

La sentencia arbitral debe ser consultada con el Tribunal Superior de Trabajo, el que actúa en este caso como Tribunal de Conciencia.

Conforme al artículo 527, dicha sentencia es obligatoria para las partes por el plazo que ella determine, que no podrá ser inferior a seis meses. El párrafo segundo de esa disposición aclara que esa obligatoriedad no rige para los extremos de derecho, sino para las resoluciones que aumenten o disminuyan el personal de una empresa, la jornada, los salarios, los descansos y, en general cualesquiera otras que impliquen cambio en las condiciones de trabajo no fijadas por la ley.

La temporalidad de vigencia de las resoluciones sobre salarios, jornadas y descansos, tal como la establece la ley, puede dar lugar interpretaciones que no riman con los principios doctrinarios reinantes en este terreno. En efecto, como Eduardo J. Couture apunta acertadamente "los efectos de la sentencia colectiva (laudo dictado con carácter forzoso para poner término a un conflicto laboral colectivo) son, en parte, muy semejante a los de los convenios colectivos"³⁹, de modo que cabría aplicar el principio de que las disposiciones del laudo que son de carácter normativo se incorporan a los contratos individuales de trabajo y por ello no podrían considerarse de carácter temporal, en cuanto benefician al trabajador.

En relación con este punto de la obligatoriedad del laudo arbitral, el artículo 529 contiene una interesante disposición al establecer que "mientras no haya incumplimiento del fallo arbitral, no podrán plantearse huelgas o paros sobre las materias que dieron origen al juicio, a menos que el alza del costo de la vida, la baja del valor del colón u otros factores análogos, que los Tribunales de Trabajo apreciarán en cada oportunidad, alteren sensiblemente las condiciones económico-sociales vigentes en el momento de dictarse la sentencia".

La norma transcrita permite, como puede fácilmente deducirse de sus términos, que una de las partes pueda acudir a la huelga o al paro, según el caso, cuando la contraria incumpla el fallo arbitral, posición que he criticado al comentar otras disposiciones análogas de nuestro Código.

También faculta a las partes a acudir a los indicados medios de presión cuando se alteren sensiblemente las condiciones económico-sociales vigentes en la época en que se dictó el laudo, olvidándose de que solamente otro Tribunal de Arbitraje podría apreciar esas circunstancias, de modo que lo que cabría es una modificación del laudo, pero no la justificación de la huelga o el paro. El pensamiento que aquí expreso es compartido por Mario de la Cueva al referirse a la modificación de las convenciones colectivas de trabajo⁴⁰.

NOTAS ACLARATORIAS SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LOS TIPOS "ALLANAMIENTO ILEGAL" Y "VIOLACION DE DOMICILIO" EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

Prof. Henry Issa El Khoury Jacob

³⁹ Citado por CABANELLAS, Guillermo en Tratado de Derecho Laboral, Ediciones El Gráfico, Buenos Aires, 1949, 1ª Edición, Tomo III, págs. 634 y 635.

⁴⁰ Ob. cit. págs 697 y 698.



SUMARIO: Introducción. I. La Definición de los Tipos. A. Concepto de violación de domicilio. 1. El núcleo. 2. Los sujetos. 3. El domicilio. B. El concepto de allanamiento ilegal. 1. El núcleo. 2. Los sujetos. 3. El domicilio. II. Confusión en la Terminología. A. En la doctrina. B. En la jurisprudencia nacional. III. Concordancias y Diferencias entre ambos tipos. A. Concordancias. B. Las diferencias. 1. Los sujetos. 2. Las personas. Conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCION

El tipo "violación de domicilio" señala como delictuosa la conducta que lleva a cabo un particular cuando, sin el consentimiento de quien tenga derecho de darlo, penetre en su morada. La descripción del delito de "allanamiento de morada", por su parte, señala la conducta del funcionario de policía que penetra en una morada ajena sin las debidas formalidades que señala la ley (Código de Procedimientos Penales). Este es un hecho fácilmente constatable si se acude a los artículos correspondientes del Código Penal (205 y 206), así como a la opinión de la doctrina.

No obstante esa aparente claridad, durante un período de tiempo considerable (de 1880 a 1945), la jurisprudencia de la Sala de Casación confundió ambas figuras y designó indistintamente como violación de domicilio o allanamiento de morada a la entrada de un particular o a la de un agente de policía, sin las debidas formalidades legales, en una morada ajena.

Este hecho que destacamos resulta aun más curioso si revisamos la evolución de los códigos penales costarricenses. A partir de 1841 en el Código General de Carrillo y hasta la legislación actual, el legislador ha separado cuidadosamente ambas figuras y las ha denominado siempre de la misma manera.

Por otra parte, teóricamente existen diferencias fundamentales, en cuanto a los elementos constitutivos del tipo, que impiden la confusión de las dos figuras.

Lo anteriormente dicho nos obliga a preguntarnos el motivo de la confusión. Para contestar a tal problema consideramos pertinente realizar un breve análisis de los elementos que estructuran ambas descripciones, para dejar en evidencia sus diferencias esenciales. De inmediato se analizarán las sentencias de la Sala de Casación, tanto del período en el que hemos localizado la confusión como del anterior y del posterior, para encontrar una posible causa. Sin embargo, desde ahora lanzamos la hipótesis de que la confusión que se señala se debió al hecho de que los jueces de la Sala de Casación se guiaron durante un período considerable de tiempo por autores españoles. Estos, como lo evidenciaremos, no hacen una clara diferenciación terminológica entre los tipos violación de domicilio y allanamiento de morada, sino que llaman allanamiento a ambas acciones.

I. LA DEFINICION DE LOS TIPOS.

Para los efectos de nuestro estudio hemos creído conveniente señalar en qué consiste cada una de las figuras que queremos distinguir. Sin embargo, dado el objetivo, no se trata de un análisis profundo de los tipos de allanamiento de morada y violación de domicilio, sino de la descripción de elementos que nos permita mostrar aspectos relevantes de ambos.

A. El concepto de violación de domicilio

De acuerdo con nuestra legislación penal vigente, se denomina "violación de domicilio" a la entrada de un particular —realizada sin el consentimiento expreso o presunto de quien tenga derecho a darlo— en una morada, una casa de negocios o un recinto habitado por otro. De acuerdo con el artículo 204 del Código Penal, el tipo Violación de domicilio está integrado por los siguientes elementos:

1. El Núcleo:

La acción se cumple cuando el sujeto activo "entra". En el tipo que estudiamos la acción que se señala es simple y el verbo que se utiliza para señalarla tiene suficiente contenido para mostrarnos lo que en realidad el legislador quiso decir. El verbo entrar tiene un sentido suficientemente claro y por ello el núcleo no necesita de ningún elemento accesorio. Se entra cuando, al estar fuera de una morada (o los sinónimos aclaratorios que da el artículo al término) o, cuando dentro de alguno de estos sitios, pero fuera de alguna de sus dependencias, el sujeto activo, en los términos prohibitivos del artículo, penetra, ingresa. utilizamos los verbos penetrar e ingresar con el significado de introducirse. La idea de introducción es fundamental; consiste en pasar a través de algo. En el caso del tipo que comentamos, la acción de entrar consistirá en pasar a través de una puerta, una ventana, un hoquete abierto en la pared, entre otros casos. "Entrar quiere decir introducirse con toda la persona dentro del local. Aún cuando se puede turbar la paz familiar de otros modos (mirando desde afuera, introduciendo un brazo por la ventana, etc.) el único modo típico consiste en turbar la paz mediante el ingreso personal dentro de la casa"¹

De acuerdo con el artículo en comentario, la acción puede ser realizada en forma simple —caso comentado anteriormente de la penetración pura y simple— o agravada. No utilizamos aquí el término agravado para significar que se trata de una figura calificada nueva; hablamos concretamente del segundo párrafo del numeral 204 que, para

efectos únicamente de la sanción, prevé los casos en los que la entrada ocurre de manera violenta, lo que significa que se lleva a cabo con fuerza en las cosas, violencia en las personas o escalamiento de muros; por otra parte, también se considerará la acción agravada —en el sentido que empleamos aquí la palabra— cuando se entra ostentando armas o la acción es cumplida por más de una persona.

2. Los sujetos:

Puede ser sujeto activo del delito de violación de domicilio cualquier persona que sea penalmente capaz. El tipo no nos exige ninguna cualidad especial en el sujeto activo.

En cuanto al sujeto pasivo² sucede lo mismo, sea que será tal quien, en el momento de realizarse la acción, tenga el derecho de excluir al agente. El problema se presenta sobre el derecho de exclusión en sí, esto es, sobre cuáles moradores tienen el derecho de excluir. A pesar de que no es este el lugar de discusión del problema, por resultar impertinente al carácter meramente mostratorio que pretendemos, consideramos que el concepto de sujeto pasivo, en este caso, debe tomarse en un sentido amplio, sin aludir a ningún derecho de propiedad o de posesión por su parte. En otras palabras, es sujeto pasivo quien se crea perturbado en el libre disfrute de su intimidad.

3. El domicilio:

En la descripción del 204 el domicilio viene a servir de marco o escenario para que se realice la acción, la cual, como requisito indispensable, debe suceder en alguno de los lugares que señala el artículo, ya que el delito de violación de domicilio es una variante especializada de los delitos contra la libertad, en que —como veremos— se protege un aspecto determinado y particular de la libertad individual como lo es el derecho a la intimidad. De ahí que, por un lado, no se podrá realizar la acción si no existe recinto en donde pueda el individuo estar de manera íntima; por otro, no existirá el delito si la entrada se produce en recinto deshabitado³.

La descripción del 204 señala muy claramente (y a la vez deja amplia libertad de interpretación) cuáles son los lugares en donde se puede entrar para que se produzca la adecuación al tipo en estudio. Así, nos habla el artículo de morada, casa de negocios, dependencias de ambos o, en fin, recinto habitado por otro. Esta última expresión amplía totalmente el concepto de lugar y lo condiciona a ser lugar que sirva de refugio permanente a alguien.

² Empleamos aquí el término sujeto pasivo en un sentido tradicional. Comparámos, sin embargo, la opinión de que sujeto pasivo es el Estado y que en este caso deberá hablarse de perjudicado y no de sujeto pasivo.

³ SOLER, Sebastián. Op. cit. T. IV, pág. 76 y siguientes.

¹ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. (Tipografía Editora Argentina S. A., 6ta. reimpresión total, 1973). T. IV, pág. 82.

B. El concepto de Allanamiento ilegal.

Se denomina de esa manera toda acción delictuosa que se adecúe a la descripción que hace el artículo 205 del C.P. vigente. De acuerdo con este artículo, los elementos necesarios para que exista la figura son:

1. El núcleo:

Curiosamente, en este artículo el legislador no señala la acción con los verbos penetrar ni entrar, que bien señalarían lo que se quiere descubrir, esto es, el hecho de que un sujeto llegue a estar dentro de un domicilio ajeno; sino que emplea una forma conjugada del verbo allanar. Esta característica de la descripción nos obliga a buscar si cabe asimilar el contenido semántico de allanar con el de entrar o penetrar. Para Fontán Balestra, "El término 'allanar', empujado por la ley específicamente para describir la acción en este caso, tiene el mismo significado que el verbo 'entrar' utilizado en la figura básica del artículo 150 (violación de domicilio)"⁴. Aunque el diccionario de la Real Academia define el término allanar, en la sexta acepción como "Entrar a la fuerza en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño, culturalmente, en nuestro medio, las connotaciones de los términos en estudio tienen características diferentes pues el término allanar tiene connotaciones de entrada de agente de policía, es decir que en nuestro medio la idea de allanamiento hace referencia clara al acto de una autoridad, y a la existencia de determinadas formalidades. Por eso, aunque la acción sea la misma, el contenido de sentido de la expresión es mucho más fuerte, ya que nos indica no sólo que se entra o se penetra sino que quien lo hace es una persona que se encuentra investida con un rango especial y que posee una autoridad especial. Así, el mismo C.P.P. vigente en su artículo 210 llama allanamiento a la acción de registro que se deberá efectuar en un lugar habitado. En los artículos siguientes (211 a 213) continúa utilizando la expresión con el mismo sentido. Creemos que el asunto no presenta mayor problema y en nuestro medio es muy clara la expresión tal y como la hemos definido líneas antes. De todos modos el artículo mismo obvia el problema al mencionar "sin las formalidades previstas por la ley".

2. Sujetos:⁵

En este tipo se manifiesta en forma patente el sujeto activo. El caso es perfectamente lícito dentro de una buena técnica de descrip-

ción de conducta, ya que los elementos básicos de un tipo penal son únicamente el núcleo (que señala la acción) y el sujeto activo que en este artículo está claramente definido por los términos "agente de autoridad" y "funcionario público", ambos lo suficientemente amplios para darnos la idea que se quiere, sea para indicar que se trata de un delito propio, es decir de un delito en el que se exige una determinada condición jurídica del agente⁶. Además el tipo que señala el 205 citado configura un delito de propia mano, ya que solamente puede ser autor el funcionario público o agente de autoridad que allane y tal acción no podrá ser realizada por medio de otro individuo a quien se utilice como instrumento⁷, sea que en este caso no cabe la hipótesis de autor mediato.

Al poseer calidad especial, por su rango, el sujeto convierte al tipo en un tipo especial y nos muestra ya una diferencia fundamental con el artículo 204.

Nótese que el artículo 205 habla de funcionario o agente de policía como sujeto activo cuando éste realiza el hecho delictuoso actuando como tal, sea cuando abusa de su función, pues muy claramente dice: "...que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley...". En 1901 se produjo un caso muy interesante: V. B., policía, sin placa de tal (identificación) y vestido de civil, ingresó violentamente en un domicilio ajeno. En este caso la Sala de Casación lo condenó de acuerdo con el artículo 166 del Código Penal, sea por el delito de violación de domicilio y no por el de allanamiento. Creemos que en este caso se utilizó muy buen criterio, pues V.B. no ingresó al domicilio ajeno abusando de su condición de autoridad, sino actuando como civil y en su carácter de tal⁸. Desgraciadamente, por lo que veremos más adelante cuando hablemos de la confusión en la jurisprudencia, no sabemos si en realidad fue que la Sala de Casación, en ese entonces, supo hacer la diferencia o si fue que también se confundió en la terminología que utilizó.

3. Domicilio:

Se nos presenta en el tipo analizado como uno de los elementos importantes del tipo, pues el lugar en donde se realiza la acción y su existencia es fundamental para que la acción se dé. Domicilio será, para considerar el delito de allanamiento en Costa Rica, igual que para el delito de violación de domicilio, el lugar en donde se realiza la acción, esto quiere decir, el lugar en donde la persona realiza sus ocupaciones domésticas habituales. Visto "grosso modo" no existe una

⁶ Véase al respecto, NAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. (Temis, Bogotá, 1972). T. I. Pág. 497.

⁷ Ibidem.

⁸ Casación de las 3:30 p.m. de 25 de setiembre de 1901 (Col. Sen. Cas. tomo único) pág. 466.

⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969) pág. 352.

⁵ Véase, nota N° 2 pág. 131.

diferencia entre los tipos señalados en los artículos 204 y 205, en cuanto al elemento domicilio, aunque en ambos se empleen nomenclaturas diferentes para designar lo mismo. Así, mientras que el artículo 204 enumera la "morada", la "casa de negocios" y, las "dependencias" y resume, ampliando, con el término "recinto habitado por otro", el 205 únicamente habla de "domicilio". Pero lo que aparentemente resulta ser una gran diferencia, viene a desaparecer, pues domicilio puede ser, en última instancia, todo lo que dijimos señala el 204. En el anterior Código de Procedimientos Penales, se señalaban como lugares susceptibles de comisión del delito de allanamiento, no sólo el domicilio de una persona, sino cualquier otro lugar u oficina pública o particular⁹. El actual Código de Procedimientos Penales habla de "lugar habitado o sus dependencias cerradas"¹⁰, con lo que amplía el concepto de domicilio tanto como lo hace el artículo 204 del Código Penal.

Goyet, cuando habla de la entrada de un funcionario público, dice refiriéndose al domicilio: "En el sentido de este artículo, la noción de domicilio es más amplia que el sentido del artículo 102 del Código Civil (de Francia) ... El domicilio cuya violación es penada, no es únicamente el lugar en donde una persona tiene su principal establecimiento, es el local que sirve de habitación, su "lugar para sí", su "hogar"¹¹.

II. CONFUSION EN LA TERMINOLOGIA.

A. En la doctrina.

En el análisis de los autores que se han consultado, nos hemos encontrado dos posiciones fundamentales y a la vez totalmente diversas. Podemos distinguir entre una posición que sí hace diferencia en la nomenclatura utilizada para designar los tipos que recoge nuestra ley penal en los artículos 204 y 205; una segunda posición no hace diferenciación alguna en cuanto a la terminología.

La primer posición que mencionamos, la encontramos plasmada en los autores latinoamericanos, sobre todo. La mayoría de estos (en especial los argentinos), en lo que a terminología se refiere, denominan como violación de domicilio a la entrada que efectúa un particular en una morada, casa de negocios ajenos y diferencian tal hecho de lo que se denomina allanamiento de morada, en el cual la misma acción,

⁹ Artículo 227, Código de Procedimientos Penales de 1910 (Litografía Lehmann, San José, 1966).

¹⁰ Artículo 210 del Código de Procedimientos Penales Vigente (Edic. dirigida por Chacón Jinesta, San José, 1974).

¹¹ GOYET, Droit Pénal Spécial. (Editions Sirey, Paris, 8eme, édition, 1972) pág. 67.

sea, entrar a morada o casa de negocios ajenos, la realiza una clase especial de sujeto activo como lo es un funcionario público o un agente de autoridad. De esta manera, para esta parte de la doctrina que comentamos, se hablará de violación de domicilio si se trata de la penetración de un sujeto activo (que es un particular) en un domicilio ajeno y estaremos ante un allanamiento de morada o allanamiento ilegal, cuando un sujeto activo que tenga la categoría de funcionario público o agente de autoridad, realice la acción de penetrar en un domicilio ajeno sin las formalidades que plantea la ley.

Al respecto dice Soler, al referirse al delito de allanamiento: "Reservamos para esta infracción un nombre distinto, porque si bien tiene de común con la anterior los elementos fundamentales, ésta adquiere ciertos caracteres propios, por lo mismo que existen varias disposiciones legislativas que regulan los modos y oportunidades en que el allanamiento tiene lugar"¹².

Dentro de lo que hemos llamado una segunda posición, que es la parte de la doctrina que no hace diferencia terminológica alguna entre la entrada de un particular y la entrada de un funcionario público o agente de autoridad en un domicilio ajeno, aparecen dos orientaciones diversas. Por una parte se encuentra toda la doctrina española. Los autores españoles utilizan el término allanamiento no sólo para mencionar la conducta descrita por el artículo 205 del Código Penal de Costa Rica, sino también para mencionar el tipo inserto en el 204 ibidem. De esta manera tenemos el criterio, como ejemplo, de Federico Puig Peña quien, era en su obra *Derecho Penal*¹³ habla de dos clases de allanamiento (simple y con violencia) y de un allanamiento agravado y al final, sin mención de nomenclatura especial, termina hablando de los casos en que la acción la realiza un funcionario público o un agente de autoridad. En iguales términos podremos citar a Eugenio Cuello Calón¹⁴.

Por otra parte se encuentran los autores italianos y los franceses. En ambos casos encontramos que se utiliza no ya el término allanamiento, como lo hace la doctrina española, sino el de violación de domicilio y se utiliza tanto para designar la entrada del particular como la del funcionario público o agente de autoridad, en el domicilio ajeno. Giuseppe Maggiore en su obra, al hablar de violación de domicilio, no hace ninguna diferencia cuando se refiere al funcionario público, sino que la trata de seguido: "El funcionario público que, abusando de los poderes inherentes a su cargo, se introduce o permanece en los lugares indicados por el artículo 614, será castigado... Si el

¹² SOLER, Sebastián. Op. Cit., T. IV, pág. 92.

¹³ PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal* (Iber-Amer Publicaciones hispanoamericanas S. A., Barcelona —Madrid, Buenos Aires, 5ta. ed., 1960) T. IV, pág. 158.

¹⁴ CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal*. (Bosch, Barcelona 13 edición, 1971) T. II, parte especial. Vol. II, pág. 770.

abuso consiste en introducirse en dichos lugares sin observar las formalidades prescritas por ley, la pena será..."¹⁵ Por su parte, Carrara en su Programa únicamente habla de la entrada de los particulares en una morada ajena, dentro del título de "violación de domicilio" y en una nota al pie dice: "La violación de domicilio es generalmente prevista por los códigos contemporáneos en la hipótesis de que la cometa un funcionario público"¹⁶.

Igual situación encontramos en los autores franceses, quienes, en la parte en que hablan del delito de violación de domicilio, bajo el mismo título, insertan la acción realizada por particular y la realizada por un funcionario Público. En un párrafo de su obra dice Robert Vouin: "La infracción no existe, por el contrario, si el culpable (simple particular o funcionario) no penetra al domicilio de su víctima sino con el consentimiento de ésta"¹⁷.

B. En la jurisprudencia.

En la evolución de la ley penal costarricense, en referencia a los tipos estudiados, se puede constatar fácil y claramente una diferenciación marcada entre la denominación que se da al ingreso de un particular en morada ajena y a la misma acción realizada por un funcionario público o agente de autoridad. Desde el Código General de 1841 (código de Carrillo) hasta el Código Penal vigente, se ha hecho la diferencia y se han incluido, inclusive, en artículos diferentes, lo que llamamos violación de domicilio y lo que denominamos allanamiento de morada.

Entre otros, citaremos aquí como ejemplo de lo dicho el Código Penal de 1880. En su artículo 166 dice: "El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador..."¹⁸; y el artículo 178 habla de que: "El empleado público que, fuera de los casos y forma prevenidos por la ley, allanare un templo o la casa de cualquier persona..."¹⁹. Nótese aquí la diferencia, por una parte, del verbo empleado para señalar la acción en ambos tipos. Por otra parte, se puede observar que el artículo 166 pertenece a un capítulo diferente (Capítulo Tercero) que trata de los delitos contra la libertad y seguridad cometidos por los ciudadanos, en tanto que el artículo 178 está incluido dentro del Capítulo Cuarto que trata "De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la constitución" (sic.). Otro ejemplo podríamos verlo en el Código Penal de 1924. Aquí el

caso se presenta diferente, pues ambos tipos de entrada, sea la del particular o la del funcionario, están regulados en un mismo capítulo, llamado violación de domicilio, sin embargo, el primer artículo de este capítulo (340) posee un título que dice: "Entrada a morada ajena", y habla de la penetración del particular, en tanto que el artículo siguiente (341) posee el siguiente título: "Allanamiento de domicilio por la autoridad" y dice textualmente: "Cuando la delincuencia anterior (se sobreentiende que es la del artículo 340) fuese cometida por un funcionario público o agente de autoridad, que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine..."²⁰. Como esos dos ejemplos podríamos citar el resto de los Códigos Penales que ha habido en Costa Rica, para demostrar que nuestra legislación sí ha hecho una diferencia sumamente clara entre ambos tipos y lo ha mencionado siempre con nombre diferente²¹.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia costarricense no hizo, en el pasado, una clara diferenciación entre la nomenclatura que los códigos penales utilizaban para denominar a ambos tipos, lo que motiva que se presenten confusiones de fondo. En un sistema jurídico en donde ni la doctrina ni la legislación hagan diferencia alguna de terminología, el asunto no tiene mayor trascendencia; pero en un sistema, como el costarricense, en el que los códigos penales han señalado siempre con nombres diferentes cada uno de los tipos en estudio, una confusión en la terminología sí acarrea, perfectamente, posibles equivocaciones de fondo.

Basta con citar sólo unos pocos ejemplos para darse cuenta de lo que venimos diciendo: la sentencia de 3 p.m. de 29 de noviembre de 1913 (Col. Sen. Cas. 1913, segundo semestre, tomo único, página 614) habla de violación de domicilio para referirse a la entrada de un Agente de Policía en un establecimiento comercial. Igual confusión se da en la sentencia de las 2.5 p.m. de 30 de julio de 1930 (Col. Sen. Cas. 1930, segundo semestre, tomo único, pág. 146) en la que se ventiló la entrada de un agente de autoridad en una casa de negocio. A pesar de ser el sujeto activo funcionario, la sentencia habla de violación de domicilio. Dice la sentencia: "No pudo efectuarse el delito de violación de domicilio en un establecimiento público como un puesto de venta de carnes que estaba abierto y al cual todas las gentes tienen acceso"²².

El caso contrario —hablar de allanamiento cuando se refiere a la entrada de un particular— lo encontramos, entre otras, en las sentencias de la 1:59 p.m. de 26 de marzo de 1913 (Col. Sen. Cas. 1913, primer semestre, tomo único, página 264), por ejemplo, en la que se nota claramente la confusión. Se trata de la entrada de un particular

¹⁵ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal (Temis, Bogotá 1972) Parte especial T. IV. pág. 497.

¹⁶ CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal (Temis, Bogotá 1967) parte especial. Vol. II, pág. 471.

¹⁷ VOUIN, Robert. Droit pénal spécial. (Dalloz, Paris, 1971) pág. 232.

¹⁸ CODIGO PENAL de 1880 (Imprenta Nacional, San José 1era. ed., 1880) pág. 65.

¹⁹ Ibidem, pág. 69.

²⁰ CODIGO PENAL de 1924 (Imprenta María V. de Lines, San José, 1924) pág. 162.

²¹ En igual sentido véanse los artículos 308 y 309 del proyecto de C.P. de Don José Astúa Aguilar (Tipografía Nacional, San José, 1910).

²² Considerando II, pág. 146.

en un domicilio ajeno. Entre otras cosas, Casación decía que el "allanamiento" no se efectuó en la pieza destinada a la pulpería. Nótese cómo emplea, al contrario del caso anterior, el término allanamiento, para referirse a lo que el Código Penal del momento llamaba violación de domicilio. Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia de las 4:30 p.m. de 19 de noviembre de 1930²³. Este criterio de confusión, mencionado en los ejemplos anteriores, se dio desde 1888 hasta 1945 en una forma permanente. Luego de 1945, aunque siempre se han seguido dando confusiones que mantienen la línea que estamos criticando, pareciera que se comienza a diferenciar entre ambos términos. La sentencia de las 9:30 horas del 15 de octubre de 1945 (Col. Sen. Cas. 1945, segundo semestre, tomo único, pág. 696) señala el primer caso en el que el propio tribunal comienza a hacer diferencias y llama con nombres distintos a cada una de las figuras delictuosas en análisis. Dice Casación: "... el reclamo del recurrente por aplicación indebida del 250, no amerita la nulidad del fallo, más si se toma en cuenta que no se acusa la violación del 251 (que habla del allanamiento) que es el que propiamente castiga el hecho"²⁴.

De la confusión jurisprudencial que hemos apuntado, han surgido aspectos muy interesantes y, a riesgo de llegar a ser impertinentes, no queremos dejarlos pasar inadvertidos. Al discutir sobre un asunto de terminología se podrían presentar cuestiones de fondo que pueden ser importantes. En la sentencia, ya citada, de las 3 p.m. del 29 de noviembre de 1913, que trata de la entrada de un agente de policía en un establecimiento comercial, se condenó al inculpado de acuerdo con el artículo 166 del Código Penal vigente en ese momento (Código Penal de 1880). Dicho artículo es el que señala el delito de violación de domicilio, es decir, de acuerdo con la terminología de nuestra legislación penal, es el que describe la entrada en una morada ajena de un particular. Sin embargo, de acuerdo con los hechos probados en sentencia, aparece claro que el sujeto activo no era un particular sino un funcionario, por lo que —en apariencia— debió ser juzgado por el artículo 178 del cuerpo de leyes citado, que señalaba, por supuesto con penalidad diferente, la entrada al domicilio de un funcionario público o agente de autoridad. En este caso el inculpado recurrió alegando exactamente lo que acabamos de decir. La Sala de Casación sostuvo en esa época que aparecía "... con toda evidencia en el proceso que el *allanamiento* lo cometió *no en uso legítimo de su autoridad, sino abusando de ella precisamente...*"²⁵ (El subrayado es nuestro). Creemos que cabe poco comentario, pues la confusión se evidencia fácilmente y nos puede llevar a concluir, perfectamente, en

²³ Véase la Colección de sentencias de la Sala de Casación, II Semestre, tomo único, pág. 621.

²⁴ Considerando XII, pág. 704.

²⁵ Cas. 3 p.m. de 29 de noviembre de 1913 (Col. Sen. Cas. II Semestre, Tomo único) p. 614.

el hecho de que un aspecto meramente de terminología ambigua, en una legislación que sí diferencia entre los nombres de los tipos en estudio, puede llegar a convertirse en una confusión de fondo.

III. CONCORDANCIAS Y DIFERENCIAS ENTRE AMBOS TIPOS.

A. Concordancias

Si tomamos en cuenta las acciones que señalan la conducta para que el sujeto activo cumpla los tipos en análisis, podremos ver, claramente, que el tipo allanamiento resulta ser una forma especializada del tipo genérico que es la entrada (sin autorización) de un sujeto particular en una morada o domicilio ajenos. Significativa prueba de lo anterior es la transformación que hace el artículo 205 del verbo definitorio. Mientras el artículo 204 habla de entrar, el siguiente utiliza el verbo allanar lo que quiere decir que, por un lado, está utilizando la definición de entrar a morada ajena del artículo anterior y por otro, está reafirmando, con la utilización del verbo allanar, que la entrada no es de cualquier particular sino de una clase especializada de sujeto activo, pues en nuestro medio cultural, la connotación de "allanar" es muy precisa y sugiere inmediatamente la presencia de medios de autoridad pública.

Además de poseer un señalamiento similar de la acción, podríamos notar otra semejanza entre la violación de domicilio y el allanamiento de morada: el perjudicado. En ambos tipos tiene un trato similar pues es la persona que habita en el lugar en donde, ya sea el particular, ya sea el funcionario público, penetra, sin que se exija condición especial alguna.

Por otra parte tenemos como punto de concordancia al bien jurídico tutelado. En la legislación costarricense, casi desde principios de siglo no se ha hecho problema alguno en la colocación de ambos tipos dentro de un mismo capítulo del Código Penal. En el Código anterior (1941) ambos tipos estaban colocados en el capítulo II del Título IV, que trataba de los delitos contra la libertad; en el Código vigente se encuentra dentro de los delitos contra el ámbito de intimidad. En realidad el problema de cuál es el bien jurídico tutelado en estos delitos, en este momento no tiene ninguna discusión y se acepta muy claramente, no sólo en doctrina, sino también por parte de nuestra jurisprudencia²⁶ que se trata de proteger la parte de la libertad de las personas que tiene que ver con su derecho a la soledad y a la intimidad; y, además se tutela al tipificar no sólo la entrada del par-

²⁶ Como ejemplo véase, entre otras, la resolución de la Sala de Casación siguiente. Sentencia de las 9:40 hrs. de 19 de diciembre de 1945 (Col. Sen. Cas. II Semestre, Tomo único, pág. 922).

ricular en una morada ajena, sino también la entrada del funcionario público o agente de autoridad, sin las debidas formalidades de ley.

Podríamos señalar otra concordancia con relación al elemento accesorio de lugar. En la descripción del artículo 204 se habla de morada, casa de negocios y, en fin, de recinto habitado por otro; el 205 habla de domicilio. Se podría pensar que existe una diferencia esencial, pero ya hemos explicado que en realidad, cualquiera que sea el término para designar el lugar, siempre se conduce a lo mismo, si nos atenemos a lo que el derecho quiere tutelar. Es por eso que hablamos de que aquí existe otra concordancia entre los tipos que estamos analizando, pues lo importante es proteger el derecho que tiene el individuo de no ser molestado en el lugar en que está, en "su lugar", llámese de la manera que se quiera.

B. Las diferencias.

1. Los sujetos:

Nuestra Constitución Política, en su artículo 23, además de consagrar la inviolabilidad del domicilio, habla del allanamiento lícito y dice: "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..."²⁷ Por su parte el Código de Procedimientos Penales regula las formas de entrada por la autoridad pública, en sus diferentes modalidades:

"Artículo 210.—Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá comenzar entre las seis y las dieciocho horas.

Sin embargo, se podrá proceder a cualquier hora cuando el morador o su representante lo consienta, o en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público."

"Artículo 211.—Las limitaciones establecidas en el artículo anterior no regirán para las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o de recreo, el local de las asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular. En estos casos deberá darse aviso a las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación."

"Artículo 212.—La Policía Judicial podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial:

²⁷ Constitución Política de la República de Costa Rica.

- 1) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad;
- 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito;
- 3) En caso de que se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión; y
- 4) Si voces provenientes de una casa anunciaren que allí se está cometiendo un delito o de ella pidieren socorro."²⁸

Estos son los casos en que una autoridad puede entrar a un domicilio ajeno. En los demás casos, es decir, cuando un funcionario público o agente de autoridad penetra al domicilio de otro, se configura el delito de allanamiento de morada. Es aquí en donde se encuentra la diferencia fundamental del delito de allanamiento con el de violación de domicilio. El sujeto activo diferencia perfectamente un tipo del otro. Cuando un particular penetra, de la forma que sea (siempre y cuando se trate de entrada sin autorización) en una morada ajena se configura el delito de violación de domicilio; si el sujeto activo no posee la categoría de particular sino de funcionario público e ingresa (sin las formalidades del C.P.P.) en un domicilio ajeno, se configura otro tipo de delito: el que señala el 205 del Código Penal.

No hay que hacer un esfuerzo excesivamente grande para darse cuenta que es el sujeto activo quien da la clave para saber si el delito cometido es el descrito en el 204 o en el 205.

2. Las penas.

Producto de la gran diferencia entre ambos tipos y de que esa diferencia la señala, precisamente, el sujeto activo, es que podemos señalar una segunda diferencia, no ya esencial, sino accesoria: el monto de la sanción.

El artículo 204 impone para quien ajusta su conducta a esa descripción una pena de prisión de 6 meses a dos años y la aumenta de 1 a 4 años si el hecho se comete con fuerza en las casas, escalamiento de muros, violencia en las personas, ostentación de armas o por 2 o más personas.

El artículo 204 señala pena de prisión con un monto de 6 meses a 3 años. Como vemos dejar igual el mínimo y aumenta el máximo de un año. Por otra parte impone como pena accesoria la inhabilitación para cargos u oficios públicos de 1 a 4 años.

²⁸ Código de Procedimientos Penales de 1973. (Edición Citada).

CONCLUSION

Creemos haber demostrado, con nuestro estudio, cuáles son las diferencias esenciales entre lo que el Código Penal Costarricense llama violación de domicilio y lo que denomina allanamiento ilegal y consideramos como cierto que la diferencia fundamental se debe a la categoría especial que posee el sujeto activo del segundo tipo citado. Lo anterior hace que la penalidad de ambos tipos varíe un poco, aunque tales variaciones no sean tan marcadas, lo que nos parece poco convenientes ya que la diferencia entre la responsabilidad que debe tener un funcionario público, comparada con la del particular sí que es marcada y debería notarse en la sanción.

Igualmente consideramos haber demostrado la existencia de una confusión en la terminología, producida hasta el año de 1945, en las sentencias de la Sala de Casación, en los tipos que señalan los artículos 204 y 205 del actual Código Penal. No hemos encontrado, sin embargo, ninguna razón lógica que nos permita decir por qué el tipo señalado en el 204 se denomina violación de domicilio. El de allanamiento sí es más fácil de determinar, toda vez que es tradición mencionar con el término allanamiento, todo tipo de entrada (legal o ilegal, sea, con o sin las formalidades requeridas) de un funcionario público, en un domicilio.

Con respecto a la terminología, hemos encontrado que en Italia y en Francia, se denomina violación de domicilio tanto a la entrada de un particular como a la de un funcionario público, en tanto que en España se denominan ambos casos con el término de "allanamiento". En Latinoamérica sí se hace la diferenciación que hemos señalado en toda nuestra legislación penal.

A pesar de tales comprobaciones, no nos hemos podido enterar, con nuestra investigación, del por qué de la confusión terminológica que se dio durante más de medio siglo en Costa Rica. Habíamos comenzado la investigación con la idea de comprobar la hipótesis de que la confusión se debió al seguimiento, por parte de los jueces de Casación, de la doctrina española. Sin embargo, por la naturaleza misma del estudio, tal hipótesis no pudo ser comprobada. Cumplimos, entonces con señalar el hecho y dejar como un campo abierto, para un futuro estudio, lógicamente de tipo no descriptivo, la comprobación de las causas de tal confusión.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS

- BREGLIA ARIAS, Omar. El delito de violación de Domicilio. Ediciones Depalma: Buenos Aires, 1968.
- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Temis: Bogotá, 1967.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Bosch: Barcelona, 13 edición, 1971.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de derecho penal. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1969.
- GOYET. Droit Pénal Spécial. Editions Sirey: Paris, 8eme. édition, 1972.
- MAGGIORES, Giuseppe. Derecho Penal. Temis: Bogotá, 1972.
- PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal. Iber-Amer, publicaciones hispanoamericanas S. A.: Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 5ta. edición, 1960.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal argentino. Tipografía editora argentina S. A.: Buenos Aires. Sexta reimpresión total, 1973.
- VOUIN, Robert. Droit Pénal Spécial. Dalloz: París, 1971.

LEYES Y SENTENCIAS

- Código General del Estado de Costa Rica, 1841. Imprenta del Estado, San José, 1841.
- Código Penal de 1880, Imprenta Nacional: San José, 1era. edición, 1880.
- Código Penal de 1924. Imprenta María V. de Lines: San José, 1924.
- Código Penal y Código de Policía de 1941. (Edición de Atilio Vincenzi) Imprenta Trejos: San José.
- Colección de Leyes y Sentencias de 1888 a 1972, Imprenta Nacional, San José.
- Código de Procedimientos Penales de 1910. Imprenta Lehmann, San José, 1966.
- Código de Procedimientos Penales de 1973. Edición dirigida por Chacón Jinesta, Imprenta Metropolitana, San José, 1974.
- Código Penal de 1970, Imprenta Lehmann, San José, 1975.
- Constitución Política de Costa Rica. Imprenta Nacional, San José, 1965.