

El allanamiento en materia de familia

I. El derecho a la intimidad del domicilio como derecho humano fundamental

Para abordar el tema del allanamiento de morada y de recintos privados, he creído conveniente, primero, realizar algunas consideraciones en torno a la intimidad de domicilio, como derecho humano fundamental, a efecto de ubicarnos en la trascendencia que tiene la práctica de una diligencia como esta en la morada de una persona.

Debo comenzar diciendo que la garantía de la inviolabilidad de domicilio es una garantía tradicional en el Derecho Constitucional (es un derecho humano de los llamados de primera generación), concibiéndose como una garantía a la vida privada de todo individuo, lo que trae como consecuencia la prohibición al poder estatal del abuso, la arbitrariedad o los ataques ilegales a la esfera privada del individuo, lo que nos obliga (a los funcionarios públicos) a ser más bien garantes de tal derecho. No debemos olvidar que, en ocasiones, es el mismo aparato estatal, por medio de sus funcionarios, el que se convierte en el principal violador de los derechos humanos, cuando no los reconoce o lleva a cabo ataques contra estos.

La garantía de la inviolabilidad del domicilio, cuyo fundamento es la protección a la vida privada del ser humano, se recoge en normas del Derecho Internacional, siendo necesario citar el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo V de la Declaración Americana de los Dere-

chos y Deberes del Hombre, numeral 11, inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, donde se establece, como derecho, que nadie puede ser víctima de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia o su domicilio, siendo que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias.

La garantía consiste en la imposibilidad de entrada y registro del domicilio, salvo en los supuestos previstos por la propia Constitución y la ley. Constitucionalmente, por domicilio ha de entenderse aquel espacio físico cuyo uso y disfrute corresponde al individuo y en el cual este desarrolla habitualmente su vida privada. En este campo, si bien se ha considerado como domicilio principalmente el espacio utilizable por la persona como su residencia, el término suele entenderse en sentido más amplio que el que se maneja en materia civil, fiscal, administrativa o penal.

Así, desde una perspectiva constitucional, se considera domicilio aquellos espacios que aunque su finalidad inicial y habitual no era el servir de residencia, cumplan de manera efectiva tal función, siquiera temporalmente (tal es el caso de residencias ocasionales, habitaciones de los hoteles, automóviles), siendo que, como veremos, a nivel constitucional se protege además del domicilio todo recinto privado, lo que nos amplía los casos de protección.

* Juez de Familia y Penal Juvenil de Heredia.

En cuanto al registro de vehículos, resulta de importancia el voto de la Sala Constitucional N° 1372-99, de las quince horas del veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve, donde se indica que un automóvil o vehículo automotor constituye un recinto privado, por lo que se puede ingresar al mismo o registrarlo en los casos que autoriza la Constitución Política, ya que los mismos están cubiertos por la garantía constitucional. Por otra parte, nos parece, a pesar de que el voto es reciente y que ya se encontraba vigente una nueva normativa y de conformidad con el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 190, que lo solicitado aquí debe ser una orden de registro y no de allanamiento, siguiéndose los lineamientos establecidos para la requisa de personas.

II. Excepciones al derecho

Nuestra Constitución Política, en el artículo 23, establece: "El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley". (Negrita agregada).

Lo anterior nos lleva a concluir lo siguiente: en primer lugar, que el derecho a la vida privada de las personas, como todo derecho, no es absoluto e incondicional, sino que, en ciertos casos, el mismo tiene que ceder frente a otros derechos. La Sala Constitucional ha indicado que ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan ilimitados que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses individuales opuestos o con mayor motivo de la colectividad, de ahí que justamente se haya previsto la posibilidad de entrar en domicilio ajeno contra la voluntad expresa de su dueño, sin que ello signifique atentar contra esa inviolabilidad (voto 2942-92).

En segundo término, el acto de allanamiento no solo está previsto, como se suele creer, para la persecución de un delito o recabar material probatorio en Derecho Penal, sino además para la protección de los derechos del individuo y para la defensa de otros intereses del mismo, que en un juicio de ponderación y tras una adecuada valoración del principio de proporcionalidad, la limitación de aquel derecho deviene necesaria.

III. Antecedentes y casos en que procede el allanamiento en materia de familia

La posibilidad de practicar allanamientos en materia de familia, en determinados casos, en realidad no es reciente.

El artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimentarias N° 1620, del 5 de agosto de 1953 y sus reformas, lo preveía en esta materia. De hecho, al interponerse una acción de inconstitucionalidad contra dicha norma, la Sala ha pronunciado el único voto acerca del allanamiento en este ámbito, el cual corresponde al voto 1620-93 de las diez horas del diez de abril de mil novecientos noventa y tres.

Tal norma fue también recogida en el artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimentarias número 7654, que nos rige actualmente, en el caso que el deudor alimentario al que se le ha dispuesto su apremio, se oculte, pudiéndose allanar el sitio donde el mismo se encuentre, llevándose a cabo, según la norma, con las formalidades del ahora Código Procesal Penal y previa resolución que así lo acuerde.

Por otra parte, la Ley contra la Violencia Doméstica dispone como una medida de protección en el inciso c) del artículo 3 el allanamiento de la morada, cuando por violencia doméstica se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial o psicológica de cualesquiera de sus habitantes, remitiéndose también para reglar su práctica a las normas del Código Procesal Penal. Tengo la impresión que es quizá en esta materia, más que en alimentos, donde en la práctica los jueces de familia hemos realizado de oficio, la mayor cantidad de allanamientos.

La Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia número 7648 del 21 de diciembre de 1996, establece, en su artículo 36, la posibilidad de solicitar la orden de allanamiento al juez para la salvaguarda de la estabilidad física y emocional de las personas menores de edad y como parte del cumplimiento de las funciones que a dicho ente le están encomendadas.

Cabe comentar de la mencionada norma, en primer lugar, que tal solicitud debe realizarla cuando los hechos y las circunstancias así lo justifiquen y por parte del representante legal del Patronato Nacional de la Infancia, sin que pareciera que pueda extender-

se a ningún otro funcionario, aspecto, entonces, que debe ser demostrado por el solicitante.

Por otro lado, cuando la norma dispone que es el "juez competente", debemos entrar a analizar aquí la competencia por materia y territorio del juzgador encargado del acto.

En cuanto a lo segundo, nos parece que, en principio, tiene que llegar a establecerse por la ubicación del sitio por allanar, que sería primeramente el lugar donde se ubica el menor que urge de protección y donde se están ejecutando los actos en su contra. Al respecto, tómese en cuenta que de conformidad con el numeral 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia, se establece que son competentes para conocer el proceso especial de protección, los jueces de familia donde se encuentre el domicilio de la persona menor involucrada en el proceso. Por supuesto que el desplazamiento del menor del ámbito territorial, no apartaría la competencia del juez, por lo que, dada la naturaleza del proceso, el juez, por casos que en la práctica puedan presentarse, nos parece que puede salir de su competencia territorial para la práctica del acto o puede concederlo y comisionar para su práctica a otra autoridad, en este caso a otro juez de familia, tal y como sucede en materia penal; sin ser de aplicación aquí la limitación del artículo 23 sobre competencia territorial del Código Procesal Civil.

En relación con el primero de los aspectos, la competencia por razón de la materia, el Tribunal Superior de Familia en los votos 1026-98, 1028-98 del diecisiete de noviembre y el voto 1031-98 del dieciocho de noviembre, todos de mil novecientos noventa y ocho, estableció que el juez competente, por razón de la materia, para llevar a cabo el allanamiento en los casos del artículo de comentario lo es el juez de familia, con fundamento en el artículo 116, inciso a) del Código de la Niñez y la Adolescencia.

El Tribunal Superior determinó que precisamente este numeral abría un espacio de interpretación para que el juez de familia pudiese ordenar tal acto, tomando en cuenta que no se trataba de un proceso penal, sino la sola aplicación de un proceso especial. El allanamiento correspondería ejecutarlo al juez de familia en el tanto le corresponde a estos conocer, tramitar y resolver, por la vía del proceso especial de protección, dispuesto en el Código de la Niñez y la Adolescencia, las denuncias o reclamos contra toda acción u omisión que constituya una amenaza o vio-

lación de los derechos humanos de las personas menores de edad, con la salvedad de lo relativo a la materia penal.

Sobre la norma, cabe indicar, además, que la misma establece un plazo de veinticuatro horas siguientes a la solicitud para la concesión de la orden, plazo que nos parece que es el límite máximo de pronunciamiento pues habrá ocasiones en que la misma debe ser resuelta de manera inmediata, porque el acto debe ser ejecutado en el momento, siendo que en caso de que la autoridad judicial lo deniegue, deberá tal resolución ser suficientemente motivada. Tal resolución de una relación de los artículos 150 del Código de la Niñez y la Adolescencia y 559 y siguientes del Código Procesal Civil, tiene recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Familia, siendo que, como se indicó, ya ese despacho en tres ocasiones ha conocido en apelación el rechazo de la solicitud de allanamiento por parte de un juez de familia, que no se consideraba competente para otorgar la orden solicitada.

Se establece por último en la norma que las autoridades de la policía judicial y administrativa, competentes por territorio, estarán obligadas a prestar cooperación eficiente para los allanamientos, con prioridad sobre cualquier otro asunto, de tal forma que la inobservancia de lo anterior dará motivo a responsabilidades disciplinarias del servidor de acuerdo con la ley. De conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no solo estos funcionarios, sino además los particulares, están obligados a prestar el auxilio que se les solicite y que puedan dar, cuando se trata de ejecutar las resoluciones o practicar las actuaciones judiciales que se hayan ordenado.

Cabe hacer mención también, en este apartado, de casos que se presentan en el Derecho de Familia en los que no procede el allanamiento, a pesar de que en la práctica algunos insistan en su procedencia y, por otra parte, a presupuestos donde a pesar de la situación fáctica que se presenta siempre se requerirá la orden de allanamiento correspondiente.

En el primer caso nos referimos a la notificación de una resolución judicial o al cumplimiento de una resolución judicial. No procede el allanamiento en la morada de una persona si el fin que se persigue es simplemente ser notificado de una resolución judicial, aunque la persona trate de evitar el ser notificada.

Por otra parte, tampoco procede allanar un lugar amparados en el cumplimiento de una resolución judicial si no nos encontramos en alguno de los casos expuestos con anterioridad; eventualmente, procedería plantear el caso ante el Ministerio Público para que a esa persona, notificada personalmente, se le siga causa por el delito de desobediencia a la autoridad.

Por último, deseo referirme al artículo 119 del Código de Familia en el caso de la solicitud de declaratoria de abandono cuando exista riesgo social y se haga apremiante el depósito de un menor de edad. Lo único que autoriza la norma es que el juez se aperse al lugar donde se encuentra presente ese menor de edad para constatar los hechos y autorizar la separación de este de sus progenitores o guardadores; pero la norma no autoriza el ingreso a la vivienda o a la morada sin la respectiva orden judicial.

Así, si en el caso concreto se dan los presupuestos del artículo 36 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, el juez deberá presentarse con la respectiva orden judicial para el ingreso a la vivienda y hacer efectiva la separación del menor de edad de sus padres o cuidadores y su depósito provisional.

IV. Formalidades del allanamiento y ejecución del acto

Nos parece que, si bien es cierto, a diferencia de la materia de alimentos y de violencia doméstica, el artículo 34 de la L.O.P.N.I. no remite de forma expresa a las normas procesales penales para las formalidades de la práctica del allanamiento; con fundamento en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son éstas las que deben aplicarse.

Así, de una relación del artículo 23 de la Constitución Política y los artículos 193 a 197 del Código Procesal Penal, deberán seguirse los siguientes lineamientos:

- El allanamiento y registro de un lugar habitado, sus dependencias, casa de negocio (lugar donde se realiza una actividad lucrativa o de interés), oficina o recinto privado deberá realizarse por orden escrita.

Dicha orden deberá contener (artículo 195 del Código Procesal Penal):

- a) El nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento y la identificación del procedimiento en el cual se ordena.
- b) La determinación concreta del lugar o los lugares que han de ser registrados. En este caso, vale comentar que no puede ordenarse el allanamiento genérico de todas las casas de un barrio o de todos los apartamentos de un edificio, sin embargo la Sala Tercera en el voto 745-F-96 admitió que la orden de allanamiento en un hotel, autoriza a ingresar en todas las habitaciones del mismo.
- c) Los motivos del allanamiento. Este es quizá el requisito de mayor relevancia y en el que se suele fallar con mayor regularidad, en cualquier materia, por algunos jueces. La resolución que ordena el allanamiento debe expresar de manera clara y concreta la justificación de la medida de entrada y registro, mediante una estricta ponderación de su idoneidad y necesidad, pues se está restringiendo el derecho fundamental del afectado, el cual debe conocer las razones que han llevado a la autoridad judicial a hacerlo.
- d) La hora y fecha en que deba practicarse la diligencia. Como es difícil estimar desde la orden una hora exacta para llevar a cabo el acto, dicho requisito se cumple con solo disponer que la diligencia podrá ser ejecutada desde ese momento y antes de las dieciocho horas. Recuérdese que el allanamiento debe efectuarse a partir de las seis de la mañana y hasta las seis de la tarde, siendo que solo puede procederse fuera de ese horario cuando el morador o su representante lo consientan o en aquellos casos sumamente graves y urgentes; sin embargo, esa urgencia o gravedad deberá hacerse constar en la resolución, indicando las razones por las cuales debe procederse de esa manera.

Fuera del horario indicado puede allanarse locales públicos, establecimientos de reunión y recreo mientras estén abiertos al público y no estén destinados a habitación, siendo que en estos casos la regla es avisar a las personas encargadas de los locales (artículo 194 del C.P.P.).

Si la diligencia se extendió más allá de las seis de la tarde, no existe problema constitucional alguno,

pues lo que resguarda la ley es que el ingreso sea ejecutado antes de la hora indicada, aunque por prudencia podría consignarse en el acta, señalando el juez que se continuará con el acto hasta terminar el mismo.

Una vez ordenado deberá realizarlo el juez personalmente, esta es la regla, la excepción es que se delegue en la policía, situación que en la práctica ocurre únicamente cuando se trata de allanamientos simultáneos y solo hay un juez para realizarlos, siendo que a los policías únicamente se les delega el acto de la notificación y la entrada al sitio, y que se mantengan en el mismo, dando inicio el registro cuando el juez se hace presente. Si se delega por las razones apuntadas, por prudencia y seguridad se indica en la orden el funcionario que es delegado.

De conformidad con el artículo 197 del Código Procesal Penal, en esta materia únicamente existen cuatro supuestos donde se puede llevar a cabo el allanamiento sin previa orden judicial:

- Cuando por incendio, inundación u otra causa semejante se encuentre amenazada la vida de los moradores.
- Si se denuncia que han sido vistas personas extrañas introduciéndose en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito.
- Si se introduce en un local algún imputado de delito grave, a quien se persiga en ese momento para su aprehensión.
- Si voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncian que en ese lugar se esté cometiendo un delito o pidan socorro.

La Sala Constitucional, en el voto 2773-97, de las quince horas con veintisiete minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete, estimó que únicamente se requiere orden escrita cuando debe ser practicado el allanamiento por la policía y no cuando el juez se encuentre presente en el acto procesal, pues si lo está el mismo resguarda el derecho constitucional. Sin embargo, el suscrito toma con reservas este criterio, considerando que el mismo debe interpretarse en el marco de los hechos que la Sala conoció. Ello podría llevarse a cabo en tanto el juez, una vez apersonado en el lugar, sea informado, por ejemplo, de que la persona que buscaba ya no está en la morada que indica la orden sino en otra, contigua o cerca del lugar, o fue introducida en algún vehículo para desplazarla, encontrándonos en un estado de

necesidad, donde no pueda ser posible esperar una nueva orden, por lo que en el acta se consigna tal situación y se ordena por el juez el ingreso a ese otro recinto, sin necesidad de confeccionar una nueva orden. Dependiendo del caso, podría también ordenarse por el juez la clausura y vigilancia del sitio hasta contar con esa nueva orden, por lo que caemos aquí en una situación de casuística que debe ser solventada en el caso concreto.

Ahora bien, una vez que el juez se ha constituido en el lugar, debe serle entregada una copia de la orden a quien habite o sea propietario del lugar donde el ingreso ha de efectuarse; cuando el mismo esté ausente se le notifica al encargado, y a falta de este a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar, preferentemente a algún familiar.

Cuando no se encuentre nadie en el lugar, se consignará en el acta, pero siempre deberá llevarse a cabo el acto; el juez no puede desautorizarlo alegando ausencia de moradores en la vivienda y que la misma se encuentra cerrada. En situaciones como esta, respetándose las formalidades, puede incluso requerirse el auxilio de un cerrajero (puede ser el del mismo Poder Judicial), con lo cual se evitará la producción de daños materiales.

La diligencia se realizará de modo que se afecte lo menos posible la intimidad de las personas, debiendo respetarse, en la medida de lo posible, el principio de proporcionalidad al momento de la ejecución del acto, de tal manera que, salvo circunstancias que así lo requieran, ha de evitarse el ingreso violento a la vivienda en los casos en que el acto no se puede llevar a cabo previa notificación de la orden a sus moradores, tal es el caso, por ejemplo, de que se tenga conocimiento de la existencia de armas en el lugar que pueden poner en peligro la integridad física o la vida de los funcionarios que deban practicar el acto. El uso de la fuerza física debe ser excepcional, solo está permitido en los casos en que tal medida resulte razonablemente necesaria, proporcional y sea así requerida para hacer cumplir la orden o para el desempeño de la función (al respecto puede citarse el artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 1979, resolución 34/169).

De la diligencia se levanta un acta que deberá reunir los requisitos de ley (artículos 134 a 138 del Cód-

go Procesal Penal); además contendrá la firma de los que concurrieron al acto, indicándose la circunstancia por la que algún participante se niegue a hacerlo.

V. Algunas recomendaciones al Patronato Nacional de la Infancia y a los jueces de familia

Para terminar, y más con el afán de orientar o discutir algunos puntos, que de imponer un determinado criterio, me permito señalar a los funcionarios que intervenimos en esta clase de actos o diligencias, algunas recomendaciones o consideraciones:

- La solicitud que en esta materia plantea el representante del Patronato Nacional de la Infancia, debe venir acompañada por el documento respectivo que demuestre que ese funcionario es, efectivamente, quien ejerce la representación del ente y se expresen en la solicitud no solo los motivos que se tienen para realizarla sino los elementos de prueba o indicios que se tienen para estimar el marco fáctico dentro del cual se pide el allanamiento; ello servirá al juzgador para evaluar o no la procedencia de la orden, en tanto no debemos perder de vista que la misma conlleva a la limitación o restricción de un derecho humano fundamental. Me parece que la solicitud no solo debe indicar que la misma se pide para salvaguardar la integridad física y emocional de un menor de edad, sino deberá señalarse concretamente por qué tal integridad se encuentra en peligro.
- Si el juez considera que la solicitud no reúne los requisitos fácticos para concederse, antes de emitir un rechazo fundado de la diligencia, podría prevenirle a la institución que solvente la omisión que considere necesaria. Recuérdese que en interés superior de los menores de edad, y de

conformidad con la naturaleza de la materia, sobre todo lo dispuesto en los artículos 113 a), b) y c) y 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia, donde se debe evitar el ritualismo y el juzgador posee amplios poderes de dirección, de oficio, puede prevenir a las partes el cumplimiento de las formas procesales que se exigen.

- Resulta prudente consignar en la resolución que ordena el allanamiento, hasta donde sea posible, cuáles funcionarios intervendrán en el acto, advirtiéndosele a los mismos, en todo caso, que el acto está bajo la dirección del juez y que su intervención se dará en tanto este de manera verbal así se los autorice.
- Dependiendo de las circunstancias y del caso el Patronato Nacional de la Infancia debe solicitar una orden de "Allanamiento, Registro y Secuestro", con mayor razón si el caso amerita que se realice algún tipo de decomiso de cierto elemento necesario que demuestre los hechos puestos en conocimiento de la institución.
- Dependiendo del hecho, si el mismo constituye o puede constituir delito, se coordinará la acción con el fiscal de turno del Ministerio Público y, en su caso, con el juez penal; se tomará en cuenta la participación de un defensor público de ser necesaria, aunque ya se ha indicado que ello no es necesario si no existe un imputado debidamente individualizado.

Pareciera que en estos asuntos aunque el acto se haga de forma conjunta, cada juez debe confeccionar su respectiva orden, ya que la motivación en uno u otro caso puede ser diferente, por ejemplo, en la primera sería la investigación del ilícito puesto en su conocimiento, la recolección de elementos de prueba y la ubicación del imputado en la causa que conoce, la otra está basada en la salvaguarda de los derechos humanos de la persona menor de edad.