

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO

ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN

DERECHO

**EL ALLANAMIENTO COMO INSTRUMENTO
PARA LA PRÁCTICA DE EMBARGOS Y
CAPTURAS A LA LUZ DE LA REFORMA
PROCESAL CIVIL**

Postulante: Susana Chacón Cajina

Tutor: Daniel Alberto Jiménez Medrano

2018

DECLARACIÓN JURADA

Yo Susana Chaón Cajina, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 11033 0630 egresado de la carrera de Licenciatura en derecho de la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente apercibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de licenciatura en derecho, juro solemnemente que mi

trabajo de investigación titulado: El allanamiento como instrumento para la práctica de embargos y capturas a la luz de la Reforma Procesal Civil.

_____ es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los 17 días del mes de Mayo del año dos mil 2018.



Firma del estudiante

Cédula: 11033 0630

CARTA DEL TUTOR

San José, 15 de mayo del 2018

Destinatario
Carrera
Universidad Hispanoamericana

Estimado señor:

La estudiante Susana Chacón Cajina, cédula de identidad número 1-1033-0630, me ha presentado para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado "El allanamiento como instrumento para la práctica de embargos y capturas a la luz de la reforma procesal civil", el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación; antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos; conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por la postulante, se obtiene la siguiente calificación:

a)	ORIGINAL DEL TEMA	10%	10
b)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20
C)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	30%	30
d)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	20
e)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20
	TOTAL	100	100

En virtud de la calificación obtenida, se avala el traslado al proceso de lectura.

Atentamente,



Nombre: Daniel Albaro Jiménez Medrano.
Cédula identidad N° 1-1486-0502.
Carné Colegio Profesional N° 24482.

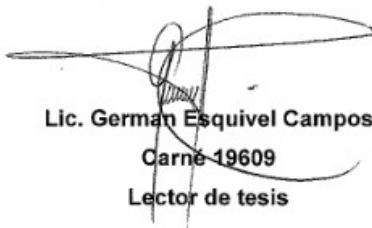
San José, 04 de junio de 2018

Señores(as)
Universidad Hispanoamericana
Facultad de Derecho

Estimados(as) señores(as):

Por este medio, quien suscribe, Lic. German Esquivel Campos, en mi calidad de Lector de la Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulada "**EL ALLANAMIENTO COMO INSTRUMENTO PARA LA PRACTICA DE EMBARGOS Y CAPTURAS A LA LUZ DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL**", realizada por la postulante **Susana Chacón Cajina**, me permito indicar que el presente trabajo de graduación se encuentre listo para su defensa, toda vez que de conformidad con las disposiciones reglamentarias y formalidades de la institución, la postulante, ha cumplido puntualmente con los requisitos sustanciales y de forma establecidos para el desarrollo de su Tesis.

Sin otro particular por el momento, se suscribe atentamente,



Lic. German Esquivel Campos
Carné 19609
Lector de tesis

CARTA DE REVISION FILOLÓGICA

Miércoles, 13 de junio, 2018

Lic. Piero Vignoll Chessier
Director Facultad de Derecho
Universidad Hispanoamericana

Estimados señores:


Por este medio yo, Karol Jiménez García, mayor, casada, filóloga y profesora de español, incorporada al Colegio de Licenciados y Profesores, con el número de carné: 039257, vecina de Desamparados, portadora de la cédula de identidad 1-1101-0902, hago constar:

1. Que he revisado el trabajo final de graduación para optar por el grado académico de Licenciatura denominado: **“EL ALLANAMIENTO COMO INSTRUMENTO PARA LA PRACTICA DE EMBARGOS Y CAPTURAS A LA LUZ DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL”**

2. Que el trabajo final de graduación es sustentado por la estudiante: Susana Chacón Cajina, cédula 1-1033-0630

3. Que se le han realizado las correcciones pertinentes en acentuación, ortografía, puntuación, concordancia gramatical y otras del campo filológico.

En espera de que mi participación satisfaga los requerimientos de la Universidad Hispanoamericana, se suscribe atentamente,


Karol Jiménez García
Máster
Carné No. 039257
Filóloga

INDICE

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
INTRODUCCIÓN.....	iii
CAPITULO I PROBLEMA DE INVESTIGACION	1
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	2
1.1.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	2
1.1.2 PROBLEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	6
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	7
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
1.3.1 OBJETIVOS GENERALES.....	8
1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	8
1.4 ALCANCES Y LIMITACIONES.....	9
1.4.1 ALCANCES.....	9
1.4.2 LIMITACIONES.....	10
1.5 HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
CAPÍTULO II MARCO TEORICO Y ANÁLISIS DE DATOS	12
2.1 EL ALLANAMIENTO PROCESAL.....	13
2.1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ALLANAMIENTO.....	13
2.1.2 DIFERENCIA DEL ALLANAMIENTO COMO INSTRUMENTO PROCESAL DE EJECUCIÓN Y COMO ADMISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE UNA DEMANDA.....	17
2.1.3 LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ALLANAMIENTO COMO INSTRUMENTO PROCESAL DE EJECUCIÓN.....	23
2.1.4 EL ALLANAMIENTO EN DERECHO PROCESAL PENAL.....	35
2.1.5 EL ALLANAMIENTO EN DERECHO ALIMENTARIO. APREMIO CORPORAL.....	43
2.1.6 EL ALLANAMIENTO EN DERECHO PROCESAL CIVIL. DESALOJO Y PUESTA EN POSESIÓN.....	46
2.2 DERECHOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON EL ALLANAMIENTO DE RECINTOS PRIVADOS.....	52

2.2.1	EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (JUSTICIA JUDICIAL) Y LA NECESIDAD DEL ALLANAMIENTO DE RECINTOS PRIVADOS.....	52
2.2.2	DOMICILIO Y RECINTO DE ACCESO PRIVADO.....	62
2.2.3	LA INVIOABILIDAD DE DOMICILIO Y RECINTOS PRIVADOS: DERECHO DE INTIMIDAD Y PRIVACIDAD.....	69
2.2.4	EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SUS LIMITACIONES.....	77
2.3	EL COBRO DE OBLIGACIONES DINERARIAS Y EL EMBARGO.....	86
2.3.1	OBLIGACIONES DINERARIAS Y SU COBRO JUDICIAL.....	86
2.3.2	EL DECRETO DE EMBARGO: MEDIDA CAUTELAR Y MECANISMO PARA LA EJECUCIÓN.....	94
2.3.3	LA PRÁCTICA DEL EMBARGO. OBSTÁCULOS Y LIMITACIONES.	113
2.3.4	EL EMBARGO Y LA CAPTURA DE BIENES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	116
2.4	EL ALLANAMIENTO DE RECINTOS PRIVADOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. SU CONSTITUCIONALIDAD Y APLICACIÓN PARA PRÁCTICAS DE EMBARGOS.....	120
2.4.1	ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ALCANCES.....	120
2.4.2	¿ES CONSTITUCIONAL SU REGULACIÓN?.....	126
2.4.3	¿ADMITE LA NORMATIVA DEL ARTÍCULO 137 ALLANAR PARA PRÁCTICA DE EMBARGOS Y ÓRDENES DE CAPTURA?.....	140
	CAPITULO III MARCO METODOLÓGICO	150
3.1	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	151
3.2	FINALIDAD.....	151
3.3	NATURALEZA.....	151
3.4	CARÁCTER.....	151
3.5	SUJETOS Y FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	152
3.6	FUENTES DE INFORMACIÓN.....	152
3.6.1	PRIMARIAS.....	152
3.6.2	SECUNDARIAS.....	153
3.7	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA DESARROLLAR LA INVESTIGACIÓN.....	153
	CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	155

4.1	CONCLUSIONES.....	156
4.2	RECOMENDACIONES.....	163
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	166

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de manera muy especial a mis papás, ya que fueron mi mayor motor para llevar a cabo este reto con su apoyo incondicional, el cual ayudó a mis deseos de superación y crecimiento profesional.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por la bendición de permitirme cumplir el inicio de muchas metas y en especial a mis padres a los cuales amo con todo mi corazón, a ellos mil gracias.

INTRODUCCIÓN.

El acceso a una justicia efectiva es un derecho y una garantía fundamentales de todo ciudadano. El Poder Judicial tiene como función procurar que se haga realidad ese ideal de la sociedad.

Existen muchos instrumentos en el ordenamiento jurídico para que la justicia sea efectiva. Uno de ellos, sin que sea el más importante o el primero del cual se deba echar mano en todos los casos, es el ingreso forzoso a lugares privados o de acceso restringido para dar cumplimiento a los que los tribunales de justicia deciden dentro de los procesos judiciales.

Las dificultades para que el derecho sea coercitivo y ejecutorio son comunes a cualquier materia e interés de los justiciables. Así ocurre con los requerimientos probatorios sobre los hechos que se invocan, con el cumplimiento de medidas cautelares, con las órdenes de apremios corporales o patrimoniales o la ejecución de condenas de cualquier tipo, entre otros.

Esta investigación implicará un desarrollo profundo, de lo general a lo específico, acerca de uno de los instrumentos para alcanzar el ideal de justicia: el allanamiento como instrumento procesal para la ejecución.

Para ello se abarcarán todas las aristas de los derechos involucrados, tanto de quien clama por justicia, como por las personas que se encuentran en espacios físicos, sean o no de su propiedad, al momento de ejecutarse un allanamiento de recinto privado.

Entrarán en juego entonces las normas, principios y circunstancias concretas que las autoridades judiciales deben ponderar para la toma de decisiones y las formas para su ejecución.

El objetivo general que se pondera trata de analizar si es constitucional, en todo caso razonable, proporcional y ajustado a los valores del sistema de justicia costarricense, allanar para uno de los aspectos concretos de las materias de competencia de los tribunales: Allanar recintos y domicilios privados para practicar embargos en materia cobratoria.

La cuestión requiere mucho análisis, desde diversos puntos, tales como el derecho comparado, los antecedentes históricos, los pilares fundamentales de la justicia, el bloque de constitucionalidad y la ponderación de los derechos subjetivos y garantías constitucionales de todas las personas involucradas.

En concreto, será relevante analizar, dentro de todos los estadios anteriores, el nuevo Código Procesal Civil costarricense, ley N° 9342, en concreto en una de sus normas:

Artículo 137. Para la ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios, cualquiera que sea su naturaleza, el tribunal podrá ordenar el allanamiento cuando las circunstancias lo ameriten. Para tal efecto, fijará el objeto, así como las condiciones bajo las cuales se practicará el allanamiento y tendrá amplias facultades para ingresar a los lugares, eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la Fuerza Pública cuando lo estime necesario. Del allanamiento se levantará un acta, firmada por los interesados, donde se consignará en forma circunstanciada su resultado.

Esta regulación entra en vigencia el 8 de octubre del 2018. Su legislación precedente, del mismo nombre, pero con número de ley 7130, no contempla una estipulación similar o equivalente, aunque sí regula el allanamiento procesal para la ejecución de otros aspectos concretos.

Por supuesto que el análisis de lo que dispone el nuevo Código Procesal Civil no se limitará a su artículo 137, puesto que deberá complementarse con las disposiciones concretas sobre apremio patrimonial, las medidas cautelares, el embargo preventivo y el ejecutorio, la ejecución de condenas y los principios informadores del sistema.

En definitiva, sin adoptar verdades absolutas, se pretende arribar a conclusiones razonadas y recomendaciones aceptables, que sean aplicables a la función judicial, así como a los intereses de las personas y los profesionales litigantes.

Probablemente se logre incentivar la reflexión jurídica y el debate, sin que la investigación le ponga fin a todas las inquietudes que el tema implica. Si esto ocurre, los objetivos de igual forma serán satisfechos porque se sabe que el derecho es dinámico y se encuentra en constante evolución.

CAPITULO I PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.

El artículo 23 de la Constitución Política de Costa Rica hace referencia a que:

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.
(Constitución Política de Costa Rica, art. 23)

Por lo tanto, el artículo mencionado anteriormente hace ver que el allanamiento se puede llegar a realizar por orden escrita de Juez competente, sin señalar que sea necesariamente por orden de un juez penal. Esta norma deja abierta la posibilidad de que pueda ordenarse dicho acto en otras ramas del derecho como por ejemplo en materia de pensiones alimentarias para el apremio corporal.

Ahora bien, el artículo 26 del Código de Pensiones Alimentarias establece que: Cuando el deudor alimentario se oculte, podrá ordenarse allanar el sitio donde se encuentre. El allanamiento se llevará a cabo con las formalidades del Código de Procedimientos Penales, previa resolución que lo acordare.
(Código de Pensiones Alimentarias, art. 26).

Esto significa que cuando el deudor alimentario se oculte, podrá ordenarse allanar el sitio donde se encuentre, para esto, el allanamiento se llevará a cabo con las formalidades del Código de Procedimientos Penales, previa resolución que lo acordare, a su vez que en materia civil también se encuentra prevista la figura para

la ejecución de desalojos ordenados en procesos de desahucio y puestas en posesión.

A partir de diciembre del dos mil quince, la Asamblea Legislativa aprobó un nuevo Código Procesal Civil, el cual entrará a regir a partir del ocho de octubre del año dos mil dieciocho.

En dicha reforma procesal cabe hacer referencia al artículo 137 que regula el allanamiento al indicar que:

Para la ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios cualquiera que sea su naturaleza el Tribunal podrá ordenarlo cuando las circunstancias lo ameriten. Para tal efecto, fijará el objeto, así como las condiciones bajo por las cuales se practicará dándole amplias facultades para ingresar a los lugares y eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la Fuerza Pública cuando lo estime necesario. Del allanamiento se levantará un acta, firmada por los interesados, donde se consignará en forma circunstanciada su resultado. (Código Procesal Civil, art. 137).

Esta norma amplía su ámbito de aplicación cuando señala “para todo tipo de pronunciamiento y acuerdos ejecutorios cualquiera que sea su naturaleza” con el fin de dar una tutela judicial efectiva a las personas físicas y jurídicas que requieran de una justicia pronta y cumplida en su solicitud, incluidos los acreedores de obligaciones dinerarias, ahora bien, se debe analizar detalladamente los obstáculos o limitaciones que nuestra norma constitucional establece, por lo que es importante aclarar, que se han realizado diversas tesis sobre el allanamiento, que tutela

variables derechos, no solo en Costa Rica, sino a nivel internacional, entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

1-Según Alexis Lorena Agurto, en su tesis previa para la obtención del título como abogada, en Ecuador, denominada: El allanamiento de domicilio con orden judicial, vulnera los derechos humanos de las personas, al no cumplirse con el debido proceso menciona las siguientes normas.

Numeral dos, del artículo 66 de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas, el derecho a una vida digna. El numeral 22 de la misma normativa, determina el derecho a la inviolabilidad de domicilio, señalando: 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. (Agurto. A, pág. 2).

2-Por su parte, Robersy Larez, de Republica boliviana de Venezuela en su tesis titulada: Efectividad del fundamento legal del procedimiento de allanamiento por parte de los órganos policiales sin violar el principio constitucional de inviolabilidad del domicilio, de las normas constitucionales cita lo siguiente:

1. Artículo 7 la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a esta constitución.
2. Artículo 47, el hogar doméstico y todo recinto privado de personas son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley, de

decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano. (Larez, R. pág. 8).

Según con las normas internacionales antes citadas, están ligadas a la inviolabilidad de los derechos constitucionales al igual que Costa Rica, pues son derechos inherentes al ser humano, lo que no quiere decir que sean absolutos ya que las normas son claras en señalar que es posible violentar dichos derechos, siempre y cuando exista motivo suficiente, fundamentado y cumpliendo con las formalidades de ley para llevar acabo dicho requerimiento.

1.1.2 PROBLEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.

Los acreedores tienen derecho a ejecutar sus derechos de crédito. Esta afirmación es la base de la solidez de los sistemas financieros y la continuidad de una economía dinámica. Cuando un deudor incumple la obligación, el patrimonio embargable del deudor se convierte en garantía legal para forzar el cobro. Así lo indica el artículo 981 del Código Civil.

Resulta que, al acudir a la vía judicial, los acreedores muchas veces encuentran obstáculo al ejercicio de sus derechos, porque se imposibilita la práctica de embargos y su aseguramiento efectivo, por situaciones como la ocultación y distracción de los bienes en sitios privados o de acceso restringido.

De esta forma, muy a pesar de la orden judicial, se imposibilita materializar los embargos sobre bienes muebles e inmuebles, porque a la persona designada para esta práctica, denominada ejecutor, se le impide el ingreso a los lugares donde los bienes se encuentran.

En esas condiciones, siempre sobre la base de los principios y derechos constitucionales, se plantea la siguiente problemática: ¿Es procedente allanar domicilios privados y lugares de acceso restringido, con el fin de practicar embargos y capturas sobre bienes de los deudores?

Esta opción ha sido vedada históricamente por décadas, debido a la inexistencia de una norma de rango legal que permita el allanamiento con los fines expuestos.

Es importante recordar que el artículo 23 de la Constitución Política Costarricense exige ley expresa que autorice el ingreso forzoso a domicilios y recintos privados, en supuestos explícitos dados por el legislador.

El nuevo Código Procesal Civil, en la Ley 9342, no es lo suficientemente claro y preciso en el tema. Su artículo 137, centro del análisis normativo de esta investigación, se limita a admitir los allanamientos como instrumento de ejecución de acuerdos y pronunciamientos. Habrá que analizar si esa regulación alcanza los pronunciamientos que decretan embargos y ordenan su práctica, con todos los artistas que esto implica.

1.1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

Como muchos temas jurídicos, la falta de precisión del nuevo Código Procesal Civil, justifica el análisis del problema planteado.

Las conclusiones que se obtengan, permitirán ratificar el ejercicio coercitivo de la jurisdicción para hacer justicia, a través de allanamientos en cuestiones cautelares

y ejecutorias a favor de los derechos de los acreedores; o, por el contrario, que el instituto no está previsto para esos efectos, es insuficiente o inconstitucional, con lo cual el cobro forzoso de los créditos debe procurarse a través de otros mecanismos.

La tesis se justifica entonces en el tanto pretende aclarar el panorama jurídico, con una investigación crítica y analítica que plantee las posibles posiciones sobre el tema, así como la enunciación de recomendaciones para solucionar la problemática, tanto desde el punto de vista normativo como interpretativo del Derecho.

Desde el punto de vista social, la insuficiente recuperación de créditos preocupa a las entidades financieras y prestamistas, pero también el abuso desproporcionado de los mecanismos coercitivos para hacer valer los derechos de supuestos acreedores, debe ponderarse con sumo cuidado, sobre todo cuando se trata de posible vulneración de derechos fundamentales de las personas, aun siendo supuestos deudores morosos de obligaciones de dinero; así como los derechos de sus familias, personas vinculadas y cualesquiera otros seres humanos que ocupen o habiten inmuebles temporalmente.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Es procedente allanar domicilios privados y lugares de acceso restringido, con el fin de practicar embargos y capturas sobre bienes de los deudores?

El principio constitucional a la inviolabilidad del domicilio, no es absoluto, pues este establece en qué casos y con qué justificativos podrá proceder.

Con la nueva reforma procesal civil, ley 9342 en su artículo 137 dejará abierta la posibilidad para realizar allanamientos en la ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios, cualquiera que sea su naturaleza.

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.3.1 OBJETIVOS GENERALES.

Determinar si el allanamiento regulado en el artículo 137 del nuevo Código Procesal Civil, ley N° 9342, supera los parámetros de suficiencia, proporcionalidad y constitucionalidad, para ejecutar embargos y órdenes de captura para el cobro de obligaciones de dinero no pagadas.

Lo que se busca adicionalmente en esta investigación, es validar si en el artículo 137 de la nueva reforma procesal civil ley 9342 es necesario indicar con más exactitud qué tipo de pronunciamientos y acuerdos y si es constitucional su aplicación para la práctica de embargos.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Analizar los derechos humanos y fundamentales que se limitan o vulneran cuando se ingresa a la fuerza a un domicilio o recinto privado.
- Estudiar el uso y aplicación del allanamiento en Costa Rica, tanto en la materia procesal civil, como la procesal penal y alimenticia.
- Desarrollar los principios derivados de los pronunciamientos de la Sala Constitucional sobre el allanamiento en procesos judiciales.

- Establecer pautas de operatividad del allanamiento en procesos judiciales internacionales.
- Determinar la razonabilidad y proporcionalidad del artículo 137 del nuevo Código Procesal Civil para su aplicación constitucional.

1.4 ALCANCES Y LIMITACIONES.

1.4.1 ALCANCES.

Esta investigación tiene un alcance en el ámbito patrimonial del cobro de obligaciones dinerarias. Pretende determinar si el allanamiento para la ejecución de pronunciamientos y acuerdos, previsto en el artículo 137 del nuevo Código Procesal Civil, ley N° 9342, es suficiente, legal y constitucional para aplicarlo al aseguramiento del cobro judicial.

Evidentemente que el interés de análisis de la figura del allanamiento de recintos y domicilios privados supera el ámbito patrimonial dinerario, puesto que podría ser importante para asegurar y ejecutar otro tipo de actividad procesal de interés en derecho de familia, laboral, contencioso administrativo, agrario y otros.

Sin embargo, la investigación pretende alcanzar la materia cobratoria, que por ser patrimonial no es menos importante que las demás. En Costa Rica más del cincuenta por ciento de los procesos judiciales que se tramitan son cobratorios de obligaciones dinerarias. Esto no es extraño, porque una de las bases de funcionamiento de la organización de vida radica en el crédito y el financiamiento

como formas necesarias para acceder a servicios de toda índole, necesidades básicas y el emprendimiento empresarial.

De esta forma, el allanamiento podría constituir un aliado del fortalecimiento del sistema económico del país, si permitiere acrecentar los índices de recuperación del crédito y financiamiento.

1.4.2 LIMITACIONES.

La investigación encuentra varias limitaciones. Principalmente se puede citar una fuerte cultura jurídica tradicional reticente a aplicar medidas conminatorias sobre derechos fundamentales de las personas en materia patrimonial.

En materias civil y comercial, el Código Procesal Civil ley N° 7130, solo prevé la posibilidad de allanar para ejecutar desalojos de personas luego de prosperar el proceso de desahucio judicial (artículo 453) y para poner en posesión de una cosa a su legítimo poseedor o dueño como consecuencia de una sentencia firme (artículo 695).

Con la nueva normativa que lleva el mismo nombre "Código Procesal Civil", el artículo 137 pretende ampliar el ámbito de opciones para practicar allanamientos en procesos de interés patrimonial, sin ser lo suficiente claro en su redacción o etapa procesal para su práctica. De ahí que los profesionales y analistas del derecho tengan dudas acerca de su aplicación para la práctica de medidas cautelares como el embargo.

Otra limitación se da porque la norma en la que se centra el estudio no se encuentra vigente al momento de la investigación, puesto que entrará en vigencia el 8 de

octubre del 2018. De ahí que no se cuente con criterios judiciales explícitos, jurisprudencia ni resultados constatables de la experiencia judicial.

1.5 HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

El allanamiento regulado en el artículo 137 del nuevo Código Procesal Civil, ley N° 9342, es suficiente, proporcionado y constitucional, para ejecutar embargos y órdenes de captura necesarios para el cobro de obligaciones de dinero no pagadas.

CAPÍTULO II MARCO TEORICO Y ANÁLISIS DE DATOS

2.1 EL ALLANAMIENTO PROCESAL.

2.1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ALLANAMIENTO.

Según el autor Maximiliano Hairabedián en su libro. La inviolabilidad, registro y allanamiento del domicilio, en su editorial Abeledo Perrot, hace referencia a una breve reseña historia para tratar con el tema del allanamiento, el cual se resume a continuación:

La protección de las casas antiguamente se realizaba bajo un tema religioso, era según ellos la mejor forma de protección para los ciudadanos, las arras, los hogares considerados sagrados y los refugios, los cuales eran vistos como inviolables, pues se decía que a nadie se le podía sacar de ella a menos de que se le comprobara que haya cometido una injusticia.

Sigue indicando el autor que aproximadamente para los años 80 a.C aparece la Lex Cornelia por Cornelio Silas trayendo con esta una protección a la morada y se reprendía a quien la violentara.

Para lo que respecta al derecho Romano existían la práctica del allanamiento, pero para poder llevarlo a cabo se necesitaba la aplicación de todo un ritual y se aplicaba en los casos como el hurto, para llevar acabo dicho ritual se debía exponer al acusado a ser desnudo para verificar que no llevara consigo el efecto buscado, este tipo de ritual fue considerado como una formalidad "lance et licio" dejando al damnificado solo con un taparrabo y un tipo de cordón junto con una bandeja para colocar el objeto hurtado, la idea de llevar dicha práctica ritual fue tomada de la Ley de las XII tablas que conceptualizaban antiguos rituales mágicos, pero con forme

paso el tiempo se llegó a considerar algo ridículo, por lo que vino a ser derogada por la Lex Aebutia. Con esta nueva ley se logró la innovación de eliminar los rituales y mejor impulsar la exigencia de aportar testigos que fortalecieran los hechos que se culpaban y para dicha época imperial el registro de morada solo era posible si se autorizaba por un magistrado que delegaba en un subalterno para que este acompañara a la víctima al procedimiento.

Continúa señalando el autor Maximiliano que, durante la época de la edad media, el derecho Germano establecía cuatro formas o procedimientos para recuperar las cosas para quienes las hubiera perdido.

a)- Una era la In fraganti.

b)- La querella, la cual aplicaba para los robos o hurtos.

c)- La aprehensión y

d)- El escudriñamiento considerado un procedimiento extrajudicial, que se daba cuando se desconocía al ladrón. (Hairabedián. M.Pág.3).

Para el derecho medieval español, influenciado por el germánico y romano era tal la protección al domicilio que daban muerte al que llegara a introducirse en una morada.

En el caso de los municipios de Sepúlveda, Brihuega y Cuenca, preveían al allanamiento con varios procedimientos para poder reivindicar los bienes muebles perdidos o sustraídos, los cuales se daban por medio de: Apellido, querella por robo o hurto, escudriñamiento y por medio de la demanda de existir bienes muebles.

Para el caso del escudriñamiento era similar al derecho germánico con la diferencia de que permitía el ingreso a una casa cuando realmente se tenían sospechas de que ahí se encontraría al ladrón o el bien sustraído y para lograr el ingreso requerían de la autorización de un juez junto con la participación de las autoridades públicas para cumplir con dicho ingreso, lo que era considerado de carácter judicial y el registro debía ser practicado estrictamente en horario diurno, pues quedaba totalmente vedado o prohibido ingresar a registrar dichas moradas durante la noche, sea cual sea la urgencia les era restringido su ingreso y si se tenía temor de esperar hasta el día siguiente para regresar a la casa sospechosa y realizar el registro, debían esperar fuera de ella, montando vigilancia para esperar que se hiciera de día y así poder ingresar, ya que ni si quiera con la autorización del interesado se podía practicar el registro en dicha morada.

Para los siglos XVIII y el comienzo del XIX, en el cuerpo normativo “las Partidas” buscaban en las casas de los siervos religiosos por medio de la práctica de allanamientos la aprensión de las mujeres que habitaban con clericós, al igual que las casas donde se practicaran juegos y para la búsqueda de cualquier tipo de prueba de un posible delito, pero se debía contemplar de una orden expresa por el juez para los reconocimientos y solo aplicaba la inmunidad para las casas de los embajadores.

Para finales del siglo XIX se evidencio en el derecho español los allanamientos permitidos en casos específicos como: aprender reos con autos de prisión, casos de flagrancias, cuando existieran indicios fundados de una posible comisión de un

crimen o para la búsqueda de objetos de prueba que se vincularan con un hecho delictivo y por último para los casos de embargos. (Hairabedián.2012).

Con lo que respecta a esta tesis el tema del allanamiento muestra atreves de la historia como el mismo siempre fue aplicado, aunque muy minuciosamente, pues no era fácil ingresar a dichos hogares por diferentes razones, ideas, rituales, leyes, etc. Aunque no se denegó el acceso absolutamente, pero si con cierta precaución a través del tiempo, nada fuera de la realidad de la que se vive actualmente, pues los allanamientos son permitidos con una serie de requisitos y formalidades, recelo y gran peso constitucional, con principios, leyes y derechos humanos.

Se nota que históricamente la seguridad y la paz era resguardada primeramente por aspectos religiosos o rituales, pues debían valerse de algo para sentirse permitidos de ingresar a un domicilio, pero antes cumpliendo con una serie de requisitos que consideraban formales para no ingresar de buenas a primeras, luego se fueron requiriendo de nuevos ideales para eliminar todo tipo de ritual y traerlo más a la realidad con lo que se vive actualmente, ya que en la historia a través de la cercanía de los tiempos, se consideró que la práctica de dichos allanamientos debían ser permitidos con órdenes de un juez y el auxilio de la seguridad pública, caso similar a lo que se vive en la actualidad.

2.1.2 DIFERENCIA DEL ALLANAMIENTO COMO INSTRUMENTO PROCESAL DE EJECUCIÓN Y COMO ADMISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE UNA DEMANDA.

En materia procesal existen dos tipos de allanamiento: El allanamiento como instrumento para la aceptación expresa de las pretensiones de una demanda y el que sirve de instrumento para facilitar la ejecución de resoluciones judiciales.

Uno de los allanamientos es: Cuando existe una demanda interpuesta contra una persona y ésta acepta las pretensiones que la parte actora solicita. Este allanamiento se encuentra regulado en el artículo 304 del actual Código Procesal Civil costarricense (ley 7130), el cual indica que, si el allanamiento es total, el procedimiento a seguir es dictar una sentencia sin más trámite; pero si este es parcial, el fallo solo cubrirá los extremos aceptados y continuará únicamente con las pretensiones restantes.

En cuanto al nuevo Código Procesal Civil. ley 9342, en su artículo número 39, señala:

La falta de contestación del demandado permitirá tener por acreditados los hechos, en cuanto no resulten contradichos por la prueba que conste en el expediente. El rebelde podrá comparecer en cualquier momento, pero tomará el proceso en el estado en que se encuentre. Si el demandado se allanara a lo pretendido en la demanda u omite en contestarla, o la contesta extemporáneamente, se dictará sentencia anticipada sin más trámite, salvo hubiera indicios de fraude procesal, si la cuestión planteada fuera de orden público se tratará de derechos

indisponibles o fuera indispensable recibir prueba para resolver, en cuyo caso se continuará con el procedimiento.

Si el allanamiento fuera parcial se dictará sin más trámite sentencia anticipada sobre los extremos aceptados y podrá ser ejecutada sobre los extremos aceptados y podrá ser ejecutada de inmediato, en legajo separado. El proceso seguirá su curso normal en cuanto a los extremos no aceptados.

La legislación argentina, al igual que en otros países, también utiliza este término “allanar” para hacer referencia a una forma de contestación de la demanda.

Concretamente, el artículo 70 de su Código Procesal Civil y Comercial, señala:

No se impondrán costas al vencido: 1) Cuando hubiese reconocido oportunamente como fundadas las pretensiones de su adversario allanándose a satisfacerlas, a menos que hubiere incurrido en mora o que por su culpa hubiere dado lugar a la reclamación. 2) Cuando se allanare dentro del quinto día de tener conocimiento de los títulos e instrumentos tardíamente presentados. Para que proceda la exención de costas, el allanamiento debe ser real, incondicionado, oportuno, total y efectivo. Si de los antecedentes del proceso resultare que el demandado no hubiere dado motivo a la promoción del juicio y se

allanare dentro del plazo para contestar la demanda, cumpliendo su obligación, las costas se impondrán al actor.

Se observa que este tipo de allanamiento consiste en una de las formas de contestación de una demanda para aceptar expresamente sus pretensiones. Existen otras formas de contestar las pretensiones de dicha demanda como lo es por medio de la oposición negativa o la que tácitamente admite los hechos de la demanda por presentarse de forma extemporánea o total omisión, sin que por ello se infiera una admisión de las pretensiones.

El otro tipo de allanamiento que existe no tiene ninguna relación con la contestación de aceptar o no pretensiones de una demanda interpuesta, sino más bien trata del ingreso forzoso al domicilio o recintos privados de las personas para obtener el fin buscado por la justicia de forma coercitiva y con todas las formalidades de ley. Seguidamente algunos autores en el libro titulado El allanamiento de domicilio y otros recintos de los autores Edwin Duarte Delgado y Francisco en el mismo libro, editorial colección doctrinaria, exponen con diferentes conceptos de autores en cuanto al allanamiento, las cuales se citan:

Clarián Olmedo, para quien el allanamiento es un acto de coerción real limitativo de garantía constitucional, consiste en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad expresa de quien está protegiendo por esa garantía. (Duarte.E.pág.13)

Caferata, lo conceptualiza: Cuando se estime que el titular del derecho de exclusión del lugar que se quiere registrar, posiblemente no se presente voluntariamente a la realización del acto, la ley autoriza al juez a disponer de la fuerza pública y ordenar el registro.” (Duarte.E.pág.14)

Cabanellas, dice que allanar es: Autorizar a los funcionarios de la justicia para que puedan penetrar a un domicilio particular, u otro lugar cerrado, para efectuar registros, detenciones y demás diligencias. La autorización que ha de estar justificada al menos por indicios o sospechas, suele extenderla el juez en el llamado auto de allanamiento. En casos de flagrante delito y en las excepciones de la inviolabilidad del domicilio no se requiere de permiso escrito. (Duarte.E.pág.14).

El concepto del allanamiento que se visualiza en las citas anteriores reflejan como el allanamiento en cuestión trata del ingreso de forma coercitiva, forzosa, limitadora de derechos y garantías constitucionales, para ser aplicada en casos relevantes y fundados, pues sea cual sea el caso, deben cumplir con formalidades y la orden de un juez.

Mientras tanto, la Sala Constitucional de Costa Rica en su voto 4029-92 define al allanamiento como:

La medida que permite el ingreso de extraños a un recinto privado, así como realizar actos necesarios para el desenvolvimiento del proceso (inspección, registro, secuestro, captura) siempre que se hayan satisfecho las formalidades impuestas por la ley y respetando los valores jurídicos fundamentales de la colectividad, vida, propiedad, etc.

Se dio a notar que, en los diferentes conceptos sobre el allanamiento, se le considera coercitivo e involuntario, pero lícito, significando un ingreso imponente al domicilio, pero legalmente necesarios para llevar adelante procesos de investigación, de aprehensión, de posesión, y de todo aquello que amerite el cumplimiento de las leyes.

Según con el diccionario de la Real Academia la acción de allanar se define como:

Entrar en casa ajena contra la voluntad de su dueño, vencer o superar alguna dificultad o inconveniente, registrar un domicilio con mandamiento judicial, pacificar, aquietar, sujetar.

Cabanellas, en su diccionario de derecho usual (14^a edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1980, p. 266), indica:

El allanamiento es entrar, con poder escrito de autoridad judicial, en un domicilio local, para realizar en ciertas diligencias sumariales o de seguridad como detenciones y registros; de conformidad con una pretensión de la parte

contraria en una causa o juicio o aquiescencia a una resolución judicial, con renuncia a la posible impugnación; de igual forma considera que es autorizar a los funcionarios de la justicia para que puedan penetrar en un domicilio particular, u otro lugar cerrado, para efectuar registros, detenciones y demás diligencias. La autorización que ha de estar justificada al menos por indicios o sospechas suele extenderla el juez en el llamado auto de allanamiento. En caso de flagrante delito y en las excepciones de la inviolabilidad del domicilio, no se requiere permiso escrito; entrar en morada ajena sin voluntad expresa o tácita de la que la habita legítimamente, violación castigada por los Códigos penales. (Cabanellas. G. Pág.266)

Tomando en consideración los anteriores conceptos, encontramos elementos de convergencia para esbozar una definición integral: el allanamiento, dentro del ámbito procesal, es el instrumento que pueden utilizar los jueces para ordenar y ejecutar el ingreso forzoso a domicilios o recintos privados, contra la voluntad de las personas, con el fin de registrar e inspeccionarlos. Para su licitud, es necesario que no violente los valores, derechos y garantías, ni las formalidades de ley que posteriormente se desarrollarán.

Teniendo clara la distinción entre los dos tipos de allanamiento, no se sostiene que ambas figuras procesales sigan siendo llamadas de la misma manera. La duplicidad de significados genera confusiones innecesarias. Por ello, se considera que ambos deberían llamarse diferente o bien detallar alguna diferencia entre uno y otro concepto, pues por lo general el nombre "allanamiento" pareciera que se trata de un solo instituto.

Para el primero de los conceptos reseñados se puede sugerir: allanamiento a las pretensiones de la demanda o bien, aceptación de las pretensiones de la demanda.

En cuanto al otro tipo de allanamiento, que por cierto es el objeto de estudio de esta tesis jurídica, podría llamársele: Ingreso forzoso o ingreso coactivo de domicilios y recintos privados.

Como se observa, las denominaciones sugeridas, sin ser extensas, especifican con mayor exactitud, el contenido y objetivo de cada uno de los institutos, diferenciándolos jurídicamente.

2.1.3 LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ALLANAMIENTO COMO INSTRUMENTO PROCESAL DE EJECUCIÓN.

Cuando se habla del análisis de constitucionalidad de un instituto jurídico que refiere a derechos fundamentales de las personas, indefectiblemente se deben considerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, las formalidades legales y su carácter restrictivo.

Con una breve reseña histórica, nos indica el autor Maximiliano Hairabedián, que en el derecho español de finales del siglo XVIII e inicios del XIX, el allanamiento procedía en los siguientes casos:

- a. Aprehensión de reos con auto de prisión.
- b. Aprehensión de personas en casos de flagrancia o indicios fundados de delincuencia.
- c. Para impedir la comisión de un crimen.
- d. Buscar objetos vinculados al delito.

e. Para embargos.

(Hairabedián.M.pág.3)

Sigue señalando el autor que, durante la evolución y la historia constitucional argentina, el derecho a la intimidad se tutelaba como el derecho a la vida privada, no solo en el aspecto domiciliario, sino que amparaba también documentos privados y la correspondencia que dejaba por fuera la autoridad de los magistrados y toda acción privada de los hombres, siempre y cuando no afectaran el orden público, la moral ni a terceros. Señala que hasta la actualidad se da esta garantía que brinda el derecho al hombre de estar solo y así proteger su desenvolvimiento en contra de toda interferencia que fuere arbitraria así fuera del Estado, la sociedad o cualquier persona que quisiera perturbar este derecho, poniéndole límites al poder que deseen ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo ya que este tiene derecho para decidir por sí mismo como quiere compartir con los demás sus sentimientos, pensamientos y cualquier otro hecho de su vida personal.

Esta garantía es para todo aquello que la persona desee limitar al público, pues es indisoluble la tutela que posee con la libertad. La inviolabilidad del domicilio se extiende también a la libertad de fijarlo, cambiarlo y utilizarlo de la manera que quiera, sin afectación a la ley o a los derechos de terceras personas.

El allanamiento procesal, en cuanto afecta las garantías de inviolabilidad del domicilio, el derecho de intimidad, debe tener un carácter restrictivo.

Ahora bien, en Costa Rica, el allanamiento es el procedimiento constitucionalmente autorizado para acceder a la esfera de intimidad del domicilio, habitación o recintos privados, siempre que se cumpla con las formalidades de ley.

El instituto del allanamiento se caracteriza por ser un acto sorpresivo, pues la persona que habita o se encuentra en el lugar no tiene idea de la visita judicial que va dirigida al ingreso forzoso. En cuanto al derecho procesal penal, el elemento “sorpresa” es necesario para evitar que las personas que se buscan o los elementos materiales que se desean perseguir, sean distraídos y los posibles imputados se den a la fuga.

En la materia alimenticia, en las que no se habla de imputados, sino de demandados, el allanamiento sorpresivo también pretende evitar su fuga si fuera el caso de una orden de apremio corporal por pensión alimentaria.

En cualesquiera de los casos, se ejecuta de manera sorpresiva y confidencial.

El artículo 23 de la Constitución Política de Costa Rica, indica que el domicilio y otros recintos privados son inviolables, señalando:

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.

De acuerdo con lo anterior, el derecho de domicilio no es un derecho absoluto, puesto que es posible ingresar a la fuerza a un lugar con razones justificadas.

Existen ocasiones en que se justifica violentar el derecho de unos, para proteger los derechos de otros que requieran auxilio judicial y de otras entidades públicas, haciendo necesario el allanamiento para impedir daños mayores, como, por ejemplo:

- a. Un allanamiento en tema de pensiones alimentarias, donde el deudor se oculta para el no pago de la pensión de su familia.
- b. La captura de una persona sospechosa de haber cometido un delito, que en el acto ingresa a una casa para evadir el arresto.
- c. Casos de violencia doméstica, donde hay una persona agrediendo a sus familiares.

En todos los casos, con amparo en la ley y el orden constitucional, sea la autoridad judicial o policial puedan ingresar a la fuerza para dar protección y auxilio, pues de no actuar rápidamente podría ocurrir una consecuencia peor o la elusión de una obligación alimentaria.

También existen los casos en materia civil, donde un deudor con una demanda en su contra de cobro judicial, por el no pago de su deuda, se hubiera rematado un bien de su propiedad para que, con el producto del precio, sea cancelada la obligación. Pero resulta que la parte demandada, que ya ha dejado de ser dueña del bien, no quiere entregarla a su nuevo propietario y por esta razón se ven las autoridades en el deber de ingresar coercitivamente a sacar a las personas que habiten u ocupan el bien, y si estas se resisten, a la fuerza se realiza el desalojo y la puesta en posesión a favor del nuevo dueño.

Como se observa, existen muchas razones que justifican el instrumento del allanamiento para vulnerar legalmente los derechos a la intimidad y el domicilio, amparados por la Constitución Política.

Se debe entender que la Constitución es el límite de los poderes del Estado, vinculantes e intocables para toda acción política, estableciendo límites materiales, valorativos basados en principios y valores que en ella se consagran. Por esta razón, los valores y principios constitucionales sirven de límite en la actuación del legislador y ulteriormente para los jueces que deben aplicar las normas en casos concretos. Así, no es válida ninguna actuación que se realice fuera de los valores y principios constitucionales, pues lo que se trata es de proteger la libertad frente a los poderes absolutos y arbitrarios del Estado y con esto se vea garantizada la libertad de todos los ciudadanos. De ahí el carácter justo pero restrictivo del allanamiento procesal.

En el voto N° 3333-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se hace un análisis con base en el artículo 23 de la Constitución Política vinculado a los derechos fundamentales de intimidad y la vida privada, sobre lo cual indica que no son derechos ilimitados, al igual que otros derechos individuales. De ahí se da la posibilidad de ingresar al domicilio en contra de la voluntad expresa de su dueño sin que esto signifique atentar contra la inviolabilidad mientras la orden de allanamiento sea fundada y dictada correctamente por juez competente, exhibiendo dicha orden al titular o cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el lugar que se desea allanar, procediendo conjuntamente en realizar un registro en presencia de la misma, levantando un acta de cada actuación que se realice. Esto hace que no se incurra en violación de derechos fundamentales, tal y como lo indica la Sala en el

voto citado: “las violaciones constitucionales no se miden en el tanto perjudiquen o beneficie al ciudadano, sino en el tanto y cuanto se haga lo que la constitución no quiere que se haga.

La orden escrita previa al allanamiento, tiene como fin garantizarle al ciudadano la transparencia y pureza de ese acto. Con esto se pretende evitar que se legitimen actos de la policía contrarios a la orden previamente fundada. Es importante recordar que los criterios de proporcionalidad y razonabilidad dimanen de lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, párrafo segundo.

Según el voto n° 1620-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia hace referencia o aclaración para dejar claro que el allanamiento no es un instrumento absoluto de la materia penal, sino más bien que dicho instrumento es necesario aplicarlo a otras ramas del derecho, señalando que la Carta Magna autoriza el allanamiento en casos muy calificados, indicando en su artículo número 23, que faculta el allanamiento de morada siempre y cuando exista orden escrita de juez competente sin importar la materia, mientras se cumplan con los requisitos establecidos por el código procesal penal, con el fin de evitar la violación de derechos subjetivos amparados en la Constitución Política, lo que significa que no hay impedimento para que el allanamiento sea practicado en cualquier materia de derecho, pues la misma Constitución Política no cerro, ni vedó la posibilidad de cumplir con dicha práctica para ciertos casos en concreto, siempre y cuando se apegue de las formalidades de ley y el juez tenga total conocimiento del caso en concreto, fundamentando las razones de peso del porqué es necesario acudir a dicho instrumento antes de su ejecución. El allanamiento no tiene un carácter

prefijado y más bien lo hace accesible a cualquier materia para cumplir con “la recta administración de justicia o cuando su no realización implique poner en grave peligro a las personas o las cosas”. Lo que significa que no es aplicable únicamente por la materia penal, por haberse incorporado las formalidades en el código procesal penal.

El autor Maximiliano, en su libro Inviolabilidad, registro y allanamiento del domicilio, señala en resumen: Que de acuerdo al derecho judicial español se puede actuar sin previa orden en algunos comercios con acceso restringidos al público, como es el caso de un bar en el que se consideró que no es un ámbito de privacidad donde la persona desarrolla su vida, sino simplemente para distracción y satisfacción de algunas necesidades y por esta razón no alcanza una protección constitucional como si la debe el domicilio.

Sería ilegítimo el ingreso sin previa expedición de orden judicial en cuanto a lugares cerrados y privados, donde los propietarios, inquilinos o poseedores permiten el ingreso al espacio común. También sería ilegítimo el ingreso a un estacionamiento cerrado con portones, aunque uno de los propietarios de las cocheras lo consienta, pues el vínculo de espacio cerrado que tiene éste con las demás personas hace que se proteja la intimidad y la propiedad de todos, puesto que el domicilio no es el único valor de protección constitucional, ya que un sitio cerrado puede ser utilizado como lugar de trabajo, estudio, recreación y se le considera una prolongación de la persona y no solo en los muros domésticos.

Ahora bien, Sobre la tutela del domicilio y la honra de una persona, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en su artículo 11 estipula lo siguiente:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la 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, 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.

Tal como lo indica el artículo anterior, estos derechos serán protegidos cuando se vean violentados o vulnerados ilegalmente y no cuando se trate de un acto formal legalmente aprobado por las normas que rigen para el cumplimiento correcto del instrumento del allanamiento. Impone límites a los abusos, pues este instituto no puede ir contra las normas que amparen el instrumento con las formalidades de ley, debido a que el incumplimiento de las autoridades judiciales en cuanto a las formalidades lo hace caer en un ataque y acto arbitrario.

Según el autor Maximiliano, en su obra "Inviolabilidad, registro y allanamiento de domicilio" comenta un ejemplo de un allanamiento ilegal sin orden previa, en el cual se secuestran bombas y se desarticula una célula terrorista. De ahí la importancia

de cumplir los requisitos legales, porque de lo contrario, al excluir la prueba, las personas implicadas hubieran quedado impunes.

De lo anterior se desprende que el tema del abuso y la falta de formalidades en el allanamiento, no se limita al respeto de los derechos fundamentales de las personas, si no también, al cuidado que debe tenerse para que esa vulneración prohibida por el ordenamiento jurídico, no sea un motivo constante para frustrar los fines nobles de la administración de justicia.

Es importante destacar las consecuencias del incumplimiento de las formalidades que la ley o la Constitución establecen, en cualquier materia. Al respecto, el Código Penal en su artículo 205 señala claramente las sanciones para los funcionarios públicos que utilicen este instituto del allanamiento de forma arbitraria, lo que significa omitir las formalidades legales que este requiere para ser amparado constitucionalmente, de lo contrario se estaría ante un allanamiento ilegal y con ella su consecuencia del artículo supra citado que señala lo siguiente:

Código penal. Allanamiento ilegal. Artículo 205. Se impondrá prisión de seis meses a tres años e inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, de uno a cuatro años al agente de la autoridad o al funcionario público que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine.

Según la norma anterior, el delito es grave para quien provoca la afectación al bien jurídico y no por un ciudadano común, sino un funcionario del estado que actúa en el ejercicio de su cargo.

A efectos de la constitucionalidad del allanamiento, es importante rescatar el principio de proporcionalidad en temas constitucionales y su ponderación con los intereses en juego.

Según con lo dicho por el autor Maximiliano, la jurisprudencia alemana, a propósito del principio de proporcionalidad, ha delimitado que el allanamiento solo puede ser utilizado en situaciones excepcionales, donde la prueba adquirida de forma ilícita, es el único medio posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y mucho más urgentes, como parámetros de ponderación en una balanza entre el medio empleado y la finalidad. Con esto, se justificaría que la prueba obtenida inconstitucionalmente es admisible cuando se pruebe que era el único medio de evitar un desastre de mayor magnitud. Con el ejemplo de la evitación de un desastre terrorista, la jurisprudencia alemana justificaría el allanamiento sin orden previa de juez competente.

En relación con el mismo principio, el Tribunal Federal de Casación Penal suizo indicó que se debe analizar caso por caso si la violación es tan grave que no permita la prueba obtenida ilegalmente, por lo que se debe analizar los intereses y los derechos en juego y si constitucionalmente puede ser tolerada, puesto que existen derechos y garantías que no son absolutos. Con ello, se admite la omisión de ciertas formalidades o requisitos dando el ejemplo en un allanamiento que la jurisprudencia española consideró desproporcional cuando declaró la nulidad de un registro en el que se secuestraron 43 kg de hachís en un horario no habilitado por el ordenamiento jurídico.

Al igual que en Costa Rica, toda prueba adquirida ilegalmente por la violación a las formalidades del código procesal penal, serán consideradas ilegales por lo que no serán tomadas en cuentas como prueba en el caso en concreto, si estos no están autorizados por pero si hay que entender que para los casos de urgencia, la ley si dejo abierta la opción de acudir al instrumento del allanamiento sin orden previa y lo dejo explícito en el mismo código procesal penal, para evitar que la norma de formalidades incapacitara el allanamiento, dirigido a este tipo de casos, pues ante todo la salud pública, la vida humana, la integridad física, debe estar antes de cualquier formalidad y ser acatada de inmediato, pues de eso trata la justicia pronta y cumplida.

A pesar de las situaciones excepcionales y las que se puedan crear como diversas hipótesis, existen cantidad de normas que tutelan la inviolabilidad del domicilio, pues el término “domicilio” es una razón de peso para su tutela, un domicilio hace referencia a una casa vivienda, con habitaciones o lugares cerrados adyacentes a ella, que lo hace más vulnerable, dado que se trata del lugar donde existe la mayor privacidad de las personas que la habitan, su familia, su lugar de descanso, espacios privados de sus actuaciones, costumbres, quehaceres, intimidad y por eso goza de protección constitucional y de otras leyes como:

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 17:

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

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hace también su referencia a la tutela de los derechos de la vida privada y su domicilio, siempre y cuando sean legales y no señala en ningún momento que la privacidad de domicilio sea un derecho absoluto, pues como ya se ha visto en otras normas, estas dejan la libertad al instituto del allanamiento actuar según los casos y siempre con las formalidades legales para que sea legítima su actuación.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 9 señala:

“Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio”.

Como corolario de lo anterior, es importante considerar que las órdenes de allanamiento deben ser proporcionadas a los intereses y derechos tutelables en juego, lo que justifica su carácter excepcional y debe ejecutarse bajo los requisitos y formalidades que la ley contemple, de la forma menos gravosa para las personas ocupantes del bien en el que se realiza, salvo que una circunstancia excepcionalmente razonada, sea por el alto riesgo o peligro sospechado con prueba calificada, justifique prescindir de alguna formalidad.

Ante este panorama, derivación del principio de constitucionalidad, se puede concluir que, a mayor riesgo social, menor justificación de los requisitos. Por eso, el artículo

23 constitucional prescinde de la orden previa cuando se trate de evitar daños inminentes a las personas o propiedad privada, pero la orden judicial sería indiscutible cuando ya el delito o el daño se hubiera consumado.

2.1.4 EL ALLANAMIENTO EN DERECHO PROCESAL PENAL.

En materia procesal penal los allanamientos de domicilio y recintos privados pueden ser ordenados judicialmente cuando se presume o determinen elementos suficientes en los que se vea vinculado un delito, tales como objetos, personas sospechosas, la detención de un reo o por cualquier otra cosa materialmente afectada por la comisión delictiva. Por esta razón este tipo de medida ayuda en asegurar, recoger y secuestrar todo hecho probatorio que ayude con la investigación anteriormente realizada. Como es evidente, el allanamiento se maneja de forma coercitiva, pues se realiza a la fuerza y en contra de la voluntad de las personas que habiten u ocupen el bien. Se requiere en estos casos una autorización de un juez, de lo contrario sin esta orden judicial todos los elementos de prueba conseguidos en dicho allanamiento pierden eficacia probatoria.

La estricta necesidad de una orden escrita de juez competente puede acompañarse del auxilio de la policía judicial o administrativa.

Los allanamientos en esta materia, son caracterizados por la forma en que se realizan, puesto que en muchos casos se hace necesario y proporcional que la policía judicial ingrese de forma coercitiva, con cierta o mucha agresividad, la mayor parte del tiempo con el derribo de puertas, portones, subir muros o destruir todo aquello que obstaculice el acceso al lugar que se dese allanar.

Asimismo, los actos de allanamiento deben realizarse de forma sorpresiva, pues no se le notifica previamente al titular del recinto o domicilio, el día ni la hora, ya que actuar de forma contraria serviría para distraer todos los elementos probatorios que se necesitan para recabar y fortalecer la investigación judicial.

La Sala Tercera costarricense se ha referido al allanamiento en procesos penales y los requisitos para su constitucional, los cuales expone en su voto número 01160-2000. En esta resolución, la Sala mencionada hace un análisis integral del artículo 23 de la Constitución Política en relación con el Código Procesal Penal. De ello infiere que para la validez del allanamiento está sujeta a la existencia de motivos para vincular cosas, objetos o personas relacionadas con un hecho punible. De existir esos motivos, el juez podrá ordenar el allanamiento, de forma escrita y en auto fundado con todas las exposiciones de las razones, para su ejecución posterior, de forma personal con el auxilio de la policía administrativa o delegando dicha diligencia en funcionarios de la policía judicial cuando no se trate de domicilios privados.

A criterio de la Sala Tercera y la Carta Magna tácitamente señala que el domicilio y cualquier otro recinto privado son inviolables, pero dejando abierta toda posibilidad de allanar, siempre y cuando exista orden escrita y fundada de juez competente, con conocimiento de la causa que lo origina, y con ello impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a las personas o la propiedad, siempre con sujeción a la ley. La Sala enfatiza en la necesidad de elaborar un acta escrita en la que se consigne la realización del acto.

Estas formalidades son indispensables por tratarse de diligencias coactivas, donde se verán afectados los principios de la vida social, tranquilidad, intimidad del domicilio u otras estancias privadas. Por estas razones, se justifican las limitaciones a la intervención estatal. En el voto indicado, la Sala Tercera explica que la actuación de la policía solo podría ejecutarse con orden de juez competente, quien resulta ser el contralor de la legalidad de lo que se ordena y ejecuta, sin abusos ni criterios desproporcionados.

Agrega el voto que los requisitos del Código Procesal Penal refuerzan las garantías constitucionales, respetando horarios para realizar dicha diligencia. Dicha orden debe tener contenido como: en qué fase del proceso se encuentra, quién lo debe gestionar, la identificación de los sujetos que actuarán en el allanamiento y la principal actuación del juzgador cuando se trate del allanamiento de domicilios, recintos privados o de habitación.

Este instituto llamado allanamiento, es de vital importancia y requiere de mucha formalidad y fundamentación para su debido proceso y así garantizar el derecho de defensa a los afectados y saber por qué se les inquieta, perturba, persigue y se actúa de forma coercitiva a su domicilio o recintos privados.

La omisión de los requisitos legales hace ilícito el allanamiento y para eso existe norma expresa que señala las formalidades legales en el código procesal penal que indica lo siguiente:

Artículo 196. Formalidades para el allanamiento: Una copia de la resolución que autoriza el allanamiento será entregada a quien habite o posea el lugar donde se efectúe o, cuando esté ausente, a su

encargado y a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar. Se preferirá a los familiares. Cuando no se encuentre a nadie, ello se hará constar en el acta. Practicado el registro, en el acta se consignará el resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación. La diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas. El acta será firmada por los concurrentes; no obstante, si alguien no la firma, así se hará constar.

Son los jueces competentes quienes custodian todas las garantías del ciudadano y deciden sobre la persecución excepcionales en la intimidad de las personas.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su voto n° 00740-2016, señala las distintas formas de allanamiento que se pueden ejecutar y se refiere del allanamiento como tal, indicando que la finalidad del instituto coercitivo del allanamiento de domicilios y recintos privados, son para la obtención de elementos probatorios, rastros de ilicitud ocurridos o donde se oculten los responsables de un hecho punitivo, reiterando que la prueba obtenida sea siempre de forma legal.

Como complemento de lo anterior se tienen las normas 193 y 197 del Código Procesal Penal, el cual refiere a las formalidades, obligando al juez a valorar la solicitud que el Ministerio Público realice para motivar la solicitud del allanamiento, como elementos de juicio que justifiquen la lesión de derechos y para esto se ha mencionado repetidas veces que debe contener todas las formalidades para ser autorizado como un acto legal y con su fundamentación en la orden previamente escrita.

Señala la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su mismo voto n° 00740-2016, las diferencias de allanamientos de coacción y sin coacción como lo son:

Allanamientos con orden: Requieren orden estricta del órgano jurisdiccional que lo autorice basándose en la proporcionalidad y la razonabilidad, analizando la solicitud del ente.

Allanamientos sin orden: en casos de urgencia permitidos por el Código Procesal Penal en el artículo 197.

Allanamientos consentidos: Los que no necesitan del allanamiento como tal, por tratarse del consentimiento voluntario del propietario, inquilino u ocupante del bien para acceder al domicilio o recinto sin fuerza coercitiva por parte de las autoridades. Señala también los casos en que es necesaria o no la presencia del juez en su ejecución y para esto hace referencia a la presencia de dicho funcionario cuando se trate de allanamientos en domicilio, morada o habitación, dependencias y casas de negocios como lo indica el Código Procesal Penal en el artículo 193:

Quando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas. Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consienta o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento.

Es importante entender la importancia del apersonamiento del juez competente en dicha casa o recinto privado, pues se trata del funcionario que debe velar porque los

derechos y garantías no sean violentados más allá de lo que la ley permite y al tratarse de domicilios que coinciden con la residencia de una persona, es mayor la privacidad porque ahí conviven personas en relaciones familiares y otra de índole privado.

Como se infiere, el fin de las formalidades es evitar abusos de autoridad y primeramente salvaguardar la seguridad, los derechos, garantías, así como hacer valer que todas las pruebas recabadas se obtengan lícitamente y así no traer abajo una investigación, pues al tratarse de lugares cerrados, de intimidad y privacidad deben resguardarse.

Según el voto señalado existe también el tipo de allanamiento delegado por juez competente a otra autoridad como la fiscal o policía judicial. Estos se dan cuando el lugar que se desea allanar no tiene un vínculo tan fuerte de intimidad y privacidad como lo tienen los hogares o recintos privados, pues un local comercial es libre al público y no se caracteriza por ser un lugar donde su dueño realice actividades propias de su privacidad. Al respecto, indica el Código Procesal Penal en el artículo 194:

El allanamiento de locales públicos, establecimientos de reunión o recreo mientras estén abiertos al público y no estén destinados a habitación, será acordado por el juez, quien podrá delegar la realización de la diligencia en funcionarios del Ministerio Público o de la policía judicial. No regirán las limitaciones horarias establecidas en el artículo anterior. En estos casos, deberá avisarse a las personas encargadas de los locales, salvo que sea perjudicial para la investigación.

Como se ve en el artículo anterior, el juez puede delegar la ejecución del allanamiento cuando se trata de lugares abiertos, o bien, para ser ejecutado por un fiscal del Ministerio Público sin orden de juez, ni con la presencia de éste. Esto no significa que, por tratarse de comercios o lugares abiertos al público, no se tutelén derechos. Lo que sí se indica es que el grado de resguardo de derechos privados a la intimidad y al domicilio, no es igual, precisamente por tratarse de lugares abiertos al ingreso de otras personas.

A continuación, las disposiciones especiales sobre el allanamiento y registro de morada, según el Código Procesal Penal:

Artículo 193: Allanamiento y registro de morada: Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento o registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas. Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consienta o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento.

De acuerdo con esta norma, es posible realizar el allanamiento en horarios nocturnos cuando la urgencia lo amerite o peligre el orden público.

En Costa Rica el allanamiento sin orden previa, se debe dar a entender que conforme a la Constitución Política se autoriza para evitar impunidad de delitos y

evitar daños más graves a las personas o a la propiedad, pero si existiera el caso en el que una persona titular de esa propiedad desea autorizar el ingreso, no existiría ningún tipo de coacción por existir un consentimiento expreso. En estos casos no se daría un allanamiento, sino un ingreso policial consentido.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia N° 468-99 aclara los casos de urgencia que permiten prescindir de las formalidades legales, sin hacer ilegítimo su actuar. Sobre el particular, el voto indica que la actuación resguarda y asegura la propia, la integridad física o propiedad de las ocupantes ante los posibles ataques de terceros o eventos fortuitos, a continuación, el código procesal penal, hace las especificaciones en las cuales se puede acceder al domicilio o recintos privados, sin una previa orden judicial:

Código procesal penal, allanamiento sin orden, artículo 197: Podrá procederse al allanamiento sin previa orden judicial cuando:

- a)** Por incendio, inundación u otra causa semejante, se encuentre amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.
- b)** Se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito.
- c)** Se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.
- d)** Voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.

El allanamiento sin orden es excepcional para casos de urgencia, donde no implica un horario en específico, pues la urgencia no se sabe a qué hora va a suceder. De lo contrario, los horarios para efectuar dichos allanamientos son parte de las formalidades previas del instituto y esto radica adicionalmente por las molestias que causa el allanamiento nocturno, pero sobre todo que al ser de noche se intensifica en alto grado la lesión del derecho de privacidad que produce la entrada forzosa de funcionarios policiales en la morada.

2.1.5 EL ALLANAMIENTO EN DERECHO ALIMENTARIO. APREMIO CORPORAL.

El allanamiento en materia de pensiones alimentarias lo encontramos regulado en el artículo número 26 de la ley de pensiones alimentarias y en cuanto al apremio corporal, se regula en el artículo 24 de la misma normativa. El apremio corporal muchas veces es el fin que incita a que se llegue a solicitar el allanamiento, ya que en el momento en que el deudor alimentario deja de pagar y se oculta para evadir dicha obligación, la parte actora, quien represente a la persona menor de edad o a quien corresponda la guarda y crianza, patria potestad, o en algunos casos al hijo mayor de edad que aún continúa con sus estudios hasta que cumpla los 25 años de edad y que requiere de una pensión alimentaria, podrán solicitar al juez que se ordene el allanamiento para proceder con el apremio corporal, por la falta de pago y el ocultamiento del deudor.

Estos institutos coercitivos en muchas ocasiones sirven para persuadir al demandado, pues ellos al verse en esta situación se ven a pagar con tal de no ir a

la cárcel, como también existen casos en los que aún con estas medidas no quieren, o no puedan pagar por falta de trabajo y de ingresos suficientes para cumplir la obligación.

Los artículos 24 y 26 de la Ley de Pensiones Alimentarias disponen lo siguiente:

Artículo 26. Allanamiento en materia de pensión alimentaria. Cuando el deudor alimentario se oculte, podrá ordenarse allanar el sitio donde se encuentre. El allanamiento se llevará a cabo con las formalidades del Código de Procedimientos Penales, previa resolución que lo acordare.

Artículo 24. Apremio corporal. De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor de edad o mayor de setenta y uno.

Algunos de los demandados inconformes con esta institución coercitiva del allanamiento, reclaman que el artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimentarias es inconstitucional al violentar el artículo 23 de la Constitución Política. Al respecto se ha sugerido que el allanamiento es un instituto exclusivo en materia penal por estar regulado en el código de procedimientos penales y no en una ley de alimentos, pero ya la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha abordado el tema en su voto n° 1620-93. Los Magistrados de lo constitucional sostuvieron que aun tratándose de deuda alimentaria y que su incumpliendo no es un asunto penal, el allanamiento para apremiar corporalmente es razonable y proporcional porque se encuentra en el ámbito de los derechos de familia o de menores de edad, por lo que deben estar altamente tutelados por ley y para esto el artículo 26 de pensiones

alimentarias, tutela con el allanamiento el interés superior de obtener alimentos de las personas que lo necesitan. Por esto, algunas veces, solo ejerciendo coerción física sobre las personas obligadas se logra su objetivo.

Adicionalmente, la Sala Constitucional menciona que sobre la base del artículo 23 de la Constitución Política, la intervención judicial competente le corresponde al juez que conoce del caso y quién más que el juez de pensiones sabe del incumplimiento de dicha obligación y demás detalles del proceso de pensión.

El pacto de San José (Convención Americana de Derechos Humanos), en su artículo 7, inciso 7 hace referencia a los derechos de la libertad personal, con la salvedad o restricciones, al indicar que “nadie será detenido por deudas”. Empero, este principio no limita mandamientos de autoridad judicial competente para lo que son incumplimientos alimentarios, dada la naturaleza especial de la obligación y los valores que tutela. Es por esta razón que el artículo del allanamiento en materia de pensiones no violenta derechos constitucionales.

El criterio de la Sala Constitucional reafirma que el allanamiento extrapola la materia penal, puesto que, en cualquier ámbito judicial, el juez tenga conocimiento del hecho podría ordenar la aplicación en cada caso en concreto, siempre que exista una norma legal que lo habilite y con más razón si se trata de proteger derechos alimentarios.

Por todo lo anterior la Sala Constitucional denegó declarar inconstitucional el artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimentarias.

Ahora bien, sobre el apremio corporal, se regula también el artículo 25 de la Ley de Pensiones Alimentarias, para referirse al allanamiento, indicando lo siguiente:

Artículo 25. Procedencia del apremio. El apremio corporal procederá hasta por seis mensualidades, incluyendo el período vigente, siempre que la parte actora haya gestionado el cobro en forma reiterada. El apremio no procederá si se probare que al obligado se le practica la retención efectiva sobre salarios, jubilaciones, pensiones, dietas u otros rubros similares.

El apremio no podrá mantenerse por más de seis meses; se revocará, si la parte interesada recurre a la vía ejecutiva para cobrar la obligación o si el deudor alimentario la cancela.

Se suspenderá la obligación alimentaria, mientras dure la detención, excepto que durante la reclusión se probare que el demandado cuenta con ingresos o posee bienes suficientes para hacer frente a la obligación. La detención por alimentos no condonará la deuda.

Según el párrafo tercero, el deudor que posea bienes legalmente embargables podrá hacer frente a la deuda aún sin su consentimiento, a través de los mecanismos legalmente establecidos para el cobro forzoso de obligaciones dinerarias.

2.1.6 EL ALLANAMIENTO EN DERECHO PROCESAL CIVIL. DESALOJO Y PUESTA EN POSESIÓN.

Reiteradamente se ha dicho que el derecho constitucional, con respecto al allanamiento, no es una actuación exclusiva al proceso penal como instrumento de prevención y persecución de delitos, pues en lo que importa a la materia civil, el

artículo 453 del Código Procesal Civil (ley 7130) regula la puesta en posesión, una práctica necesaria para que una persona pueda gozar de su derecho de recuperar el bien, con ocasión de un desalojo ordenado por juez competente.

Cuando se imposibilite la puesta en posesión de forma voluntaria, la legislación indicada establece el allanamiento para materializar el desalojo, con la expulsión de forzosa de las personas que se encuentren en el bien.

Por su parte, el artículo 695 de la misma ley procesal civil, también prevé el allanamiento para puestas en posesión en general, es decir, cualquier acto judicial de ejecución de una condena de dar, que implica la entrega forzosa de un bien mueble o inmueble a la persona que por disposición de una sentencia se deba ejecutar.

Aparte de los supuestos legalmente previstos, tanto a nivel doctrinario como académico, se ha cuestionado si el allanamiento puede ser extendido a otras situaciones de hecho que lo pudiere justificar, tales como para satisfacer el pago de una deuda tomando posesión de la finca o para la práctica de pruebas, aseguramiento de bienes en procesos sucesorios, decomisos de bienes o práctica de embargos.

Sobre el particular, vale tener como referencia los votos 328-1996 y 504- 2000, del Tribunal Primero Civil de San José, en los cuales, al amparo del artículo 242 del Código Procesal Civil, se advierte sobre la posibilidad abierta de que el juez tenga la potestad de ordenar allanamientos en otros supuestos a los estrictamente expuestos por el legislador.

El análisis de la viabilidad del allanamiento para supuestos distintos a los indicados en los artículos 453 y 695 del Código Procesal Civil (ley 7130), se desarrollará más adelante, habida cuenta de la entrada en vigencia de una nueva ley que lleva el mismo nombre (ley 9432), con la inclusión de una norma general numerada 137 para la regulación del allanamiento.

Por ahora es importante retomar que el allanamiento civil se convierte muchas veces en la única forma de hacer valer los derechos de la parte actora o adjudicataria de un bien, pues el demandado por su propia voluntad no va a querer entregarlo, provocando una real desventaja.

En este punto es importante recordar que el allanamiento analizado en función de derechos fundamentales, relativiza los derechos que se encuentran en juego, sean la intimidad, la privacidad, la propiedad privada o la inviolabilidad del domicilio.

El juez civil que lleva el caso es el competente para dicha actuación, con ayuda de la autoridad policial, a quien se le encomienda la expulsión de los habitantes o de cualquier persona que se oponga como lo señala expresamente la norma en su artículo 453 de la legislación procesal civil (ley 7130):

Artículo 453.- Posesión del bien. La autoridad de policía pondrá al actor en perfecta posesión de la cosa, para lo que, si es necesario, sin más trámite practicará el allanamiento; expulsará a quien se oponga, sin atender cualquier orden de embargo u otra semejante; esta orden podrá ejecutarse, si procede, una vez efectuada la expulsión. En caso de que el demandado no pueda retirar los muebles en el acto del

lanzamiento, la autoridad deberá ponerlos en depósito y los gastos respectivos deberá cubrirlos el mismo demandado.

Por su parte, el numeral 695 de la misma ley, en cuanto a ejecución de condenas de dar, indica:

Artículo 695. Condena de dar. Cuando en virtud de una sentencia deba entregarse al que hubiere ganado el pleito un bien inmueble, se procederá a ponerlo en posesión de él, en cuyo caso será aplicable lo dicho en el párrafo primero del artículo 454. Los bienes muebles que ahí se encuentren y que no deban entregarse con la finca, se pondrán en depósito, en caso de que su dueño no quisiera retirarlos en el acto de la expulsión, sin que pueda recogerlos mientras no cubra los gastos que se hayan originado con motivo del depósito.

Lo mismo se practicará si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida. En otro caso se procederá a la liquidación y resarcimiento de los daños y perjuicios.

A falta de acuerdo, los gastos originados por el depósito serán liquidados y cobrados en la vía incidental por el depositario, quien para tal efecto deberá perseguir, en primer lugar, los mismos bienes depositados. Para perseguir otros, será indispensable que exista resolución firme que establezca un saldo en descubierto, y entonces podrá procederse, dentro del mismo incidente, a embargar y rematar esos bienes.

Sin embargo, cuando se probare que los bienes depositados por cualquier motivo son de poco o de ningún valor, el depositario podrá perseguir desde el principio otros bienes.

Si el depositario no quisiere cobrar los gastos originados por el depósito, y hubieren transcurrido tres meses o más desde que éste se constituyó, podrá pedir al tribunal que los saque a subasta pública, y si no hubiere postores, el tribunal los declarará en estado de abandono y los entregará a centros o instituciones de educación de beneficencia, o a otras dependencias del Estado que los necesiten para la realización de sus fines. Igual declaratoria y entrega se hará en el caso previsto en el párrafo anterior.

También se puede analizar el voto 3333-1995 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que refiere a una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 453 del Código Procesal Civil en relación al artículo 695 del mismo cuerpo normativo. Los alegatos de la acción señalaron que dicha normativa violenta el artículo 23 de la Constitución Política, en el sentido de que el allanamiento en materia civil es improcedente y que adicionalmente violenta los numerales 39 y 41 de la Constitución Política sin debido proceso frente a terceras personas, logrando un verdadero abuso y arbitrariedad, en contravención a lo dispuesto en el artículo 45 de la propia Constitución.

Es importante destacar que esta norma (45) consagra la propiedad privada como inviolable y no puede privarse a este a menos que sea por interés público.

La acción de inconstitucionalidad también se sustentó en la supuesta violación de los artículos 153, 154 y 166 de la Carta Magna, al señalar que la puesta en posesión del inmueble se realiza por la autoridad policial.

Tomando en cuenta los alegatos, la Sala rechazó la acción de inconstitucionalidad aduciendo que el allanamiento se practica en un domicilio o recinto privado con o sin la voluntad del titular, siempre y cuando se realice de forma legítima y en los casos determinados por ley, junto con las formalidades que la misma norma indica. Es decir, que se considera constitucional si es ordenado por el juez que conoce el caso, por medio de una resolución debidamente fundada, siempre que este sea mayor de edad y se encuentre en dicho lugar.

Agrega la Sala que debe realizarse un registro y levantar un acta de lo actuado en presencia las personas. En el caso que se omitiere alguna de estas formalidades, el allanamiento se convertiría en un acto ilícito.

De esta forma la Sala Constitucional ha ratificado que el allanamiento de domicilios y recintos privados no es una opción exclusiva del derecho procesal penal. La norma 23 de la Constitución Política regula derechos fundamentales de forma relativa, y admite allanar por orden de juez competente, por razones fundadas y con sujeción a lo que establece la ley.

En consecuencia, no se violenta la propiedad privada regulada en el artículo 45 constitucional, si la ley lo permite y se ejecuta por orden del juez competente en resolución escrita y bajo uno de los supuestos establecidos por el legislador.

Es evidente que los derechos subjetivos de quien impide la ejecución de una resolución judicial, no pueden superponerse a los de quienes tienen derecho a una tutela judicial efectiva.

2.2 DERECHOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON EL ALLANAMIENTO DE RECINTOS PRIVADOS.

2.2.1 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (JUSTICIA JUDICIAL) Y LA NECESIDAD DEL ALLANAMIENTO DE RECINTOS PRIVADOS.

Todo ciudadano posee pleno derecho de gozar de una justicia pronta y cumplida, rápida, efectiva, con principios y deberes y para esto encontramos diferentes normas que amparan sus derechos.

En este capítulo se hizo referencia a las normas que permiten la ejecución del instrumento del allanamiento de morada y recintos privados, para dejar como muestra la tutela y a la autorización del órgano judicial para realizar dichas actuaciones.

El artículo número 41 de la Constitución Política Costarricense señala lo siguiente:

Artículo 41 Constitución Política: Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y estricta conformidad con las leyes.

De igual forma se hizo mención de aquellas normas que tutelan o permiten a los funcionarios públicos el poder ejecutar allanamientos de domicilio en cualquiera de las ramas en derecho que ameriten tutela y de una justicia pronta y cumplida en la que se ampara la normativa 41 de la Constitución Política mencionada anteriormente.

Sin embargo, la norma número 137 de del Código Procesal Civil hace referencia a las ejecuciones de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios de cualquier naturaleza para que con esto el Tribunal pueda ordenar según las circunstancias y así ampliando facultades para ingresar a lugares, eliminando obstáculos en los allanamientos a ejecutar, aun así con la nueva reforma Procesal Civil Ley 9342 en mismo numeral 137 se limita en admitir los allanamientos como instrumento de ejecución de acuerdos y pronunciamientos en cuanto al decreto de embargos a pesar de que los allanamientos deberían ser acatados en toda materia y según las circunstancias que ameriten dicho actos, como lo es en los decretos de embargos, en cobros judiciales, la norma no afirma con exactitud el poder ejecutar dichos allanamientos para estos efectos.

Ahora bien, el artículo 153 de la Constitución Política Costarricense señala lo siguiente:

Artículo 153 Constitución Política: Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo, contencioso

administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuera necesario.

El Poder Judicial como se confiere de la norma anterior, es el órgano encargado también de ejecutar allanamientos, en cualquiera que sea la materia, pues indiferentemente de la materia, este órgano actuará cuando se amerite y con ello los allanamientos para el cumplimiento efectivo y con auxilio de la fuerza pública en el momento que el órgano judicial lo amerite.

En el artículo número 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala:

Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito.

El Poder Judicial es el órgano que como ya se mencionó anteriormente es el encargado legalmente de ver los casos judiciales según su materia para impartir justicia pronta y cumplida, ahora bien, como lo señala norma anteriormente citada,

este órgano actuará o se activará cuando la persona lo solicita, en el momento de verse afectado con la situación para que este ente proceda con lo que corresponde según las leyes que le permitan. Como por ejemplo una persona que requiere de una pensión alimentaria, debe acudir al órgano judicial competente para solicitarlo y accesoriamente solicitar la orden de apremio corporal si el demandado se negara a cumplirle, es de esta forma como el órgano se activa para cumplir con su función.

De igual forma ocurre, cuando se activa el órgano judicial en materia civil, donde se acerca el ciudadano a interponer una demanda de obligación dineraria o hipotecaria para que dicho ente cumpla con su parte de buscar que se vean tutelados sus derechos y garantías desde el principio del proceso hasta su final, que sería obligar al demandado a cancelar su deuda o de lo contrario, ejercer la puesta en posesión de los bienes antes embargados o hipotecados del demandado, pues así como se activan los órganos judiciales, junto con el auxilio policial según la materia y la solicitud de cada caso en concreto.

Para los ejemplos antes mencionados, son los que requieren del impulso de la parte, ya que necesita que los mismos sigan dando continuidad con las solicitudes y las necesidades que se van presentando en el transcurso del tiempo ya que si en alguna parte del proceso dejan de darle continuidad, el órgano debe parar en la etapa que quedo y desistir o declarar la deserción del mismo ya que es responsabilidad de las personas que acuden a él darle seguimiento a cada etapa procesal.

Diferente es el caso en materia penal, pues este órgano debe seguir de oficio los casos de denuncias penales que necesitan continuar, aun cuando la parte desista de él, es aquí donde el órgano judicial penal, debe dar seguimiento e investigar el posible hecho delictivo, si fuera el caso de que en algún momento un ciudadano denunció y llevar hasta las últimas consecuencias legales al causante del hecho ilícito

Para efectos del Poder Judicial, podrá ejecutar allanamientos en la competencia de su materia para cada caso en concreto, ejemplo el Organismo de investigación judicial para buscar las pruebas pertinentes y necesarias, la detención de un posible delincuente, o en materia de pensión alimentaria para el apremio corporal, en materia civil con la puesta en posesión o los desahucios, todos son funciones que pertenecen al Poder Judicial, pues es el órgano mandado por ley para cumplir.

Dicho lo anterior, se mencionó que el Poder Judicial como órgano encargado de impartir justicia en cada ejemplo mencionado anteriormente, se citarán algunas de las normas para llevar a cabo el cumplimiento legal para hacer efectiva su aplicación en la práctica, como lo es el caso de aplicación del instituto del allanamiento en cada caso en concreto y su materia.

El artículo 453 y 695 del Código Procesal Civil ley 7130 costarricense para su efectiva práctica a señalando para su ejercicio en materia civil lo siguiente:

Artículo 453.- Posesión del bien. La autoridad de policía pondrá al actor en perfecta posesión de la cosa, para lo que, si es necesario, sin más trámite practicará el allanamiento; expulsará a quien se oponga, sin atender cualquier orden de embargo u otra semejante; esta orden podrá ejecutarse, si procede, una vez efectuada la expulsión. En caso de que el demandado no pueda retirar los muebles en el acto del lanzamiento, la autoridad deberá ponerlos en depósito y los gastos respectivos deberá cubrirlos el mismo demandado.

La citada norma anterior hace ver como en materia civil se aplica la ejecución de una orden judicial, para llevar a cabo el debido funcionamiento con los ejemplos que ya se habían mencionados con anterioridad, pues una vez que la parte interpuso una demanda civil, el órgano continuo con cada paso hasta llegar a la finalidad de su objetivo, como es en los casos de la puesta en posesión.

Ahora bien, la norma 695 del Código Procesal Civil hace mención o concordancia a la norma anteriormente citada, pero sumándole que, en caso de no cubrir la deuda con el bien rematado y puesto en posesión, podrá retener los bienes que en ella poseía el demandado para tratar de cubrir la totalidad de la deuda, tal como lo señala a continuación:

Artículo 695.- Condena de dar. - Cuando en virtud de una sentencia deba entregarse al que hubiere ganado el pleito un bien inmueble, se procederá a ponerlo en posesión de él, en cuyo caso será aplicable lo dicho en el párrafo primero del artículo 454. Los bienes muebles que ahí se encuentren y que no deban entregarse con la finca, se pondrán en depósito, en caso de que su dueño no quisiera retirarlos en el acto de la expulsión, sin que pueda recogerlos mientras no cubra los gastos que se hayan originado con motivo del depósito. Lo mismo se practicará si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida. En otro caso se procederá a la liquidación y resarcimiento de los daños y perjuicios. A falta de acuerdo, los gastos originados por el depósito serán liquidados y cobrados en la vía incidental por el depositario, quien para tal efecto deberá perseguir, en primer lugar, los mismos bienes depositados. Para perseguir otros, será indispensable que exista resolución firme que establezca un saldo en descubierto, y entonces podrá procederse, dentro del mismo incidente, a embargar y rematar esos bienes.

poco o de ningún valor, el depositario podrá perseguir desde el principio otros bienes. Si el depositario no quisiere cobrar los gastos originados por el depósito, y hubieren transcurrido tres meses o más desde que éste se constituyó, podrá pedir al tribunal que los saque a subasta pública, y si no hubiere postores, el tribunal los declarará en estado de abandono y los entregará a centros o instituciones de educación de beneficencia, o a otras dependencias del Estado que los

necesiten para la realización de sus fines. Igual declaratoria y entrega se hará en el caso previsto en el párrafo anterior.

Se debe aclarar que las anteriores normas citadas de la ley 7130, serán derogadas el 8 de octubre del año 2018 por el nuevo Código Procesal Civil, ley 9342

Ahora conforme a la Constitución Política Costarricense, se hace mención a la permisiva salvedad de aplicar o ejecutar allanamientos domiciliarios o recintos privados, en los casos en concreto permitiéndolo expresamente en su artículo 23.

Artículo 23 Constitución Política Costarricense:

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.

La norma constitucional es permisiva, pues es evidente que existen casos complejos que ameritan de una garantía judicial efectiva, pronta y cumplida, para lograrlo su única forma es con la prontitud en su actuación, pues sin la premura se verá perdida

según la materia la información, la captura de personas, bienes muebles, la puesta en posesión a los bienes inmuebles, etc.

En cuanto a materia de pensión alimentaria existen normas que también se encargan de tutelar el allanamiento, pues como se ha mencionado se amerita según la materia de la disponibilidad de la justicia pronta, como son los casos de la captura del obligado que se oculta en su casa o y recintos privados para evadir su obligación y para esto se muestra en la norma número 24 y 26 de pensión alimentaria que señala lo siguiente:

Artículo 24. Apremio corporal. De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor de edad o mayor de setenta y uno.

Artículo 26. Allanamiento en materia de pensión alimentaria.

Cuando el deudor alimentario se oculte, podrá ordenarse allanar el sitio donde se encuentre. El allanamiento se llevará a cabo con las formalidades del Código de Procedimientos Penales, previa resolución que lo acordare.

En cuanto a materia procesal penal se trata, esta señala formalmente los casos en que procede la práctica dicho instrumento, junto con sus formalidades, mismos requisitos que requiere cualquier allanamiento realizado en diferentes materias, las cuales todas son apegadas a la normativa penal.

A continuación, la norma procesal penal costarricense señala las formalidades que permiten el allanamiento en su artículo 196 indicando lo siguiente:

Artículo 196. Código Procesal Penal Costarricense: Formalidades para el allanamiento: Una copia de la resolución que autoriza el allanamiento será entregada a quien habite o posea el lugar donde se efectúe o, cuando esté ausente, a su encargado y a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar. Se preferirá a los familiares. Cuando no se encuentre a nadie, ello se hará constar en el acta. Practicado el registro, en el acta se consignará el resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación. La diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas. El acta será firmada por los concurrentes; no obstante, si alguien no la firma, así se hará constar.

Son los jueces competentes quienes custodian todas las garantías del ciudadano y deciden sobre la persecución excepcionales en la intimidad de las personas.

El principio de igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 33 de la Constitución Política, trata de que no se dé un trato igualitario a personas con situaciones desiguales, para no tratar a las personas en condiciones de igualdad, es por esta razón que no es violatorio al artículo de la constitución mencionado, pues

no hace distinción de personas a la cual debe aplicarse, sino más bien una aplicación uniforme a su contenido y aplicación.

Son los jueces competentes quienes custodian todas las garantías del ciudadano y deciden sobre la persecución excepcionales en la intimidad de las personas.

Como vimos en las normas de diferentes materias anteriormente citadas, todas están legalmente amparando el derecho del allanamiento para cada caso en concreto que amerite de la prontitud de dicho instituto, pues es así como se salvaguarda los casos que requieren de una justicia pronta y cumplida que solicita cada ciudadano en cuanto al aparato judicial para que vele por sus derechos y garantías.

De lo anterior también se desprende que la permisión del allanamiento de recintos privados para ejecutar la justicia, lejos de ser inconstitucional, es absolutamente armónica con los derechos de las personas y justiciables en la validación y reivindicación de los derechos. Dicho de otro modo, si no se pudiere allanar cuando sea necesario para hacer valer la justicia, tendríamos más bien un atropello a los derechos fundamentales de las personas que requieren de la función pública que ejerce el Poder Judicial.

2.2.2 DOMICILIO Y RECINTO DE ACCESO PRIVADO.

El concepto de domicilio lo encontramos en diferentes normas, jurisprudencia, diccionarios, revistas, enciclopedias etc. Por lo general todos concuerdan en que este concepto se define con un solo propósito y es que cualquier lugar que el hombre

escoja para vivir, así sea de forma precaria y sin distinguir si la elige para habitarla, durante unas horas, durante el día o la noche, pues el ser humano puede hacer de ella cualquier práctica en especial, siempre que esta sea lícita. Las personas están en plena libertad de desenvolverse en su vida privada o social, de hacer fiestas, actividades, cultos, reuniones, trabajos, etc., siempre que no afecte a terceras personas, la moral, ni vayan en contra de la ley. El domicilio es el ámbito donde se goza de plena intimidad y libertad, sin ataques, perturbación ni persecución.

En el domicilio nos sentimos protegidos, seguros, con libertad de expresarnos, de vestir como nos guste, dormir a las horas que queremos y hacer muchas otras actividades que las personas disfrutan hacer dentro de ese espacio de privacidad, junto con su familia o de forma individual, es por esta y muchas otras razones que las leyes nacionales e internacionales tutelan con gran recelo la intimidad, el domicilio, morada y recintos privados, pues es derecho de todos disfrutar de tan granpreciado espacio.

La enciclopedia jurídica nos da un concepto desde el punto de vista civil señalando el concepto de domicilio de la siguiente manera:

Domicilio

Para las personas naturales, el domicilio es su lugar de residencia habitual, como centro de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones. Además del domicilio civil, pueden señalarse otros, como el domicilio procesal, a efectos de un pleito o procedimiento

judicial, o el electivo, el determinado por las partes en los contratos.

Según con la definición anterior lo que vincula el domicilio de las personas, es que esta se mantenga en ella de forma habitual, permanente y cumpla con las obligaciones, deberes y derechos para así considerarse su hogar, es este el lugar donde se le harán llegar notificaciones en caso de un proceso judicial, municipal, lugar para hacer ejercer su de derecho de votar en elecciones, donde paga sus impuestos etc.

Ahora bien, veremos el concepto de domicilio según la norma penal en su artículo 204 del Código Penal Costarricense donde conceptualiza de diferentes formas el domicilio a la hora de tipificar la violación del mismo, señalándolo como “morada”, “casa de negocio”, “sus dependencias” o “en recinto habitado por otro” de la siguiente forma:

Violación de domicilio.

Código Penal: Artículo 204. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que entrare a morada o casa de negocio ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, sea contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, sea clandestinamente o con engaño.

La pena será de uno a tres años, si el hecho fuere cometido con fuerza en las cosas, con escalamiento de muros, con violencia en las personas, con ostentación de armas, o por más personas.

Para entender los conceptos que habla dicha norma, veremos su conceptualización en cuanto al termino de morada y domicilio según el diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas donde conceptualiza el termino como:

Morada:

Casa, vivienda, habitación. Estancia continuada en un lugar; residencia. Domicilio.

Domicilio:

Casa en que uno habita o se hospeda.

Notamos como en el diccionario de Guillermo Cabanellas señala el nombre de “morada” como “casa, vivienda y domicilio” al igual que al domicilio, pues se trata prácticamente de lo mismo, ya que morada y el domicilio es el lugar donde las personas viven en intimidad, así sea habitada por un determinado tiempo, incluso pueden poseer diferentes casas, pero se le llama morada en la que mantienen su habitualidad, continuidad y apego en conjunto con su privacidad e intimidad de forma individual o en familia.

La morada o el domicilio de una apersona puede ser: Un inmueble edificado exclusivamente para vivir o incluso un bien mueble, como las casas rodantes, contenedores remodelados con todas las comodidades que posee una casa tradicional, pues para esto no importar el tipo de construcción, la humildad o precariedad de estas ya que las personas podrán ejercer libremente su intimidad dentro de ellas, sea cual sea su apariencia física y escoger quién ingresa o no a su espacio de privacidad ya que las mismas siempre encontraran protección legal ante terceras personas que deseen invadir o violentar su privacidad y espacio.

El otro concepto señalado por el artículo 204 del Código Penal anteriormente citado en cuanto a la “casa de negocio”, se entiende este concepto como ese lugar en el que las personas utilizan para ejercer sus actividades comerciales, profesionales, artística u otros con la finalidad de lucrar o no y por esta razón pueden estar abiertas al público siempre que el titular manifieste su voluntad de exclusión de personas.

La norma penal caracteriza a la morada como ese lugar de habitación, su hogar o casa, donde los individuos disfrutan de intimidad, de poseer sus propias cosas, realizar actividades, etc. Prolongando al recinto privado, a los locales y dependencias como parte de ellos.

Se debe entender como “dependencias” de la morada o casa, aquellas que se encuentran unidas accesoriamente a ellas, pero utilizadas para ciertas actividades de comercio, siempre que sean cerrados y necesiten del consentimiento del titular para su ingreso.

No necesariamente deben ser prolongaciones de una casa, pues el local comercial puede estar ubicado en otro lugar completamente fuera de su hogar, pero el solo hecho de que el acceso a este se vea restringido y adquiera la voluntad del propietario para decidir qué tipo de público ingresa o no (exclusión) a su local, lo convierte en parte de esa tutela de la normativa penal y así se configure el delito en caso de ser violentado por las personas que deseen ingresar sin su consentimiento.

Según los autores Edwin Duarte y Francisco Segura, en su libro titulado: “El allanamiento de domicilio y otros recintos”, señalan como la norma civil y penal, no coinciden en cuanto al termino de habitar una casa, señalando que el domicilio está integrado por dos de elementos como: la permanencia y la residencia que tiene que ver con el ánimo de seguir viviendo en su casa, aunque las personas se mantenga viajando de un país o un lugar a otro, no significa que la persona ya no viva en dicho hogar y tampoco quiera decir que viva en el otro lugar por estarlo habitando de vez en cuando.

Ahora bien, el concepto de Domicilio y recinto privado tomado del artículo 204 y 205 del código penal costarricense incluye no solo a la morada, sino también la casa de negocios ajenos, las dependencias de ellas y todo recinto habitado por otros.

Según dichos autores dan por concepto de morada al conjunto de recintos donde una persona o varias permanecen constantemente viviendo en ella, entendiéndolo

como lapsos prolongados, habitualidad, arraigo, apegos por la estabilidad con la que ha convivido.

Señalando también que la estructura física, no es requisito indispensable para ser considerado su hogar, pues indiferentemente como sea en lo físico, el valor importante para ser llamado hogar o domicilio, es su habitación habitual en su íntima privacidad y libertad, así se encuentre puertas abiertas al público si así lo consiente el titular.

Como se dijo anteriormente, hogar, domicilio o morada no es exactamente una estructura física construida en un inmueble con toda la forma de una casa, porque como se habían indicado en otro momento, un hogar o habitación lo puede ser una casa móvil, un contenedor furgones o cuevas, donde por lo general muchas personas tiene que vivir, mientras se mantenga habitada, entrará dentro del concepto de domicilio, así las personas salgan durante ciertas horas, siempre se estará en presencia del termino de domicilio, ya que las personas viven ahí independientemente de sus actividades cotidianas que les obligue a estar fuera de ellas por cierto lapso de horas o tiempo.

Al igual que las casas privadas abiertas al público con un fin de negocio, siempre serán constituidas dentro de la tutela penal como domicilio.

Es así como la privacidad y la intimidad lo que vincula es al espacio de tranquilidad que posee toda persona para convivir en unión y armonía dentro de su de domicilio,

morada, recintos privados, dependencias, etc. Es el espacio donde puede disfrutar con plena seguridad de que nadie podrá atacarle, perseguirle, perturbar, ni imponer que puede o no hacer dentro de ella, pues gozan de plena tutela y castigo legal ante cualquier persona que se oponga a dichas libertades de privacidad e intimidad de su espacio domiciliar.

2.2.3 LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO Y RECINTOS PRIVADOS: DERECHO DE INTIMIDAD Y PRIVACIDAD.

Los derechos fundamentales están protegidos por las normas constitucionales y garantistas, donde su fin es poner en conocimiento a los ciudadanos la protección que poseen con respecto a la integridad física, la moral, la libertad y todo lo que implica con la intimidad como lo es: el honor, expresión, la vida dentro de su domicilio, donde las personas gozan de ciertas libertades en conjunto con su familia o de forma individual, esta protección se ha visto tutelada por la Constitución Política, desde muchos años atrás y hasta la actualidad como lo veremos a continuación con la Constitución Política Costarricense del año 1844, 1917 y la vigente de 1949 y para esto se citan los siguientes artículos:

(Constitución Política de 1844).

Art. 34. (1) Ninguna casa puede ser registrada sino en virtud de permiso del que la habita, por mandato escrito de autoridad competente dado en virtud de dos deposiciones formales que presente motivo, pero debe efectuarse de día. También puede registrarse a toda hora por un agente de la autoridad pública para aprehender legalmente al que la habita o algún familiar de ella 2)

persecución actual de un delincuente. 3) Por desorden escandaloso que demande pronto remedio. 4) por reclamación hecha del interior de la casa; mas hecho el registro se manifestará al que la habita el motivo y si lo exigiese se le acreditará. Se exceptúan de esa garantía las casas habitadas por personas notoriamente viciosas o vagas calificados.

Según el artículo anteriormente citado, habla de registrar y no de allanar, aunque el fin buscado es el ingreso al domicilio y señala que para tal efecto deben respetarse horarios, por lo que este será en horas del día para ser ejecutados, pues no es lo mismo ingresar de día a una casa de habitación, donde las personas están despiertas realizando sus actividades habituales y según la situación se le pueda solicitar al propietario autorización para ingresar sin necesidad de la fuerza.

La diferencia de realizar un registro o allanamiento en horas de la noche es porque las personas se encuentran durmiendo y esto hace más sensible la intimidad de los que habitan en la casa, pero como lo señala la norma antes citada, se podrá proceder a cualquier hora por la necesidad de capturar a la persona que vive en ella o un familiar que habite en la misma, siempre que lo autorice el juez , pues este sabe de la prontitud que se requiere para asegurar el proceso y la captura del sospecho.

Podemos notar como el artículo anterior también señala que debe existir orden de un juez competente, pues la Constitución Política siempre procuró velar que las garantías y derechos de las personas se mantengan protegidas y para tal efecto delegó en el juez la potestad para ordenar dichos actos, siempre que tenga

conocimiento del proceso y fundamentando el por qué se debe realizar un registro, esto con el fin de garantizar un debido proceso y evitar abusos de autoridad por parte de los agentes policiales.

Parte de los derechos Constitucionalmente tutelados son la correspondencia, por tratarse de la intimidad de información que en ella existe y como se nota desde muchos años atrás siempre se ha existido estas garantías y derechos al igual que los domicilios, según el artículo siguiente de la Constitución Política Costarricense del año 1844, señala en su artículo 37 lo siguiente:

(Constitución Política Costarricense del año 1844)

Art 37 Es inviolable el secreto de las cartas y las que se sustraigan de las oficinas de correos, de sus conductores o de cualquier otro lugar o sean abiertas por otro que aquel a quien va dirigidas, no producen efecto legal, no pueden presentarse en testimonio contra alguno.

Se entiende en dicho artículo que las pruebas obtenidas por los medios de comunicación señalados, no serán tomadas en cuenta ante un proceso acusatorio, pues como bien lo dice la norma, es inviolable el secreto de las mismas y como tales se respetan dichas garantías constitucionales.

Ahora bien, la Constitución Política Costarricense del año 1917 sigue con la continuidad de seguir protegiendo los mismos derechos de inviolabilidad de domicilio

y la intimidad de la correspondencia la cual señala lo siguiente en sus artículos 33 y 34, señalando lo siguiente:

(Constitución Política de 1917).

Art. 33. El domicilio de los habitantes de la Republica es un asilo inviolable, y solo podrá ser allanado en los casos especiales determinados por la ley y en virtud de orden de autoridad competente.

Según con el articulo anteriormente citado, deberá existir casos calificados y determinados por ley para poder ejecutar allanamientos y no por razones ajenas a la búsqueda de hechos ilícitos como lo son los arrestos o búsqueda de pruebas vinculados al proceso de investigación. Vemos como la Constitución Política del año 1917 sigue con la continuidad de señalar al juez competente para ordenar dicha actuación y con esto seguir garantizando los derechos de las personas que se verán afectadas con el allanamiento.

En cuanto a la intimidad que se tutela en las diferentes reformas de la Constituciones Políticas de Costa Rica, vemos como la del año 1917 también continua la tutela de los medios de comunicación, pero adicionando en esta los “papeles privados” y la “telegráfica, buscando ampliar dicha privacidad en los medios de comunicación existentes durante el tiempo. Otra diferencia o reforma de la Constitución del año 1917, es dejar abierta la posibilidad para poder ser registrados dichos medios mediante orden del juez, los cuales sí podrán ser utilizados como prueba, siempre y

cuando se adquirieran con la formalidad requerida legalmente tal como lo hace ver la siguiente norma Constitucional Costarricense en su artículo número 34, señalando:

(Constitución Política de 1917)

Art. 34: La correspondencia postal y telegráfica son inviolables. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni ocupados o registrados, sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales en procesos que no sean políticos. Los que por otro medio se consigan, no producirán efecto alguno.

Ahora bien, la Constitución Política Costarricense vigente del año 1949 señal en su artículo 23 la inviolabilidad del domicilio y el artículo 24 la inviolabilidad de los medios de comunicación señalando lo siguiente:

(Constitución Política 1949)

Art. 23. 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.

Artículo 24. (*) Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial. La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa

revisión. No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.

En los artículos anteriores vemos como el domicilio junto con la intimidad es tutelada, resguardada y siempre dejando abierta la posibilidad de ingresar a los domicilios y lugares cerrados cuando amerite, contando con la autoridad competente y por mandato escrito, luego con la reforma constitucional de 1949 se ve fortalecida con ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos, que se encargan de igual manera en resguardar esta proyección de la libertad del hombre, así como: La Convención Americana sobre los Derechos Humanos señalando en su artículo 11.2 lo siguiente:

“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”. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que “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”.

Es tal la protección que dan nuestras normas constitucionales en conjunto con las anteriormente citadas en cuanto a la inviolabilidad del domicilio que nuestro

ordenamiento jurídico ha prohibido todo aquello que afecte estas garantía tipificándolo en delito de violación de domicilio y allanamientos ilegales desde el Código Procesal Penal Costarricense, esto para evitar los abusos de autoridad y a la falta de formalidades que traten de dejar en indefensión y desconocimiento a las personas a las que se les somete a la ejecución del instituto del allanamiento, pues las mismas tienen derecho a saber por qué se les persigue y vulnera estos derechos y garantías constitucionales.

Cualquier desconocimiento por parte de las autoridades judiciales o policiales en cuanto a las formalidades de ley protegidas por las normas constitucionales y garantistas que ejecuten allanamientos, generan la ineficacia de las pruebas obtenidas en su momento, ya que los principios probatorios deben poseer sustento legal en esos procesos, y la Constitución Política no cuenta con normas que sirvan de fundamento expreso a este tipo de pruebas ilícitas por falta de formalidades legales por las autoridades que ejecuten tal arbitrariedad, pues para tal efecto el juez competente es quién tuvo que dar la orden para que dichos funcionarios procedan a ejecutar la actuación del allanamiento.

Ahora bien, aun cuando los derechos fundamentales son un límite necesario al ejercicio del poder público, es importante aclarar que los allanamientos de domicilios y recintos privados que se realicen de manera razonable y proporcionada, con sustento en las normas judiciales que lo habilitan y con el debido respeto y resguardo a la intimidad y privacidad de las personas; no tendrían por qué calificarse nunca de “inconstitucionales”. Es decir, lejos de haber un choque de normas entre las que

habilitan la ejecutoriedad de la justicia a través de allanamientos y las que protegen los derechos al domicilio, privacidad e intimidad de las personas, lo que debe entenderse es que, en un sistema social de Derecho, la tutela judicial efectiva debe armonizarse con los derechos fundamentales de las personas involucradas. Por eso es muy importante considerar y reconsiderar que existe doctrina, jurisprudencia vinculante y normativa suficiente para ordenar y ejecutar allanamientos con el debido resguardo de los derechos de las posibles personas involucradas.

Esto quiere decir que los allanamientos no deben ordenarse ni ejecutarse de forma atropellada o irreflexiva, puesto que existe un marco legal y constitucional que las autoridades públicas deben acatar cuando hagan uso de ese instituto.

2.2.4 EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SUS LIMITACIONES.

La propiedad privada es un derecho Constitucional que brinda la protección y libertad de poseer la cantidad de bienes que deseemos y podamos tener, junto con estos derechos las obligaciones para con las mismas. La Constitución Política Costarricense en su artículo 45 señala:

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

Como bien lo indica el artículo anteriormente citado, el Estado se encuentra limitado para adjudicarse derechos de propiedad privada, pues al ser este un derecho constitucional vela por la tutela de todos aquellos propietarios para poseer sus bienes con total libertad y para esto señaló que la propiedad es inviolable con el fin de mantenerlos bajo el dominio de sus dueños para goce y disfrute sin ningún tipo de abusos, persecuciones, amenazas, arbitrariedades, conflictos, etc.

Al igual que la Reforma Integral de la ley Número 7495 del 3 de mayo de 1995 costarricense y sus reformas en su artículo número 1 indica el objeto de la expropiación, señalando lo siguiente:

Artículo 1: **Objeto.** La presente ley regula la expropiación forzosa por causa de interés público legalmente comprobado. La expropiación se acuerda en ejercicio del poder de imperio de la Administración Pública y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado.

Ahora bien, las mismas normas anteriores de la Constitución política en su artículo número 45 y la anteriormente citada, hace la salvedad, dejando abierta la posibilidad de quebrantar esta inviolabilidad del derecho a la propiedad, afirmando que solo

para casos de interés público se podrá privar al propietario de su inmueble, señalando el caso verdaderamente relevante que ameriten vulnerar tal derecho y como bien se indica este debe tratarse por causas de un fin público. Pues el Estado cuenta con poder de imperio para ejecutar dichos actos.

No obstante, el Estado deberá demostrar la importancia o la urgencia que amerite para tal indemnización y comprobar la utilidad actual o futura de ese bien, lo que significa demostrar que dicho acto sea para interés social.

Para entender el interés social o fin público aludidos, se da como ejemplos los siguientes casos:

- Expropiar al titular de su casa o finca por estar situada en una ruta en la que se amerita construir una carretera pública y así facilitar el tránsito acortando rutas o facilitando el acceso rápido u fluido según sea el caso.
- La construcción de un aeropuerto sobre el terreno del demandante.
- La construcción de un hospital, una escuela pública etc.

La expropiación es una transferencia coactiva de la propiedad privada, donde el propietario traspasa al Estado su bien, siempre y cuando el Gobierno indemnice previamente el valor de la propiedad tratando de negociar un precio justo con el propietario quedando el titular satisfecho con el monto ofrecido, aunque no siempre se corre con la misma suerte, pues en muchas ocasiones el propietario no está de acuerdo con el monto de la expropiación llevándolos a un proceso contencioso con

más duración, aunque esto no paralizará las funciones del Estado para continuar con dicha expropiación, pues como se dijo anteriormente este es un acto que amerita un interés social y el Estado pende de su potestad de imperio para continuar con el fin buscado.

La Reforma Integral de la ley Número 7495 del 3 de mayo de 1995 costarricense y sus reformas en su artículo número 3 indica que el Estado podrá hacer estudios previos de la propiedad para valorar si ameritan de dicho bien para el fin buscado, aunque el titular se oponga tal como se señala a continuación:

Artículo 3 Estudios previos. Ningún propietario o poseedor, por cualquier título, podrá oponerse a que se practiquen, sobre sus bienes inmuebles, los estudios necesarios para construir, conservar o mejorar una obra pública. También, están obligados a mostrar los bienes muebles, para su examen, cuando en ellos exista un interés público previamente declarado. En caso de negativa del propietario, por vía incidental, se le deberá solicitar autorización al juez competente en la materia y esos actos se realizarán ante una autoridad jurisdiccional.

Si tales estudios provocan algún daño, este se indemnizará siguiendo los trámites previstos en esta ley para la ocupación temporal.

Antes de realizar los estudios, el funcionario comisionado comunicará por escrito, al interesado, la fecha, la hora, el tipo de estudio y los motivos que lo originan.

Como bien lo han manifestados todas las normas anteriormente citadas el titular, será indemnizado previo a la expropiación y durante los estudios realizados en dicha propiedad si se causara un perjuicio por los estudios realizados, lo que demuestra que no quedará el titular desamparado legalmente.

Según el voto de la Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia en sentencia número 002097- 2011 hace referencia al artículo 45 de la Constitución Política para referirse al derecho de propiedad privada, afirmando que el Estado no puede privar a las personas de su propiedad sin previa indemnización, pues el propietario cuenta con garantías para que el Estado no pueda ejecutar limitaciones excesivas para el goce y disfrute de esos derechos y realizar cualquier acto lícito en su propiedad, pues para limitar al propietario de ese derecho, deberá existir previa indemnización y desprendiendo a su vez que el derecho a la propiedad no se trata de un derecho absoluto.

Según el dictamen número C-063 -98 del 1 de abril de 1998 emitido por Licenciado Fabián Volio Echeverría quien fuere en esa época Ministro de Justicia y Gracia, se señala que durante el tiempo del código napoleónico fue el derecho de propiedad privada un todo, absoluto, inherente al hombre, donde el ser humano en el plano jurídico de los principios cobró vida o movimiento de la revolución francesa y el hombre se encontraba en el centro del sistema y su valor era supremo con toda libertad en el plano económico declarando a la propiedad como un derecho del hombre y de ahí darle las libertades sin someterlo a limitaciones, sino al contrario

darle todas la libertades por cuanto se constituía un derecho natural, lo que significaba un derecho sagrado e inviolable.

Con dicha concepción lo que quería decir es que el propietario al tener la propiedad privada como un derecho fundamental, generaba conflictos por abusar del derecho frente a otros propietarios explotando desenfrenadamente los bienes para producción y a su vez imposibilitando la intervención estatal para los fines de interés público.

Ahora bien, la Sala Constitucional en el voto 4205-95 de 14 horas 33 minutos del 20 de agosto de 1996 señala que con el paso del tiempo y de un Estado liberal al Estado Social y democrático de derecho fue que comenzó a regularse el derecho a la propiedad privada y así entenderse su papel dentro del crecimiento económico y social. Dejando atrás el derecho como un todo, absoluto e ilimitado que solo podía ser expropiado para construir obras públicas, como única limitación en el siglo pasado, por lo que ahora fue sustituida con una nueva visión de limitar los derechos de propiedad y sujetarla a deberes y obligaciones siempre garantizando su derecho, pero ahora sometido a regulaciones para un disfrute armónico de los derechos de todos los individuos.

El derecho de propiedad, que el Código Civil define en principio como absoluto, exclusivo y perpetuo no mantiene siempre esas características; pues esta normativa y en el resto de la legislación existen variadas limitaciones a la propiedad, que afectan lo absoluto, lo exclusivo, lo perpetuo de este derecho. Las limitaciones impuestas por la ley toman en cuenta el interés privado de los demás particulares propietarios de inmuebles y estas limitaciones se rigen por el Código Civil como lo señala el artículo 383;

Artículo 383: La propiedad privada sobre inmuebles está sujeta a ciertas cargas y obligaciones que la ley le impone en favor de los predios vecinos o por motivos de pública utilidad.

Las limitaciones impuestas por el orden jurídico en atención al interés público de la colectividad, se ve reconocido en el artículo 293 de la misma normativa Civil, que expresa:

Artículo 293 Código Civil: El propietario puede ser obligado a enajenar su propiedad para el cumplimiento de obligaciones contraídas o por motivo de utilidad pública.

Los casos en los que es permitida la expropiación por motivos de utilidad pública y la manera de llevarse a efecto, serán reguladas por la ley especial.

Aunque la propiedad es un derecho constitucional de los propietarios, estos mismos están obligados o limitados a ciertas cargas por ley como lo son las servidumbres, con restricciones hechas a la colectividad. Entre las limitaciones se puede distinguir los supuestos de expropiación forzosa y, fundamentalmente, todo lo relativo al dominio hidráulico, es decir, a la Ley del Agua.

Las servidumbres pueden ser un acto de imposición o puede ser voluntaria en algunos supuestos. La servidumbre se puede pactar y algunas servidumbres que son voluntarias vienen obligadas por ley, un caso de este supuesto lo constituye la servidumbre de paso, donde no se tiene acceso a la finca o casa desde la vía.

El artículo 370 del Código Civil señala que la servidumbre no puede imponerse en favor ni a cargo de una persona, sino solamente en favor de un fundo o a cargo de él.

El Código Civil señala en diferentes artículos las obligaciones y limitaciones de los propietarios, existiendo obligaciones a causa de la utilidad pública que se rigen por reglamentos especiales y por leyes especiales como la ley de aguas.

Las normas señalan las servidumbres como limitaciones de la propiedad impuestas por ley, al igual que la medianería, la cuales son paredes que separan edificios, patios, jardines, facilitando presumir como parte de esta división a las cercas, zanjas o acequias mientras no exista otra forma como demostrarlo.

Igualmente, el artículo 395 del Código Civil señala como una obligación a los propietarios lo siguiente:

Artículo 395 Código Civil: El propietario de un predio enclavado entre otros ajenos, sin salida o sin salida bastante a la vía pública, tiene derecho de exigir paso por los predios vecinos para la explotación del suyo, pagando el valor del terreno necesario y de todo otro perjuicio.

El artículo anteriormente mencionado solo es obligatorio cuando la persona que necesita del paso no tiene otra opción, pero existiendo otro paso con mayor facilidad o en igualdad de beneficio, no se podrá obligar a los propietarios dar derecho a este.

Los límites, que como sabemos, afectan a todos los propietarios y pueden también venir impuestos por interés público.

Parte de las limitaciones que habla el Código Civil es que aunque sea su propio bien, no puede hacer todo lo que le place en ella, ya que según lo que desea hacer en ella, puede afectar a sus vecinos como lo es el caso de la plantación de árboles, y es por esto que se limita a no estar cerca de la heredad ajena y para hacerlo deberá respetar cinco metros de la línea divisoria, en el caso de que un árbol sea muy grande y las hojas de este caigan en la propiedad de su vecino o las ramas lleguen hasta el, este mismo podrá exigir que sean cortadas, al igual que las raíces que se extiendan a la propiedad ajena, el mismo perjudicado podrá cortarlas sin autorización de su dueño, otro de los casos a los que se refiere la normativa civil costarricense, son las limitaciones para abrir ventanas o balcones que su vista de a las habitaciones de los vecinos a menos que mantenga una distancia de tres metros pues todas estas son derechos, obligaciones y limitaciones impuestas por ley según lo evidencia el Código Civil en sus artículos a partir del numeral 370 al 408, haciendo mención claramente de cada una de estas limitaciones y obligaciones para una mejor convivencia.

Pues como se ha mencionado en diferentes ocasiones el derecho de propiedad es para el goce y disfrute del propietario, pero no queda en absoluta libertad, pues no es un derecho absoluto, por lo que se debe regir y apegar a las normas que lo limiten y le obliguen a ciertas conductas o actuaciones aun siendo dueño del bien, de lo contrario se verá perjudicado al pago de daños y perjuicios por el incumplimiento de las normas para quien alegue dichos derechos que se vean violentados por otros.

De lo anterior es importante aclarar que aun cuando en un allanamiento judicial la persona o personas ocupantes de un bien inmueble sean sus propietarios, este derecho de propiedad no tiene el carácter absoluto que permita impedir que los dueños sean allanados. Para efectos de hacer ejecutar la justicia y las decisiones judiciales que se adopten válidamente por los tribunales de justicia, no importa si las personas ocupantes son propietarias o no del bien. Se trata, en todo caso, de tutela judicial efectiva, principio y derecho que justificaría allanar un bien inmueble aun contra la voluntad de sus ocupantes o propietarios.

Nótese que el propio ordenamiento jurídico legal y constitucional, admiten expropiar a un dueño. Utilizando para los fines de esta investigación, el criterio de lógica a mayor razón, no habría un sustento argumentativo válido para vedar el allanamiento de recintos aun contra la voluntad de un propietario, si la misma ley permite expropiarlo. Lo que importa es que, para uno y otro caso de allanamiento y expropiación, las autoridades públicas que lo ordenen y vayan a ejecutar, respeten el marco de derechos humanos y fundamentales de las personas involucradas, acaten lo que el bloque de constitucionalidad indica al respecto, y en todo caso, por razones humanitarias fáciles de explicar y aprehender, la función pública sea realizada con el mayor respeto y resguardo posible de las personas que se puedan ver o sentir afectadas.

2.3 EL COBRO DE OBLIGACIONES DINERARIAS Y EL EMBARGO.

2.3.1 OBLIGACIONES DINERARIAS Y SU COBRO JUDICIAL.

En este capítulo conceptualizan las obligaciones dinerarias y para esto la página web “Cijul”, nos refiere a diversas definiciones sobre las obligaciones pecuniarias y el concepto de dinero, basándose en el criterio de diferentes autores, como lo son los autores Manuel Albaladejo y Guillermo Borda.

En resumen, con base en la citada fuente, son obligaciones pecuniarias o dinerarias aquellas que consisten en entregar una suma de dinero. Las cuales son deudas de valor y estas mismas es solo por la cantidad debida y el valor es el grado medido en dinero de la utilidad de un objeto, por lo que se señala que las cosas inútiles no poseen ningún valor, para tratar de entender mejor se dio el siguiente ejemplo:

A continuación, se transcribe un ejemplo dado por los autores indicados, respecto de la obligación dinerarias:

Un préstamo de un millón de colones, el cual debe restituirlo en el valor nominal de las monedas o signos monetarios y sobre la base del valor que el estado le atribuya, a fin de ser aceptados por el acreedor y se produzca el efecto liberatorio.

En el sitio web de CIJUL, también se cita a Guillermo Borda:

El dinero es el medio normal de que se sirve el hombre para procurar otros bienes; a la inversa de lo que ocurre con las demás cosas, no proporciona al hombre ningún placer por sí mismo; pero sirve de

intermediario en el trueque de cosas y bienes; con ese objeto ha sido creado y garantizado por el Estado y está sujeto a su vigilancia.

El dinero es una medida y signo de valor que se conoce en el tráfico y consiste o funciona como un mecanismo de pago o de cambio, cuando se debe un objeto o servicio, por lo que da la facilidad de cambiar una cosa, servicio u objeto por medio de dinero (moneda) como forma de pago. De ahí que el dinero sea un signo de valor reconocido por ley y un medio de cambio jurídicamente reconocido por las deudas de valor.

Es por esta razón que el dinero independiente de su valor como moneda, se refleja como un doble valor intrínseco o legal que sería el que le atribuye el estado al dinero metálico y el valor comercial o de tráfico.

El dinero sirve de trueque para poder intercambiar negociaciones, compras, prestamos, pagos, etc. Éste conlleva una serie de beneficios y ventajas, con facilidades para mejorar, crecer, producir, implementar, competir en el mundo del mercado, etc. Un ejemplo es el poder adquirir un préstamo bancario, donde el ente le facilita dinero a las personas a cambio de pago de intereses y para quien lo solicita pueda realizar el fin buscado, el cual puede ser para la construcción de su casa, remodelarla, comprar un vehículo, abrir un negocio, viajar, pagar gastos médicos y un sin fin de beneficios que se puede obtener con el dinero.

Los Juzgados Especializados de Cobro Judicial son los competentes, sin importar su cuantía, para tramitar y resolver procesos de cobro de obligaciones dinerarias contenidas en títulos hábiles según la ley. Estos títulos son, de acuerdo con el nuevo Código Procesal Civil (ley 9342): los monitorios, hipotecarios y prendarios (Artículos 110 y 166). A esto debe agregársele el cobro judicial, cuando proceda, de obligaciones respaldadas con garantías mobiliarias, de acuerdo con su ley especial.

Es importante aclarar que en otras competencias jurisdiccionales es posible tramitar y resolver los cobros de obligaciones de dinero, sobre todo cuando existen resoluciones o sentencias estimatorias de pagos. Así se tiene que en Costa Rica los Juzgados Civiles, Agrarios, Laborales, de Familia, Contenciosos Administrativos y de Pensiones Alimentarias están habilitados para proceder con ese tipo de ejecuciones.

En cualesquiera de los casos indicados, las leyes costarricenses han venido a dar soluciones a las demandas interpuestas por la falta de pago en las obligaciones dinerarias. Una de ellas son las medias cautelares como: el embargo de bienes y su práctica, para asegurar el posible resultado futuro y eventualmente favorable contenido en una sentencia o resolución intimatorias de pago firmes, con la intención de vender o subastar los bienes embargados de cualquier naturaleza.

De lo mencionado anteriormente, la norma de la Ley de Cobro Judicial en su numeral 5.2 señala lo siguiente:

Artículo 5.2 de la Ley de Cobro Judicial

Si se aporta título ejecutivo, a petición de parte, se decretará embargo por el capital reclamado y los intereses liquidados, más un cincuenta por ciento adicional para cubrir intereses futuros y costas; el embargo se comunicará inmediatamente. Si el documento carece de ejecutividad, para decretar la medida cautelar deberá realizarse el depósito de garantía del embargo preventivo.

El artículo 9 de la Ley de Cobro Judicial. Demanda y resolución inicial, señala:

Con la demanda deberá presentarse los documentos en los que se funde la ejecución. Se demandará al deudor y al propietario que consintió en el gravamen sobre los bienes, de no hacerse, previa advertencia al actor para que complete la legitimación en el plazo de ocho días, se declarará la admisibilidad de la ejecución. Podrá demandarse a los fiadores para ejercer contra ellos su responsabilidad, en caso de existir saldo en descubierto. De oficio en la resolución que le da curso al proceso, se ordenará la anotación de la demanda en el registro correspondiente.

En la norma anteriormente citada, se indica que con la demanda se debe presentar el documento en el que se funde el cobro y demuestre la existencia de una obligación dineraria líquida y exigible y así pueda la parte actora solicitar la medida cautelar de embargos a las personas demandadas.

Para esto, la misma ley de Cobro Judicial señala los requisitos del documento que se debe presentar formalmente para presentar la demanda, la cual lo señala en su artículo número 2 .1:

Artículo 2.1 Documento: Titulo monitorio: El documento en que se funde un proceso monitorio dinerario deberá ser original, una copia firmada certificada cuando la ley lo autorice, o estar contenido en un soporte físico, en el que aparezca como indubitable, quién es el deudor, mediante la firma de este o la firma de ruego con dos testigos instrumentales o cualquiera otra señal equivalente.

Como se observa, el título puede ser ejecutivo, sin que sea necesario el requisito. Si es ejecutivo, se pueden embargar bienes de la parte demandada sin necesidad de rendir garantía, porque así lo dispone el actual artículo 273 del Código Procesal Civil de 1989 (ley 7130).

Ahora bien: ¿Cuáles títulos son ejecutivos?

Artículo 2.2 Ley de Cobro Judicial. Título ejecutivo: Son título ejecutivo, siempre que en ellos conste la existencia de una obligación dineraria, líquida y exigible, los siguientes:

- a) El testimonio de una escritura pública no inscribible, debidamente expedida y autorizada, o la certificación de este testimonio.

- b) La certificación de una escritura pública, debidamente inscrita en el Registro Nacional.
- c) El documento privado reconocido judicialmente.
- d) La confesión judicial.
- e) Las certificaciones de resoluciones judiciales firmes que establezcan la obligación de pagar una suma de dinero, cuando no proceda el cobro en el mismo proceso.

Se debe aclarar que esta Ley de Cobro Judicial quedará derogada a partir del 8 de octubre del año 2018, la cual llegará a ser reemplazada por el nuevo Código Procesal Civil: Ley número 9342. Esta última legislación regula la presentación de documento de título monitorio y títulos ejecutivos de la misma forma que la Ley de Cobro Judicial. Al respecto se pueden observar los artículos números 111.1 y 111.2.

Pareciera que cumpliendo los requisitos previstos por ley, en cuanto a presentar debidamente el contenido de la demanda y sus pruebas, el proceso debiera terminarse exitosamente con la satisfacción de la obligación junto con sus costas personales y procesales. Sin embargo, ese ideal no se cumple en la práctica como se quisiera. Son muchos los factores que inciden en que las obligaciones dinerarias no se cobren judicialmente del todo o en un tiempo razonable.

La falta masiva de pagos y el fracaso de arreglos extrajudiciales o amistosos, han provocado una saturación de demandas en los juzgados especializados de cobro judicial para tratar de solventar todos los casos, donde lamentablemente no siempre

terminan con éxito, pues en el transcurso del proceso se dan una serie de complicaciones que lo llevan al fracaso.

Por ejemplo, hay dificultades para localizar a los demandados por medio de las vías que le facilita la ley a efectos de notificarles personalmente el curso de una demanda de cobro judicial.

Puede ser el caso que el demandado posea bienes que se encuentren desmejorados.

Otro obstáculo puede ser la falta de bienes muebles o inmuebles del deudor para poder embargar y junto con esto no posea dinero en los bancos, para retener sus cuentas, ni un trabajo estable al que se le pueda embargar su salario, obligando prácticamente al actor a dar por incobrable el caso y solicita al juzgado dar por terminado el proceso, debido al alto costo que requiere continuar con el mismo, tanto para el órgano judicial como para la parte actora.

En definitiva, cuando sí hay bienes embargables, en todo caso es relevante que la mora judicial y los tiempos del proceso no afecte los intereses de los acreedores que demandan, puesto que se corre alto riesgo cuando los bienes se deprecian con el transcurso de lapsos exagerados o no se adoptan de forma oportuna y efectiva medidas cautelares para asegurar con patrimonio activo de las personas obligadas el cobro de las obligaciones.

2.3.2 EL DECRETO DE EMBARGO: MEDIDA CAUTELAR Y MECANISMO PARA LA EJECUCIÓN.

Para iniciar con este punto, se hará una breve conceptualización del embargo.

El embargo es una medida cautelar o ejecutoria que, a solicitud de parte, el juez puede ordenar de inmediato sobre los bienes del deudor, con el fin de que estos sean puestos en un depósito judicial confiable que asegure respondan ante una eventual condena.

La medida cautelar del embargo es muy utilizada en los procesos monitorios para que el patrimonio del deudor responda por su obligación.

El Código Civil costarricense en sus artículos 981 al 984 regula la embargabilidad de bienes de deudores para hacerle frente al pago de las obligaciones dinerarias. La última de las normas establece una lista no taxativa de bienes que no son susceptibles de esta medida. Este tema se retomará más adelante.

Según el diccionario jurídico de edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, se conceptualiza al embargo de la siguiente manera:

Embargo:

(...) | En lenguaje jurídico, esta palabra posee diversas aplicaciones, según se refiera al Derecho POLÍTICO y al Marítimo, por un lado, o al Derecho Procesal Civil, Penal o Administrativo, por otra parte. | **EJECUTIVO.** Retención o apoderamiento que de los bienes del deudor se efectúa en el procedimiento ejecutivo, a fin de, con ellos o con el producto de la venta de los mismos, satisfacer la incumplida obligación a favor del acreedor que posea título con *ejecución aparejada* (v.). | **PREVENTIVO.** Medida procesal precautoria de carácter patrimonial que, a instancia de acreedor o actor, puede decretar un juez o tribunal sobre los bienes del deudor o demandado, para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y las resultas generales del juicio

Tal como reza la cita anterior en cuanto al concepto de embargo, esta es una medida para prevenir que los bienes del demandado sean distraídos, vendidos o donados y se asegure el pago de las obligaciones.

Es responsabilidad de la parte actora solicitar el embargo y aportar los medios como el título ejecutivo o garantía real exigida tal como lo señala la norma 273 del actual Código Procesal Civil (Ley n° 7130) en la siguiente cita:

Artículo 273.- Garantía. Si el acreedor no presentare título ejecutivo, deberá garantizar los daños y perjuicios que se originen del embargo,

y determinar con claridad qué clase de prestación va a exigir del demandado, y la causa o título de ella. La garantía deberá consistir en un depósito en efectivo o en valores de comercio a la orden del juez. Si fuere dinero efectivo, el depósito será del veinticinco por ciento de la suma por la cual se pide el embargo; y si se tratare de valores de comercio, del cincuenta por ciento cuyo valor se apreciará por el que tengan en plaza, a juicio del juez, según los datos que extrajudicialmente pueda obtener. El decreto del embargo se notificará al deudor en el acto de su ejecución, o después.

(La cita de la norma anterior será sustituida con la reforma procesal civil en su ley 9342).

Es importante aclarar que, si bien esta norma quedará derogada el 8 de octubre del 2018, el nuevo Código Procesal Civil, ley 9342, regula el tema de la rendición de garantía de la misma forma en el artículo 86.2, con la única diferencia que la rendición de garantía cuando no se presente título ejecutivo siempre será en dinero o valores de comercio equivalentes a un 25% del monto a embargar.

El embargo debe solicitarse por escrito, con el aporte de la respectiva garantía cuando la ley la requiera. Ésta servirá como base a la demanda y servirá para responder en casos de daños y perjuicios que se le causen al embargado como consecuencia de la medida, si resultare que el cobro judicial no procedía en derecho, por cualquier motivo, o la demanda se declara inadmisibile, desistida o algún otro elemento análogo.

Ahora bien, la norma del nuevo Código Procesal civil ley 9342 en su artículo 86 señala lo siguiente:

Artículo 86.1 del CPC Ley 9342 Embargo preventivo:

Para impedir que el deudor mediante el ocultamiento o la distracción de bienes, pueda eludir una eventual responsabilidad patrimonial, el acreedor podrá pedir que se decrete embargo preventivo.

Como ya se mencionó antes y lo señala la norma recién citada, la medida preventiva es exactamente como lo dice su nombre para prevenir que el bien del demandado sea deliberadamente manipulado, simulado, oculto, distraído, vendido o donado y con esto se vea burlado el acreedor y se vea obligado a buscar otros medios legales para recuperarlos y tardaría mucho más tiempo el curso del proceso cobratorio, por esta y muchas otras razones es que la justicia judicial cobratoria debe actuar rápidamente a embargar los bienes solicitados por la parte actora, aunque lamentablemente por más que los juzgados especializados de cobro trabajen con diligencia, es difícil dar con los bienes para embargar, pues existe la posibilidad de que el demandado sospeche de una posible demanda en su contra y busque la manera de evadir su responsabilidad.

Las demandas por cobro judicial cada día aumentan, los juzgados por más que desean cumplir lo antes posible con los procesos, se presentan con atrasos debido a que el avance de tecnología, la modernización y las necesidades que aumentan,

abren con ellas las posibilidades de adquirir obligaciones y como es válido repetir, las deudas se adquieren con una amplia gama de posibilidades como los son las entidades públicas o privadas y un ejemplo de ellas son:

- Bancos.
- Tarjetas de crédito.
- Instituciones financieras.
- Comerciantes y empresas de bienes y servicios de la más diversa índole.
- La Caja Costarricense del Seguro Social.
- Municipalidades.
- Ministerio de Hacienda.
- Otras instituciones públicas.

Son muchas las necesidades de las personas por adquirir préstamos bancarios, incluso para cubrir otras deudas, provocando una bola de nieve en el endeudamiento, o el desenfrenado y desmedido uso de tarjetas de crédito, financiamientos por compras de vehículos, donde las empresas automotrices dan financiamientos aun sabiendo que los salarios de dichos compradores no da para solventar sus gastos habituales, pero de igual forma las personas se endeudan por obtener un vehículo del año, una mejor casa, nuevo menaje de casa, el último modelo de celular, etc. Sin hacer un análisis previo de sus gastos adicionales y ver si podrá hacerle frente a la nueva deuda que adquiere por las facilidades que le brinda el mercado actual.

Tanto tiene culpa el establecimiento comercial, por no hacer un estudio minucioso de los ingresos y gastos de los clientes que llegan a comprar y culpa del cliente desmedido que no hace conciencia de las obligaciones que ya posee sobre él como para seguirse endeudando, pero en fin, el buscar culpables, no da soluciones, es por esta razón que se debe hacer conciencia a la necesidad de buscar posibles soluciones al desenfreno masivo de endeudamientos o la herramienta para hacer cumplir a los deudores de sus irresponsabilidades e inconciencia, obligándolos a entregar como parte de pago todo aquello que pueda ser sujeto a un embargo y darlo en remate para solventar sus obligaciones que irresponsablemente adquirieron.

Es bueno también aclarar que no solo es por personas irresponsables que no hicieron conciencia de sus gastos masivos e innecesarios, pues pasan casos difíciles a través del tiempo que hacen que las personas devenguen de deudas incumplidas, como por ejemplo una persona que por años se encontraba laborando para una empresa y de pronto se queda sin trabajo y el mismo ya no puede afrontar la deuda de su préstamo o el financiamiento de su vehículo u otros bienes que haya comprado. Pero lo ideal es saber que, si no va a poder enfrentar la deuda y tiene como parte de pago dar su vehículo, mercadería, materia prima y menaje de casa, o cualquier otro bien de valor susceptible de embargo y el mismo vaya a actuar de mala fe y lo esconda para que no le sea quitado y rematado, así y muchos casos más existen de personas que no pueden o no quieren afrontar su deuda y les es más fácil evadir, ocultar, donar, vender lo que tienen para no cumplir con la obligación que en algún momento adquirieron sin que nadie los obligara, pues se

comprometieron con todas sus capacidades cognitivas para saber a lo que se confrontarían si dejaba de cumplir su obligación.

Aun así, en la práctica las soluciones no se materializan de forma satisfactoria. Los verdaderos acreedores son los más afectados y con esto el comercio como tal. Algunas empresas se ven amenazadas con cerrar y otras en la quiebra total, pues el endeudamiento que provocan sus clientes, también provoca que ellos no puedan salir a flote con las suyas y se crea una cadena de endeudamientos. Es por esta y muchas razones que se debe hacer conciencia de la urgencia de una ley específica o especial que apruebe los allanamientos de domicilio o recintos privados en materia civil o cobratoria, cuando las circunstancias lo amerite, para estos deudores y así asegurar lo antes posible los bienes embargables.

Una vez que se conceptualizó el embargo y se hizo énfasis en su trascendencia procesal, se debe diferenciar su decreto u orden de la práctica.

El embargo lo solicita la parte actora y quien lo decreta o lo ordena es el juez competente mediante resolución, una vez que compruebe la existencia de la obligación dineraria líquida y exigible tal como lo señala la Ley de Cobro Judicial, que será remplazada una vez que entre en vigencia la nueva reforma procesal civil el 8 de octubre del año 2018, aunque para la nueva reforma esta norma no se modifica su contenido, según sus artículos 86 y 154 del nuevo CPC.

Artículo 18.1 Ley de Cobro Judicial y Artículo 154.1 Código Procesal Civil (Ley 9342)

Constatada la existencia de una obligación dineraria, líquida y exigible a solicitud del acreedor, se decretará embargo sobre los bienes del deudor susceptibles de esa medida. El embargo se decretará por el capital reclamado y los intereses liquidados, más el cincuenta por ciento (50%) para cubrir los intereses futuros y las costas.

Capítulo II medidas cautelares artículo 86. Embargo preventivo 86.1 Procedencia. Para impedir que el deudor, mediante el ocultamiento o la distracción de bienes, pueda eludir una eventual responsabilidad patrimonial, el acreedor podrá pedir que se decrete embargo preventivo.

Artículo 154.- Embargo 154.1 Decreto de embargo. Constatada la existencia de una obligación dineraria líquida y exigible a solicitud del acreedor, se decretará embargo sobre los bienes del deudor susceptibles de esa medida. El embargo se decretará por el capital reclamado y los intereses liquidados, más un cincuenta por ciento (50%) para cubrir intereses futuros y costas.

Cuando se trata de embargo salarial o bancario, se decreta el embargo y el oficio emitido al ente bancario y al patrono del deudor llevando implícito en el documento

dicho porcentaje para hacer referencia que el porcentaje es tomado en cuenta para cubrir los intereses futuros y las costas.

Cuando la norma antes citada indica “se decretará embargo sobre los bienes del deudor susceptibles de esa medida”, quiere decir que no todos los bienes del deudor se pueden embargar, por lo que no puede el juez caer en el error de ordenarlo sobre bienes que están fuera de la acción legal para dicho acto.

Existen diferentes normativas que debe aplicar el juez para consultar e informarse debidamente.

Para tal efecto, se hizo mención a diferentes ejemplos que se encuentran en las diferentes normas como, por ejemplo:

- Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal (Ley No. 4351 de 11 de julio de 1969 y sus reformas) señalando en su artículo 43 lo siguiente:

ARTÍCULO 43.- Las cuentas de ahorro serán inembargables excepto por pensiones alimenticias.

- Código de Familia Ley N° 5476

Artículo 42.- (Afectación del inmueble familiar, privilegios).

El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el propietario estuviere ligado en matrimonio; o por disposición judicial, a solicitud del propietario,

previa demostración, en este último caso, de la utilidad y la necesidad del acto.

Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en caso de cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente.

Cuando se trate de derechos creados bajo el Régimen Especial de Vivienda de Interés Social autorizados mediante ley, la vigencia del Régimen de habitación familiar será de al menos diez años.

En estos casos de habitación familiar, queda cubierta o protegida ante la persecución de acreedores, si la misma fue afecta antes de asumir la deuda o bien que el cónyuge estuviera de acuerdo de adquirir una deuda, dejando como garantía el inmueble afectado.

Para los casos de hipoteca legal, se debe dejar claro que, aunque exista una afectación a habitación familiar, el inmueble si podrá ser perseguido, porque las hipotecas legales que se derivan a ese efecto provienen de obligaciones que se vinculan al bien, independientemente de las fechas de constitución del patrimonio familiar o la hipoteca. Ejemplo de esto las Municipalidades por el cobro de impuestos a los bienes inmuebles, de acuerdo con el artículo 70 del Código Municipal.

Código de Trabajo *Ley N° 2 (27 de agosto de 1943)* capítulo cuarto

Del salario y de las medidas que lo protegen.

Artículo 172.- Son inembargables los salarios que no excedan del que resultare ser el menor salario mensual establecido en el decreto de salarios mínimos, vigente al decretarse el embargo.

Si el salario menor dicho fuere indicado por jornada ordinaria, se multiplicará su monto por veintiséis para obtener el salario mensual.

Los salarios que excedan de ese límite son embargables hasta en una octava parte de la porción que llegue hasta tres veces aquella cantidad y en una cuarta del resto.

Sin embargo, todo salario será embargable hasta en un cincuenta por ciento como pensión alimenticia.

Por salario se entenderá la suma líquida que corresponda a quien lo devengue una vez deducidas las cuotas obligatorias que le correspondan pagar por ley al trabajador. Para los efectos de este artículo las dietas se consideran salario.

Aunque se tratare de causas diferentes, no podrá embargarse respecto a un mismo sueldo sino únicamente la parte que fuere embargable conforme a las presentes disposiciones.

En caso de simulación de embargo se podrá demostrar la misma en incidente creado al efecto dentro del juicio en que aduzca u oponga dicho embargo. Al efecto los tribunales apreciarán la prueba en conciencia sin sujeción a las reglas comunes sobre el particular. Si se comprobare la simulación se revocará el embargo debiendo devolver el embargante las sumas recibidas

Para esto también el artículo 984 del Código Civil Costarricense hace mención a una lista de todo aquel bien que no puede ser perseguido por los acreedores para solicitar embargos, las cuales son:

Artículo 984. Código Civil (Ley No.63). No pueden perseguirse, por ningún acreedor, y en consecuencia no podrán ser embargados ni secuestrados en forma alguna:

- 1) Los sueldos, en la parte que el Código de Trabajo los declare inembargables.
- 2) Las jubilaciones, pensiones y beneficios sociales del deudor y las pensiones alimenticias.
- 3) El menaje de casa del deudor, artículos de uso doméstico y ropa necesarios para uso personal de él, de su cónyuge y de los hijos dependientes que con él vivan.
- 4) Los libros, máquinas y útiles necesarios para la profesión u oficio del deudor.
- 5) Los útiles e instrumentos del artesano o agricultor, en cuanto sean necesarios para su trabajo individual y el de los hijos que mantiene.
- 6) Los alimentos que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de su familia durante un mes.
- 7) Los derechos puramente personales como el de uso y habitación y cualesquiera otros bienes que el deudor haya adquirido a título gratuito bajo la condición de que no pueden ser perseguidos por deuda, salvo las mejoras que provengan de su industria.

No obstante, los bienes indicados en los incisos 3), 4), y 5), pueden ser perseguidos por el respectivo acreedor prendario, siempre que el contrato de prenda se encuentre debidamente inscrito; pero los indicados en el inciso 3) sólo podrán perseguirse por el precio de su adquisición cuando éste se hubiere efectuado a plazo.

Una vez citadas algunas de las numerables normas que señalan cuales bienes no pueden ser perseguidos para embargos judiciales, es evidente que el juez como mucha más razón no podrá decretarlos a favor de la parte solicitante, pues la ley es clara al señalarlos y así evitar que se ataque cuanto bien desearía perseguir los acreedores desesperados por asegurar el pago de lo que supuestamente se les debe.

Al demandado se le notifica de forma personal o en cualquiera de los medios que señala la Ley de Notificaciones Judiciales, capítulo II, en sus artículos 19 para personas físicas y artículo 20 para personas jurídicas, el auto intimatorio, junto con la copia de la demanda, la cual señala el monto y los embargos decretados.

En el momento que la parte demandada es debidamente notificada, actualmente la ley le concede el plazo de 15 para interponer excepciones (Artículo 5. 1 Ley de Cobro Judicial.)

Artículo 5 Ley de Cobro Judicial (...) En dicho pronunciamiento se le conferirá un plazo de quince días para que cumpla o se oponga,

interponiendo en ese caso las excepciones que considere procedentes.

(...)

Como se dijo, la Ley de Cobro Judicial quedará derogada por el nuevo Código Procesal Civil. En éste, también se dicta resolución intimatoria de pago en proceso monitorio dinerario, con la diferencia que la intimación para pagar o presentar oposición fundada, se hace por un plazo de 5 días (artículos 110.2 y 111.3).

110.2 Resolución intimatoria, oposición y efectos. Admitida la demanda, se dictará resolución ordenando a la parte demandada que realice la prestación pedida por la parte actora. En ese pronunciamiento se le concederá un plazo de cinco días para que cumpla o para que se oponga, interponiendo en ese acto las excepciones procesales que sean pertinentes. Cuando exista oposición fundada se suspenderán los efectos de la resolución intimatoria, salvo lo relativo a embargos.

111.3 Intimación de pago y embargo. En la resolución intimatoria, además, se ordenará el pago de capital, los intereses liquidados, los futuros y ambas costas. Si se aporta título ejecutivo, a petición de parte, se decretará embargo por el capital reclamado y los intereses liquidados, más un cincuenta por ciento (50%) adicional para cubrir intereses futuros y costas, embargo que se comunicará inmediatamente. Si el documento carece de ejecutividad, para decretar

la medida cautelar se debe realizar el depósito de garantía del embargo preventivo.

Si el deudor no se opusiere a la demanda o se opone sin fundamento, el auto intimatorio adquiere firmeza y se procede a la fase de ejecución, a través del procedimiento para ejecutar sumas líquidas, conforme a la numera normativa procesal civil sobre la materia (artículos 153 al 165 del nuevo CPC).

Antes de que se entrara al tema de la práctica del embargo, se hizo anteriormente un recuento por medio de diferentes normas de los bienes que no son susceptibles de embargo, ahora en el siguiente punto se hizo referencia al tema de la práctica del embargo y para dicha práctica se debe nombrar un ejecutor, el cual el juzgado nombrará y debe advertir a la parte actora o acreedores que deben pagar sus honorarios de forma directa a la persona interesada.

El ejecutor tomará en cuenta los bienes legalmente embargables, levantando un acta de lo actuado incluyendo en ella, la fecha, hora y lugar con todas las descripciones específicas y detalladas de los bienes muebles y los bienes inmuebles con sus respectivas citas de la inscripción, linderos, si dicho inmueble tiene algún tipo de cultivos, ganadería, nacientes y toda descripción que en ella posea.

Las partes deben elegir a un depositario judicial para custodiar dichos bienes, en dado caso que no exista un convenio, se dejará como depositario al mismo propietario del bien, siempre que el bien no se vea en riesgos de ocultamiento,

deterioro o abandono, de lo contrario se depositará al acreedor o a una tercera persona.

Según el artículo 1364 del Código Civil, el depositario judicial ya no podrá renunciar a su cargo una vez que este lo acepte sin existir una causa que lo justifique o que el mismo incumpla con cualquiera de las obligaciones de su labor.

El artículo número 18.2 de la Ley de Cobro Judicial actual regula la práctica del embargo. Indica que para llevar a cabo la práctica se debe nombrar al ejecutor, este profesional es asignado para ir al lugar donde se encuentra el bien, dar informe del estado en el que se encuentran, levantando un acta para ello.

Se debe dejar claro que no es para todos los casos que se debe practicar embargo, como es el caso de los inmuebles inscritos en el Registro Público, el salario, cuentas bancarias y otros con los que basta una comunicación por medios tecnológicos o físicos para ejecutar lo ordenado.

Para los casos de embargos que sí requieren práctica material, se realizan por medio de un ejecutor y para esto la Ley de Cobro Judicial señala en su artículo 18.2, lo siguiente:

Artículo 18.2 Ley de Cobro Judicial (Ley n° 8624) Práctica de embargo

Para la práctica del embargo se designará ejecutor a quien se le fijarán sus honorarios, los cuales deberán ser pagados directamente por el interesado.

Al practicarlo, el ejecutor solo tomará en cuenta los bienes legalmente embargables; levantará un acta de lo actuado, en la que consignará la hora, la fecha y el lugar. Si se trata de bienes muebles, indicará las características necesarias para identificarlos; si se trata de inmuebles, las citas de inscripción, los linderos, las obras y los cultivos que se hallen en ellos.

En el acto designará, como depositario, a la persona que las partes elijan y, a falta de convenio, a quien se encuentre en posesión de los bienes, salvo que, por el abandono, el peligro de deterioro, la pérdida, la ocultación o cualquier otra circunstancia, sea conveniente depositarlos en el acreedor o en un tercero. Para el depósito de determinados bienes, se exceptúan los supuestos que señale la ley. Al designado se le advertirán las obligaciones de su cargo y se le prevendrá señalar medio para recibir notificaciones.

El embargo de sueldos, rentas, depósitos, cuentas, títulos o ingresos periódicos se comunicará mediante oficio o por medios tecnológicos; al funcionario encargado se le indicará que está en la obligación de ejecutar lo ordenado y depositar, de inmediato, las sumas o los bienes, bajo pena de desobediencia a la autoridad.

En caso de embargo de bienes o derechos registrados, el tribunal lo anotará directamente en el registro respectivo, por medios tecnológicos, y solo en caso de imposibilidad, remitirá mandamiento para que sea el Registro el que haga la anotación. El embargo se tendrá por efectuado con la anotación y

afectará a los embargantes y anotantes posteriores, a quienes no será necesario notificarles. En tales supuestos, la práctica material del embargo será optativa, a juicio del ejecutante.

No será necesario practicar otros embargos sobre un bien embargado, siempre que tal medida se mantenga vigente. Para tener por practicados los posteriores, bastará comunicar el decreto de embargo al tribunal que decretó el primero. Si se trata de bienes registrados, será necesario, además, comunicar los embargos posteriores al registro respectivo.

Dentro de la práctica de embargo, también se encuentran las ordenes de captura de vehículos registrados y para esto la parte actora debe solicitarlo al juzgado para que el juez ordene el oficio de búsqueda y captura a la Dirección General de la Policía de Tránsito y así cumplir con dicha orden. Para esto el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), en su página “Tramite de Orden Judicial de Captura de Vehículo - catálogo de trámite”. Facilita los requisitos y fundamentos, los cuales se muestran en el cuadro siguiente

Requisitos	Fundamentos
Entregar original de Orden Judicial en la Oficina de Operaciones Policiales	Ley 9078, artículo 14.
Portar Orden Judicial emitida por el Juez competente.	Ley 9078, artículo 14.
Tener coordinado el Juez executor, debido a la falta de espacio físico para detener vehículos.	Ley Ley 9078 y artículo 152

Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial (n°9078) en su artículo 14 indica lo siguiente:

Artículo 14.- Anotaciones registrales

Mediante mandamiento expedido por la autoridad judicial competente podrán hacerse las siguientes anotaciones al margen del respectivo asiento de inscripción del Registro Nacional:

- a)** La demanda sobre la constitución, modificación o extinción de los derechos reales sobre los vehículos inscritos.
- b)** La demanda sobre la cancelación, rectificación de inscripción o anotación en el Registro.
- c)** El decreto de embargo sobre vehículos inscritos. Esta anotación caducará de pleno derecho a los cuatro años y el Registro hará caso omiso de ella al inscribir títulos nuevos o certificar el asiento respectivo. La interrupción de este plazo se regirá por lo que dispone el cuarto párrafo del artículo 471 del Código Civil.
- d)** El gravamen legal decretado con motivo de un accidente de tránsito o de delitos relacionados con accidentes de tránsito.

La denuncia formal por robo de un vehículo automotor Las autoridades judiciales podrán solicitar la cooperación de la Policía de Tránsito o de la Fuerza Pública para practicar el embargo respectivo o la detención del vehículo. Cuando el vehículo sea detenido, las autoridades lo comunicarán de inmediato a la autoridad judicial y está a las partes, con el fin de que se practique el embargo dentro de los quince días siguientes a la fecha

en que se haya recibido la comunicación. De no trabarse el embargo en este plazo, el vehículo se pondrá a disposición de su propietario, pero podrá solicitarse nuevamente la detención para su embargo.

Queda claro de quién es el que debe realizar dicha diligencia en cuanto a la captura de los bienes muebles como los vehículos, pues es competencia de La Dirección General de Tránsito, ellos son los encargados de recibir dicha orden judicial y hacerla cumplir lo antes posible. Pero no es fácil recuperar el bien solicitado, pues los dueños se niegan a bajarse del vehículo o simplemente los oficiales saturados de trabajo no logran andar detrás de la búsqueda de dicho vehículo.

La búsqueda de bienes embargados es complicada. Los demandados se ven tentados a no colaborar con la justicia cautelar en la práctica de los embargos, sea por obstaculizar, negligencia o en muchos casos los obligados son muy ingeniosos para buscar la manera de evadir responsabilidades y pareciera que de verdad burlan la ley, pues saben que no existe cárcel por deudas y con esto basta para evadir la justicia pronta y cumplida en cuanto a obligaciones de dinero se trata.

2.3.3 LA PRÁCTICA DEL EMBARGO. OBSTÁCULOS Y LIMITACIONES.

En el punto anterior se hizo referencia a la práctica del embargo y la orden de captura, misma que suena o pareciera una salida excelente para llevar a cabo la captura de bienes y vehículos embargados, pero no es fácil correr con esta suerte, por más rápido que el juez ordene el oficio de captura, muchas veces los mismos ya

fueron distraídos, ocultos o desmejorados, ejemplos de caso existen muchos que se ven en la práctica que viven los juzgados especializados de cobro, ejecutores y acreedores. A continuación, ejemplos de casos más comunes en Costa Rica en bienes como vehículos que es lo más común y otros bienes legalmente embargables:

- Propietarios que antes de ser notificados de la demanda de cobro, ya tenían conocimiento o sospechaban de la misma y con esto se las ingenian para poder evadir la responsabilidad, talvez con el único bien que poseen, (un vehículo) para cubrir su responsabilidad, volviendo complicada la labor del ejecutor.
- Algunos bajan las placas del vehículo y esconden en otra casa, imposibilitando su localización.
- Otros casos muchos más comunes hasta la actualidad son la prohibición a la entrada donde se encuentra el vehículo, pues tratándose de una propiedad privada le dificulta al ejecutor su ingreso, haciendo imposible su función.
- Vehículos desmantelados y vendidos en partes, dejando el bien totalmente invaluable para un posible remate
- Los acreedores antes de la fecha de remate, solicitan al juez, una orden para que el deudor presente el bien y mostrarlo para ver su estado, pero no

siempre cumplen a la orden, dejando al acreedor con la imposibilidad de saber el estado del mismo.

- Ahora bien, como se mencionó antes, este tipo de problemática no solo aplica para vehículos, sino para todos aquellos bienes legalmente embargables, como lo pueden ser equipos de computación, que tienen mayor facilidad de distraerse, venderse, regalarlos o simplemente sacarlos del lugar y colocarlos en otro lugar fuera del mismo, pues al ser bienes no inscribibles tienen la facilidad de ser vendidos y perder su rastro.
- Mercadería de un establecimiento comercial, tiene la facilidad de sacarla del negocio y venderse a otro comercio o simplemente llevarla a otro lugar, sin mayor problema.
- Materia prima, de igual manera posee el acceso rápido de venderse o distraerse e incluso ser utilizada.

Así sucesivamente se pueden mencionar infinidad de ejemplos de bienes a favor del acreedor que son perdidos, distraídos, vendidos, ocultados y así sucesivamente con cada caso en concreto. La parte actora muchas veces desiste de continuar con la persecución de los bienes y solicita al juzgado dar por terminado el proceso ya que el costo que lleva toda esta tramitación es muy alto, tanto para los acreedores como para el Estado. Y en cuanto al acreedor después de tantos intentos fallidos, pierde su tiempo, dinero, papeleo, abogados y además de perder la deuda, correr el riesgo de pagar las costas del proceso.

Por estas razones es necesario analizar si el instrumento del allanamiento de domicilio y recintos privados, debe sustentarse para asegurar bienes cuyo embargo haya sido ordenado.

2.3.4 EL EMBARGO Y LA CAPTURA DE BIENES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

En cuanto al embargo ya se hizo mención en diferentes ocasiones, que trata de una medida cautelar para prevenir la distracción de bienes embargables para poder llevar a cabo un remate al mejor postor y así saldar la deuda pendiente del demandado con la venta de dicho bien, de igual forma se explicó que no siempre se triunfa o se logra el objetivo buscado, pues la problemática acrece cada vez más con el ocultamiento de los bienes o con la prohibición del acceso a la entrada para que peritos ingresen a la propiedad a valorar bienes y para los ejecutores ubicar los bienes y determinar las características y estado de los bienes embargados.

Ahora bien, el mecanismo utilizado para la captura de vehículos cuando estos son los susceptibles de embargo, es la propia práctica de la medida cautelar, con el nombramiento de un ejecutor a solicitud de la parte para buscar el bien y su estado.

En cuanto a la nueva normativa procesal civil (Ley n° 9342) que será vigente a partir del 8 de octubre del año 2018, el artículo 154.2, en resumen, señala que para llevar a cabo la práctica de embargo se designará ejecutor, a quien se le fijarán honorarios, el ejecutor deberá tomar en cuenta únicamente aquellos bienes legalmente embargables, de los cuales se hizo mención en esta tesis en algún momento, el

ejecutor debe levantar un acta de lo encontrado y señalar todas las características del mismo tal como lo encontró e indicar la fecha, hora y lugar. Lo mismo aplica para los inmuebles, pero señalando citas de inscripción, linderos, las obras, los cultivos que encuentre en ellos.

En ese mismo acto el ejecutor debe designar a un depositario que resguarde, mantenga y proteja esos bienes, pero escogido por las partes y a falta de convenio, se podrá dejar al mismo dueño del bien como depositario, siempre y cuando este poseedor no vaya a dejar en abandono, deterioro, ocultándolo o perderlo, pero si existirá la sospecha de que cuales quiera de los casos pasara, se deberá dejar como depositario al mismo acreedor o un tercero.

Para los casos de embargo de sueldos, retas, depósitos, cuentas, títulos o ingresos periódicos, se comunican por medio de oficios a los encargados de realizar los depósitos para que lo ejecute de inmediato bajo pena de desobediencia a la autoridad, para este tipo de embargo no es necesaria la práctica de un ejecutor ya que este procede mediante el envío de un oficio ordenado por el juez, siempre que sea solicitado por la parte actora.

Lo mismo sucede cuando los bienes o derechos están registrados en el Registro Público, los cuales serán anotados directamente por el tribunal por los medios tecnológicos y solo en caso de que se le haga imposible, se remitirá a la entidad registral para que realice la anotación de manera física o manual.

Una vez que exista la anotación del embargo se tendrá por practicado y con esto se verán afectados los embargantes y anotantes posteriores, lo que hace que no sea necesario notificarles.

En los embargos, práctica y ejecución, una vez que se decretan y practican quedan legalmente protegidos o garantizados para cubrir el cumplimiento de obligaciones monetarias adquiridas por el deudor.

En Costa Rica los bienes embargados pueden ser vendidos o enajenados de cualquier forma por el deudor y quien contrate soportaría el gravamen, lo que significa que el nuevo dueño o contratante tiene conocimiento de lo que está soportando y queda sujeto a lo que ocurra con el embargo previamente ordenado.

En otros países el sistema es diferente ya que los bienes embargados se inmovilizan de tal forma que no se puedan negociar de ninguna forma.

Como lo señala el artículo 154.2 del nuevo Código Procesal Civil (ley 9342) que hace referencia a la práctica de los embargos, se entiende que, al existir un depositario judicial para proteger y cuidar el bien, es porque ya el ejecutor pudo practicar el embargo, por lo que pareciera que el acreedor va por buen camino para llevar a cabo un futuro remate.

Pero como se ha mencionado en diferentes ocasiones, esto no garantiza un resultado positivo, pues muchas veces, en último momento, el deudor puesto como depositario no presenta el bien, con el riesgo de que lo pueda desaparecer, por lo

que se vería obligado el acreedor a adjudicárselo en un posible tercer remate forzosamente, por ausencia de postores en las primeras dos subastas.

Es de hacer notar si el demandado impide malintencionadamente que un bien embargado o gravado pueda satisfacer el cobro de una deuda, el acreedor o cualquier perjudicado podría denunciarlo por el delito de estelionato, pero esto no es un aliciente para nada, porque no es la idea que los acreedores tengan que pasar de un proceso civil de cobro judicial a una acción penal que de todos modos no mejora las probabilidades de éxito porque en la vía penal concurren algunos factores como su prescripción por el transcurso del tiempo, la falta de ubicación material del posible imputado, las dificultades para acreditar el dolo componente del tipo subjetivo o bien, la aplicación del principio in dubio pro reo en caso de duda en cuento a las circunstancias de hecho.

A continuación, se tomó como referencia el nuevo Código Procesal Civil (Ley n°9342) para hacer mención de la práctica de embargo y analizar la problemática y triste realidad que viven los ejecutores y por supuesto los acreedores afectados gravemente con el incumplimiento y el freno que imponen los deudores ante dicha práctica.

Como se ha mencionado en diferentes ocasiones, los acreedores son víctimas del abuso que hacen los deudores ante leyes que protegen tantos derechos constitucionales, que en realidad no está siendo proporcional, pues por defenderse el derecho de unos, se desprotege el de otros.

¿Qué quiere decir esto? Las personas deudoras de obligaciones dinerarias en algunos casos invocan la inviolabilidad del domicilio o recintos privados, con el objetivo ocultar bienes o evitar que los situados en la casa o en el establecimiento sea inventariados y embargados para un posible remate.

Si bien es cierto las leyes dan las posibilidades de acudir a los tribunales especializados de cobro judicial para hacer valer sus derechos, los jueces no pueden obligar a los demandados a pagar sus deudas y se encuentran sujetos o limitados a lo que la ley permita.

Por todo lo anterior, se justifica analizar si existe alguna vinculación entre las limitaciones de la efectividad de los embargos y los allanamientos para su práctica, tomando en consideración la relación normativa de los artículos 86, 137 y 154 del nuevo Código Procesal Civil. Este será el tema por abordar en la sección siguiente.

2.4 EL ALLANAMIENTO DE RECINTOS PRIVADOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. SU CONSTITUCIONALIDAD Y APLICACIÓN PARA PRÁCTICAS DE EMBARGOS.

2.4.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ALCANCES.

Luego de haber analizado la figura del allanamiento como instrumento general para la eficacia de la justicia en diversas materias, corresponde analizarlo a la luz de la nueva normativa procesal civil que entra a regir el 8 de octubre del 2018.

Con el nuevo Código Procesal Civil ley 9342, se deroga su antecesor del mismo nombre, ley 7130 y con ello las normas que permiten el allanamiento para los supuestos concretos de la ejecución de desalojos y puestas en posesión (artículos 453 y 695).

El nuevo código regula el allanamiento en una sola norma:

Artículo 137.- Allanamiento. Para la ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios, cualquiera que sea su naturaleza, el tribunal podrá ordenar el allanamiento cuando las circunstancias lo ameriten. Para tal efecto, fijará el objeto, así como las condiciones bajo las cuales se practicará el allanamiento y tendrá amplias facultades para ingresar a los lugares, eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la Fuerza Pública cuando lo estime necesario. Del allanamiento se levantará un acta, firmada por los interesados, donde se consignará en forma circunstanciada su resultado.

Sin necesidad de entrar por ahora en las consideraciones de constitucionalidad de esta norma, vale la pena los siguientes cuestionamientos: ¿Cuáles son los alcances de esta previsión? ¿Podrá aplicarse para cualquier cuestión de interés judicial en un proceso civil? ¿Qué alcances tiene la norma cuándo indica ejecución de “acuerdos y pronunciamientos ejecutorios”?

Nótese que ya no se contemplan situaciones procesales específicas. Se trata de una norma abierta y general.

Una primera aproximación al tema, determina la posibilidad de relacionar esta norma con los supuestos de hecho de la normativa derogada, también regulados por el nuevo Código Procesal Civil.

Si se entiende que la orden de desalojo y las puestas en posesión son pronunciamientos ejecutorios, se tendría que la posible aplicación del allanamiento a los casos expuestos requiere de una interpretación sistemática del nuevo ordenamiento jurídico, porque sin duda alguna el artículo 137 no se vale por sí mismo.

Teniendo claro lo anterior, es importante complementar la norma en cuestión con lo dispuesto por el artículo 148 de la ley 9342, nuevo Código Procesal Civil, el cual hace mención al procedimiento de ejecución de condenas de dar, también conocido como “puestas en posesión”:

ARTÍCULO 148.- Condena de dar Cuando deba entregarse un bien mueble o inmueble y el obligado no lo hiciera voluntariamente, se procederá a la entrega o puesta en posesión. Los muebles que no deban entregarse con un inmueble se pondrán en depósito, si su dueño no quisiera o no pudiera retirarlos en el acto de la expulsión, y sobre dichos muebles se podrá ejercer derecho de retención por los gastos que origine el depósito.

Queda sujeto a interpretación del juez si considera necesario ordenar un allanamiento para ejecutar una condena respecto de bienes determinados, ante la negativa por parte del obligado (condenado) a entregar los bienes.

Nótese que la aplicación de las normas en el sentido expuesto sería igualmente válida para las puestas en posesión provenientes de condenas específicas de condenas de dar, incluyendo la orden de un desalojo proveniente de un proceso sumario de desahucio o monitorio arrendaticio.

Ahora bien, como el artículo 137 del nuevo código procesal presupone supuestos de hecho genéricos (ejecución de acuerdos y pronunciamientos ejecutorios), vale la pena preguntar si su aplicación es extensible a otros supuestos en el que se requiera ingresar a un domicilio o recinto privado para ejecutar un acuerdo o pronunciamiento.

Ejemplos posibles de lo anterior se generan con las prácticas de prueba y ejecución de medidas cautelares.

Podría suscitarse que un perito deba ingresar a un domicilio o recinto para obtener los datos necesarios con el fin de elaborar un dictamen ordenado por la autoridad judicial y que encuentre obstáculos para ello (artículo 44 del nuevo Código Procesal Civil). También podría encontrar obstáculos los jueces para realizar reconocimientos judiciales (artículo 46 de la misma ley). Si se requiriera acceder a un documento u objeto en lugares privados, que son elementos probatorios admitidos en el juicio, estaríamos ante otro caso en el que el allanamiento podría alcanzar su aplicación (numeral 45 del nuevo código).

En concreto, sobre el reconocimiento judicial, el artículo 46.2.3 de la ley 9342 indica expresamente:

Artículo 46.2.3. Deber de colaboración de partes y terceros. Las partes y los terceros tienen el deber de prestar la máxima colaboración para

la efectiva práctica del reconocimiento. La negativa injustificada de los terceros faculta a los tribunales para tomar las medidas conminatorias que correspondan, sin perjuicio de testimoniar piezas para el Ministerio Público, si se estima que se está ante la comisión de un ilícito. Si la negativa injustificada procede de una de las partes, se le intimará a prestar colaboración, si mantiene su actitud, se podrá interpretar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho a probar. Los tribunales podrán ingresar a los inmuebles o a los recintos objeto de controversia, o donde se hallen los bienes a examinar. Para tal efecto, podrán ordenar el allanamiento y auxiliarse con la Fuerza Pública, si es necesario.

Llama la atención que los legisladores hayan establecido una norma específica admisible de allanamientos para el reconocimiento judicial y no se haya dispuesto de la misma forma para otros efectos probatorios ni medidas cautelares.

Sin embargo, al aplicar las normas de la forma sistemática recomendada, conforme al artículo 3.3 del nuevo código, la instrumentalización procesal, el espíritu y finalidad de las normas, podría arribarse a la conclusión, como se dijo, que podría allanarse para la ejecución de otras resoluciones judiciales, aunque no haya normas predisuestas para supuestos específicos.

Iguals consideraciones funcionan para la ejecución de medidas cautelares típicas o atípicas, porque, de todos modos, estaríamos en presencia de resoluciones judiciales que ordenan ejecutar algo, sea el secuestro de bienes, su depósito provisional, la suspensión de actividades comerciales o bien, como se ahondará más

adelante, las prácticas de embargo. Sobre las medidas cautelares en general, obsérvense las normas 77 al 97 del nuevo código y en relación con su ejecución inmediata y obligatoria, el artículo 97 en especial.

Si se concluyera como imposible ordenar el allanamiento para ese abanico amplio de posibilidades, se estaría afirmando que la negativa o dificultad material para ejecutar resoluciones judiciales, haría nugatoria la eficacia de la justicia.

Por lo anterior, se puede deducir que hubo mucha sapiencia de los elaboradores de la nueva legislación procesal, al establecer una norma general para la ordenación de allanamientos, puesto que existe un sin número de casos en los cuales resultaría necesario para que se ejecute lo que los tribunales de justicia dispongan.

Sin embargo, el tema en análisis no tiene una fácil y consensuada conclusión. En materia probatoria, por ejemplo, se aduce que la negativa injustificada a que se practiquen pruebas, cuando la conducta proviene de la parte contraria, podría constituir un elemento ratificante, en todo caso, para la convicción sobre la apreciación probatoria. Al respecto, el párrafo segundo del artículo 41.5 indica:

Artículo 41.5, párrafo segundo. La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas.

Por esto podría aducirse, al menos para reflexión, que no es necesario ordenar allanamientos, cuando es posible que la negativa injustificada a la práctica de una prueba, sea utilizada como un elemento de convicción o ratificante, de las afirmaciones de la parte que la haya ofrecido. En definitiva, estas presunciones son

propias de los sistemas de valoración de pruebas conforme a las reglas de la sana crítica racional, de por sí contempladas en el párrafo primero de la norma en cuestión.

En cuanto a la ejecución de medidas cautelares, por su naturaleza diversa a la actividad probatoria, no es posible aplicar las reglas de valoración de prueba del artículo 41.5. Dicho de otro modo, la única forma de ejecutar una medida cautelar que requiera materializarse en un domicilio o recinto privado, es ingresando al lugar en cuestión. En consecuencia, si hubiere oposición injustificada a que la autoridad judicial ingrese al lugar, no quedaría otra opción que ordenar el allanamiento, conforme a la previsión general del artículo 137 de la nueva ley procesal. Si no se procediere de esta forma, simplemente se estaría renunciando a la posibilidad de ejecutar medidas cautelares necesarias para asegurar el probable resultado de una sentencia posterior, porque alguna persona se justifica en derechos de propiedad privada, intimidad o privacidad, para impedir que la resolución de un juez sea eficaz.

A lo anterior se le critica que las medidas cautelares, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias ejecutorias, no provienen de una decisión definitiva que dirima los derechos subjetivos tutelables a través de una demanda. Es decir, que no es lo mismo ejecutar la sentencia que ejecutar una medida judicial provisional.

Sobre todo, lo anterior, más allá de lo que se concluya y recomiende en esta investigación, es claro que será la práctica judicial y la jurisprudencia las que definan cómo se va a proceder en supuestos tan controversiales como los indicados.

2.4.2 ¿ES CONSTITUCIONAL SU REGULACIÓN?

En este punto se pretende dilucidar si la norma 137 del nuevo Código Procesal Civil es o no constitucional. Para esto se consultaron diferentes votos de la Sala Constitucional y criterios expertos, con el fin de tener algún grado de aproximación al análisis que interesa.

Cuando se analiza el instituto del allanamiento para la práctica o ejecución de actividad procesal, existe una posición tradicional, propia de algún sector de la idiosincrasia costarricense, tendente a valorar las garantías de inviolabilidad de domicilio, la intimidad y privacidad por sobre otras garantías necesarias para la paz social y el bienestar de la colectividad como la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.

Como ya se ha expuesto en esta investigación, al analizar los bienes jurídicos tutelables de rango constitucional, pueden adoptarse dos tesis. Una, evidenciar un choque entre ellos, según los justiciables que se puedan sentir afectados por unos y otros. Dos, entender que el ordenamiento jurídico es uno solo y que los derechos deben armonizarse de tal forma que aun las garantías constitucionales de ciertas personas deben ceder, con moderación y en casos concretos, ante las garantías de otros, sin que ello implique una vulneración de las primeras.

De los artículos 41 y 153 de la Constitución Política y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se desprende el principio de tutela judicial efectiva, en el sentido del derecho y garantía de todas las personas y entidades a obtener eficacia y eficiencia de la justicia. De ahí que, en un proceso judicial particular, sin importar la materia, de resultar necesario allanar para propiciar un ambiente de justicia efectiva, sea en

materia probatoria, preparatoria, cautelar o la ejecución de decisiones definitivas sobre los litigios, no podría abandonarse esa idea.

En términos directos, tomando las previsiones necesarias para no agravar indebidamente los derechos y garantías de las personas, no debe considerarse inconstitucional que la intimidad, privacidad, propiedad o domicilio privado de las personas, deban ceder en la medida necesaria para que la justicia sea efectiva.

Más aun, una conclusión diversa a la expuesta podría constituir una conducta abusiva de garantías constitucionales por parte de quien se niegue injustificadamente a que las resoluciones judiciales se ejecuten.

De tal forma que el allanamiento en los procesos judiciales es justificable y armonizable con los derechos y garantías de las personas que puedan ver afectados sus ámbitos personales con su práctica. Este es un aspecto trascendental para asegurar que los allanamientos se ordenen y practiquen bajo ciertas reglas mínimas de afectación, tal y como lo dispone el artículo 137 de la ley 9342.

El nuevo Código Procesal Civil acierta entonces al establecer que el allanamiento se practique cuando sea necesario, lo que impone un límite a jueces para que no lo ordenen si existen otras alternativas legales para alcanzar la efectividad de los pronunciamientos o acuerdos ejecutorios.

Y cuando se ordene, habría que preguntarse si existe inconstitucionalidad por no detallar los requisitos y formalidades para practicarlo.

En primer lugar, el artículo 137, aunque no especifique ni detalle todos los requisitos y los casos para practicar allanamientos civiles, es posible interpretar que cualquier

norma o principio del bloque de constitucionalidad referente a su aplicación, es igualmente atendible para la nueva normativa. Deja mucho que pensar cualquier análisis aislado de una norma de rango legal. El ordenamiento jurídico es uno solo. El bloque de constitucionalidad aplica para cualquier acto legal y cualquier materia.

No resulta extraño entonces que existiera una norma de rango legal que regulase el allanamiento sin agotar todos los requisitos para su práctica y aun así, la Sala Constitucional hubiese analizado y encontrado la norma ajustada al Derecho de la Constitución.

Ejemplo de lo anterior se encuentra en el artículo 453 del actual Código Procesal Civil, ley 7130. Para la puesta en posesión señala:

Artículo 453. Posesión del bien.

La autoridad de policía pondrá al actor en perfecta posesión de la cosa, para lo que, si es necesario, sin más trámite practicará el allanamiento; expulsará a quien se oponga, sin atender cualquier orden de embargo u otra semejante; esta orden podrá ejecutarse, si procede, una vez efectuada la expulsión.

En caso de que el demandado no pueda retirar los muebles en el acto del lanzamiento, la autoridad deberá ponerlos en depósito y los gastos respectivos deberá cubrirlos el mismo demandado.

Este artículo no indica las formalidades y requisitos para practicar el allanamiento. Sin embargo, cuando la Sala Constitucional analizó su constitucionalidad, aprehendió que lo dispuesto por las normas procesales penales en atención a los

derechos constitucionales de las personas involucradas, resulta aplicable a cualquier materia. No podría ser de otra forma, porque precisamente la Sala hace sus análisis jurídicos en un sentido integral del ordenamiento legal y constitucional, independientemente de la materia que se trate.

Sobre el particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su voto n°1620-93, expuso:

Los requisitos y los casos en que procede el allanamiento están regulados en el Código de Procedimientos Penales, ello no significa que sólo sea aplicable en la vía penal, sino que puede aplicarse en otras vías de manera que si se cumplen los requisitos que ese código procesal establece para no violar los derechos subjetivos públicos amparados por la Constitución Política, no existe motivo para impedir su aplicación en otra vía ni existe tampoco contradicción con la Carta Magna que autoriza el allanamiento en casos muy calificados. Que el artículo 23 constitucional faculta el allanamiento de morada si hay orden escrita de juez competente.

Como lo señaló la Sala Constitucional en la cita anterior, los allanamientos pueden ser aplicados en cualquier materia, siempre que se apeguen a las formalidades y requisitos regulados en las normas del Código Procesal Penal.

Por eso, aunque el nuevo Código Procesal Civil no sea explícito sí requiere o no la presencia de la persona juzgadora en el acto del allanamiento, integrando ordenamiento jurídico, se llega a la conclusión de que sí es necesaria su presencia

(Incluya aquí lo dispuesto en el CPP sobre el particular y lo que sobre esto diga la Sala Tercera y Constitucional).

Lo anterior da a entender que el artículo 137 del Código Procesal Civil, ley 9342, es constitucional, porque se integra con las normas procesales penales para su posterior ejecución. Al respecto, se remite a la persona lectora a las formalidades ya expuestas en esta investigación sobre el allanamiento regulado por la normativa procesal penal.

Si se observa con detenimiento, no existe contradicción ni roce entre el artículo 137 del nuevo código procedimental civil y lo que dispone el Código Procesal Penal sobre la orden y práctica del allanamiento. Por el contrario, las normas se complementan.

Asimismo, según se ha analizado en esta investigación, la Constitución Política señala en su artículo 23 que el domicilio y todo recinto privado de los habitantes son inviolables, pero excepcionalmente pueden ser allanados con la orden del juez conecedor del asunto (competente), al mismo tiempo que dispone los casos en los que establece como posibles, incluida la orden escrita de juez competente, con sujeción a lo dispuesto por la ley.

Esto último es indispensable tenerlo claro, porque la propia constituyente dejó prevista la posibilidad de que una ley concreta estableciera supuestos para la aplicación válida y constitucional de allanamientos. De ahí que el artículo 137 procesal civil en estudio desarrolle una potestad constitucionalmente dada.

No obstante, subsisten las inquietudes acerca de derechos fundamentales involucrados con los allanamientos. La intimidad y el derecho a la vida privada son

indudablemente derechos que protege la Constitución en conjunto con el domicilio, pero el artículo 23 establece la relatividad de estos derechos, admitiendo el allanamiento en casos calificados.

La Sala Constitucional en su voto 2942-92 indicó que ningún derecho o libertad son ilimitados a tal punto de sobreponerlos siempre a la defensa de los intereses individuales opuestos o de mayor interés de la colectividad. Por esta razón se abrió la posibilidad de ingresar en domicilio ajeno contra la voluntad de las personas, cuando se justifique de acuerdo con una jerarquía de valores jurídicamente tutelables.

De esta forma señala la Sala Constitucional en el voto n°1620-93 que, el allanamiento es legal en tanto se ordene correctamente por juez competente, con lo cual no habría inconstitucionalidad en tanto se cumpla con los principios y normas conformadores del bloque que integra en Derecho de la Constitución. Al respecto, indica el voto:

Las violaciones a la Constitución no se miden en el tanto perjudique o beneficie al ciudadano, sino en el tanto y cuanto se haga lo que la Constitución no quiere que se haga.

En este voto se establece claramente que la Constitución deja abierta la posibilidad de que en los casos en que se considere necesario, pueda ordenarse allanamiento en otras ramas del derecho.

Siguiendo con el análisis del artículo 23 de la Constitución Política en relación con el 137 del nuevo Código Procesal Civil, se tiene que el primero indica que los allanamientos son válidos en el tanto se cumplan “con sujeción a la ley”. Lo que

significa que las leyes deben delimitar dicha acción, ya que dicho instituto afecta la privacidad e intimidad del domicilio y recintos privados, por lo que deben tener un carácter restrictivo y las leyes deben señalar cuando aplicarlo.

De esto se tiene que la nueva ley 9342 en su artículo 137 si delimita el allanamiento, no dejándolo al libre arbitrio de los jueces, pues indica que aplicará el “allanamiento para la ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios, cualquiera que sea su naturaleza.”

Aunque la disposición tenga un ámbito que se pueda considerar en alguna medida “general”, lo cierto es que establece un ámbito de aplicación y delimitación. Esto implica que las personas juzgadoras no puedan ordenarlo en cualquier situación procesal o ámbito de sus funciones, si no únicamente en casos sometidos a su jurisdicción y cuando de acuerdo con la ley, el pronunciamiento o acuerdo sea ejecutorio.

Ya se había expuesto la poca funcionalidad pragmática de establecer supuestos específicos en la ley, cuando ciertamente el allanamiento podría ser la única forma de ejecutar resoluciones judiciales, en casos puntuales.

Ahora bien, ¿qué debe interpretarse por “acuerdos” y “pronunciamientos” a la luz del artículo 137 en estudio?

Si bien los jueces muchas veces en su rol de dirección cumplen roles moderadores e intermediarios para que las partes arriben a ciertos acuerdos que pueden ser conciliatorios, transaccionales, o sobre algunos aspectos en la tramitación del

proceso o práctica de prueba, es claro que los acuerdos ejecutorios finalmente son arribados por las partes litigantes en un proceso contencioso.

Un ejemplo de este tipo de acuerdos se da cuando el deudor se compromete a entregar un bien en pago de una obligación original, pero resulta que conforme pasa el tiempo y se cumple el plazo, incumple lo prometido, por lo que aquí se está ante un incumplimiento de una prestación de dar. En dado caso, si no hubiere otra alternativa para dotar de eficacia el acuerdo, la persona juzgadora podría ordenar el allanamiento para poner en perfecta posesión del bien al acreedor.

Ahora, para el caso de los pronunciamientos de los que señala la norma 137 del nuevo Código Procesal Civil, interpretaríamos que estamos dentro del rango de las resoluciones judiciales y que además ordenen la ejecución de una acción.

Esto ocurriría con las sentencias, la orden de práctica de pruebas y eventualmente la práctica o ejecución de medidas cautelares, todas ejecutorias. En cuanto a las sentencias es además importante destacar que la nueva normativa procesal civil admite su ejecutoriedad provisional en los términos de los artículos 141 a 145.

No se comparte la posición que descarta el allanamiento como mecanismo para la ejecución de acuerdos y pronunciamientos interlocutorios, previos a la resolución definitiva del conflicto, porque faltaría a la técnica procesal desconocer el carácter “ejecutivo” de cualquier resolución judicial que requiera ejecutarse para materializar lo que el tribunal de justicia dispone.

La misma norma número 137 del allanamiento indica que para la práctica de dicho instituto debe ser fijado el objeto, lo que quiere decir hacia qué va dirigido

exactamente, debe indicar cuales son las condiciones para practicarlo, cosa que ya se había señalado anteriormente que debe ser bajo el estricto apego de la normativa de procedimientos penales para evitar su inconstitucionalidad y caer en una violación de derechos constitucionales.

También señala la norma que el allanamiento “tendrá amplias facultades para ingresar a los lugares y eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la Fuerza Pública” como bien se ve en la norma, dice “ingresar a los lugares” es igualmente entendido que son aquellos lugares permitidos por la misma Constitución Política en sus salvedades para allanar y de igual manera se levanta el acta de lo sucedido como cualquier otro allanamiento existente.

Ahora bien, para esta tesis se realizaron entrevistas a diferentes jueces para saber qué piensan o consideran ellos con respecto, si es constitucional o inconstitucional para dicha práctica del allanamiento basado en la normativa número 137 del nuevo Código Procesal Civil Ley 9342, por lo que a continuación las preguntas y respuestas de dichos profesionales.

Según el juez Greivin Steven Mora Alvarado, capacitador de la Reforma Procesal Civil en la Escuela Judicial y con 14 años de experiencia en el Poder Judicial en la siguiente pregunta responde:

¿Considera que el artículo 137 del nuevo Código Procesal Civil (ley 9342) se ajusta al bloque constitucional? O en su caso, ¿cuáles serían las posibles razones para solicitar o declarar una posible inconstitucionalidad de la norma?

Su respuesta es la siguiente: El artículo 24 de la Constitución Política señala los elementos constituyentes del instituto aplicables a nuestro sistema jurídico, el bloque de constitucionalidad implica concretamente o requiere tajantemente, que la funcionalidad de la norma; en este caso una ley de carácter procesal, no contradiga lo señalado por el constituyente en nuestra carta magna, artículo 23 señala:

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. A grandes rasgos no se verifica imposibilidad alguna para ser usado en tanto que no discrimina ni encasilla los daños graves a las personas o a la propiedad a la materia penal, es independientemente de su naturaleza.

Ahora bien, el Nuevo CPC señala: Para la ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios, cualquiera que sea su naturaleza, el tribunal podrá ordenar el allanamiento cuando las circunstancias lo ameriten. Para tal efecto, fijará el objeto, así como las condiciones bajo las cuales se practicará el allanamiento y tendrá amplias facultades para ingresar a los lugares, eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la Fuerza Pública cuando lo estime necesario. Del allanamiento se levantará un acta, firmada por los interesados, donde se consignará en forma circunstanciada su resultado.

La principal crítica podría centrarse en la insuficiencia de la presente ley procesal, por no especificar los elementos necesarios para que el juez competente utilice o aplique el allanamiento de forma detallada y concisa, sin embargo el bloque de constitucionalidad no solo se determina por el análisis de una norma en separado, sino con la inserción de la misma en nuestro ordenamiento, determinando si su aplicación es limitada o sistemática, donde puede darle el contenido a través de otras normas y principios detallados, como el derivado del proceso penal, el cual podría ser utilizado de forma complementaria, por ejemplo; yo considero que el numeral anteriormente señalado, puede ser complementado a través del análisis del siguiente articulado: Numeral 3 del NCP, incisos 1,2, 3 y en especial el número 4, donde permite integrar procedimientos, no considero que el presente instituto sea sancionatorio, sino más bien instrumental y el proceso penal en este caso daría las guías o pautas más claras del desarrollo del concepto, que puede ser considerado a la hora de realizar los actos procesales que la figura determina. En suma, no lo considero inconstitucional.

Como se vio en la opinión y las citas realizadas por el máster antes indicado, no encuentra una acción de inconstitucionalidad, pues dicha norma 137 no es sancionatoria, sino que se trata de un instrumento necesario para que los casos con complicaciones de cumplimiento de actos procesales, el juez pueda valorar cual es la urgencia necesidad instrumental del allanamiento, si el objetivo final es tratar lograr una justicia efectiva.

Ahora bien, la respuesta del doctor Farith Suárez Valverde, gestor de la implementación de la reforma procesal civil, con 20 años de experiencia laboral en el Poder Judicial, fue la siguiente:

¿Considera que el artículo 137 del nuevo Código Procesal Civil (ley 9342) se ajusta al bloque constitucional? O en su caso, ¿cuáles serían las posibles razones para solicitar o declarar una posible inconstitucionalidad de la norma?

Podría tener roces de constitucionalidad en cuanto a que no indica de forma clara para qué tipo de pronunciamientos ni tampoco el tipo de acuerdos ejecutorios, máxime que se es amplio cuando se indica “cualquier que sea su naturaleza” debiendo considerarse un balance respecto a la solicitud y su admisibilidad, pero ello podría delimitarse con una interpretación restrictiva que realice la Sala a la norma.

Según la respuesta de don Farith, la norma 137 del nuevo CPC puede tener roces constitucionales por no indicar qué tipo de pronunciamientos y acuerdos, por lo que sostiene un carácter restrictivo del allanamiento por los derechos fundamentales que involucra.

Al respecto vale decir que la norma no indica cada caso en concreto para su aplicación, porque precisamente delega en el juez, conocedor del caso, la decisión de aplicar el allanamiento para acuerdos y pronunciamientos ejecutorios y siempre que resulte necesario de acuerdo con las circunstancias. Requiere calificada fundamentación en todos los casos.

Ahora bien, cabe hacer la pregunta si es necesaria la presencia del juez a la hora que se aplica el allanamiento en el domicilio o recinto privado donde se encuentren los bienes y para dicho caso la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su voto n° 00740-2016 señaló en los que se considera necesario para su legalidad la presencia de este, como por ejemplo: Si lo que se allana es una morada o habitación, dependencias y casas de negocios, el allanamiento sí debe ser realizado personalmente por el juzgador o juzgadora, pues así está estipulado por el Código Procesal Penal en cuanto indica:

Artículo 193.-Código Procesal Penal:

Allanamiento y registro de morada Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas. Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consienta o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento.

Como bien lo señaló la norma antes citada, el allanamiento coaccionado para que sea legal en estos casos específicos, debe cumplir con la presencia de la persona juzgadora, pues al tratarse de un vínculo de intimidad y privacidad de las casas, habitaciones, o recintos privados debe velar por la tutela de principios y derechos de las personas que se encuentran en ellas.

Ahora bien, el artículo 194 de la misma normativa penal reza lo siguiente cuando se trata de lugares abiertos al público:

Artículo 194.-Allanamiento de otros locales El allanamiento de locales públicos, establecimientos de reunión o recreo mientras estén abiertos al público y no estén destinados a habitación, será acordado por el juez, quien podrá delegar la realización de la diligencia en funcionarios del Ministerio Público o de la policía judicial. No regirán las limitaciones horarias establecidas en el artículo anterior. En estos casos, deberá avisarse a las personas encargadas de los locales, salvo que sea perjudicial para la investigación.

Como bien lo indica la norma citada, es diferente el caso de allanamientos en lugares abiertos al público, pues aquí si cabe delegar en otros su práctica y con respecto a otras materias el juez podrá delegar en funcionarios de la Fuerza Pública o en oficiales de tránsito cuando se trata de captura de vehículos en vía pública.

2.4.3 ¿ADMITE LA NORMATIVA DEL ARTÍCULO 137 ALLANAR PARA PRÁCTICA DE EMBARGOS Y ÓRDENES DE CAPTURA?

El allanamiento ya es por si solo un instrumento legalmente autorizado por la Constitución Política para intervenir en cierta medida la esfera de intimidad del domicilio y recintos privados, en atención a los intereses de la justicia.

Entonces, ¿cuál sería el interés de aplicar el allanamiento en materia de prácticas de embargo y órdenes de captura?

Cuando un bien embargable se vea amenazado con cualquier peligro, perdida, desmejora y cualquier acto de mala fe de la parte demandada o de quién lo posea, el juez podría con su competencia evitarlo por medio del allanamiento para su

captura y con ello evitar daños a las cosas que servirían de instrumento asegurador del cobro de la obligación objeto del proceso. Nótese que si los acreedores, en ejercicio de sus derechos legítimos, ven frustrada su pretensión, podrían tener daños colaterales en sus actividades personales o económicas, las cuales pueden depender en buena medida el cobro de sus créditos.

Esta consideración encaja perfectamente en lo dispuesto por el artículo 137 del nuevo Código Procesal Civil, puesto que la resolución que ordena un embargo y su práctica es un “pronunciamiento ejecutorio” del tribunal de justicia. Si no se considerare “ejecutorio”, habría que admitir que lo único importante es el decreto de embargo y no su práctica, lo cual es ilógico, porque poco se gana con la orden de embargo si ésta no llega a materializarse sobre los bienes por asegurar. Recuérdese que la práctica de embargo implica la ubicación física de los bienes, su captura, su descripción y puesta en depósito judicial de una persona, que en determinados casos podría ser la propia parte demandada, un tercero o el mismo actor del proceso.

Ahora bien, para ejecutar el allanamiento, según se ha expuesto, debe considerarse el bloque constitucional de normas y principios aplicables sobre derechos fundamentales de las personas involucradas.

Sobre esto, por ejemplo, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su voto n° 468-99 dio como definición al instituto del allanamiento lo siguiente: “Procedimiento constitucionalmente autorizado para lesionar la esfera de intimidad del domicilio, habitación o recinto privado de los habitantes de la República, celosamente garantizado por el Constituyente”.

De igual forma se han señalado una serie de normas del Código Procesal Penal y votos de la Sala Constitucional que los jueces civiles y de cobro judicial deben observar y aplicar al momento de ordenar el allanamiento de domicilios y recintos privados.

En materia de cobro de obligaciones, para realzar la importancia de aplicar el allanamiento como última medida posible para asegurar bienes, es necesario considerar que es el embargo es el mecanismo realmente efectivo para minimizar los riesgos existentes con gran cantidad de deudores que obstaculizan el cobro de la deuda.

Sin la efectividad de una medida cautelar como el embargo, habría de igual forma denegación a una justicia efectiva. Por esto es que se insiste en la necesidad de aplicar los allanamientos, aun de forma cautelar, previa a una sentencia o resolución intimatoria, puesto que solo así podría propiciarse un ambiente que permita ejecutar lo que en definitiva decidan los jueces.

Nótese que el artículo 137 de la nueva legislación procesal civil se aplicaría de forma sistemática con la norma que refiere expresamente a la práctica de embargos y captura de bienes contemplada en el artículo 154.2 de esa ley.

De acuerdo con esto, el juez podría valorar practicar el allanamiento autorizado en el artículo 137, ya que esta normativa es aplicable cuando lo considere necesario, justificando por escrito.

Si con motivo de no haberse practicado un embargo oportunamente, los acreedores pierden la posibilidad real de vender bienes de las personas deudoras, ¿en qué

estado queda el derecho de tutela judicial efectiva, pronta y cumplida del artículo 41 de la Constitución Política? Recuérdese que esta norma suprema indica:

Debe hacerseles justicia pronta, cumplida sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Es por eso que resultaría necesario aplicar el allanamiento de forma inmediata o a la mayor brevedad posible ante cualquier negativa de la persona que posea los bienes embargos en un domicilio o recinto privado.

Es interesante saber que en Perú una vez practicado un allanamiento vinculado con un hecho delictivo se pueden incautar los bienes, según el caso para asegurar una posible reparación civil resarcitoria para el pago de daños y perjuicios lo cual dicha información es importante en el análisis de esta tesis, ya que su fin es encontrar la posibilidad de aplicar el allanamiento en Costa Rica para la práctica de embargos.

Según la noticia consultada en la página web (RPP Perú) se realizó un allanamiento para incautar los bienes del presunto sospechoso lo que significa desposeer al propietario del bien mueble o inmueble para que una vez firme la sentencia condenatoria se logre con estos bienes el pago de la reparación civil.

La incautación de bienes lo que busca es asegurarlos dejándolos fuera del uso del propietario y se anotan en el Registro de Propiedad. Implica la desposesión y la entrega al Programa Nacional de Bienes Incautados. (Pronabi).

Si bien esta incautación no es exactamente igual al embargo costarricense, se puede notar, que sus objetivos pueden ser los mismos, cuando se pretende asegurar el resultado eventual de una indemnización por los daños ocasionadas a las víctimas

de un crimen. En efecto, en Costa Rica la forma de tutelar las consecuencias patrimoniales derivadas de un supuesto delito, es el embargo preventivo. Por lo que se observa que en el régimen peruano si se admite el allanamiento del lugar privado para asegurar bienes en relación con derechos patrimoniales.

Este tema es de mucha relevancia en Costa Rica, porque el artículo 137 del Código Procesal Civil nuevo indica que el tribunal podrá ordenar el allanamiento “cuando las circunstancias lo ameriten”. Es aquí cuando debe analizarse esta frase con suma prudencia.

Una primera opción, es entender que el solo hecho de practicar el embargo de forma inmediata es una circunstancia suficiente para que la persona juzgadora ordene la práctica con el allanamiento.

Sin embargo, esta alternativa no parece la más adecuada, por la sencilla razón de que no sería necesario de acuerdo con las circunstancias, ingresar forzosamente al lugar donde se ubica el bien embargado, si es posible practicar la medida en un momento en el cual se encuentre fuera del ámbito de privacidad e intimidad. Esto ocurre por ejemplo con vehículos automotores, que, si bien pueden estar en ciertos días y a ciertas horas en una propiedad privada, circulan por las vías públicas en determinados momentos.

Aunado a lo anterior, en estricto sentido no sería necesario entrar a la fuerza si previo a ello, se hace un llamamiento a las personas que ocupan el lugar donde se encuentren los bienes por practicar, y ante ese llamado existe anuencia a que la autoridad pública ingrese para realizar el trabajo encomendado.

Una segunda opción sería disponer en la resolución que ordena la práctica del embargo, que el allanamiento se ejecute únicamente si no se encuentra nadie en el lugar de ubicación de los bienes embargados o, ante el llamado que se haga, existiere una negativa a la orden judicial por parte de los ocupantes.

El obstáculo que se podría argumentar a esta posibilidad es que la persona juzgadora estaría disponiendo de antemano, en abstracto, sin analizar los hechos concretos que se hubieran generado, un allanamiento; salvo que se apersonara al lugar con el ejecutor para la práctica del embargo y con ello, pudiese decidir en el acto, por escrito, si allana el domicilio o recinto privado. En este último caso, teniendo en cuenta la masiva demanda cobratoria en la corriente judicial, no sería recomendable que los jueces acompañen siempre a ejecutores a prácticas de embargo, previendo cualquier circunstancia que se genere.

La tercera alternativa, que parece la mejor, es que no se ordene el allanamiento cuando se ordene la práctica de un embargo, de tal forma que, la persona ejecutora o acreedora, le suministren al tribunal la información con las pruebas idóneas por valorar, para que se analice, con circunstancias concretas, si es necesario o no ordenar el allanamiento.

Es por eso que en esta tesis se hizo la pregunta si es constitucional y es posible considerar la aplicación de esta nueva norma 137 de la ley 9342 del allanamiento en materia civil para los casos de embargos preventivos y ejecutorios, en demandas dinerarias. La respuesta, conforme a lo expuesto, es más que claro y evidente la necesidad y urgencia de aplicarla para evitar aquellos casos en los cuales los deudores pretenden evadir irresponsablemente sus obligaciones, amparándose en

normas que protegen la intimidad del domicilio y recintos privados para esconder los bienes que deben someterse al proceso cobratorio del acreedor para llevar a cabo su ejecución final.

No se debe tapar lo ilegal con lo legal, lo que significa, que no se debe tutelar la intimidad del domicilio y recintos privados para solapar el incumplimiento de una orden judicial como lo es la práctica del embargo o la entrega de los bienes para ser rematados al mejor postor.

Los remates deberían llegar a su correcta finalidad tal y como la ley desea que se aplique, que se llegue al día y la hora de las subastas y realmente existan bienes en su totalidad, en buen estado y en manos del depositario para entregarlos una vez que le sean adjudicados al mejor postor y con esto el acreedor salga vencedor tal como lo reza la norma constitucional en su artículo 41 que se mencionó con anterioridad. Aquí si encontraría el acreedor reparación y una justicia pronta y cumplida sin ninguna negación como lo señaló la norma 41.

De no allanarse cuando sea necesario, lo que podría ocurrir es que los bienes embargados podrían ser vendidos, desmantelados, ocultados, donados, etc. ¿Qué más puede hacer el acreedor ante estos casos? Siendo que en Costa Rica no existe cárcel por deudas, el acreedor quedaría atado de manos en el proceso cobratorio, sin bienes para rematar y muchas veces por mala intención y mala fe, no puede perseguir otros bienes porque no posee ningún otro

No existiría reparación constitucional para instrumentalizar el artículo 41 de la Constitución Política, simplemente el deudor sale vencedor y logra burlar la justicia

amparado a la normativa de la inviolabilidad del domicilio y recintos privados para no permitir el ingreso hasta donde estén los bienes.

El sistema no tiene por consigna re direccionar los derechos de crédito a denuncias o querellas penales por conductas delictivas asociadas al incumplimiento de obligaciones, como la figura del estelionato.

Ahora bien, es evidente que el sistema así considerado corre riesgos. ¿Qué pasa si la práctica de embargo, aun con el uso de un allanamiento ordenado por autoridad judicial, se sustenta en una deuda inexistente, inexigible o extinta por cualquier medio?

Sobre esto vale decir que todo sistema judicial que regule medidas cautelares como el embargo, corre riesgos ineludibles. Cuando el embargo es preventivo y se practica como debe ser, sin previa audiencia a la parte embargada, podría ocurrir que ante oposición fundada del supuesto deudor se dicte una sentencia desestimatoria y/o se revoque una resolución intimatoria de pago.

Si alguno de los supuestos anteriores ocurre, es importante recordar que el embargo practicado implica el depósito judicial de los bienes en una persona designada al efecto para que custodie y conserve los bienes en el mejor estado posible, sea para que resulten rematados o vendidos con posterioridad en favor de los derechos del acreedor, o bien, sean devueltos a su dueño si el cobro judicial no tiene cabida por la decisión o sentencia del juez.

Es decir, lo que debe tenerse claro es que el embargo, aun practicado con allanamiento si fue necesario proceder de esa forma, no expropia al dueño de sus

bienes, porque lo dispuesto es un depósito judicial provisional, mientras se decide quién tiene la razón en el proceso judicial.

Y en el caso de que los bienes embargados sean productivos, el artículo 154.3 del nuevo Código Procesal Civil prevé que

el ejecutado podrá solicitar al tribunal autorización para utilizarlos en la actividad a la que están destinados. Cuando se embargue una empresa o un grupo de empresas, o acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a una empresa o adscritos a su explotación, podrá constituirse una administración para ello, se aplicarán las normas relativas a la medida cautelar de administración e intervención de bienes productivos.

De esta forma no es cierto que el embargo de bienes sin sustento jurídico de la pretensión que pretenda asegurar, de por sí, provoque un daño irreversible o irreparable a la persona embargada, puesto que en actividades productivas la parte demandada puede requerir al juez una autorización como la indicada para no verse afectada.

Asimismo, aun cuando por un tiempo corto o extenso la parte demandada o un tercero se vea impedido de usufructuar los bienes embargados, es importante aclarar que este riesgo y los posibles daños y perjuicios que pueda provocar un embargo decretado a favor de una persona que no tiene un derecho subjetivo reconocible en sentencia, no es un tema que se le pueda achacar al allanamiento. Son riesgos propios del sistema de embargos y su práctica, con o sin allanamiento

judicial. Es decir, esos riesgos ocurren desde hace décadas en el sistema jurídico costarricense, porque basta con que la ley admita que se pueda practicar un embargo antes de una sentencia o resolución firme que intime un pago, para que el perjuicio se pueda generar.

Lo que sí es analizable desde el punto de vista del allanamiento para prácticas de embargo, son las consecuencias que podría provocar este acto del ingreso forzoso a un domicilio o recinto, si luego se dispone que la parte actora del proceso judicial no tenía razón en su pretensión.

Es indudable, en uno y otro caso, que la parte demandada que se haya visto perjudicada con la práctica del embargo y eventualmente con el allanamiento, así como terceras personas, podrán ejercer sus derechos indemnizatorios a través de la acción de responsabilidad civil que corresponda.

CAPITULO III MARCO METODOLÓGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Al ser un tema novedoso y actual, del cual todavía no existen estudios que lo profundicen, esta investigación se enmarca dentro del tipo denominado exploratoria, con enfoque cualitativo por tratar de analizar las normas constitucionales, nacionales e internacionales que orienten sobre la aplicación de la norma Procesal Civil que empezará a regir a partir del 8 de octubre del año 2018.

3.2 FINALIDAD.

La finalidad de la investigación hace referencia al aporte que el estudio hará, en este caso y al igual que en el punto anterior, se toma en cuenta lo novedoso de la investigación y lo poco que ha sido estudiado el tema, así como las dudas que sobre el particular se ha generado en el gremio de abogados litigantes, Tribunales de Justicia, grupos de acreedores y deudores, entre otros.

3.3 NATURALEZA.

En el caso de esta investigación es tratada de forma cualitativa ya que su propósito es la obtención de información, análisis interpretativo y buscar posibles soluciones para esclarecer la aplicación de una nueva norma procesal de allanamiento en domicilios y recintos privados del cual conlleva cautela en cuanto a los derechos fundamentales de las personas.

3.4 CARÁCTER.

Esta investigación es de tipo exploratoria ya que el tema es novedoso y muy poco estudiado y por ser una reforma procesal civil no vigente al momento de hacer esta investigación.

3.5 SUJETOS Y FUENTES DE INVESTIGACIÓN.

Este apartado hace referencia a las entrevistas de personas profesionales en la materia civil, las cuales aportan información de relevancia jurídica y con años de experiencia en la labor judicial. Se consultó al Dr. Farith Suárez con un cargo actual de Gestor de la Reforma Procesal Civil, propietario en el cargo de Juez civil en el Poder Judicial, con 20 años de experiencia laboral, y al Msc. Greivin Steven Mora Alvarado, capacitador de la Reforma Procesal Civil en la Escuela Judicial, con cargo en propiedad de juez civil cobro del Estado con 14 años de experiencia laboral.

3.6 FUENTES DE INFORMACIÓN.

3.6.1 PRIMARIAS.

Las fuentes primarias o directas son aquellas que proporcionan información de primera mano. En este estudio, las fuentes de investigación serán básicamente de primera mano, tales como las leyes consultadas, entre ellas la Constitución Política de Costa Rica, La Reforma Procesal Civil, ley 9342, Código Procesal Penal, votos y sentencias, así como tesis que estudiaron el tema del allanamiento de morada y su inviolabilidad constitucional.

3.6.2 SECUNDARIAS.

Las fuentes secundarias son compilaciones, resúmenes y listados de referencias de fuentes primarias publicadas en un área de conocimiento en donde se mencionan y discuten artículos, libros, tesis, entre otros. Lo cual para esta tesis se utilizaron diversas fuentes anteriormente señaladas, adicionalmente votos de la Salas Constitucional y Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Tratados Internacionales entre otros.

Tesis Internacionales consultadas:

<i>Título</i>	<i>Universidad</i>	<i>País</i>	<i>Año</i>
<i>El allanamiento de domicilio con orden judicial, vulnera los derechos humanos de las personas, al no cumplirse con el debido proceso.</i>	<i>Universidad Nacional de Loja</i>	<i>Ecuador</i>	<i>2015</i>
<i>Efectividad del fundamento legal del procedimiento de allanamiento por parte de los órganos policiales sin violar el principio constitucional de inviolabilidad del domicilio.</i>	<i>Universidad José Antonio Páez Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas</i>	<i>Venezuela</i>	<i>2009</i>

3.7 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA DESARROLLAR LA INVESTIGACIÓN.

Las técnicas cualitativas permiten que la investigación vaya tomando su curso dependiendo de la información proporcionada a lo largo del estudio. Al ser esta una tesis cualitativa se concentró en diversos medios que facilitan información como lo son los documentos, sistemas electrónicos (Internet), tesis, variedad de sentencias

y códigos de diferentes materias las cuales fueron de gran ayuda para el estudio de esta tesis.

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

4.1 CONCLUSIONES.

El 8 de octubre del 2018 comienza a regir una nueva normativa: El Código Procesal Civil, ley N° 9342, en sustitución de la ley que lleva ese nombre, N° 7130.

En el artículo 137 de la nueva legislación se regula el allanamiento, como acto para la ejecución de acuerdos y pronunciamientos ejecutorios.

El allanamiento se puede definir como el instrumento legal por medio del cual se ingresa de manera forzosa a un domicilio o recinto privado, para la ejecución de una orden judicial que pretende asegurar un resultado o ejecutar una decisión adoptada dentro del proceso.

La regulación de este tipo de allanamientos no es extraña en el ordenamiento jurídico costarricense.

En materia criminal, el Código Procesal Penal, la Ley de Pensiones Alimentarias y el Código Procesal Civil ley N° 7130, lo regulan desde hace décadas. En materia penal para procurar evidencia vinculada a un posible delito o para la detención de personas de las que se sospeche su responsabilidad o prófugos de la justicia (Artículo 193 Código Procesal Penal ley 7594). En pensiones alimentarias para hacer efectiva la captura de obligados morosos (Artículo 26 ley 7654 de Pensiones Alimentarias). En materia civil, para materializar desalojos en desahucios y puestas en posesión de bienes (Artículos 453 y 695).

Estas disposiciones concretan lo que la Constitución Política dice en su artículo 23, que establece la posibilidad de allanar, por orden escrita de juez y con sujeción a lo prescrito por la ley. Esta norma va más allá de los allanamientos por decisiones

previas de jueces. Se permite sin orden judicial previa, incluso para evitar daños inminentes a las personas o a la propiedad privada, así como para impedir la comisión de delitos.

De esta forma, el constituyente de Costa Rica en la década de los años cuarenta del siglo anterior, consideró de manera visionaria que existen supuestos en los cuales, para asegurar la protección de las personas y sus bienes, así como para una tutela judicial efectiva, es posible vulnerar de forma legítima derechos fundamentales de las personas que ocupen los inmuebles cuya invasión se justifique.

De esta forma se tiene que no existe una colisión entre los derechos de las personas interesadas en los allanamientos y las que se puedan ver afectadas con su ejecución. Por el contrario, los derechos a la vida privada, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y aun la propiedad privada, no son absolutos. No se justifica que las personas se amparen en esos derechos, para impedir la tutela de los derechos de otras personas justiciables.

En ese sentido la Sala Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones, cuando le ha correspondido analizar la constitucionalidad de las normas procesales penales, alimentarias y civiles existentes.

Lo que sí ha sostenido el máximo órgano judicial, es que la regulación y ejecución de los allanamientos deben cumplir los requerimientos mínimos del artículo 23 de la Constitución y las formas de ejecución idóneas para afectar lo menos posible los derechos de las personas involucradas.

Si bien es cierto el allanamiento de domicilios y recintos privados se considera constitucional, esto no implica que cualquier norma o aplicación concreta por parte de los tribunales de justicia, deba calificarse de la misma manera.

Es decir, una norma de rango legal puede ser inconstitucional si no cumple con los requerimientos del bloque de la Constitución. De la misma forma, una orden de allanamiento judicial podría considerarse contrario a lo constitucional si escapa de lo que exige la materia.

Para detallar este análisis, algunas características de la redacción del artículo 137 del nuevo Código Procesal Civil costarricense llaman la atención:

- Establece como supuesto legítimo, la ejecución de acuerdos y pronunciamientos ejecutorios.
- Se permite cuando las circunstancias lo ameriten.
- Dispone que el juez podrá auxiliarse en la Fuerza Pública.
- Omite detallar las formalidades para su ejecución.

En cuanto al primer punto, aunque el legislador pudo haber sido más preciso, lo cierto es que en materia procesal no existe mayor controversia sobre la interpretación de “acuerdos y pronunciamientos”. Los acuerdos son de las partes, como por ejemplo un pacto conciliatorio o transaccional. Los pronunciamientos son propios de los tribunales, cuando emiten resoluciones. Tiene sentido que la ley permita allanar para lo ejecutorio, porque muchas veces se encuentran obstáculos materiales para ejecutar acuerdos de partes y pronunciamientos de los jueces, sin que un proceso civil o penal posterior sea la solución más oportuna.

De esta característica también es posible concluir que la norma no deja abierta la posibilidad de que los jueces ordenen allanamiento cuando así lo consideren, puesto que hay ámbito de delimitación: acuerdos y pronunciamientos que, de acuerdo con la ley, se consideren ejecutorios.

El segundo punto es relevante, porque la nueva ley reconoce que el allanamiento debe ordenarse únicamente cuando las circunstancias, caso por caso, lo justifiquen. Esto porque su implicación sobre derechos fundamentales de las personas ocupantes de los bienes inmuebles, debe observarse con mucho cuidado, de tal forma que el allanamiento se utilice cuando no exista otra posibilidad de conseguir el objetivo.

Cuando la ley indica el posible auxilio de la Fuerza Pública, deja la duda si se trata de una colaboración para acompañar al juez executor del acto, o si es posible que el juez delegue la práctica, en la autoridad administrativa. Auxilio no es lo mismo que delegación. Así como ocurre en otras materias (pensiones alimentarias y penal), si se trata de domicilios y recintos privados que no se encuentren abiertos al público, se exige la presencia de la autoridad judicial. No obstante, podría valorarse una excepción a esta afirmación, cuando se trate de recintos privados cuando se encuentren abiertos al público, en cuyo caso, el artículo 194 del Código Procesal Penal, no exige la presencia de la persona juzgadora.

Sobre el último punto característico, ciertamente la norma es escueta. Se hubieran ahorrado muchas discusiones si el artículo 137 en mención hubiese desarrollado los requerimientos y formalidades para la ejecución de allanamientos, con la debida tutela de las personas que pudieren verse afectadas con su celebración. Pero el

hecho de que la norma sea escueta, no implica que sea inconstitucional. Las formas ya contempladas en el bloque constitucional deben seguirse, tanto por lo dispuesto en la propia Constitución Política, por la Sala Constitucional en sus diversos votos sobre esta materia y las normas del Código Procesal Penal en lo conducente. Las principales formalidades a observar son las siguientes:

Según con las establecidas por el Código Procesal Penal artículo 196:

- Una copia de la resolución que autoriza el allanamiento.
- Entregarla a quien habite o posea el lugar donde se efectúe o, cuando esté ausente, a su encargado, y, a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar. Se preferirá a los familiares. Cuando no se encuentre a nadie, ello se hará constar en el acta.
- Practicado el registro, en el acta se consignará el resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.
- La diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas.
- El acta será firmada por los concurrentes; no obstante, si alguien no la firma, así se hará constar.

El contenido que debe llevar la resolución que ordena el allanamiento: Artículo 195CPP:

- El nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento y la identificación del procedimiento en el cual se ordena.

- La determinación concreta del lugar o los lugares que habrán de ser registrados.
- El nombre de la autoridad que habrá de practicar el registro, en el caso de que la diligencia se delegue en el Ministerio Público o en la policía, por proceder así conforme lo dispuesto en este Título.
- El motivo del allanamiento.
- La hora y la fecha en que deba practicarse la diligencia.
- Tanto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su voto número 3333- 1995 y la Sala Tercera en su voto 01160-2000 se han referido al allanamiento y requisitos para su legalidad, los cuales exponen lo siguiente:
- Añade que el artículo 23 de la Constitución Política contempla requisitos formales para la ejecución del allanamiento pues para tal práctica deben existir motivos fundados.
- Podrá auxiliarse de la Policía o delegarlo, según el lugar que amerite del allanamiento.
- Debe ser con orden de juez competente, adicionalmente con esta la policía podrá ejecutar el ingreso forzoso.
- Deber ser por orden fundada y escrita previamente al allanamiento.
- Justificando los criterios de necesidad, utilidad, racionalidad y proporcionalidad, agregándole los requisitos del código procesal penal para reforzar las garantías constitucionales.
- Cumplir con horarios permitidos por ley.

- Identificación de los sujetos que actuarán en el allanamiento y la principal actuación del juzgador cuando se trate del allanamiento de domicilios, recintos privados o de habitación.

Expuesto lo anterior, sin duda alguna, la resolución que ordena la práctica de un embargo, en un pronunciamiento ejecutorio. Esto porque ordena ejecutar algo, concretamente el embargo sobre un bien o bienes determinados. Es posible que los bienes embargados se encuentren en domicilios o recintos privados que no son de acceso al público. Si este hecho se da, habría denegación de justicia y no se ejecutaría el pronunciamiento judicial, si no hubiera personas ocupantes del lugar o se muestran renuentes a la práctica de la medida cautelar.

El fuerte cuestionamiento a esta conclusión se da porque los embargos, si son preventivos, se generan cuando todavía no hay sentencia o una resolución firme que condene a la parte demandada al pago de una suma de dinero, por lo que algunos consideran desproporcionado que se allane para su práctica.

Sin embargo, es importante recordar que la práctica de medidas cautelares, incluido el embargo, es necesario para que la justicia sea efectiva, en aquellos casos donde se ordene asegurar el probable resultado futuro de un proceso y no haya sido posible hacerlo de otra manera. De esta forma, el allanamiento no es la medida cautelar sino, un mecanismo que debe utilizarse para la práctica cuando sea necesario, de acuerdo con las circunstancias y siempre con la orden escrita de un juez competente que además está obligado a realizarlo personalmente, con el posible auxilio de la Fuerza Pública.

4.2 RECOMENDACIONES.

De acuerdo con lo desarrollado y concluido en esta investigación, se recomienda lo siguiente:

- Que se promueva una reforma al artículo 137 de la ley N° 9342, Código Procesal Civil, para sustituir la frase “pronunciamientos y acuerdos ejecutorios” por la siguiente: “resoluciones judiciales y acuerdos de partes, que, de acuerdo con la ley, sean ejecutorios, aun cuando el proceso se encuentre en etapa de conocimiento o sin sentencia.”
- Que se promueva una reforma al artículo 137 de la ley N° 9342, Código Procesal Civil, para que se disponga lo siguiente: “Cuando el allanamiento se ordene sobre domicilios y recintos privados que se encuentren abiertos al público, el juez podrá delegar su ejecución en la Fuerza Pública, Policía Judicial, Policía de Tránsito o Policía Municipal.”
- Que se promueva una reforma al artículo 137 de la ley N° 9342, Código Procesal Civil, para adicionar los siguientes requisitos y formas para la ejecución de los allanamientos ahí dispuestos:
- Como lo sería el contenido de la resolución que ordena el allanamiento indique el nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento y su identificación.
- La determinación concreta o más exacta del lugar que será allanado o registrado.
- Nombre de quien habrá de practicar el allanamiento, en caso de ser delegado en el Ministerio Público o Policía.

- El motivo del allanamiento.
- Hora y fecha en que se practicará la diligencia.
- Contenido de la resolución que ordena el allanamiento.
- Entregar la resolución que ordena el allanamiento a quien habite o posea el lugar donde se efectúe o, cuando esté ausente, a su encargado, y, a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar o los familiares.

- Cuando no se encuentre a nadie, ello se hará constar en el acta.
- Una vez que se practique el allanamiento, en el acta se consigne el resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.
- Que la diligencia se practique procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas.
- El acta sea firmada por los concurrentes; no obstante, si alguien no la firma, que se haga constar.

Cuando los jueces ordenen allanamientos para la práctica de embargos, deberían considerar lo siguiente:

- Que analizando de previo, las circunstancias del caso concreto, haya información o prueba suficiente que acredite la necesidad de ordenarlo y practicarlo, entendiendo con esto que el allanamiento debe ser la última medida para proteger los derechos de las personas embargantes, por no haber sido posible la práctica del embargo por los

medios ordinarios, como lo son, la actividad profesional de la persona ejecutora designada o la detención de los vehículos en la vía pública por parte de las autoridades policiales. Al efecto, deberá fundamentar su resolución de manera amplia.

- Observar y respetar siempre, los principios, derechos y valores comprendidos en el bloque de constitucionalidad.
- Puntualizar en la resolución que ordene el allanamiento, las disposiciones necesarias para su ejecución y las previsiones para que se afecten lo menos posible, los derechos fundamentales de las personas que ocupen o habiten el bien.
- Para seguridad jurídica de las personas usuarias de la justicia, una vez que la norma 137 del nuevo Código Procesal Civil se encuentre vigente, se presente una acción o consulta judicial facultativa de constitucionalidad para que la Sala Constitucional se pronuncie sobre las dudas desarrolladas en esta investigación en cuanto a confrontar la norma con el ordenamiento jurídico.
- Que el tema sea de mucho estudio y análisis, con bases científicas, en foros académicos de la más diversa índole.
- En todo caso, al analizar la constitucionalidad del artículo 137 del Código Procesal Civil, ley N° 9342, se tome en consideración que esta norma no debe analizarse de forma aislada, sino en relación con todos los componentes del bloque de constitucionalidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALEXIS LORENA AGURTO OVIEDO. Tesis “El allanamiento de domicilio con orden judicial, vulnera los derechos humanos de las personas, al no cumplirse con el debido proceso. Loja Ecuador.2015 consultada en:
<http://docplayer.es/28871328-Titulo-el-allanamiento-de-domicilio-con-orden-judicial-vulnera-los-derechos-humanos-de-las-personas-al-no-cumplirse-con-el-debido-proceso.html>

Araceli Mangas. A & González L. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. **Editores:** Fundación BBVA
Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual (14ª edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1980.

Código Procesal Civil de Costa Rica. *Artículo 137: Allanamiento*. Consultado en:
http://www.artaviaybarrantes.com/libros/Nuevo_Codigo_Procesal_Civil_version_final_aprobada_en_2_debate.pdf

Constitución Política de Costa Rica. *Artículo 23*. Asamblea Legislativa. Consultado en: <http://www.costaricaweb.com/general/constitucion.htm>

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Dictamen número C-063 -98 del 1 de abril de 1998 emitido por Licenciado Fabián Volio Echeverría quien fuere en esa época Ministro de Justicia y Gracia consultado en: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento>.

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

Enciclopedia Jurídica (2014). *Allanamiento de Morada* (Párrafo 1). Consultado en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/allanamiento-demorada/allanamiento-de-morada.htm>

Florencia. G. Plazas & Luciano. A. Hazan. Título Garantías constitucionales en la investigación penal.

Guía trabajos finales de graduación tesinas y tesis en ciencias sociales. Consultado en: <https://bibliovirtualujap.files.wordpress.com/2011/04/robersy-larez.pdf>

Iberley (2016). *El allanamiento de morada como delito contra la intimidad y el honor de las personas*. Consultado en: <https://www.iberley.es/temas/delito-allanamiento-morada->

Kluwer. W (n.d). *Allanamiento de Morada*. Consultado en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

La Guía (2009). *Allanamiento de Domicilio*. Consultado en:
<https://derecho.laguia2000.com/parte-general/allanamiento-de-domicilio>

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia N° 468-99

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su voto n° 00740-2016, a las diez horas con dos minutos del veinte de julio del año 2016.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 01160-2000

Larez. R (2014). Tesis: Efectividad del fundamento legal del procedimiento de allanamiento por parte de los órganos policiales sin violar el principio constitucional de inviolabilidad del domicilio. Consultada en:
<https://bibliovirtualujap.files.wordpress.com/2011/04/robersy-larez.pdf> Ley de pensiones alimentarias. Consultada en: <https://www.poder-judicial.go.cr/.../33-codigos-y-leyes-pensiones-alimentarias>

Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal (Ley No. 4351 de 11 de julio de 1969 y sus reformas.

López. M. (2008). *Régimen Jurídico del Domicilio en Derecho Romano*

Maximiliano Hairabedián. La inviolabilidad, registro y allanamiento del domicilio, editorial Abeledo Perrot.

Pascual. S. 2010. *Casos célebres de allanamiento domiciliario en la España del siglo XVII (Párrafos 1,2 y 15)*. Chile, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*.

Roberto. A. Falcone & Facundo. L. Capparelli Título: Tráfico estupefacientes y derecho penal. Editorial. Ad Hoc. Villela Editor. Buenos Aires.

RODRÍGUEZ GARCÍA, LEONCIO. *Allanamiento y Registro*. Bogotá (Colombia): Editorial Jurídica radar, 1986.

RPP. Radio Programas del Perú <http://rpp.pe/politica/judiciales/audio-en-que-casos-corresponde-un-allanamiento-incautacion-y-embargo-noticia-noticia> allanamiento y embargo de bienes.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia voto n°3333-1995

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia voto n° 1620-93

Sergio Atavía & Carlos. A. Picado. Título. *El proceso monitorio de desahucio (Conforme al nuevo CPC) 3° edición*.

Sevilla. F (2016). *Entrar en un Domicilio Sin Consentimiento*. Consultado en: <https://www.mundojuridico.info/entrar-en-un-domicilio-sin-consentimiento/>

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

VOTO N° 1620-93 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

voto N° 3333-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

ANEXOS.

Declaración jurada Susana Chacón Cajina.

Carta del tutor.

Carta del lector.

Carta de Filóloga

