Artículo científico

El allanamiento y registro domiciliario en la legislación procesal penal ecuatoriana

The seizure and home registration in the ecuadorian criminal procedural legislation

[a] Luis Andrés Crespo-Berti

[a] PhD en Ciencias Jurídicas, mención penal. Docente-Investigador Titular Principal Nivel III de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, extensión Ibarra-Ecuador. e-Mail: crespoberti@gmail.com Código ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8609-4738

Entregado: 15 de septiembre de 2020

Aprobado: 09 de noviembre de 2020

RESUMEN

A tenor del Numeral 2, del Artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), así como también el Numeral 22 *ejusdem*, la práctica judicial en el sistema procesal ecuatoriano, el allanamiento y el registro domiciliario sin la debida rigurosidad en términos legales afecta la garantiza constitucional de las personas al derecho a una vida digna, así como también el derecho a la inviolabilidad de domicilio. Por tanto, esta investigación tuvo como objetivo examinar la formalidad existente en la actuación fiscal y policial judicial frente al allanamiento y registro domiciliario. La metodología utilizada responde al enfoque Cualitativo, por cuanto se focaliza en la descripción, interpretación y comprensión de la situación que presenta el desarrollo de la investigación previa o durante la fase de instrucción o incluso en la fase de indagación previa de parte del titular del ejercicio público de la acción penal. Respecto de los avances, quedó patentizado que fuera de los casos de delito flagrante, para que se pueda realizar en la práctica un allanamiento válido, es necesario que exista autorización judicial. No existen dudas en torno a que sólo los jueces pueden autorizar registros domiciliarios. Como corolario se colige, que al ser los juzgadores los custodios de las garantías ciudadanas *In comento,* son ellos los encargados de decidir sobre la persecución penal a través de la fórmula juicio previo-juez natural y, entre otras decisiones que les corresponden, se halla la que autoriza estas injerencias excepcionales en la intimidad de las personas.

Palabras clave: allanamiento, garantía constitucional, registro domiciliario, procesal penal

ABSTRACT

In accordance with Numeral 2, Article 66 of the Constitution of the Republic of Ecuador (2008), as well as Numeral 22 ejusdem, judicial practice in the Ecuadorian procedural system, the search, and the domiciliary search without due rigor in terms the legal rights affect the constitutional guarantee of the persons to the right to a dignified life, as well as the right to the inviolability of the home. Therefore, this investigation aimed to examine the formality in the prosecutorial and judicial police action in the face of the search and registration of domicile. The methodology used responds to the Qualitative approach, since it focuses on the description, interpretation and understanding of the situation presented by the development of the previous investigation or during the instruction phase or even in the preliminary investigation phase by the holder of the exercise public of the

criminal action. Regarding the progress, it was evident that outside of flagrante delicto cases, for a valid search to be carried out in practice, it is necessary that there be judicial authorization. There is no doubt that only judges can authorize house searches. As a corollary, it is concluded that since the judges are the custodians of citizen guarantees *In commented*, they are in charge of deciding on the criminal prosecution through the formula prior trial-natural judge and, among other decisions that correspond to them, it is the one that authorizes these exceptional interferences in the privacy of the people.

Keywords: trespassing, constitutional guarantee, home search, criminal procedure

INTRODUCCIÓN

Como es conocido diversas han sido las posiciones encontradas en cuanto a las denominadas cuestiones prejudiciales y que también dogmáticamente en varias ocasiones han recibido el nombre de condiciones objetivas de punibilidad; pero en no más de una ocasión han existido pronunciamientos judiciales habiéndose apartado de criterios doctrinarios. Se han establecido como causas de prejudicialidad a elementos que no reúnen los requisitos para ser considerados como tales, sumado a la inexistencia de una legislación clara e inteligible respecto al tema, aspectos que no han permitido su ejecución en debida forma.

En su más pura esencia, la cuestión prejudicial constituye un componente integrador del hecho punible. Mal podría darse apertura a un proceso penal si no es para corregir un asunto penal. De allí parte la imperiosa finalidad del proceso penal, es por fuerza una pretensión punitiva con base a la afirmación de la perpetración de un hecho, que reviste carácter criminal y por ende el enjuiciamiento del comisor.

La falta de normatividad en las cuestiones prejudiciales en el derecho ecuatoriano ha impedido que las mismas sean correcta y adecuadamente aplicadas, permitiendo que surjan posiciones antagónicas y muchas veces argumentativas de diversa índole al momento de ser aplicado, permitiendo escasos procesamientos penales injustificados apartados de toda lógica, así como el desconocimiento de esta garantía procesal, incluso que se hayan iniciado instrucciones fiscales por disímiles situaciones en las que existiendo una clara situación de prejudicialidad se la ha desconocido, iniciándose procesamientos injustificados, actuaciones estas desde el visto constitucional y procesal resultantes nulas de toda validez.

En el marco de la elección racional de carácter legal, es criterio del autor que el allanamiento de domicilio cuando no se lo hace apegado a derecho, invade la esfera de ciertos delitos a su vez por parte de los operadores de justicia quienes irrumpen en los diversos inmuebles, cualquiera sea su naturaleza muchas veces con fundamento en meras presunciones, lo que paradójicamente a más de la infracción penal de allanar sin justa causa, procede aun con mayor rigurosidad el delito de terrorismo, lo que deja ver a las claras el abuso desmedido de la autoridad en desmedro de tan consagrado lugar como puede ser la morada, una veces con fuerza y rengo de justa causa, otras veces diametralmente opuesto en el ejercicio de esta práctica válidamente reconocida, por lo que a tenor del tratado de terrorismo y derecho penal publicado por Ámbos, Malarino y Steiner (2015), surgen posiciones sólidas *in comento*. Tales prácticas constituyen dos elementos de derecho en controversia que no siempre se pueden hacer valer con precisión, cuales son: (a) la decisión judicial de allanar es una expresión de la *opinio juris* y; (b) de la práctica estatal en función de la teoría judicial de la unidad.

Luego, circunscribiéndose eminentemente en la legislación patria, conduce a focalizarse solamente en lo ilícito de la conducta penamente relevante con basa en el allanamiento en

domicilios dentro del sistema procesal penal ecuatoriano. Como más arriba se indicó, pudiera configurarse un delito de violación de domicilio, tendente a lesionar el bien jurídico de libertad. Conteste con la noción propia, Buompadre (2000) citando a Núñez, Soler, Fontán Balestra y Laje Anaya y otros, afirma que el criterio uniforme de la doctrina se circunscribe en: “el bien jurídico protegido en el delito de violación de domicilio es el ámbito material de intimidad personal, que se proyecta como una manifestación fundamentalmente de la libertad del hombre”. (pp. 596-597)

De otro lado, en la misma línea de pensamiento Molinario (1996), ahonda que el supra mencionado delito es fundamentalmente un atentado contra la libertad en los siguientes términos:

> Él implica, esencialmente, el desconocimiento del legítimo derecho que todos en los países civilizados de nuestros días se reconoce a todo individuo de hacer del sitio en el que habita, sea éste una mísera choza o un soberbio palacio, una verdadera fortaleza en la cual, como lo dice una célebre frase, el viento y la lluvia pueden entrar sin el consentimiento de su dueño, pero el rey no. (p. 93)

Entre tanto y parafraseando a Dona (2001), por su parte, precisa que este tipo penal tiende a proteger la libertad, en el sentido de poder elegir quienes pueden ingresar en el domicilio propio. Atina en categorizar la violación de domicilio no como un delito contra la propiedad sino la libertad del titular del derecho de exclusión. Lo sentencia porque la ley no protege la porción de espacio ni la construcción material que constituyen un domicilio, sino como bien aduce, la libertad individual.

En lo atinente al problema de investigación, centra su atención en la contención que supone el allanamiento en domicilios. Se observa que la praxis judicial, se irrumpe en forma arbitraria al domicilio, morada o inmueble de pernocta, irrespetando los derechos humanos de las personas que se encuentran en su morada bajo la forma y modalidad cuestionada. Por ejemplo, es práctica reiterada e imperativa por demás, la fuerza desmedida en obligar a tenderse de cúbito ventral en el piso al presunto indiciado que se busca, siendo apuntados con armas de fuego e intimidando a los familiares; todo esto trae como consecuencia la vulneración a la integridad psicológica de las personas y en especial el derecho a la dignidad humana que consagra el régimen del buen vivir (sumak kawsay) del Ecuador. El Sumak kawsay en *quechua* o Buen Vivir en español, fue introducido en la Constitución vigente del Ecuador, la que se promulgó en octubre del 2008. A tenor de Ávila (2016), quien afirma que el *Sumak Kawsay* recoge el pensamiento que tiene sobre el mundo la cosmovisión andina: “La noción se sintetiza en la armonía con la naturaleza, con los otros seres vivos y con uno mismo” (p. 30). Lo que conlleva a repensar el modelo del individualismo y del desarrollo que a toda costa nada tiene que ver con la idea de los pueblos ancestros sobre los diversos saberes que permiten variadas formas de convivencia en donde prima el desarrollo de cada uno en un sistema de bienestar general; inobservados en estos allanamientos el debido proceso que establece dentro del sistema procesal penal ecuatoriano.

Con base a los argumentos esgrimidos empoderados en la dimensión jurídica, el objetivo general formativo en un nivel educativo crítico-transferencial queda circunscrito en examinar la formalidad existente en la actuación fiscal y policial judicial frente a los allanamientos de domicilio, en correspondencia con la siguiente hipótesis: ¿Cómo se articula la legalidad y la doctrina penal con respecto al allanamiento de domicilio en la legislación procesal penal ecuatoriana?

El referente histórico, lo constituye la codificación penal, Código Orgánico Integral Penal (2008), al considerar como prueba la existencia de testigos por ser actuaciones públicas y notorias de parte de la ciudadanía del vecindario por la ejecución de la medida e incluso del colectivo social a través de las noticias de prensa y medios televisivos que dan a conocer la actuación del Fiscal y de la Policía quienes irrumpen en los domicilios quebrantándose el debido proceso de la diligencia judicial.

MÉTODO

La investigación realizada responde al enfoque Cualitativo, por cuanto se focaliza en la descripción, interpretación y comprensión de la situación que presenta el desarrollo de la investigación (Crespo-Berti, 2018), previa o durante la fase de instrucción o incluso puede preceder y proceder en la fase de indagación previa de parte del titular del ejercicio público de la acción penal del Ecuador, en la que a consideración fiscal, investigará los hechos que se presumen delictivos a partir del sujeto procesal como presunto indiciado intervenido durante la práctica de un allanamiento en domicilios. En tal sentido, la investigación requirió de la aplicación de métodos de nivel teórico: Análisis y crítica de las fuentes, utilizando como procedimientos los métodos generales del pensamiento lógico; análisis-síntesis, deducción y o lógico histórico, mediante los cuales se elaboraron los fundamentos teóricos que se asumen.

Durante el proceso investigativo fueron empleados fundamentalmente, como método de nivel empírico, la observación de carácter participante y sistemático del proceso pre procesal que se lleva a cabo en los procedimientos de allanamiento en domicilios. Para ello se elaboró como instrumento guía de observación, lo que permitió a la postre recolectar información sobre el estado que presenta el desarrollo de las prácticas judiciales, lo que ha revelado la existencia de la problemática investigada.

Ulteriormente, la observación posibilitó valorar la pertinencia de la propuesta presentada como solución al problema. Dicho aporte consistió en un conjunto de actividades a ser tomadas en cuenta con base al principio de discrecionalidad, enfocadas en el marco de lo reiterado en la doctrina penal estrictamente apegado al principio de legalidad.

Cada una de las actividades se estructuraron en fases estrechamente relacionadas entre sí: orientaciones procedimentales dirigidas a los fiscales y policía judicial, preparación previa

de la praxis judicial en torno al procedimiento de allanamiento de domicilios, desarrollo de la práctica y análisis de los resultados obtenidos. La observación del desarrollo de prácticas de carácter instruccional, indica su pertinencia, dado a que responden al principio de legalidad por los excesos incurridos, por lo que favorecen a la preparación de los fiscales y a la policía judicial y aportan a su formación profesional como servidores públicos en la esfera del derecho penal adjetivo o formal.

RESULTADOS

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

Se expone de manifiesto que en la actualidad el sistema procesal penal ecuatoriano, el Allanamiento constituye el ingreso a un domicilio con fines de investigación, con la finalidad de realizar el registro del lugar en la búsqueda de objetos o personas relacionadas con un delito y otro acto procesal como trabar un embargo ante una orden de apremio real, sacar fotografías, entre otros. El allanamiento constituye una restricción a los derechos constitucionales, previsto en el Numeral 22 del Artículo 66 de la Constitución de la República (2008). De acuerdo con (Argudo, 2010), el derecho a la inviolabilidad del 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 y a la intimidad.

El allanamiento en el derecho penal:

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

Para Clariá Olmedo (2017):

> El allanamiento de domicilio se muestra como un acto de coerción real limitativo de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad de quien está protegido por esa garantía, cumplido por la autoridad judicial con fines procesales, y legítimos solamente si se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley (…) (p. 75).

Según este concepto, solamente existe allanamiento cuando se ha procedido en contra de la voluntad de la persona que habita en el local allanado; pero a nuestro criterio constituye allanamiento el acto de ingresar al local o lugar habitado por otra persona, ya se haga con el consentimiento del dueño o aun sin su consentimiento, en los casos y condiciones que la ley permite.

El allanamiento no solamente comprende el registro domiciliario, sino también la requisa domiciliaria y personal. Por ello autores como Zavala Baquerizo (2009), afirma que:

> El titular del órgano jurisdiccional competente ordena previas las formalidades legales, el franqueamiento compulsivo de la morada de un habitante del país, o de cualquier otro lugar, particular, municipal o fiscal, con el fin de aprehender a una persona prófuga, o a comisar objetos, documentos, etc., relativos a la infracción, materia del proceso penal, en donde incide el auto de allanamiento. (p. 341)

Entre tanto, según Vaca Andrade (2005):

> El allanamiento no es sino el ingreso en la vivienda de una persona, efectuado por el Fiscal, acompañado de la Policía Judicial, con o sin el consentimiento del morador del domicilio, por razones superiores, y con la finalidad de permitir que se aprehenda a una persona contra la que se ha librado mandamiento de prisión preventiva o se ha pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad; o cuando se persiga a una persona que acaba de cometer un delito flagrante; o cuando se trata de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o se socorre a las víctimas; o cuando el Juez de Garantías Penales trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba. (pp. 797-798)

Por tanto, se deja a consideración que el allanamiento no deja de ser tal, porque el dueño del local que se allana permite que se realice el acto procesal, lo que ocurre es que la persona cuyo domicilio se ve afectado, permite voluntariamente la entrada a su domicilio a las personas que ejecutan el allanamiento.

Domicilio:

El domicilio viene de dos voces latinas: *Domus* y *Coló*, de tal modo que *Domu Colere* significa en latín habitar en una casa. Así, el domicilio es el asiento jurídico de una persona, o sea la relación permanente que la ley establece entre una persona y un lugar determinado, en el que se lo supone siempre presente para el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de sus obligaciones; de tal modo que, según esta definición, el domicilio es una abstracción puramente intelectual, independiente del lugar mismo a que se refiere.

Hay que señalar que la idea de domicilio que consagra el Artículo 26 Numeral 22 de la Norma Suprema, no coincide plenamente con la que se utiliza en el Artículo 45 del Código Civil, que señala al domicilio consistente en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Dos son los elementos básicos para considerar que una persona tiene un domicilio en un lugar determinado; y que son:

1. El elemento objetivo, que consiste en la residencia, o sea un lugar real, físico, visible, tangible, en el cual una persona está físicamente
2. Elementos subjetivos, esto es el ánimo, la intención, la voluntad de una persona de permanecer en esa residencia, y este ánimo puede ser real o presunto (Wacker Schroder y Tapia, s/f).

De tal manera que, si falta uno de los dos elementos del domicilio, no se permite la existencia del nexo jurídico que precisamente constituye el domicilio; aclarando que el Artículo 46 del Código Civil ecuatoriano trata sobre el domicilio político, y el Artículo 47 ibidem trata sobre el domicilio civil. El Artículo 46 del cuerpo de leyes citado señala que el domicilio político es 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. En relación al domicilio de las personas jurídicas, se ha manifestado que

será el que ellas mismas determinen al constituirse y se halla fijado expresamente en sus estatutos o en el contrato social; de tal manera que las personas jurídicas en principio deben ser notificadas en su domicilio legal, y esto tiene su razón de ser, porque la ley presume que las personas privadas de existencia ideal, residen de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, en el lugar que consta en los estatutos aprobados por la autoridad que le reconoció la personalidad jurídica.

En cuanto a la negativa de aducir por parte de la autoridad que el allanamiento se ejecutó conforme a derecho, no siendo así, por cuanto es obvio que se negará rotundamente y habiendo ocasionado efectivamente un daño mediante el medio de comisión a través de la violencia ejercida en contra del titular del bien jurídico, la doctrina legal es clara con respecto al principio de moralidad en el proceso, para guardar coherencia es menester que es deber considerar como afirmativa la existencia del deber de veracidad, aunque la mera afirmación traduce una cierta limitación a la libertad de actuación de las partes durante el *iter* procesal. (Couture, 1979)

En todo caso y habida cuente, es menester que el texto adjetivo en materia penal reglamente todo lo concerniente al procedimiento de allanamiento de domicilio.

La protección constitucional del domicilio, es una protección de carácter instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, por esta razón, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio, tal como dispone el Artículo 66 Numeral 22 de la Constitución vigente y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad, que señala el Artículo 66 Numeral 20 ibidem; todo ello obliga a considerar un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto señalado en el Código Civil (2005), pues lo que señala el Artículo 66 Numeral 22 de la Constitución de la República (2008), es la inviolabilidad del domicilio, esto es la interdicción de entrada en él, y una interdicción de registro, sin autorización de su titular, o sin orden judicial, obviamente salvo el caso de delito flagrante. Hay que aclarar que la frase “No se podrá ingresar”, ni realizar inspecciones o registros, no obstante su aparente confusión, deben considerarse comprensivos de toda invasión que rompa el bien jurídico protegido, pues nuestro texto constitucional establece, la norma de interdicción de entrada y de registro; y, solo admite unas excepciones muy determinadas, que son: el consentimiento del titular, que según el texto de precepto

parecería que no necesita ser expreso, la existencia de una orden judicial que la autorice; y, la producción de un delito flagrante, caso en el cual los perseguidores pueden continuar la persecución en el domicilio de la persona afectada.

De otro lado, con tino Ramiro García (2015), continúa cuando afirma la irrupción súbita de las personas protegidas.

El allanamiento de domicilio:

El allanamiento de domicilio es una facultad del Estado que autoriza a ingresar a un lugar privado por razones de orden público, como esclarecer un delito, para lo que se requiere incautar documentación probatoria que pueda hallarse en el lugar. Deben estar estas medidas previstas legalmente y requieren para poder efectivizarse orden de Juez competente, sobre causas reales y fundadas. A fin de comprender mejor este derecho en toda su extensión, habría que empezar por definir lo que constitucionalmente se entiende por domicilio, así para el Derecho Constitucional domicilio es la morada destinada a la habitación y al desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada, ya sea cerrada o abierta parcialmente, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio.

Entre tanto al referirse a la inviolabilidad de domicilio, se puede decir que este derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador consiste en la prohibición de violarlo o mancillarlo salvo el caso de autorización que conceda el que lo habita o por orden judicial. Sin embargo, cuando no existen los recursos necesarios para justificarla es cuando surge el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como un derecho del titular para repeler intervenciones no consentidas sobre el espacio físico donde se desarrolla la vida privada y familiar. Sin embargo, este derecho, como cualquier otro derecho fundamental no es absoluto (Salgado Pesántez, 2012).

Como es de apreciar, si bien es un derecho la inviolabilidad de domicilio, el allanamiento de domicilio como una excepción, puede ser autorizado según el caso, por la autoridad competente, por lo que quien lo ejecute en cumplimiento del deber ha de obrar dentro de la ley, puesto que extralimitarse al ejecutar un allanamiento significa ir contra las normas del debido proceso y los derechos humanos; y por lo tanto, lesionar los derechos

constitucionales de quien es objeto de un allanamiento; no está por demás mencionar que al violentar una norma del debido proceso se invalida el mismo, pues la acción ejecutada que realiza el agente de policía debe ser realizada legítimamente para cumplir un deber, caso contrario incurriría en responsabilidad por abuso de autoridad. (Salgado Pesántez, 2012)

El allanamiento de domicilio en la legislación ecuatoriana:

El allanamiento en el Código Orgánico Integral Penal Artículo 480.-El domicilio o el lugar donde la persona desarrolle su actividad familiar, comercial o laboral, podrá ser allanado sólo en determinados casos. En la esfera de la tipicidad subjetiva, estamos frente a un delito doloso que supone que el sujeto activo ejecute un allanamiento con conocimiento y voluntad de ingresar en el domicilio sin cumplir con las formalidades exigidas por la ley, vele decir, fuera de los casos que la ley prescribe.

Ahora se precisa que el elemento volitivo e intelectivo que apareja el dolo, como aspectos subjetivos del tipo penal es el que configura el delito de lo que puede ser una simple nulidad, puesto que el mero incumplimiento de requisitos procesales no puede significar un delito si el funcionario no actuó dolosamente; pero con culpa por la inobservancia de las disposiciones legales que rigen la materia, aunque la prueba obtenida mediante la realización del registro (allanamiento) irregular no podría ser valorada en un eventual proceso en contra del procesado, verbigracia del agente policial y que por antonomasia se extienda por la tácita aceptación sin mayor control que efectúa la Fiscalía General del Estado, de allí la complejidad de la investigación y por ende de los datos que clarifiquen en definitiva que se conculca el derecho de intimidad de las personas.

Orden de allanamiento:

En la propia codificación adjetiva señala: 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 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.

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 allanamientos arbitrarios.

La o el juzgador podrá autorizar el allanamiento por cualquier medio, todo de conformidad con la jurisdicción de la que está investigada el juzgador. Así mismo, se destaca el principio de verdad procesal, que se encuentra contenido en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función (2009). prescribe que: "Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando tome en cuenta para fundamentar su resolución".

Dicho de otra manera, los jueces resolverán valorando únicamente las actuaciones y diligencias que constan dentro del proceso y que han sido aportados por las partes a aquel, todo aquello que sea ajeno o extemporáneo no puede ni debe ser considerado para su decisión, so pena que adolezca de incongruencia, en caso de no hacerlo, podría incurrir en vicios que a decir de Andrade Ubidia (2005), podrían ser: " (…) el vicio de *ultra petita* se da cuando se resuelve más de lo pedido; el de *citra petita*, cuando se deja de resolver una o más pretensiones de la demanda o las excepciones; y el *extra petita* cuando se decide puntos que no fueron materia del litigio". (p. 147)

Procedimiento del allanamiento:

El artículo 482 del Código Orgánico Integral Penal (2014), establece las reglas del allanamiento. Conveniente aclarar que de dichas reglas surgen ciertas excepciones que conllevan a los excesos patentizados derivados del presente estudio, por cuanto en los numerales 1 y 5, se requerirá orden motivada del juzgador; pero en los demás casos no requerirá formalidad alguna.

También entre estas reglas se establece que practicado el allanamiento la o el fiscal reconocerá en presencia de los concurrentes las dependencias del local allanado, las armas, documentos u objetos concernientes a la infracción. El personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal o ciencias forenses recogerá los elementos de convicción pertinentes, previo inventario, descripción y embalaje para

cadena de custodia. Es importante resaltar, que la cadena de custodia debe permanecer inalterable, estable y permanente, para la eficacia probatoria de las armas, documentos u objetos concernientes a la infracción y se hubiesen recogido y embalados durante el allanamiento.

DISCUSIÓN

Se importa lo sostenido por Crespo-Berti (2018), un proceso se enriquece continuamente con base en la teoría fundamentada. Lo anteriormente señalado significó que las incidencias suponen que coexiste un punto de contención entre apreciaciones y coincidencias a saber: en primer lugar, para que se pueda realizar en la práctica un allanamiento válido, es necesario que exista autorización judicial. No existen dudas en torno a que sólo los jueces pueden autorizar registros domiciliarios. Así Mair (2002), sostiene que: “ellos son los custodios de todas las garantías ciudadanas (…) son ellos los encargados de decidir sobre la persecución penal a través de la fórmula juicio previo-juez natural y, entre otras decisiones que les corresponden, se halla la que autoriza estas injerencias excepcionales en la intimidad de las personas”. (p. 682).

Fuera de los casos de delito flagrante, Hernández Barros (2013), sostiene que el delito de peligro inminente de su perpetración, siempre y cuando existan motivos razonables para considerar que se oculta el presunto sospechoso, o alguna persona evadida, o que se encuentren bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el fiscal, quien deberá estar presente durante el acto, solicitará a la policía judicial el empleo de la fuerza en el allanamiento y registro domiciliario de una casa, habitación, locación en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente y de cualquier otro lugar cerrado, sí sólo si sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto. (Reátegui Sánchez; Reátegui Lozano y; Juárez Muñoz, 2016)

La solicitud consignará la ubicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar, y el tiempo aproximado que durará, así como los motivos que determinaron el allanamiento sin orden judicial constarán detalladamente en el acta.

En cuanto a los elementos de fondo contentivos del acta que se levante previamente al efecto, vertebra con la prescripción sobre el contenido de la resolución contendrá: (a) el nombre del fiscal autorizado, la finalidad específica del allanamiento y, de ser el caso, las medidas de coerción que correspondan, la designación precisa del inmueble que será allanado y registrado, el tiempo máximo de la duración de la diligencia, y el apercibimiento de Ley para el caso de resistencia al mandato y; (b) los datos de la orden constará la duración máxima de dos semanas, después de las cuales caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado o para un período determinado.

En lo atinente al desarrollo de la diligencia se entregará una copia de la autorización al presunto sospechoso, siempre que se halle presente o a quien tenga la disponibilidad actual del lugar, comunicándole la facultad que tiene de hacerse representar o asistir por una persona de su confianza.

De no encontrase el presunto indiciado, la copia se entregará y el aviso se dirigirá a un vecino, a una persona que conviva con él, y a falta de ellos, sólo de ser posible, a la guardianía, conserje o a quien haga sus veces.

La diligencia se circunscribirá a lo autorizado, conforme al acta expedida por la autoridad. Durante su desarrollo se adoptarán las precauciones necesarias para preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentren en el inmueble allanado.
Respecto al pedido fiscal para incautación y registro de personas: sólo cuando sea el caso, el fiscal solicitará que el allanamiento comprenda la detención de personas y también la incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. En este caso se hará un inventario en varios ejemplares, uno de los cuales se dejará al responsable del recinto allanado.

En tal sentido, durante el tracto sucesivo del allanamiento, si el fiscal lo decide, podrá comprender el registro personal de las personas presentes o que lleguen, cuando considere que las mismas pueden ocultar bienes delictivos o que se relacionen con el mismo. De tal suerte que el fiscal, asimismo, podrá disponer, consignando los motivos en el acta, que determinada persona no se aleje antes de que la diligencia haya concluido. El trasgresor será retenido y conducido nuevamente y en forma coactiva al lugar.

La diligencia debe entregarse copia de la orden al propietario para que conozca del hecho que se investiga desde el inicio y al final se redactará en *addendum* donde se pedirá a otra persona que asista. Se exceptúan de las supra formalidades expuestas los casos siguientes: (a) para impedir la perpetración de un delito o; (b) cuando se trate del presunto indiciado a quien se persigue para su aprehensión; Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán, detalladamente en el acta.
Respecto al contenido de la orden, deberá constar:

1. La autoridad judicial que decreta el allanamiento y la sucinta identificación del procedimiento que se ordena.
2. El señalamiento concreto del lugar o lugares a ser registrados.
3. La autoridad que practicará el registro.
4. El motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a realizar.
5. La fecha y la firma. La orden tendrá una duración máxima de siete días, después de los cuales caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado, en cuyo caso constará este dato.

En lo que respecta al procedimiento per se, la orden de allanamiento será notificada a quien habite el lugar o se encuentre en él, entregándole una copia. Se procederá si el notificado se resiste o nadie responde a los llamados, se hará uso de la fuerza pública para su ingreso. Al terminar el registro, si el lugar está vacío, se cuidará que quede cerrado y, de no ser ello posible, se asegurará que otras personas no ingresen, hasta lograrlo. Este procedimiento constará en el acta.

Por último, si se tratare de lugares públicos, la restricción no regirá para las oficinas administrativas, establecimientos de reunión y recreo mientras estén abiertos al público, o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular. En estos casos deberá darse aviso de la orden del Juez a las personas a cuyo cargo estén los locales, salvo que ello sea perjudicial para la investigación. Vale decir, como en efecto consta en el procedimiento vigente, se dará aviso al dueño de casa o quien habite con la presencia de testigos; sin embargo, esta normativa no se cumple cuando en horas nocturnas ingresan en forma violenta en los domicilios sin seguir el debido proceso.

CONCLUSIONES

Como corolario, se colige que el allanamiento de un domicilio entendido en su más amplia acepción debe llevarse a cabo con los más estrictos estándares de formalidad prescrita por la ley de procedimiento penal que resulte aplicable al proceso penal en particular. En ese mismo sentido y dirección, es práctica reiterada que la regla de que los juzgadores sean los únicos deban extender las órdenes de allanamiento, debe preservarse como legítimo fruto del derecho constitucional; pero que también se siga las reglas de procedimiento en aras del respeto a la dignidad de las personas sin distingo de ninguna índole.

Que las disposiciones constitucionales y legales sean acatadas en toda su extensión, en estos procedimientos susceptibles afectación mediante la violencia psicológica y el derecho de tutela a la propiedad, verbigracias del Artículo 66, Numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna, y en el Numeral 22 *ejusdem*, determina 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; pero a pesar de esta orden se vulneran derechos de los habitantes de las viviendas, habitaciones, moradas, residencias o inmuebles análogos.

En el mentado Numeral 2 del Artículo 482, del Código Orgánico Integral Penal patrio, prescribe que: si exhibida la orden de allanamiento, el propietario o habitante de la vivienda, lugar de trabajo o local, se resiste al ingreso o exhibición de lugares, el fiscal ordenará la ruptura de las puertas o cerraduras; pero esta disposición no la acatan porque el operativo lo realizan en horas de la madrugada y sin dar aviso a nadie, quebrantan las seguridades de la vivienda, sin ser reparadas. La supra mencionada codificación, si bien es cierto, contiene la figura jurídica del allanamiento de domicilio, así como su procedimiento, sin embargo, carece de norma legal que sancione y permita proponer acciones a las personas que se consideren que se irrespetaron sus derechos humanos en el operativo del allanamiento del domicilio con orden judicial, sin seguir un debido proceso.

Que en la actualidad constantemente se encuentra la Fiscalía y los agentes del orden público sin hacer valer para en el caso concreto, la seguridad ciudadana allanando

domicilios, cumpliendo con dicha diligencia en horas de la madrugada en forma arbitraria irrespetando los derechos humanos de las personas que se encuentran en esa vivienda allanada, sin ser ellos reparados en su integridad psicológica, menos aún en procura de reparar el daño producido a la propiedad privada.

Así como que durante el allanamiento de domicilio las personas encontradas en la vivienda son obligadas e intimidadas a colocarse boca abajo en el piso, son apuntados con armas de fuego e intimidando a los familiares; todo esto trae como consecuencia la vulneración a la integridad psicológica de las personas que son perturbadas en sus casas, sin ser reparados sus derechos a la dignidad humana.

Por lo que la inobservancia de normas constitucionales debe ser acatadas por las autoridades para evitar que se continúen vulnerando la dignidad de las personas y se cause daño a la propiedad privada que no es indemnizada por las autoridades que la ocasionaron durante el allanamiento del domicilio.

De los resultados de la investigación se establece la necesidad de establecer sanciones administrativas y penales cuando fiscales y policías inobserven el debido proceso en los allanamientos a domicilios.

La investigación confirma que existe un vacío legal en el Código Orgánico Integral Penal (2014), que permite vulneración de derechos de las personas que habitan en los domicilios, así como no existe normas que repriman el mal actuar de los funcionarios de la Fiscalía y Policía que no siguen el debido proceso como lo establece la ley.

Por último, de lo anotado, el autor de la investigación en ciernes, afirma que es imperioso que el legislador patrio con base en los antecedentes patentizados en la práctica, tipifique en el catálogo penal por vía de reforma parcial, el delito de allanamiento de domicilio ilegal, siendo el sujeto activo calificado, el agente policial, quien siguiendo o no instrucciones del fiscal, no acate el procedimiento legal establecido para tal fin, como consecuencia debe ser sancionado con pena privativa de libertad. Se propone un castigo de seis meses a dos años, en virtud de la condición objetiva de punibilidad respecto al agente policial quien sin habitar en la residencia ingrese a la morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador.

REFERENCIAS

Ámbos, K., Malarino, E., Steiner, C. (2015). Terrorismo y derecho penal. Alemania: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

Andrade Ubidia, S. (2005). La casación civil en el Ecuador, Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, p. 147.

Argudo, R. (2010). El allanamiento de domicilio y su aplicación en el proceso penal ecuatoriano. Cuenca: Universidad de Cuenca.

Ávila Santa María, R. (2016). Los derechos y sus Garantías, Publicación de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición; www.corteconstitucional,gob.ec

Buompadre, J. (2000). Derecho penal. Parte especial, Mave, Bs.As., pp. 596-597.

Clariá olmedo, J. (2017). Tratado de Derecho Procesal Penal. Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo III, Argentina.

Código Civil (2005). Registro Oficial Suplemento N° 46, del 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial (2009). Registro Oficial Suplemento del N° 544, del 09 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos (2015). Registro Oficial Suplemento del N° 506, del 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico Integral Penal (2014). Registro Oficial Suplemento del N° 180, del 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.

Constitución de los Estados Unidos de América (1787). Del 17 de septiembre de 1787 por la Convención de Filadelfia, ratificada el 21 de junio de 1788 por el pueblo de los Estados Unidos.

Couture, E. (1979). Estudios de derecho procesal penal, Buenos Aires: De Palma.

Crespo-Berti, L. (2018). las pruebas en el proceso penal ecuatoriano, España: Gedisa.

_____. Epítome de Metodología de Investigación Científica Contemporánea, Vol. 4, Ecuador, Autor.

Dona, E. (2001). Derecho penal. Parte especial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, t. II-A, pp. 291-292.

García Falconi, R. (2015). Informe sobre aplicación del concepto de terrorismo en el Ecuador, Capítulo de libro, Alemania: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., pp. 319-330.

Hernández Barros, J. (2013). Aprehensión, detención y flagrancia, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, p. 5.

Mair, J. (2002). Derecho Procesal Penal I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 682.

Molinario, A. (1996). Los delitos, act. por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires, t. II, p. 93.

Reátegui Sánchez, J.; Reátegui Lozano, R. y Juárez Muñoz, C. (2016). El proceso penal inmediato en casos de flagrancia delictiva, Perú, Ediciones legales, pp. 120-145.

Salgado Pensantes, H. (2012). Lecciones de Derecho constitucional. Quito, Ediciones legales S. A.

Vaca Andrade, R. (2005). Manual de derecho procesal penal, tomo II. Quito.

Wacker Schroder, F. y Tapia, J. (s/f) Violación de domicilios y allanamientos ilegales, Revista Pensamiento Penal. https://tinyurl.com/yc3fnpe5

Zabala Vaquerizo, J. (2009). Tratado de derecho procesal penal, tomo XI, Quito.