busca es impedir que el cambio de un determinado órgano judicial o su composición que ha de ser competente de conocer un concreto litigio, afecte e influya en la decisión de la causa. La anticipación legal del juez es una garantía de la imparcialidad, objetividad e independencia de los jueces y de la administración de justicia, nada podría ser peor que tener jueces políticos, los cuales se encuentren influenciados por determinados poderes, o incluso que se encuentren al servicio de sus gobernantes, partidos políticos, o grupos de presión social, lo cual llevaría a decisiones judiciales arbitrarias, desiguales, preferenciales, cometiéndose las más grandes injusticias dentro de una sociedad.

El numeral segundo del Art.- 76 de la Constitución, hace referencia al derecho de presunción de inocencia, la misma que es una garantía específica de los procesos penales. La presunción de inocencia evidencia que dentro de un proceso penal, la carga de la prueba pesa sobre el acusador, es decir el acusador deberá realizar todas las diligencias necesarias para demostrar la culpabilidad de una determinada persona y así destruir su estado de inocencia, mientras no se aporten pruebas suficientes sobre la responsabilidad de la persona en un determinado delito, esta seguirá y permanecerá inocente. La jurisprudencia estadounidense establece que únicamente se destruye la presunción de inocencia cuando el resultado de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso conduzca y conlleve al convencimiento total, *“más allá de toda duda razonable de que el acusado es culpable.”*

“Después del derecho a la vida, el derecho más importante que tiene el hombre, es el derecho a la libertad sin lugar a dudas! El Ecuador ha tenido la característica de ser un país en cuanto a la administración de justicia y fundamentalmente en el ámbito penal en donde está en juego la libertad, en ser moroso, en cumplir con una justicia que este caracterizada por ser pronta, por ser eficaz y además que este dotada de la debida celeridad.” (Zambrano Pasquel, Proceso Penal y Garantias Constitucionales, 2005)

El tercer numeral, enuncia el principio de legalidad penal, principio básico incluso en el derecho penal internacional, la misma que prohíbe la creación de leyes ex post facto, que no favorezcan al imputado. Este principio es también conocido por la conocida frase de Paul Johann Anselm Von Feuerbach *“Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.”* que se traduce en *“Ningún delito, ninguna pena sin ley previa.”* todo acto u omisión calificado como delito, deberá estar siempre establecida en la ley como tal y adicionalmente con anterioridad a la realización del mismo. Doctrinariamente se conoce que este principio tiene dos fundamentos, el uno político-constitucional por el cual únicamente la ley previa, escrita, estricta y aprobada por los procesos formativos de la ley de la Asamblea, puede tipificar conductas y de la misma forma establecer las correspondientes sanciones, siempre en observancia de criterios de proporcionalidad ya sean estas penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, etc.; su otro fundamento es el funcional de esta forma el principio de legalidad contribuye a la prevención de delitos ya que genera una coacción psicológica dentro de los habitantes de una sociedad, al momento en que la ley es publicada y se entiende que es conocida por todos.

“Lo que en definitiva se exige es que la ley penal preexista a toda sanción pues es indispensable que en un sistema democrático y absolutamente respetuoso de los derechos humanos, las personas a quienes está destinada esa ley penal, o las normas penales, en general, puedan conocer con anticipación cuáles son los hechos que a juicio de legislador son considerados como delitos y, como tales, sujetos a sanción. (...) Solo cuando el hecho ejecutado por las personas se ha cometido, puede hablarse de que hay delito y solo entonces es

posible sancionar a una persona, pero previo análisis valorativo de la conducta y todas sus circunstancias dentro del proceso penal.” (Vaca Andrade, MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, 2011)

El cuarto numeral del mismo artículo hace menciona sobre la exclusión de toda prueba que haya sido obtenida con violación a la constitución o a la ley, esto es que haya sido obtenida de manera ilegal o inconstitucional respectivamente. Esta regla de exclusión tiene vital importancia en nuestro tema de estudio, puesto que la vulneración de derechos fundamentales tales como la inviolabilidad de correspondencia o la inviolabilidad de domicilio, puede llegar a afectar la validez de la prueba dentro del proceso y en consecuencia ser excluida, tema que lo revisaremos con mayor detenimiento más adelante. Con disposiciones como estas se solidifican mecanismo de disuasión efectiva entre los agentes investigadores o policiales, por cuanto todo indicio, evidencia obtenida con violación de derechos fundamentales resultara inadmisibles dentro de la audiencia de juicio en el proceso penal.

En el quinto numeral del artículo 76, encontramos la siguiente disposición: *“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”* Este principio es conocido doctrinariamente como *indubio pro reo*, siendo en la actualidad uno de los pilares fundamentales del derecho penal, la finalidad de esta disposición es limitar el poder del Estado, el derecho de castigar o *ius puniendi*, en caso de duda el juzgador deberá dictar su decisión en favor del reo, de lo dicho podemos establecer además que este principio tiene una íntima vinculación con el anterior principio estudiado de presunción de inocencia. El trabajo del Juez Penal es sin lugar a dudas, uno de las más complicados dentro de la administración de justicia, puesto que es ésta persona quien está encargada de conocer y valorar procesos en los que está en juego el bien más preciado después de la vida que es la libertad, el hecho de juzgar conductas humanas que han vulnerado bienes jurídicos protegidos, complica el ejercicio y la función del Juez, quien deberá estar absolutamente de

su decisión, con el objetivo de no perjudicar a ciudadanos ni tampoco dejar actos impunes.

“En la obra sobre la prueba en el proceso penal del profesor argentino Cafferata NORES, encontramos que la duda es “como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y a los elementos que inducen a negarla, siendo todos ellos igualmente atendibles”, para continuar, luego, ampliando su pensamiento, al afirmar: “O más que equilibrio, quizá sea una oscilación, porque el intelecto es llevado hacia el sí y luego hacia el no, sin poder quedarse en ninguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraen suficientemente, como para hacerlo salir de esta indecisión pendular.”(Vaca Andrade, MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, 2011)

El sexto numeral nos trae consigo el principio de proporcionalidad, *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”* Como podemos observar la ley establece que la pena debe ser proporcional, es decir que esta se limitará según la gravedad del delito, así como del valor del bien jurídico protegido afectado, debemos dejar en claro que este principio además también es limitante del *ius puniendi* del Estado.

En el numeral siete del antedicho artículo podemos encontrar una serie de literales que conforman el derecho a la defensa de las personas, el derecho a la defensa además se encuentra plasmado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como por ejemplo, La Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos. El derecho a la defensa como función principal tiene la de garantizar que la persona no sea privada de los medios necesarios para demostrar su inocencia.

“Este derecho debe de cumplirse desde que el ciudadano está siendo interrogado con fines investigativos por una autoridad policial, por la

Fiscalía General del Estado o por cualquier otra del Estado, lo cual significa que también en la etapa de la indagación previa debe el sospechoso contar con el asesoramiento de un abogado que defienda sus intereses, vigile que se le den o reconozcan todas las garantías del debido proceso, y que se conduzca la investigación con el mayor respeto a la persona.” (Vaca Andrade, MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, 2011)

3.2.- Motivación de las resoluciones emanadas del poder público

La motivación puede ser definida, como la exteriorización por parte del órgano judicial o jueces, de la justificación, convicción, racional de determinada conclusión y solución jurídica. La falta de motivación en nuestro ordenamiento jurídico, es una infracción administrativa grave, esto consiste en no haber fundamentado debidamente los actos administrativos, resoluciones o sentencias, de conformidad con lo establecido en nuestra constitución en sus artículos 75, 76 y 77, a continuación citaremos la disposición expresa al respecto:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:(...) 7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda 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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.(...).”

Podemos decir que no existe la adecuada motivación, cuando no se ha expresado en la orden, auto o sentencia, el porqué de un determinado

razonamiento judicial, como lo hemos manifestado, cuando esto no ha sido exteriorizado por parte de la autoridad competente. Como vemos en el citado artículo, para nuestro ordenamiento jurídico la falta de motivación comprende tanto la falta de enunciación de normas y principios jurídicos, así como la falta de explicación de su aplicación, es decir los fundamentos de hecho y de derecho en que se oriente la resolución del poder público.

El deber de motivar las sentencias o resoluciones emanadas del poder público, es reconocido por nuestra Constitución como un derecho, y existe ausencia de motivación cuando se verifican dos circunstancias elementales, la falta de enunciación de normas o principios y la falta de explicación de la pertinencia de aplicación de aquellas normas y principios en el caso. Nuestra Constitución condena con la nulidad a aquellas sentencias o resoluciones que caigan en estos errores y así lo ha dicho también nuestra Corte Constitucional, puesto que sólo de esta forma es posible garantizar el derecho constitucional al debido proceso y en consecuencia los derechos de tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica de los ciudadanos.

La motivación está ligada íntimamente con el principio de seguridad jurídica, puesto que la necesidad de exteriorizar los motivos de una determinada decisión hacen que el encargado de tomar dicha decisión actúe en base y en aplicación de su racionalidad y su conciencia, y no en base de su arbitrio o de en base a corazonadas, ya que aquellos no serían criterios idóneos para comunicarlos al implicado.

“La fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba describiendo el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean merituados, tratando de demostrar su ligazón racional con las firmas o negaciones simultáneamente para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) la privará de la respectiva fundamentación.”(Zambrano, 1998)

Entonces, podemos afirmar que la motivación, es justificación, es como se ha dicho, describir las razones por las que el órgano de poder público o en este caso, específicamente, el órgano jurisdiccional ha observado para demostrar que su decisión es correcta, justa o aceptable, y sobre todo porque aquello resulta una exigencia dentro de un Estado de Derecho.

La trascendencia que llega a tener la motivación dentro de un Estado que se hace llamar Constitucional de Derechos y Justicia, es vital, puesto que la única razón y objetivo de dicho Estado es la de garantizar y facilitar el ejercicio de los derechos de las personas, restringiendo de manera absoluta cualquier acto de abuso de poder, lo mismo que debe ser entendido como arbitrariedad, y es precisamente aquí donde podemos decir que cualquier acto o resolución de un órgano de poder del Estado que no explique detalladamente y debidamente, tanto los fundamentos de hecho como de derecho que han llevado a que aquel órgano tome dicha decisión, entraría dentro del grupo de actos arbitrarios de poder.

La importancia de la motivación también radica en la necesidad que tienen los órganos jurisdiccionales de legitimar sus resoluciones, esto es que además de ser justa, demuestre cómo se ha llegado a dicha conclusión. Y afirmamos esto, puesto que los órganos de jurisdicción no gozan con la legitimidad democrática que tienen, por ejemplo, los órganos ejecutivo y legislativo, ya que dichos representantes, son elegidos mediante votación directa, sin embargo el órgano judicial no funciona de aquella forma, sus representantes no son electos por votación popular, es por ello que sus decisiones deben estar correctamente motivadas para de esta forma llenar aquel vacío de legitimidad.

“Por la importancia de la motivación se demanda que el Juez muestre cuál fue el camino recorrido, el itinerario seguido para arribar a la decisión; la garantía de motivación significa desterrar la arbitrariedad en la medida en que las partes del proceso, los observadores externos y los controladores de la decisión pueden seguir el camino que llevó al juez a determinado tipo de solución, para así acreditar que a ella no se llegó por mera coincidencia, por un arrebató de

adivinación o una “corazonada”, sino siguiendo caminos que pueden ser rastreados y reconstruidos racionalmente.” (Salas, 2013)

Para la construcción de una resolución debidamente motivada, según la doctrina y siguiendo el razonamiento del Profesor Fernando de la Rúa, se debe cumplir con ciertas características o elementos, mismos que detallaré a continuación:

- a) Motivación expresa: esto consiste en que el Juez debe remitirse al caso concreto, que se ha puesto a su conocimiento. En consecuencia el Juez tiene el deber de establecer claramente las razones que lo conducen a tomar determinada decisión sobre el caso en cuestión, expresando sus propios argumentos, de esta manera se puede señalar en la resolución o sentencia los fundamentos del fallo de primera instancia, doctrina o jurisprudencia, siempre que estos guarden relación y sentido con el caso que el juez está por juzgar, no se puede ni estaría correcto realizar alegaciones simples como “me remito a la sentencia o doctrina”.
- b) La motivación debe ser clara: el pensamiento de quien está actuando como juzgador debe ser claro, comprensible, examinable y aprehensible, bajo ningún concepto se puede dejar espacios a la duda sobre todo en las ideas que expresa. Es por ello que también se exige un lenguaje común o llano para que la comprensión de su pensamiento puede ser entendido por las personas quienes leen sus resoluciones.
- c) Motivación completa: es aquí donde el juzgador debe englobar tanto los hechos como el derecho respecto de los hechos, debe además abarcar las razones que llevan a su decisión o conclusión ya sea esta afirmativa o negativa sobre la existencia de los acontecimientos de la vida real con trascendencia en la solución del proceso. Para ello el juez deberá referirse a las pruebas que hayan sido incorporadas a la causa, indicándolas y realizando un ejercicio de valoración crítica. No se puede realizar alusiones globales sobre los elementos probatorios o en su defecto un resumen descriptivo de ellos, sin antes haber explicado el

peso o valor que atribuye a cada elemento probatorio, así como el criterio selectivo empleado, con sus respectivas conclusiones.

- d) La motivación debe ser legítima: a lo que principalmente se refiere esta característica, es que el juez debe basarse en la prueba que ha sido válidamente introducida en el proceso o etapa de juicio, esto además como consecuencia de los principios de inmediación procesal y del principio de verdad real y estos a su vez suponen otros principios derivados como lo son la oralidad, la publicidad y la contradicción.
- e) La motivación tiene que ser lógica: por último, el juez al momento de realizar la sentencia o resolución deberá observar las reglas del recto entendimiento humano, las mismas que presiden la construcción intelectual de las ideas o pensamientos. Además de esto el juez deberá ajustarse a sus principios, puesto que, si se aparta de ellos, las palabras perderían sentido, no llegarían a ser comprendidas y en consecuencia podría ocasionar la nulidad de la resolución.

En nuestro ordenamiento jurídico, la falta de motivación de una resolución o una sentencia de un órgano de poder público, es una infracción administrativa grave, la misma que se sanciona con la suspensión del servidor judicial, hasta por treinta días y sin remuneración, esto de conformidad con los Arts.- 105 N°3, y 108 N°8 del Código Orgánico de la Función Judicial, los mismos que me permito transcribir a continuación:

“Art. 105.- CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS.- Las sanciones disciplinarias serán de las siguientes clases:

- 1. Amonestación escrita;*
- 2. Sanción pecuniaria que no exceda del diez por ciento de su remuneración mensual;*
- 3. Suspensión del cargo, sin goce de remuneración, por un plazo que no exceda de treinta días; y,*
- 4. Destitución.”*

“Art. 108.- INFRACCIONES GRAVES.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones:(...)

8. No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República. (...).”

Sin embargo la determinación de la falta de motivación de una resolución o sentencia, solo puede tener carácter judicial, ya que el órgano administrativo de la función judicial llamado Consejo de la Judicatura, no está autorizado para realizar un análisis de los criterios judiciales sin antes haber existido una intervención judicial, puesto que ello implicaría la inobservancia de la independencia interna de la Función Judicial, al respecto el Dr. Rafael Oyarte ha manifestado lo siguiente:

“Mas allá de la práctica, que puede configurar patologías como en este caso, el Consejo de la Judicatura no está facultado para suspender o para destituir a un juez basado en que éste incurrió en error inexcusable en una sentencia o que el fallo no se encuentra debidamente motivado, sin que haya una declaración judicial previa en ese sentido, cuestión que se corrobora en el propio Código Orgánico de la Función Judicial que otorga a los jueces, dentro de sus facultades correctivas, la declaración de incorrección en la tramitación de un proceso o el error inexcusable, para lo cual deben comunicar al Consejo de la Judicatura el hecho, con la finalidad de que se sustancia el correspondiente procedimiento administrativo para imponer la sanción (Art.- 131, N° 3, COFJ).”(Oyarte, 2014)

Esta facultad correctiva que se brinda a los jueces será posible toda vez que se haya interpuesto el correspondiente recurso por parte de ya sea el actor o del demandado, puesto que de no ser así, serían incompetentes para realizar una declaración de esa naturaleza. Adicionalmente debemos aclarar que habiendo dos normas que han de sancionar hechos similares como lo son la suspensión

por no motivar o la destitución a causa de error inexcusable, en nuestro ordenamiento jurídico sólo cabría la posibilidad de determinar judicialmente que el juzgador ha incurrido en una de las dos faltas.

3.3.- Delito de violación de domicilio

La definición de delito, a lo largo de la historia del derecho penal, siempre ha tenido un debate muy ferviente, especialmente cuando hablamos de los tratadistas más antiguos de esta rama del derecho, enfocándose las diferencias sobre todo en el sentido real o material u del sentido formal de la definición.

Coincidimos con el pensamiento del Dr. Ernesto Albán Gómez, al decir que quizás quien ha logrado unificar estas dos tendencias, y esbozar una de las definiciones más claras del Derecho Penal sobre lo que es el delito, sea la de Francesco Carrara, en donde adicionalmente se marca una nueva tendencia entre los estudiosos de esta rama del derecho, puesto que desde entonces se da más importancia a los elementos del delito, que a su sentido material o formal, de este modo tenemos la siguiente definición:

“La definición de Carrara es la siguiente: “Delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.” (Albán, 2012)

Una vez recordado esto, procedemos con el análisis del delito de violación de domicilio en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, el mismo que lo contempla la sección sexta del Código Orgánico Integral Penal, en los delitos relacionados contra el derecho a la intimidad personal y familiar, en su Art.-181. De lo expuesto podemos afirmar, que el bien jurídico protegido es la intimidad personal y familiar de las personas, lo cual como ya lo observamos en el primer capítulo de la presente investigación, la legislación ecuatoriana tutela estos derechos en su Constitución, precisamente en los derechos de libertad.

“Art. 181.- Violación de propiedad privada.- La persona que, con engaños o de manera clandestina, ingrese o se mantenga en morada, casa, negocio, dependencia o recinto habitado por otra, en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

Si el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La persona que, en ejercicio de un servicio público, sin la debida autorización o fuera de los casos contemplados legalmente; o que con una orden falsa de la autoridad pública; o que con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes, viole un domicilio o lugar de trabajo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

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

Procedemos a su análisis:

Tipicidad.-

De lo leído podemos denotar dos verbos rectores para la configuración de este tipo penal, el primero de ellos es “ingrese o se mantenga” ya sea en morada, casa, negocio dependencia o recinto ajeno. Ingresar quiere decir “entrar” esto a su vez significa “pasar de afuera a dentro”. Para la mayor comprensión y análisis de este artículo, en este caso la persona adecua su conducta al tipo penal cuando introduce su cuerpo completo en un determinado lugar que constituya su casa, morada, habitación, negocio o recinto ajeno.

El segundo elemento a tomarse en cuenta en el presente artículo es el hecho de que dicha entrada al domicilio ajeno se dé en contra de la voluntad expresa o presunta de quien este asistido por aquel derecho. La manifestación expresa

de la voluntad no presenta mayores inconvenientes en el análisis del delito de violación de propiedad privada, sin embargo la manifestación presunta de la voluntad puede ser entendida de muchas maneras, por ejemplo la persona que dentro de su domicilio ha tomado las precauciones necesarias o medidas de seguridad pertinentes para impedir el ingreso de terceros a su domicilio, ocasiona que su presencia física al momento de la consumación del delito resulte intrascendente para los efectos penales y su manifestación presunta resulta obvia. De igual manera el mismo artículo del Código Orgánico Integral Penal, nos brinda una disposición adicional al respecto, la misma que establece que en todos los casos en los que el morador no se encuentre presente dentro de su domicilio, se entenderá o se presumirá que no existe el consentimiento para el ingreso a dicha morada.

Nos parece pertinente realizar una aclaración sobre los establecimientos denominados casa de negocios o casa pública, las mismas que mientras estas estén abiertas al público, es decir realizando su actividad comercial, se presume que existe el consentimiento para el ingreso a las mismas. Sin embargo una vez que estos establecimientos cierran su atención al público, permaneciendo en el interior únicamente el dueño, sus familiares, encargados, etc., dicha casa pasa a estar sujeta al mismo amparo y bajo la misma protección que el domicilio de cualquier persona.

“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 esta se encuentra abierta al público, mas cuando estas son cerradas al público, se convierte en morada y prevalece la exclusión.”(Argudo Argudo, 2010)

Debemos decir además que aun existiendo el consentimiento para ingresar al domicilio de una determinada persona, este consentimiento no es ilimitado, sucede esto por ejemplo con el caso de las visitas en casa, quienes pueden ser recibidas en la sala, comedor, etc, del domicilio; sin embargo no están autorizados a ingresar a dormitorios u otra parte de la casa. De lo expuesto

podemos afirmar que el consentimiento incluso puede ser limitado al ingreso a una determinada parte del domicilio.

En consecuencia quien ingresa en el domicilio de un habitante contra la voluntad ya sea expresa o tácita de quien tiene el derecho de excluirlo, adecua su conducta al delito de violación de propiedad privada. Este delito es un delito instantáneo, el mismo que se consuma al momento de cumplirse la acción de ingresar o entrar en un domicilio ajeno, sin el consentimiento de su morador.

Antijuricidad.-

“Una vez afirmada la tipicidad, del caso real concreto, es decir, una vez comprobado que el caso es subsumible en el supuesto de hecho del tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuricidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.”(Muñoz Conde, 2012)

La antijuricidad en el delito de violación de propiedad privada está dada por el hecho de que el lugar al que se ingresa es ajeno, es decir habitado por otro ser humano, lugar en donde lleva a cabo su vida íntima y personal, provocando de este modo la lesión o amenaza al bien jurídico protegido de inviolabilidad de domicilio.

Consecuencia de lo manifestado, no existe antijuricidad cuando media el consentimiento de quien tiene la facultad de disponerlo o ya sea en los casos autorizados por la ley, detallados en el artículo 480 del COIP. Esto es conocido doctrinariamente como causa de justificación en virtud del consentimiento del titular del derecho lesionado. Debemos dejar claro que no todo derecho es renunciable, ejemplo característico de esto es el homicidio, ya que la vida no es un bien renunciable, caso contrario ocurre con la propiedad, el cual sí puede ser un bien sujeto de renuncia.

Para Bacigalupo, para que el consentimiento de la persona tenga validez, es necesario que confluyan ciertos requisitos:

- La capacidad del sujeto para comprender la situación en que consiente,
- El consentimiento debe ser anterior a la acción y es retractable,
- El consentimiento no debe provenir de un error ni haber sido obtenido mediante amenazas.

Este delito tiene la singularidad de que en él confluyen voluntades, lo cual requiere un ejercicio de valoración jurídica decisoria, para saber de este modo cuál se impone a la otra, en otras palabras, si la voluntad del morador merece o no merece la protección otorgada por la Constitución, instrumentos internacionales y la ley frente a quien pretende allanar su domicilio.

Este conflicto de voluntades puede ser resumido en dos puntos: primero la voluntad presunta para el ingreso al domicilio y segundo la voluntad de quien le corresponde el derecho de exclusión.

Como ya se ha dicho, nuestra Constitución en su artículo 66 numeral 22 contempla y protege el derecho de inviolabilidad de domicilio y como consecuencia de ello no se puede hacer inspecciones ni registros en el domicilio de un habitante del Ecuador cuando no se cuente con su consentimiento o con orden judicial emitida por autoridad competente.

En relación con el tema de a quien le corresponde el derecho de exclusión, debemos dejar en claro que no surte los mismos efectos jurídicos la oposición al ingreso del domicilio de cualquier morador, sino que esto corresponde a la persona que tiene derecho de excluir. Es común que varias personas integren o convivan dentro de un mismo domicilio o recinto, es aquí donde nos preguntamos ¿a quién corresponde el derecho de exclusión? Al tratarse de una familia nos queda claro que este derecho corresponde a los jefes de familia pudiendo ser papá o mamá, indistintamente, e incluso este derecho puede ser delegado a más miembros de la familia si estos no se encontraran presentes. Sin embargo cuando nos encontramos frente a casos en los que conviven personas que se encuentran en grado de igualdad debemos decir que la

oposición de cualquiera de ellos es plenamente válida, y con esto queremos dejar en claro que el derecho de exclusión siempre será muy amplio.

Culpabilidad.-

El delito de violación de propiedad privada es un delito DOLOSO, ya que el actor tiene plena conciencia de que está ingresando en morada o domicilio ajeno, y aún más importante, contra la voluntad de quien tiene derecho de excluirlo. Es importante mencionar que el Código Orgánico Integral Penal no contempla figuras culposas de este delito, razón por la que ratificamos el carácter doloso del mismo.

“Hay culpabilidad, en la concepción contemporánea, cuando la persona en la situación concreta pudo actuar de otra manera, es decir, infringe la norma cuando bien podía no haberlo hecho, ha actuado contra Derecho cuando pudo actuar en conformidad a éste.”(Zavala Egas, 2014)

Teóricamente podemos indicar que la única manera que un sujeto podría afirmar que no conocía la ilicitud de su comportamiento, es cuando el mismo ha actuado bajo un error de prohibición, figura que hoy ya no consta en nuestro nuevo Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo debemos decir que dicho error recaería sobre la antijuricidad del hecho, pero como se dijo con pleno conocimiento y voluntad de la ejecución del tipo. Lo que estamos diciendo en este párrafo es que el autor sabe lo que hace, sin embargo, cree erróneamente que su comportamiento está permitido, ya sea por desconocimiento de la norma penal, ya sea por interpretación errónea de la misma, o por último supone de forma errónea que se encuentra asistido por una causa de justificación.

En la práctica creemos que es posible que se presenten casos de error cuando se presume la voluntad; en otras palabras, el autor ignora la voluntad de oposición de ingresar al bien inmueble. Para poder entender esto de mejor manera se desarrollará un ejemplo: La persona que visita frecuentemente a un familiar o un amigo cercano, desconociendo que éste se encuentra enfadado o

molesto con él, por lo que ha decidido no aceptarlo más en su casa, en el mismo caso se encontrarían las situaciones en donde se produce la confusión de pisos o departamentos.

Además debemos sumar a esto las causas de inculpabilidad, que más que nada está conformado por situaciones de inimputabilidad, nuestro Código Orgánico Integral Penal en su Art.- 34, desarrolla una disposición referente a la culpabilidad:

“Art.- 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta.”

Las causas de inimputabilidad están establecidas también por el COIP, poniendo como primera los trastornos mentales como la locura, demencia o privación total de la razón, y en un segundo grupo contamos con las personas menores de edad.

Por último debemos decir que en nuestra legislación el delito de violación de propiedad privada es autónomo, a diferencia de otras legislaciones donde está tipificado como un delito subsidiario, es decir, tiene aplicación siempre que no se cometa otro delito con una pena más severa, sin embargo, en nuestro ordenamiento sí puede ocurrir que exista una concurrencia de delitos, como sería el caso de violación de domicilio con robo, violación de propiedad privada con asesinato, delitos sexuales, etc.

3.4.- Violación de domicilio por parte de autoridades públicas y agentes de la policía

El Código Orgánico Integral Penal, unificó en un solo artículo el delito de violación de domicilio conjuntamente con el delito de allanamiento irregular llevado a cabo por autoridades públicas y agentes de policías, cuestión que en el Código Penal derogado se encontraba separado. Según nuestro análisis,

para nuestro Código Orgánico Integral Penal, esto constituye un agravante, más no un delito autónomo, lo cual a nuestro criterio es un error, puesto que son dos tipos penales distintos.

Como ya se ha venido manifestando el domicilio de una persona en el Ecuador, no puede ser violentado, su privacidad e intimidad deben estar garantizadas frente a las demás personas, y sobre todo frente a autoridades públicas que se encuentran investidas de cierto poder, caso contrario los ciudadanos no podrían gozar de tranquilidad al llegar o permanecer en sus hogares, ni sentirse a salvo del mundo exterior y la pesquisa constante de un Estado Policial.

De lo expresado hasta ahora podríamos definir al allanamiento irregular o ilegal como el ingreso a domicilio ajeno invocando autoridad, con conocimiento de que abusa de supremacía relacionada con sus funciones, acompañado de una inspección o recorrido por los adentros de la casa, morada, vivienda, etc.

Resulta obvio de lo dicho, que el sujeto activo en este caso, no puede ser cualquier persona, es un sujeto activo calificado, debe ser un funcionario público, en consecuencia éste debería ser o estar en el grupo de delitos especiales y además debería ser tipificado autónomamente. Sin embargo la sola condición de ser Funcionario Público, no convierte la violación de domicilio en un allanamiento irregular o ilegal, es vital las dos condiciones (ser funcionario público y a sabiendas de ello abusar de sus poderes inherentes al cargo), es por ello que en legislaciones internacionales y antiguamente en la nuestra se la trataba como un delito propio de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Cuando expresamos el término “en abuso de sus funciones”, abarcamos todas las circunstancias que expresa el Código Orgánico Integral Penal, esto es: *“...sin la debida autorización, fuera de los casos contemplados legalmente; o que con una orden falsa de la autoridad pública; o que con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes...”*.

Siguiendo la línea de todo lo antes dicho, la antijuricidad de este delito recae en allanar un determinado domicilio sin la observancia debida de las formalidades legales establecidas por el mismo cuerpo normativo para llevar a cabo allanamientos y registros, así como las causales en las que no es necesaria formalidad alguna, es por ello que esto consiste en violaciones de forma y fondo.

Como ya se lo expresó en el anterior Capítulo, el allanamiento legal únicamente procede en los casos establecidos por el Código Orgánico Integral Penal en su Art.- 480 y en observancia de las formalidades y requisitos prescritos, cuya omisión convierte la actuación del funcionario en un delito, al tratarse de en un allanamiento irregular.

Es por ello que existe allanamiento ilegal o irregular cuando se ha realizado fuera de los casos establecidos en la ley, cuando NO se emite la orden de allanamiento o se realiza el procedimiento sin causa legal que la justifique. También podemos decir que existe allanamiento irregular o ilegal cuando se omiten formalidades como la de tener dicha orden reducida a escrito, es decir, cuando se actúa al margen de la ley o de manera arbitraria

Al igual que el delito de violación de propiedad privada, el allanamiento que se realiza de forma irregular tiene la característica de ser doloso, y aquel dolo radica en el conocimiento del funcionario público que accede en el domicilio ajeno de manera ilegítima (dolo directo), debemos mencionar que la ley no prevé el tipo culposo en este tipo de delito.

Sobre el Dolo en este tipo de delitos el Dr. Rómulo Argudo ha manifestado lo siguiente:

“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.”(Argudo Argudo, 2010)

Debemos tener en claro que el funcionario público mencionado en el texto penal, deberá estar en ejercicio de sus funciones cuando ingresa o se introduce de manera ilegal en domicilio ajeno, caso contrario si lo realiza como persona particular cualquiera, el delito es de violación de propiedad privada.

Antiguamente el Código Penal, dedicaba un capítulo relacionado a los delitos de violación de domicilio, y se tipificó autónomamente el delito de violación de domicilio por parte de las autoridades y funcionarios públicos, artículos con los que hoy en día ya no contamos, así el Código Penal establecía lo siguiente:

“Art.- 191. Introducción sin permiso a domicilio privado, por empleados públicos o agentes de la fuerza pública. 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 hubieran introducido en el domicilio de un habitante, contra la voluntad de este, 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”.”

Adicionalmente el derogado Código Penal, establecía agravantes para este delito, situación con la que ya no contamos hoy, estas eran las siguientes:

“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.”

El hecho de que el delito haya sido llevado a cabo en la noche era agravante, puesto que las personas al vivir en sociedad suelen formar familias, en consecuencia el hecho no solo afecta a un miembro de la familia, sino a todo

su conjunto, pudiendo estar entre ellos niños, estos últimos susceptibles de ser afectados psicológicamente al ser despertados de manera violenta por sujetos extraños y muchas veces incluso armados.

Si el delito ha sido cometido por dos o más personas, también resultaba ser un agravante, puesto que este hecho, denotaba una planificación previa para la comisión del delito, es decir esto no era improvisado y sobre todo resulta o denota una mayor peligrosidad de los agentes ya que al preparar el delito han buscado asegurar el resultado y sobre todo realizarlo corriendo menos riesgos.

Es obvio que hubiese el legislador considerado el hecho de estar armado como agravante, ya que de esta manera, quien ejecuta el delito busca o pretende amedrentar a la víctima, incluso herirlo o causar su muerte.

Es una pena que hoy en día no se cuente con la debida protección al derecho de inviolabilidad de domicilio, pese a tener una Constitución tan garantista, no hemos dado cuenta que con la expedición del Código Orgánico Integral Penal, la protección del derecho de inviolabilidad de domicilio ha sido reducido considerablemente, y como contraparte se han potenciado las funciones de las autoridades públicas, así como se ha reducido la tipificación del delito y de sus agravantes.

3.5.- La exclusión como medio de prueba de los objetos, documentos y armas incautadas en un allanamiento realizado de forma ilegal

El principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente, tiene lugar cuando dichas pruebas han sido obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y como consecuencia de ello, provoca la nulidad de las pruebas, esto es la inexistencia de dichos elementos probatorios en el proceso, sin que surtan ningún efecto jurídico en juicio.

Lo que principalmente se busca con estas disposiciones es evitar que hechos viciados ya sea de inconstitucionalidad o de ilicitud se convierta de herramienta de trabajo de funcionarios públicos, ya sean estos fiscales, policías, jueces, etc., como lo hemos venido diciendo se trata de que de que las autoridades públicas no abusen de su poder y violen derechos fundamentales para la consecución de sus fines o intereses, y en caso de ser así, dichas violaciones, dichas restricciones a derechos fundamentales deben ser neutralizadas.

Nuestra Constitución en su Art.- 76 numeral 4 establece:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

5. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria (...)”

Este principio tiene origen anglosajón, y es conocido como *“exclusionary rule”*, principio que lo encontramos en la Constitución de los Estados Unidos de América, que previene que el gobierno utilice pruebas en violación a la Constitución, además de que busca garantizar el derecho de intimidad, libertad de sus ciudadanos, procedo a citar su cuarta enmienda:

“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

La cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América lo que principalmente establece, es que las pesquisas, registros y aprehensiones que estén a cargo de una autoridad pública o del gobierno deben ser razonables, es decir deben haber los motivos suficientes para que dichos funcionarios actúen conforme a la ley y de esta manera evitar abusos de

poder o seguimientos, persecuciones arbitrarias. Adicionalmente, las órdenes emanadas por los jueces ya sea sobre registros, allanamientos o arrestos, deben estar siempre debidamente justificadas o motivadas, ya sea por una causa probable que es obligación del fiscal demostrar, y además con limitación específica del alcance de la orden, de la misma forma para evitar abusos de poder por parte de los funcionarios públicos.

“De otro modo los agentes de la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando derechos fundamentales. Y no solo eso, sino que además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: una primera a través de la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo a través de la entrada en un domicilio sin orden judicial o de la interceptación de comunicaciones privadas), una segunda a través del uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación.” (Zambrano Pasquel, ESTUDIO INTRODUCTORIO AL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. REFERIDO AL LIBRO SEGUNDO. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL., 2013)

Sin embargo en relación a lo citado, el principio de exclusión de la prueba ilícita, aplicaría en el segundo caso de su ejemplo, puesto que es necesario que la prueba ilícita sea utilizada dentro del proceso para su impugnación, para el primer caso se deberá acudir a las instancias jurisdiccionales correspondientes, con el fin de reparar y sancionar dichos actos y de esta forma garantizar la protección de los bienes jurídicos protegidos vulnerados, tal y como se lo mencionó en el primer capítulo del presente estudio, es decir, se deberá sancionar a los funcionarios que hayan actuado en abuso de su autoridad y de la ley y además se deberá repudiar la prueba obtenida de dichos abusos.

El Código Orgánico Integral Penal, también hace mención sobre los principios de la prueba, así tenemos el siguiente artículo:

“Art. 454.- Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios:

1. *Oportunidad.- Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio.*

Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio.

Sin embargo, en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba el testimonio producido de forma anticipada.

2. *Inmediación.- Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba.*

3. *Contradicción.- Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.*

4. *Libertad probatoria.- Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas.*

5. *Pertinencia.- Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada.*

6. *Exclusión.- Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.*

Se inadmitirán aquellos medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas.

Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones,

siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba.

7. *Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.- Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal.*”(El subrayado me pertenece)

Además de los principios establecidos por el Código Orgánico Integral Penal, la prueba tiene otros principios rectores los cuales son:

Principio de necesidad: sin prueba no hay juicio, es necesaria para el juzgamiento y además deberá ser pertinente en relación a la persona acusada.

Principio de inmediación: vinculación directa, pública, oral y contradictoria de los miembros del Tribunal de Garantías Penales y de las personas presentes en la audiencia de juicio.

Principio de oficialidad: el titular de la acción penal es la fiscalía, en consecuencia esta está encargada de la práctica de pruebas.

Principio de legalidad: toda prueba deberá ser obtenida y expuesta según medios y formalidades establecidos en la Constitución y la ley.

Principio de contradicción: las pruebas de cargo pueden ser contradichas con pruebas de descargo, es por ello que no se permiten pruebas secretas, siempre se deberá actuar bajo la publicidad de las pruebas.

Principio de pertinencia: todos los datos probatorios deben estar relacionados con la conducta delictiva y con la persona procesada.

Principio de unidad de la prueba: las pruebas deben estar conectadas, todas deberán ser concordantes con la verdad histórica de los hechos.

Principio de comunidad de la prueba: una vez que la prueba ha sido actuada en juicio, esta se vuelve común, es decir de todos o ambas partes procesales.

Principio de lealtad y veracidad: principalmente lo que se busca con este principio es que no se induzca al error a los juzgadores, por medio de pruebas capciosas.

La regla de exclusión de la prueba ilícita, tiene como efecto principal el rechazo y la no utilización o valoración de dicha prueba en juicio. Es decir el juez bajo ninguna causa tomara en cuenta dicha prueba para la decisión de su causa y en consecuencia establecer la responsabilidad del imputado.

Como lo hemos estudiado en las aulas de clase, el derecho penal está enfocado principalmente en descubrir la verdad histórica de los hechos cuando se ha llegado a cometer un determinado delito, a fin de establecer responsabilidades para aquella persona que haya adecuado su conducta a un tipo penal determinado, es decir y en palabras del Doctor Jorge Zavala Baquerizo *convertir en una verdad procesal lo que es una verdad histórica*, y como resulta obvio, solo se puede llegar a la verdad procesal por medio de una prueba lícita.

El principio de exclusión de la prueba, además de todo lo dicho, cumple con funciones específicas, las cuales son necesarias mencionar y son:

La Función Disuasiva: evitar que se sigan cometiendo en un futuro las mismas irregularidades, especialmente funcionarios públicos, fiscales, jueces y agentes policiales.

La Función Protectora: evita la sensación de inseguridad jurídica, es decir protege la integridad e imagen de la función judicial del Estado.

La Función Garante: permitir el cumplimiento efectivo de los derechos consagrados en la Constitución y especialmente hacer valido las reglas del debido proceso.

La Función Aseguradora: principalmente de los medios de prueba, permite que las pruebas actuadas en juicio sean confiables y lleven a la reconstrucción de la verdad histórica de los hechos.

La Función Reparadora: esto es que se resarzan los daños causados por arbitrariedades o abusos de poder por parte de los funcionarios públicos que cometen delitos o atropellos de derechos en contra del procesado o acusado en busca de pruebas.

Es necesario además mencionar que dentro del Código Orgánico Integral Penal, se establece el procedimiento así como las finalidades de la Audiencia Preparatoria de Juicio, destacando en la materia de nuestro interés, la resolución sobre las solicitudes de exclusión de pruebas anunciadas:

“Art. 604.- Audiencia preparatoria de juicio.- Para la sustanciación de la audiencia preparatoria del juicio, se seguirán además de las reglas comunes a las audiencias establecidas en este Código, las siguientes:(...)”

4. Concluida la intervención de los sujetos procesales, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continuará la audiencia, para lo cual las partes deberán:

a) Anunciar la totalidad de las pruebas, que serán presentadas en la audiencia de juicio, incluyendo las destinadas a fijar la reparación integral para lo cual se podrá escuchar a la víctima, formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba realizada por los demás intervinientes.

b) En ningún caso la o el juzgador podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

c) Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, que estén encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba.

La o el juzgador rechazará o aceptará la objeción y en este último caso declarará qué evidencias son ineficaces hasta ese momento procesal; excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se

han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías previstas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la Constitución y este Código(...)”

Existen casos en los que puede ocurrir que la obtención de la prueba que resultó excluida por encontrarse viciada llamada principal o primaria, haya ocasionado la obtención o descubrimiento de una prueba adicional que será denominada derivada, siendo esto así prueba derivada deberá correr la misma suerte que la principal, esto es ser excluida del acervo probatorio. Esta teoría es conocida doctrinariamente como “fruto del árbol envenenado”, teoría de origen anglosajón, creada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en donde como hemos visto los efectos del vicio se extienden hasta las pruebas relacionadas.

Pese a lo dicho, existen métodos para determinar si la prueba obtenida es derivada o no de una prueba ilícita, para aquello se utiliza un método de supresión mental hipotética, que básicamente consiste en suprimir el acto que se encuentra viciado e hipotéticamente se verifica, si, sin él se hubiera llegado a la obtención o descubrimiento de dicha prueba. Si después de realizar dicha valoración la respuesta es afirmativa o positiva, dicha prueba podrá ser utilizada y valorada en juicio. Como vemos aquí opera principalmente la sana crítica del juzgador, así como el principio de *in dubio pro reo*.

Definitivamente, se han llevado a cabo largas discusiones sobre la validez o no de la prueba ilícita, sin embargo a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico y principalmente a la luz de nuestra Constitución y tratados internacionales, la prueba ilícita jamás deberá tener un valor para un juez al momento de tomar una decisión, ya sea esta de condenar o ya se de absolver a una persona.

CAPÍTULO IV: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ALLANAMIENTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

4.1.- Análisis del Artículo.-481 del Código Orgánico Integral Penal

Para completar el estudio de la presente disertación y una vez que han sido expuestos con claridad tanto el marco constitucional, procesal y doctrinario; entraremos al análisis específico de la disposición del COIP referente al allanamiento y a su vez demostraremos las contradicciones entre dicho artículo y nuestra Constitución y de la misma forma dejaremos sentadas las interrogantes que el artículo en cuestión genera en el ámbito procesal.

Como se manifestó al inicio de la presente investigación, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, es valga la redundancia, uno de aquellos derechos humanos, reconocidos por nuestra Constitución de forma expresa.

Es un derecho fundamental para el desarrollo de la vida cotidiana de las personas, este derecho está orientado a precautelar la vida familiar, personal, privada, íntima de cada ser humano, incluso haciendo posible para estos el desarrollo de sus capacidades creativas y aptitudes psicológicas, pero sobre todo, un lugar para el descanso del mundo exterior.

Debemos tener claro que la orden de allanamiento es una diligencia investigativa, una medida auxiliar, cuyo fin es el de hacer efectivas otras medidas cautelares ya sean estas de carácter real o personal, por sí sola no constituye una medida cautelar.

“Art. 481.- Orden de allanamiento.- La orden de allanamiento deberá constar por escrito y señalar los motivos que determinan el registro, las diligencias por practicar, la dirección o ubicación concreta del lugar o lugares donde se ejecute el allanamiento y su fecha de expedición. (...)”

Hasta el primer punto del artículo 481 del Código Orgánico Integral Penal, no encontramos ningún problema, al contrario podríamos decir, que se brinda una tutela correcta y efectiva al derecho de inviolabilidad de domicilio, puesto que se exige para el allanamiento una orden escrita, donde se encuentren las razones por las que dicha orden ha sido emitida, es decir que se cuente con los indicios suficientes, para creer que dentro del inmueble determinado previamente se oculta una persona contra la que se ha emitido orden de captura o en su defecto que dentro del inmueble se podían encontrar evidencias, pruebas del delito. Adicionalmente a lo mencionado, la orden de allanamiento debe determinar exactamente qué diligencias se van a practicar, para que una vez que estas se hayan cumplido, los agentes y servidores públicos se retiren inmediatamente del domicilio, ya que estarían prohibidos de realizar cualquier acto adicional que no conste en la orden escrita y en caso de suscitarse, no tendrían valor procesal ni probatorio alguno.

Algo vital para el cumplimiento de la orden de allanamiento es la determinación exacta del lugar al que se pretende allanar, esto es la dirección del domicilio o en su defecto su ubicación, esto también brinda seguridad a los ciudadanos, ya que impide que funcionarios públicos cometan allanamientos arbitrarios, ya que la orden los limita exclusivamente al ingreso de un determinado inmueble, reduciendo así su poder de acción. Solo una vez que se han cumplido todos estos requisitos en una orden de allanamiento, podemos decir que los funcionarios públicos se encuentran facultados de ingresar al domicilio de una persona, incluso en contra de su voluntad, ya que dicha orden demuestra contener la debida motivación y la orden correspondiente, para limitar el derecho del ciudadano e ingresar en su espacio personal.

La segunda parte del artículo en cuestión establece lo siguiente:

“(...) En casos de urgencia, la o el fiscal podrá solicitar la orden verbalmente o por cualquier medio conveniente, dejando constancia de los motivos que determinen el allanamiento. (...)”

Es en esta parte en donde no logramos comprender qué era lo que el legislador quería alcanzar o mejorar ya que incorpora a la disposición la palabra URGENCIA, cuando la misma norma ya establece los casos de EMERGENCIA. Para tratar de comprender con exactitud esta disposición, primero debemos comprender el significado de “urgencia” lo cual es *“Calidad de urgente, gran prisa. Necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algo.”*(García Pelayo y Gross, 1975)

Es decir, esta disposición puede ser aplicada cuando el fiscal a cargo de la investigación de un delito, no haya realizado a debido tiempo las investigaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, entonces, se entiende que por descuidos del fiscal, dicha autoridad podría aplicar esta disposición y con ello remediar los errores de su trabajo. Y creemos que esto es así ya que el artículo 480 del mismo cuerpo normativo establece las causales por las que una vivienda, domicilio o morada de una persona puede ser allanada, formulando como ya lo vimos los casos en los que no es necesaria formalidad alguna, los cuales son:

“(…)2. Cuando la Policía Nacional esté en persecución ininterrumpida de una persona que ha cometido un delito flagrante.

3. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se está realizando o de socorrer a sus víctimas.

4. Cuando se trate de socorrer a las víctimas de un accidente del que pueda correr peligro la vida de las personas. (...)

6. En los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deba recuperarse a la agredida, agredido, o a sus familiares; cuando la agresora o el agresor se encuentre armado o bajo los efectos del alcohol, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o esté agrediendo a su pareja o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de cualquier miembro de la familia de la víctima.

7. Cuando se trate de situaciones de emergencia, tales como: incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad. (...)”

Según el Código Orgánico Integral Penal, estos 5 casos son los únicos en los que tanto agentes de policía, ciudadanos, servidores públicos, pueden allanar e ingresar al domicilio de una persona, sin formalidad alguna, es decir, son casos de emergencia que por su naturaleza resulta ilógico el solicitar orden escrita motivada. Como conclusión de lo expuesto observamos que en estos casos no aplicaría el solicitar la orden verbalmente o por cualquier medio para allanar el bien inmueble, ya que como lo hemos dicho estos casos no requieren de formalidad alguna.

Sin embargo el COIP, de la misma forma, establece los casos en los que es necesario y de vital importancia el cumplir con la formalidad de solicitar al Juez competente, orden escrita debidamente motivada, para allanar un domicilio, los cuales son:

“(...) 1. Cuando se trate de detener a una persona contra la que se ha dictado orden de detención con fines de investigación, prisión preventiva o se ha pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de libertad. (...)

6. Cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga. En estos casos se procederá a la aprehensión de los bienes. (...)

En los casos de los numerales 1 y 5 se requerirá orden motivada de la o el juzgador y en los demás casos no requerirá formalidad alguna. (...)”

(El subrayado me pertenece)

Es decir es únicamente en estos casos en los que, el fiscal podría solicitar la orden de allanamiento verbalmente, o por cualquier otro medio, siempre que deje constancia de aquello, sin embargo nosotros nos preguntamos ¿Existe debida motivación cuando una orden se ha emitido verbalmente? O peor aún, ¿se puede considerar una orden motivada algo que se ha realizado por cualquier medio? Y sobre todo ¿Qué es cualquier medio?

Adicionalmente a lo expuesto, ratificamos nuestra postura con la inconformidad de la palabra “urgencia” puesto que, esta puede ser utilizada como lo dijimos antes, para cubrir errores o deficiencias dentro de la investigación, incluso siendo extremistas, esta disposición puede ser utilizada para la consecución de persecuciones políticas, típicas de un gobierno totalitario. Argumentamos todo esto puesto que el propio Código Orgánico Integral Penal en su artículo 617, establece la posibilidad de que tanto el Fiscal, Acusador Particular, o el procesado (las partes), puedan solicitar la recepción de pruebas que no han sido ofrecidas oportunamente siempre y cuando estas cumplan con dos requisitos los cuales son:

“Art. 617.- Prueba no solicitada oportunamente.- A petición de las partes, la o el presidente del tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que no se han ofrecido oportunamente, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

- 1. Que quien solicite, justifique no conocer su existencia sino hasta ese momento.*
- 2. Que la prueba solicitada sea relevante para el proceso.”*

A nuestro criterio, esta disposición del COIP, suple de mejor manera la disposición del allanamiento, y establece con mayor precisión los requisitos necesarios para ser tomada en cuenta dentro del proceso penal. En otras palabras no utiliza términos abiertos que tengan una tendencia hacia la equivocación o arbitrariedad de quien las aplica, en este caso se delimita de manera correcta las condiciones y requisitos para su debido cumplimiento, sin afectar a los derechos, tanto de víctimas como imputado.

Continuamos con el análisis del artículo 481:

“(…) De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, la o el fiscal indicará los argumentos para que, a pesar de ello, se deberá proceder al operativo. En ninguna circunstancia podrá emitirse órdenes de registro y allanamiento arbitrarios. (...)”

La descripción exacta del lugar que se pretende allanar es fundamental dentro de una orden de allanamiento, tanto nuestra Constitución como Tratados Internacionales protegen a los seres humanos de injerencias arbitrarias por parte de autoridades públicas, así por ejemplo el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece:

“Art.- 8: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

3. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*(El subrayado me pertenece.)

Precisamente de esta forma se efectiviza la tutela de nuestro derecho de inviolabilidad de domicilio, de no ser esto así, como se pretende con esta disposición, el fiscal a cargo de llevar a cabo la diligencia de allanamiento, podría ingresar a la casa que creyera conveniente, convirtiéndose exactamente en registros y allanamientos arbitrarios, acual constituye a nuestro criterio, una contradicción evidente dentro del mismo artículo.

Estamos convencidos de que un fiscal debe determinar el lugar exacto en donde tuviere noticias o indicios de que se encuentra una persona, evidencias, para cumplir con la diligencia de allanamiento de domicilio, caso contrario todos deberíamos vivir en una incertidumbre ya que no sabríamos si cualquier momento agentes policiales ingresarían a nuestro domicilio, ya que al fiscal no le fue posible determinar con exactitud el bien inmueble a registrar o allanar.

Resulta vital que un fiscal determine el lugar exacto en donde tuviere noticias o indicios de que se encuentra una persona prófuga de la justicia, evidencias de un determinado caso, etc, para cumplir con la diligencia de allanamiento de domicilio, caso contrario todos deberíamos vivir en una incertidumbre ya que no

sabríamos si cualquier momento agentes policiales, funcionarios públicos, ingresarían a nuestro domicilio, ya que al fiscal no le fue posible determinar con exactitud el bien inmueble a registrar o allanar. Como consecuencia de ello incluso se podrían generar afectaciones psicológicas a menores de edad, personas de tercera edad, ciudadanos en general ya que como se lo ha manifestado el domicilio es el lugar en donde las personas llevan a cabo su vida íntima, es el lugar en donde se encuentran a salvo del mundo exterior y la incursión por parte de funcionarios públicos mediante la fuerza y sin razón alguna podría causar grandes traumas en las personas.

En relación con el tema en estudio la Cámara Federal de Casación Penal de Argentina ha manifestado mediante sentencia de la Sala Primera lo siguiente: *“La ley exige en los allanamientos la determinación del lugar donde debe efectuarse la diligencia. Esto hace a la racionalidad de su emisión, puesto que debe mediar algún tipo de vinculación entre el “situs” indicado y los hechos de la causa o las personas sospechadas. Por otra parte, una orden sin indicación alguna del ámbito sobre el cual debe recaer podría abrir las puertas al abuso de autoridad.”*

En este punto debemos recordar que el más alto e importante deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar la totalidad de derechos reconocidos y garantizados por la propia Constitución.

De cumplirse con estas disposiciones se estaría ante casos de abuso de poder, contrarios a preceptos constitucionales, se estaría vulnerando de manera directa los derechos de inviolabilidad de domicilio, derecho a la intimidad, las personas dentro de nuestro país no podrían sentirse a salvo dentro de sus hogares, pasaríamos en un estado de persecución continua por parte del Estado. Todo lo expuesto tiene relación directa con el respeto a la dignidad humana, el mismo que es pilar fundamental de los Derechos Humanos que han sido expresado y enunciados en Tratados Internacionales, que nuestro Estado ha suscrito y ratificado, como el Pacto de San José, la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

Fundamentales, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.

Del mismo modo la determinación de la fecha tiene una función elemental dentro de la orden de allanamiento, ya que de esta forma se pone un límite temporal al funcionario o funcionarios que deban ejecutarla, y de esta forma no demorar en la tramitación del proceso. También creemos que la fecha en cuestión tampoco deba ser puesta en beneficio del inculpado, para de esta forma evitar fugas o destrucción de objetos y evidencias, es por ello que dicha diligencia siempre debe mantenerse en reserva para asegurar su eficacia.

“(...) La o el juzgador podrá autorizar el allanamiento por cualquier medio, dejando constancia de dicho acto.”

Comenzare el análisis de la última disposición con la siguiente cita:

“Empecemos, entonces, con decir que no es suficiente ser “sujetos de derechos” para ser libres, si esta libertad es limitada a una parte de los derechos fundamentales o a una visión de los mismos que privilegia determinados actores y factores sociales respecto a otros, con rasgos de discriminación, otro tanto más fuertes que los que dieron origen a las críticas en contra del “neoliberalismo”.”(Gangotena Guarderas, 2010)

Como lo hemos manifestado, el Juez de Garantías Penales es la persona encargada de tutelar los derechos de las personas, es decir es garante del proceso y debe evitar de cualquier manera cualquier irregularidad que pueda contaminar el proceso judicial a su cargo. Esta disposición nos trae las mismas interrogantes respecto de la utilización de las palabras “cualquier medio”, si bien la ejecución del allanamiento es precedida por el Fiscal a cargo de la investigación, siendo su responsabilidad las irregularidades que de esta diligencia podrían devenirse, esto no quiere decir que el Juez de Garantías Penales no tenga ninguna responsabilidad, pues esta diligencia debe realizarse mediante orden de Juez Competente, la misma que debe estar escrita, la misma que deberá constar en autos con la suficiente exposición de

fundamentos y con la debida motivación exigida por nuestra Constitución, solo de esta forma la persona cuyo derecho constitucional está siendo reducido, esto es el derecho a la inviolabilidad de domicilio, podrá proponer las acciones pertinentes en contra de los responsables por los daños físicos o psicológicos que pudieran ocasionarse al momento de practicarse dicha diligencia.

También esta disposición nos presenta otra interrogante al momento de aplicar el numeral segundo del artículo 482 del Código Integral Penal que reza:

“Art. 482.- Procedimiento del allanamiento.- El allanamiento deberá realizarse de conformidad con las siguientes reglas: (...)

2. Si presentada la orden de allanamiento, la o el propietario o habitante de la vivienda, lugar de trabajo o local, se resiste a la entrega de la persona o de las cosas o al ingreso o exhibición de lugares u objetos que se encuentren al interior de dichos lugares, el o la fiscal ordenará el quebrantamiento de las puertas o cerraduras. (...)”

Si dicha orden de la cual habla el Art.- 482 es otorgada “por cualquier medio”, como es posible que sea presentada ante la persona titular del derecho que está a punto de ser reducido, ¿Cómo se le presenta a dicha persona la orden de allanamiento concedida vía telefónica, chat, etc.? ¿Corresponde también en esos casos el quebrantamiento de las puertas y cerraduras si la persona se negare al ingreso de los funcionarios a su domicilio? Presentar significa: *“Poner una cosa en presencia de uno.”*(García Pelayo y Gross, 1975), en concordancia con esta definición “mediante cualquier medio” no significa que se esté presentando la orden de allanamiento como tal frente a la persona, por lo que otra vez tendríamos inconvenientes con la aplicación del art. 481 y en caso de que esto sucediera se estaría frente el caso de violación de derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución.

Estamos totalmente convencidos que es deber del Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el que vivimos, sin discriminación alguna, garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la propia Constitución de la República y como consecuencia de aquello los establecidos en los

instrumentos internacionales de derechos humanos. Ya que, como hemos revisado, los derechos y garantías establecidos y reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de inmediata y directa aplicación, por y ante cualquier servidor público, esto quiere decir tanto funcionarios administrativos como judiciales, ya sea de oficio o a petición de parte.

CONCLUSIONES

- El derecho de inviolabilidad de domicilio, es un derecho que ha sido reconocido y garantizado desde los inicios de nuestra República, se trata de un derecho humano, fundamental, indispensable para la vida del ser humano, ya que se trata de un derecho que lo que busca es precautelar, tutelar la vida personal de los ciudadanos, proteger su intimidad, ya sea del morador de la vivienda o domicilio así como de su familia, facilitando el desarrollo psicológico, emocional, creativo de las personas en una sociedad.
- La medida cautelar de allanamiento de domicilio, consisten en una medida auxiliar dentro del proceso penal, que lo que busca es hacer efectiva otras medidas cautelares de carácter real o ya sea de carácter personal, es por ello que no constituye una medida cautelar autónoma e independiente por sí misma.
- Al tratarse de la reducción del ejercicio de un derecho que es reconocido tanto por nuestra constitución como por instrumentos internacionales, la ejecución de la medida de allanamiento debe ser extremadamente formal, debiendo el Art.- 480 del Código Orgánico Integral Penal cumplir con los derechos establecidos en la Constitución en su Art.- 66 núm. 22.
- Los casos en los cuales el domicilio de un habitante del Ecuador puede ser allanado, están expresamente contemplados en el Art.- 480 del Código Orgánico Integral Penal, es decir cualquier allanamiento que se efectuó fuera de las causales referidas, son inconstitucionales, ilegales y como consecuencia de aquello se convertiría en un delito, un abuso de las atribuciones y poderes de los funcionarios públicos quienes la ejecutaron.
- La orden de allanamiento para proceder a la captura de la persona prófuga de la justicia o para recuperar los bienes u objetos sustraídos o

en la búsqueda de elementos de prueba dentro del proceso penal que se encuentra en investigación, debe ejecutarse mediante orden judicial motivada, reducida a escrito, emitida por Juez competente Penales, por medio de auto que como se dijo debe estar fundamentado.

- Al momento de ejecutar un allanamiento, los funcionarios públicos a cargo de cumplir con dicha diligencia, deben concretarse y limitarse a la finalidad u objetivo contemplado en la respectiva orden de allanamiento, quedando perfectamente limitado y establecido lo que les es lícito buscar o hacer, siendo ilícito todo lo que se aleje de aquello que fue autorizado por el Juez dentro de la respectiva orden.
- Quien preside la diligencia de allanamiento es el Fiscal, quien además es el encargado de dirigirla y llevarlo a cabo en estricta observancia de la Constitución y la normativa legal vigente, siendo de su entera responsabilidad cualquier irregularidad que podría devenirse de la diligencia.
- La Constitución recoge en su Art.- 76 numeral 7 literal I) el principio de motivación de las resoluciones emanadas del poder público, encajando dentro de ello la orden de allanamiento, la misma que debe contener las normas o principios jurídicos en que se funda dicha orden y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.
- Es inconstitucional limitar el ejercicio de un derecho fundamental como es la inviolabilidad de domicilio, solicitando la orden de allanamiento “por cualquier medio” y de la misma forma resulta inconstitucional autorizar dicha orden “por cualquier medio” tal y como se encuentra expresado en el Art.- 481 del Código Orgánico Integral Penal. Es inconcebible poner en conocimiento a un ciudadano que su derecho a la inviolabilidad de domicilio va a ser reducido “por cualquier medio”. La orden de allanamiento debe ser motivada y fundamentada, debe estar reducida a escrito para que la persona a la cual se le está violando su derecho a la privacidad pueda saber: ¿Quién emite la orden?, ¿Quiénes ingresan?,

¿Quién la solicita?, ¿Por cuales motivos?, ¿Qué se está buscando?,
¿Es el lugar correcto?, cuestiones que simplemente no pueden ser
expresadas “por cualquier medio”.

RECOMENDACIONES

1. Al ser la orden de allanamiento una medida que reduce de manera excepcional el derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio, es necesario que este acto procesal se lleve a cabo con el total apego y observancia del ordenamiento jurídico ecuatoriano, encabezado por nuestra constitución.
2. No resulta recomendable que por la premura del tiempo “llamado ahora Urgencia”, el fiscal o la policía judicial, lleven a cabo allanamientos sin contar con una orden escrita y detallada emitida por un Juez competente, ya que esto da paso a que se lleve a cabo violaciones de derechos y procedimientos irregulares, que concluirán poniendo en riesgo los resultados del allanamiento, además que se expone a grupos vulnerables como menores, personas de la tercera edad o personas enfermas a sufrir traumas psicológicos y/o daños morales
3. Es vital para el proceso penal ecuatoriano que exista una coordinación entre los fiscales y los jueces de garantías penales, para de esta forma obtener mejores resultados de las investigaciones. Estamos convencidos que una orden de allanamiento debe y puede ser tramitada en minutos sin violentar derechos constitucionales, pues los hechos, así como los objetos o personas que se persiguen o pretenden obtener pueden variar rápidamente y la sociedad necesita resultados positivos respecto a la afectación de un determinado bien jurídico protegido.
4. Resulta también totalmente necesario cambiar o reformar mediante los procedimientos legislativos correspondientes el Art.- 480 del Código Orgánico Integral Penal, para de esta forma suprimir del referido artículo expresiones ambiguas como “urgencia”, “cualquier medio”, “cuando el fiscal considere necesario”, y de esta forma garantizar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio reconocido y garantizado por nuestra constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán, E. (2012). *MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO*. Quito: Ediciones Legales S.A.
- Argudo Argudo, R. R. (2010). *El allanamiento de domicilio y su aplicacion en el proceso penal ecuatoriano*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Gangotena Guarderas, A. (2010). *DE LA CONSTITUCION A LA NO CONSTITUCION*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- García Pelayo y Gross, F. (1975). *Pequeño Larousse Ilustrado*. Buenos Aires: Ediciones Larousse Argentina.
- González Martínez, J. A. (2008). El Domicilio y su Inviolabilidad. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Juridicas de Elche*, 12.
- Larrea Holguín, J. (1998). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Martínez, M. E. (2008). *Nociones basicas sobre Derechos Humanos*. Montevideo: Mastergraf.
- Merlym Sacoto, S. (2011). *Sujetos de la Relación Jurídica*. Loja: Universidad Tecnica Particular de Loja.
- Muñoz Conde, F. (2012). *Teoria General del Delito*. Bogota: EDITORIAL TEMESIS S.A.
- Omeba, E. (2007).
- Oyarte, R. (2014). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Ramirez Gomez, J. (1999). *Principios Constitucionales del Derecho Procesal Colombiano*. Medellin: Medellin Señal Editora.
- Salas, N. (2013). *La Motivacion como Garantia Penal estudio doctrinario y situacional*. Quito: Universidad Andina Simon Bolivar.
- Salgado Pesantes, H. (2012). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales S.A.

- Siguenza Bravo, M. (2010). *Definiciones Doctrinales en Materia Penal Parte Especial*. Cuenca: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Storini, C., Grijalva, A., & Andrade, S. (2009). *La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Treviño. (2002). *La persona y sus atributos*. Nuevo León: Universidad autónoma de Nuevo León.
- Vaca Andrade, R. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vaca Andrade, R. (2011). *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vaca Andrade, R. (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.
- Zabala Baquerizo, J. (2005). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV*. Guayaquil: EDINO.
- Zambrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano Pasquel, A. (2013). *ESTUDIO INTRODUCTORIO AL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. REFERIDO AL LIBRO SEGUNDO. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano, A. (1998). *Projusticia, Debido Proceso y Razonamiento Judicial*. Quito: Editorial Javier Simancas.
- Zavala Egas, J. (2014). *Código Organico Integral Penal (COIP) Teoría del delito y sistema acusatorio*. Guayaquil: Murillo Editores.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

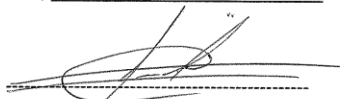
DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Juan José Nobles O., c.i. 171423486-9 autor del trabajo de graduación intitulado: "La inconstitucionalidad del almirante en el COIP", previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 28 de octubre 2016


c.i. 171423486-9
FIRMA Y CÉDULA

INSTRUCCIÓN SUPERIOR PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE V23438242

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE: ROBLES FRANKLIN BOLIVAR

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE: ORELLANA ESPINOZA IRLANDA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN: QUITO 2012-08-03

FECHA DE EXPIRACIÓN: 2022-08-03

DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y REGULACIÓN No. 171423486-9

CÉDULA DE CIUDADANÍA

APELLIDOS Y NOMBRES: ROBLES ORELLANA JUAN JOSE

LUGAR DE NACIMIENTO: PICHINCHA QUITO CHAUPICRUZ

FECHA DE NACIMIENTO: 1992-06-25

NACIONALIDAD: ECUATORIANA

SEXO: M

ESTADO CIVIL: SOLTERO

REPÚBLICA DEL ECUADOR CONSEJO NACIONAL ELECTORAL CNE

046 **CERTIFICADO DE VOTACIÓN** ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

046 - 0280 **1714234869**

NÚMERO DE CERTIFICADO CÉDULA

ROBLES ORELLANA JUAN JOSE

PICHINCHA CIRCUNSCRIPCIÓN 0

PROVINCIA TUMBACO

QUITO 1

CANTÓN ZONA

[Signature]

1) PRESIDENTE DE LA JUNTA

