Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: Allanamiento en el Derecho Penal

RESUMEN:
En el presente informe se hace una recopilación de la doctrina sobre el concepto y objeto de la figura del allanamiento y su relación con el Derecho Constitucinaol.
Además se incluye toda la normativa en que se legitiman la figura y su salcances y limitaciones, así como los requisitos para su formulación y puesta en práctica como operativo policial.
Con la jurisprudencia se amplía a manera de ejemplo la necesitad de una correcta fundamentación por parte del juez para ordenar el allanamiento. Igualmente se señalan los casos especiales donde no es necesaria la orden. Finalmente, se describen algunas situaciones en las que el allanamiento es ilegal y por ende las pruebas obtenidas en éste se contaminan.

Índice de contenido

1 DOCTRINA.....2
Concepto.....2
Objeto.....3
El Allanamiento y el Derecho Constitucional.....4
2 NORMATIVA.....8
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA.....8
APROBACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL....8
CÓDIGO PENAL.....8
CÓDIGO PROCESAL PENAL.....9
LEY DE PENSIONES ALIMENTARIAS.....12
REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS POLICIALES DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA, APLICABLES A PERSONAS MENORES DE EDAD.....12

3 JURISPRUDENCIA.....13
Res: 2009-00086.....13
Res: 2009-00087 19
Res: 2008-00527 25
Res: 2008-00327 28
Res: 2007-00664 41
Res: 2005-1124 45
Res: 2005-00369 45
Res: 2005-00370 47

1 DOCTRINA

[Duartes y Segura[1]]

Concepto

"En el transcurso de nuestras investigaciones, topamos con el primer inconveniente: la definición de nuestro objeto de estudio, pues, hay quienes aceptan que el término correcto es allanamiento de domicilio y otros consideran que la expresión: "registro domiciliario", es más atinada.

Lo cierto es que el Código Procesal Penal, hace mención a esta medida coercitiva, con el nombre de allanamiento y el Código Penal, sanciona en el artículo 205 al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine.

Como se observa, el legislador ha elegido la palabra allanamiento (Cfr. art. 24 de la Constitución Política) y el registro es propiamente el acto material de búsqueda. Aunque la denominación no hace la naturaleza de las cosas.

(...)

Ahora es necesario analizar el concepto de la figura estudiada. Entre las opiniones destacan la de Clariá Olmedo, para quien el allanamiento es: "un acto de coerción real limitativo de una

garantía constitucional, consistente en él franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad expresa de quien está protegido por esa garantía..."

Caferatta, expone que cuando se estime que el titular del derecho de exclusión del lugar que se quiere registrar, posiblemente no se preste voluntariamente a la realización del acto, la ley autoriza al Juez a disponer de la fuerza pública y ordenar el registro.

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 permiso escrito".

Mientras tanto, la Sala Constitucional lo define 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 ley y respetando los valores jurídicos fundamentales de la colectividad, vida, propiedad, etc".

Objeto

"En estos casos, la autoridad judicial puede ordenar el allanamiento de la morada si existen elementos de convicción suficientes que hagan presumir que en un determinado sitio existen objetos o instrumentos relacionados con el delito, o que ahí pueda efectuarse la detención del reo o de una persona evadida o sospechosa.

Son las cosas materialmente afectadas por el delito (la cosa dañada por ejemplo) y los instrumentos y efectos de éste y además, los objetos utilizados para su preparación, o para asegurar o aprovechar sus resultados. Medida que pretende conservar, recoger y secuestrar si es necesario, las cosas relacionadas con el hecho investigado.

El artículo 209 del Código Procesal Penal, utiliza el término hecho punible, lo que deja entrever la posibilidad de que esta medida coercitiva se verifique también en el caso de contravenciones.

Pareciera que existe una franca oposición a la literalidad del artículo 23 de la Constitución Política, que tocará en todo caso, resolver al Tribunal Especializado de la Corte Suprema de Justicia.

El registro domiciliario lo puede disponer el juez facultativamente, siendo parte de su poder discrecional, es decir, si los indicios que se le presentan no le son dignos puede negarse a extender la orden.

"Lo que se debe evitar es el intento de obviar el control judicial sobre la procedencia del allanamiento, escondido tras la aceptación del consentimiento para autorizar la injerencia. El control se debe realizar también frente a los allanamientos urgentes o necesarios, permitidos sin orden judicial. El Juez debe decidir sobre su legitimidad y para ello, se debe colocar, al juzgarlos, en el lugar y el momento que obró el funcionario que ordenó o autorizó el procedimiento."i

[Muñoz y Ruiz[2]]

El Allanamiento y el Derecho Constitucional

"Inicialmente se observa cómo conforme lo dispone este artículo 23 de nuestra Carta Fundamental, solo por excepción y mediante previa orden escrita emanada del juez y conforme lo disponga la ley, pueden allanarse el domicilio y demás recintos privados, reafirmándose de esta manera el derecho a la intimidad y la privacidad del domicilio, permitiéndose la intromisión estatal solo por excepción y en los casos que expresamente señale la ley.

No está demás recalcar, que esta garantía de inviolabilidad del domicilio tiene asidero legal en los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley N°

4229 del 11 de diciembre de 1966), 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970), todos los cuales, son instrumentos de carácter internacional con aplicación en nuestro país aún incluso por sobre las leyes, de conformidad con lo que establece el numeral 7 de nuestra Carta Magna.

Uno de los presupuestos formales mínimos al momento de realizar un allanamiento es contar con una orden escrita previa por parte de un juez competente para conculcar el ámbito de intimidad de las personas. La misma Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido:

"Es incuestionable que el allanamiento autorizado por el juez, debe ser ordenado por resolución judicial, sea que se requiere al efecto de una orden escrita, sin que se admita la posibilidad de un allanamiento por orden verbal. Diferente es el supuesto, del allanamiento autorizado sin orden, que únicamente es procedente en los casos de urgencia que establece el numeral 197 del Código Procesal Penal, hipótesis contenidas anteriormente en el numeral 212 del Código de Procedimientos Penales (ante amenazas a la vida de los habitantes o la propiedad, por denuncia de que se ha observado a personas extrañas entrando al local con indicios de cometer un delito, al introducirse a un local el imputado por delito grave que era perseguido para su aprehensión; y cuando voces provenientes del lugar anuncien que se está cometiendo un delito o pidan auxilio) (...) ".

(...)

Aunado a lo anterior, debemos indicar que no solo es suficiente la orden escrita por parte del órgano jurisdiccional, sino que además, la misma constitución habla de que el juez que la emita debe ser COMPETENTE para tales efectos.

Al hablar de juez competente no solo es preciso tomar en consideración lo referente al principio también de orden constitucional (artículo 35 de la Constitución Política) referente a lo que en doctrina se conoce como Principio de Juez Legal o Juez Natural (en nuestro país, la Sala Constitucional ha adoptado el término de "Juez Regular" para referirse al respecto) -mencionado también en el artículo tercero de nuestro Código Procesal Penal, según el cual, no es posible la existencia de "... tribunales,

comisiones o jueces extraordinarios, también llamados ex post facto, creados para juzgar un hecho en particular o a una persona determinada y además consagra la garantía fundamental de que, quien imparte justicia está legitimado y es competente, por cuanto la ley y el mismo ordenamiento jurídico así lo han establecido, sino que además, debe observarse cómo el numeral 23 constitucional, no circunscribe de ningún modo el conocimiento de los allanamientos a los jueces penales, como erróneamente creen muchas personas, siendo que es posible para un juez civil, por ejemplo dictar un allanamiento como una medida cautelar atípica."

Por otro lado, la competencia entendida como el ejercicio práctico de la jurisdicción, es decir como aquella que permite distribuir la función jurisdiccional entre una pluralidad de órganos jurisdiccionales (jueces), mediante criterios como el territorio, cuantía, materia y función, permite no solo que exista seguridad jurídica para los ciudadanos que deseen encontrar la efectiva solución a su problemas, sino que además facilita la pronta y cumplida persecución de la justicia. El hecho de que la estructura interna del Poder Judicial se encuentre previamente delimitada, facilita el manejo y distribución de los casos en cada uno de los órganos judiciales, y al mismo tiempo, las partes dentro del proceso penal tendrán conocimiento con antelación de cuáles son esos tribunales a los que pueden acudir.

Y es que el resguardo de los derechos fundamentales no se asegura con solo la intervención de una persona nombrada como juez -como parte de la doctrina lo sostiene, amparándose en una presunción de legalidad del nombramiento y exigiendo su previa nulidad en vía administrativa para reclamar el motivo-. En un Estado de Derecho, debe exigirse que la persona que ha actuado en calidad de juez, cumpla con los requisitos legales, porque solo eso asegura, al menos medianamente, que su actuación va a ser ajustada a derecho.

"Afirma CLARIÁ OLMEDO: "Se llama juez natural, al juez de la Constitución; es decir el designado conforme a las normas y a las garantías constitucionales. No actúa como "juez natural" el que lo hace sin reunir las condiciones impuestas por estas normas aseguradas de la función judicial del Estado y de las leyes que en su consecuencia se dicten para el efectivo y correcto ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano predeterminado" (...). La importancia de exigir al juzgador la calidad de abogado, es tal

porque asegura objetivamente, que la decisión se tomará al amparo de la ley. La función jurisdiccional permite darle contenido a la norma —abstracta por característica-, y exige un juicio valorativo entre el supuesto de la norma y el conflicto presentado, para lo que se debe meditar sobre la situación y encontrar una solución precisa, legal, equitativa y ajustada al principio de proporcionalidad y razonabilidad. El principio de legalidad rige la función jurisdiccional, y si el juez solo puede hacer lo que la ley le permite, el conocimiento científico de la misma es requisito esencial. Los principios del debido proceso, juez natural, juicio previo e inviolabilidad de la defensa, constituyen una garantía de justicia, y aseguran la estabilidad del orden jurídico. El principio de juez natural cumple un papel esencial en el derecho penal y procesal penal, máxime que en la fase de investigación, el juez penal no puede intervenir de oficio, y tiene como función decidir motivadámente, sobre la viabilidad & el fundamento de las pretensiones jurídicas deducidas por las partes. Solo la resolución por parte de un profesional en derecho, asegura la actuación efectiva de la ley y el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano. La potestad decisoria es compleja y su trascendencia está en los efectos que puede producir, por esa razón, como defecto absoluto califica el legislador, los defectos concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de los jueces.

En el caso particular de los allanamientos, se tomará en consideración las pautas dispuestas por el artículo 47 del Código Procesal Penal, respecto de la circunscripción judicial dónde deba ejercer sus funciones un determinado juez o bien un tribunal, de tal forma que el representante del Ministerio Público, por ejemplo, conozca exactamente ante cuál órgano jurisdiccional del territorio nacional debe gestionar su solicitud para realizar un allanamiento.”

2 NORMATIVA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA[3]

Artículo 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.

APROBACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL[4]

Artículo 93.- Otras formas de cooperación

1. Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en la presente parte y con los procedimientos de su derecho interno, deberán cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de:

...

h) Practicar allanamientos y decomisos;

CÓDIGO PENAL[5]

Artículo 205.- Allanamiento ilegal.

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.

Si la formalidad faltante fuere la orden judicial, las penas anteriores se aumentarán a juicio del Juez.

CÓDIGO PROCESAL PENAL[6]

Artículo 6.- Objetividad

Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento.

Desde el inicio del procedimiento y a lo largo de su desarrollo, las autoridades administrativas y judiciales deberán consignar en sus actuaciones y valorar en sus decisiones no solo las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables a él.

Serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

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 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.

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 Públiico 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.

Artículo 195.- Contenido de la resolución que ordena el allanamiento

La resolución que ordena el allanamiento deberá contener:

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

b) La determinación concreta del lugar o los lugares que habrán de ser registrados.

c) 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.

d) El motivo del allanamiento.

e) La hora y la fecha en que deba practicarse la diligencia.

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.

Artículo 197.- Allanamiento sin orden

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.

Artículo 286.- Atribuciones (*)

La policía judicial tendrá las siguientes atribuciones:

...

d) Proceder a los allanamientos y las requisas, con las formalidades y limitaciones establecidas en este Código.

LEY DE PENSIONES ALIMENTARIAS[7]

Artículo 26.- Allanamiento

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.

REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS POLICIALES DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA, APLICABLES A PERSONAS MENORES DE EDAD[8]

Artículo 21.- Protección a la integridad física de las personas menores de edad.

Durante la realización de un allanamiento, el oficial de policía deberá garantizar la protección de la integridad física de las personas menores de edad que se encuentren en el lugar allanado.

Artículo 22.- Personas menores de edad ajenas al hecho investigado.

Si en el lugar allanado se encuentran personas menores de edad que no tienen relación con el hecho investigado, el oficial de policía deberá comunicar de inmediato esta circunstancia al fiscal y al juez a cargo del asunto, además del Patronato Nacional de la Infancia.

Artículo 23.- Utilización de esposas.

Para la utilización de esposas durante el allanamiento y en la conducción y transporte de personas menores de edad aprehendidos como resultado del allanamiento, se estará a lo dispuesto en los numerales 9 y 11 del presente Reglamento.

Artículo 25.- Persona menor de edad en conflicto con la ley penal.

Cuando la orden de allanamiento se disponga para lugares en donde presumiblemente se encuentran solo personas menores de edad, deberá ser debidamente coordinada con la Fiscalía Penal Juvenil de la localidad, como director funcional del proceso, y una vez aprehendidos serán puestos a la orden de la Autoridad Judicial correspondiente. En caso de encontrarse en el lugar personas menores de los doce años, se actuará según lo dispuesto en el numeral 8 de este Reglamento.

3 JURISPRUDENCIA

Res: 2009-00086[9]

Allanamiento: casos en que procede allanamiento sin previa orden judicial

Texto del extracto

" IV .- En relación al tema coincidente en el primer motivo de ambos recursos sobre la alegada ilegalidad en el allanamiento y registro de la embarcación Matina II , por ausencia de orden de juez, se resuelven en forma conjunta. Estiman los recurrentes que la embarcación constituye un recinto privado, por lo prolongado de la estancia en las naves se convierte en un domicilio para la tripulación, por lo que para su allanamiento y registro se requiere orden de juez. Que al no haberse cumplido el procedimiento entonces la prueba obtenida es ilegítima, por lo que debe ser excluida del proceso, lo que acarrearía la absolutoria de los encartados y consecuentemente debe ordenarse la devolución de la embarcación Matina II . Desde ya debe quedar absolutamente claro que las embarcaciones no entran dentro del concepto de domicilio y por ello no requieren para su abordaje de la orden de allanamiento, debiendo denegarse el vicio alegado . La Constitución Política de Costa Rica en el capítulo de los derechos y garantías individuales, propiamente en el artículo 23, garantiza a todos los ciudadanos que el domicilio y todo recinto privado de los habitantes de la República son inviolables, pero que 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 manera que no se trata de un derecho fundamental absoluto, sino que la misma Carta Magna autoriza la afectación, sea por orden judicial o para impedir la comisión o impunidad de delitos, dejando a la ley el desarrollo de esos preceptos. El Código Procesal Penal, en los artículos 193 a 196 desarrolla el precepto constitucional y establece las condiciones formales y materiales en que procede el allanamiento, así como el ingreso sin orden. Si la invasión de la intimidad por orden judicial es excepcional, más lo es en aquellos casos en que procede el ingreso a recintos privados sin orden judicial, a los que hace referencia el artículo 197 del Código Procesal Penal, contemplando tres supuestos: cuando haya un desastre que ponga en peligro los habitantes del lugar, cuando se esté cometiendo un delito o el sospechoso se refugie en el lugar. Lo que procede entonces es examinar si la embarcación encuadra dentro de la categoría de domicilio o recinto privado, a efectos de establecer si lo cobija la garantía reforzada de la orden judicial para legitimar el ingreso o abordaje. Estima este Tribunal que la nave no es el domicilio o lugar de residencia de la tripulación como se alega, pues no concurren las dos características esenciales como el estar destinado a vivienda o residencia, ni tampoco la ubicación espacial determinada y la relativa estabilidad, por la forma temporal de la estancia y por el desplazamiento de la embarcación. En sentido similar se ha discutido si los vehículos de transporte de carga que hacen rutas internacionales o nacionales (tipo trailer o cabezales) son también el domicilio de los chóferes que pasan largos períodos en la ruta y duermen en las cabinas, estimándose que no se ajusta al concepto de domicilio establecido por la Constitución. Al respecto la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 386-2005 señalo: " Por mucho que una persona permanezca buena parte de su tiempo en un espacio determinado, ello no lo convierte en su morada o lugar de habitación. Esta se entiende como ámbito físico vital, donde concentra su intimidad y punto físico de referencia personal, lo cual no cumple un automotor. Quizá la excepción es la de los "autos-vivienda" (o " campers "), en los que algunas personas habitan usualmente y se trasladan con frecuencia de un sitio a otro. Sin embargo, estos, a diferencia del caso en cuestión, son en sí mismos ese espacio de intimidad y punto físico de referencia, visto que vivir en ellos es el dato esencial o

designio principal. En el caso de los transportistas, quienes a menudo usan un camarote en el automotor, la situación es distinta, pues en este asunto, aunque pueden albergar algún nivel de intimidad, en ese sentido no son en sí mismos su espacio principal ni su punto físico de referencia personal. Al contrario, permanecer en ellos es sólo una contingencia instrumental, encaminada al desempeño de una actividad laboral. Entonces, de inicio no más media entre ambas situaciones una diferencia sustancial que impide equipararlas a efectos de la tutela de la privacidad que reclama el defensor. " Por su parte la Sala Constitucional en sus votos 7371-99 y 6582-00, también ha mantenido que los vehículos no constituyen domicilio ni recinto privado y por ello no es necesaria para su ingreso la orden de allanamiento de un Juez. No obstante no ser domicilio, la Constitución y la ley también tutelan los recintos privados, pero entendidos éstos no bajo el concepto de propiedad privada, sino de aposentos que resguardan la intimidad de la persona y no están expuestos a la vista de los demás, los que sí califican como recintos privados y en esa medida la intimidad de esa área debe ser objeto de la tutela constitucional y para el ingreso requiere la orden judicial respectiva. Ahora bien, en el caso de comentario y por la naturaleza de las operaciones que se realizan mar adentro, tiene la particularidad de que las autoridades, nacionales o extranjeras, no pueden surcar los mares patrullando para evitar el tráfico de drogas, llevando un fiscal y un juez a bordo, de ahí que cuando localizan una nave sospechosa no cuentan con los elementos necesarios para pedir la autorización judicial de ingreso. Esto no significa que la garantía constitucional del domicilio o recintos privados disminuya en razón de la distancia o de la imposibilidad de acceso inmediato, sino que para el abordaje de la nave no se requiere orden de allanamiento por no calificar como domicilio o recinto privado, y para el caso de que se ingrese a algún recinto privado de la embarcación, aplican las reglas de excepción del artículo 197 del Código Procesal, que autorizan el ingreso sin orden de juez por la comisión de un hecho delictivo en flagrancia, tal y como es el caso en estudio. Sobre este aspecto el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, en la sentencia 0024-2008, al referirse a este mismo tema, señaló: " No estamos ante un allanamiento ilegal, porque existe autorización de abordaje de tales naves en condiciones de sospecha fundada, amen de que no se trata de un recinto destinado a domicilio y porque también se autoriza el

ingreso sin orden en condiciones de flagrancia... De más está señalar que pretender una orden de allanamiento en esas condiciones haría totalmente inoperante cualquier actividad dirigida a incautar droga en esa zona, que es además bien examinado en sentencia ." Esta Cámara comparte el análisis del Tribunal sentenciador al resolver sobre este punto y donde se señala: " Se alega la existencia de una actividad procesal defectuosa en tanto conculca los derechos de los imputados. Se sostiene que se llevó a cabo por parte de la Policía Nacional de Guardacostas un allanamiento ilegal por cuanto no se contaba con una orden de allanamiento. Por tanto, no se contaba con una orden jurisdiccional. Además, a dicha actividad procesal defectuosa se ha opuesto la representación fiscal. Punto uno: Ciertamente, estos intentos de la defensa particular no son novedosos en virtud ya que en reiteradas oportunidades del proceso la defensa ha venido alegando que se ha originado una actividad procesal defectuosa. Ello ha producido la emanación de dos resoluciones que constan en autos. En la primera, 127 y siguientes la señora Jueza Penal había expresado en forma explícita el rechazo de la actividad procesal defectuosa. En la segunda resolución se abordan los temas propuestas en la audiencia preliminar, folios 172 y siguientes. A la postre, igualmente hace rechazo de la actividad procesal defectuosa. Decimos esto, por cuanto bien podría pensarse, que este punto ha sido resuelto y podría rechazarse ad portas. No obstante, en el proceso penal se dan dos tipos de nulidades: relativa y absoluta. Esta última se puede alegar en cualquier estado del proceso y dictarse ex oficio. La nulidad absoluta se basa en dos principios absolutamente importantes: pas de nullité sans texte lo que significa que la nulidad se basa en un principio de especificad (sic) y, por tanto, no ser producto de la imaginación pues requiere una norma que la disponta (sic). Pas de nullité sans grief en el sentido de que el agravio debe existir. En el presente caso, previa deliberación de rigor el Tribunal de forma unánime estima que la nulidad interpuesta por el Licenciado Venegas, a la cual se han adherido los otros defensores, no es de recibo. Ello es así por cuanto como lo expresara el fiscal el servicio Nacional de Guardacostas la cual ha actuado al amparo de su Ley Orgánica procedió a hacer una revisión de rutina a una embarcación que navega por este litoral puntarenense y lo hace incluso sin sus luces encendidas. Esta actuación por ser policía administrativa es de orden preventivo y, por tanto, amparada a esa legislación se hace la intervención y se encuentran seis

envoltorios de cocaína, seis mil gramos. Estamos hablando de seis kilos esta actuación de la policía al ubicar esa droga se hace el llamado de la autoridad judicial, Ministerio Público. Además, de la autoridad judicial se presenta la defensa, una defensora pública, Licenciada Flor Sidey Salazar Fallas. No se encuentra, por parte del Tribunal, ninguna vulneración al derecho fundamental de defensa garanizado (sic) a los imputados . Además, como tercer punto a desarrollar, en sus propias y respectivas indagatorias, datos generales de ley, refieren ambos con su respectivos defensores hacen ver que sus domicilios se encuentra en la localidad de Puntarenas. Ninguno

de ellos dijo que el yate sea permanentemente su domicilio. Ello es entendible hasta en términos procesales. En este debate se ha constitutio (sic) el Licenciado Francisco Campos Bautista como representante legal del propietario del Matina II , lo cual quiere decir, entonces, que esto refuerza aun más de que no estamos hablando de un yate propio de los imputados que se constituya en su domicilio permanente. Es un instrumento de transporte o medio de trabajo. Lo cual es preciso para que nos permita no poder ubicarlos ni como poseedores, ni propietarios, ni moradores de ese navío como para pretender ipso facto que su derecho a la intimidad haya generado una nulidad absoluta como la que hemos explicado por violación directa a su derecho de defensa, como se ha indicado por el expositor Licenciado Venegas Mora. El tribunal, como fuente secundaria de derecho pero no menos importante, se permite citar la resolución jurisdiccional 386-05 vertida por la Sala Tercera en la cual en un asunto con características similares a este, en tratándose de la morada o residencia, indicaron la posibilidad de para un abordaje en un trailer aun sin contarse con orden de allanamiento. Ello por cuanto a lo semejante a lo que aquí se presenta son lugares de permanencia transitoria por lo que no se produce una intromisión de la intimidad de una persona que se dice ser afectada. Con estos razonamientos el Tribunal rechaza entonces la actividad procesal defectuosa. En respaldo al catalogo de razones antes dichas se pasa la palabra al señor Juez Mejías Cordero: En el caso de estudio, hemos de indicar que el yate en cuestión no puede ser considerado como domicilio de los imputados, ni su morada. Por el contrario, ellos en sus datos de identificación indicaron cual era su domicilio en la ciudad de Puntarenas. Por lo tanto, queda claro que el Yate en que ellos viajaban no se constituye en su morada entendida ésta como el

centro de intereses donde se desarrollan actividades de carácter personal, personalísimo y, por tanto, centro permanente de intimidad. A la postre, la relación que se mantiene entre los encartados y la embarcación es la vinculación que en derecho civil se conoce como servidor de la posesión ajena. Por lo tanto, ni siquiera pueden ser considerados como poseedores, según lo expresara correctamente el Licenciado Nicolás Alvarado. El Juez Morales Sanabria: En lo concerniente a los aspectos formales reclamados por la defensa debo decir específicamente con respecto a la no información a los imputados de sus derechos. En el caso de marras, ha quedado subsanado por la presencia de la defensora pública. Incluso, dicha defensora ingresó al navío el día del hallazgo quien obviamente asesoró a los encartados. Ese es el primer punto. El segundo punto es la no existencia de las firmas y, por tanto, la duda sobre el consentimiento. El acta que rola a folio 1 y siguientes da noticia de la voluntad de las partes e imputados para que el navío fuera registrado. A la postre, el hecho de que no consta la firma de los imputados o de la defensora en el acta no empece lo resuelto. Incluso, en el acta no se indica que la defensora o los imputados hayan negado la firma por no existir el consentimiento de los imputados de que se registrara la embarcación " (cfr . folios 275 a 277, donde el subrayado es suplido) . Hay que agregar que en este caso tampoco se reclama que se haya invadido algún espacio o recinto privado destinado al resguardo de la intimidad de la tripulación, como para estimar que se haya infringido la norma constitucional, que en todo caso quedaría subsanada por la excepcionalidad del caso en relación a la comisión del hecho en flagrancia, donde la localización de la droga se dio en la cabina principal, propiamente detrás de donde estaban ubicados el VHS y el DVD . Por último debe destacarse, como acertadamente se analiza en el párrafo transcrito , que en el acta de registro, requisa y secuestro elaborada por el fiscal licenciado xxx , visible a folios 1 frente a 3 vuelto, al cierre se consigna expresamente que el registro del yate fue realizado con autorización de los encartados xxxx , esto en presencia de su defensora, aspecto que no fue puesto en entre dicho, muy a pesar de que tanto la profesional, como los acusados se negaran a firmar el acta. Todas estas razones nos llevan a desechar la argumentación de los impugnantes y declarar sin lugar el reclamo.”

Res: 2009-00087[10]

Allanamiento: análisis sobre la finalidad y requisitos de validez. Necesaria fundamentación de las razones de urgencia y necesidad para efectuarlo en horas de la noche

Texto del extracto

" II .- En el primer motivo de casación por la forma alegó: La sentencia se fundamenta en prueba ilegítima. En sustento de tal reclamo objeta que una base esencial del fallo condenatorio en su contra lo fue el allanamiento efectuado en la casa de habitación del imputado. Respecto de dicho allanamiento se indica que el mismo resulta ilegítimo pues se practicó fuera de la limitación legal horaria establecida por el numeral 193 del Código Procesal Penal y, pese a que en la resolución en que se ordenó dicho allanamiento se sustentó dicho proceder en que las ventas de droga se efectuaban en horas de la noche; objeta esa fundamentación pues se dice que de las vigilancias y de algunas compras probatorias se denota actividad en horas de la tarde en ese lugar. Señala que ese vicio es absoluto y que por ello ni el acto procesal, ni las prueba que de el se deriva se puede usar para juzgar. Cita en apoyo de su tesis el voto 481 de las 16:06 horas del 9 de junio de 2003 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señalando la semejanza de ese supuesto con el que aquí ocupa. Afirma que en el caso que interesa no se acredita el supuesto de suma urgencia que hubiera legitimado el allanamiento en horas de la noche. El reclamo no resulta procedente por las razones que se dirá. Debe de reconocerse la semejanza que existe entre el presente caso y el resuelto por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el precedente citado. Ciertamente la realización de un allanamiento fuera del lapso que establece el numeral 193 del Código Procesal Penal es un aspecto que debe ser cuidadosamente definido por las autoridades judiciales y que merece un control estricto en sede de casación, toda vez que constituye el desarrollo legal de una garantía constitucional, a saber lo que dispone el artículo 23 de la Constitución Política. En síntesis el factor determinante es el desarrollo de los conceptos de suma gravedad y urgencia a que alude la citada norma adjetiva, para autorizar en dichos supuestos la vulneración del ámbito de intimidad de los habitantes en su

domicilio, fuera del horario de las seis horas a las dieciocho horas. Es evidente que ambos conceptos se deben interpretar dentro del contexto del principio de proporcionalidad en relación con la tutela de la garantía constitucional aludida. Así, la gravedad, que la define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua , en su vigésima segunda edición , en la acepción que resulta aplicable al caso concreto como: "Grandeza, importancia" (Versión Digital en www.rae.es). Al respecto, debe de decirse que en atención a la particularidad del proceso penal, como un instrumento formalizado que tiene repercusiones sumamente lesivas para los derechos de los administrados, en particular de los imputados; lo que pretende la norma en este caso es no autorizar la grave consecuencia de la afectación de un derecho constitucional por un evento que no lo amerite, en ese sentido, resulta claro que dentro del proceso penal ya de por sí cualquier investigación puede repercutir gravemente sobre las personas, ya sea dese la perspectiva de la víctima o del imputado, por ello, la suma gravedad debe de entenderse en el contexto de que no por ser una mera investigación penal deba de autorizarse el allanamiento fuera del horario ordinario, con completa liberalidad, sino que, el juez de garantías deberá estimar que en algunos supuestos esa consecuencia no deberá ser autorizada aún y cuando con ellos se pongan en cuestionamiento la obtención de los objetivos del proceso penal, cada situación deberá ser analizada en particular y ofrecerse la debida fundamentación que dé sustento a la racionalidad de la práctica de la diligencia fuera del horario permitido. En cuanto a la urgencia, el citado diccionario de la Real Academia Española establece en la segunda acepción del concepto, que es la que más pertinencia tendría a los efectos que nos ocupa, que tal término debe entenderse como: "Necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio.". Como puede verse claramente, también este concepto se relaciona con el principio de proporcionalidad, en particular con el subprincipio de necesidad, así deberá el juez plantearse la situación particular y considerar si la última ratio para obtener el objetivo procesal que se pretende lo es mediante ese procedimiento, de haber una alternativa menos lesiva, igualmente efectiva, debe escogerse aquella. Ahora bien, aplicando estos dos conceptos es que se debe sopesar el caso particular, con el objetivo de determinar si la valoración que hiciera el juez de la etapa preparatoria estuvo fundamentada o no en el caso concreto. La resolución respectiva obra a partir del folio 35 del principal,

en aquella ocasión se tuvo en consideración la solicitud del representante del Ministerio Público que expresamente aludía a que la actividad que se investigaba en contra del señor xxxx se desplegaba "... principalmente en horas de la noche, según indicaban las informaciones recibidas, debido a que el sospechoso aprovechaba la oscuridad de la noche para evadir así a las acciones de policía , ... " (confrontar folio 35). En esa misma línea, en la solicitud aludida se relatan una serie de experimentos policiales que pretendían acreditar la actividad, todos ellos operados después de las 18:00 horas, así acontece con las compras de drogas efectuadas los días 9 y 12 de enero de 2008. Sin embargo, en la misma solicitud, transcrita en la resolución aludida se relatan una serie de vigilancias operadas los días 23, 29 y 30 de enero de 2008, todas efectuadas en horas tempranas de la tarde, en donde se constatan los movimientos propios de la venta de estupefaciente, incluso el abordaje a consumidores que harían adquirido droga. Evidentemente, la resolución cae en una grave contradicción, cuando al pretender fundamentar la realización de la diligencia fuera de las horas que establece el párrafo primero del numeral 193 del Código Procesal Penal, lo que indica es: "Para la práctica de esta diligencia se señala a partir de las DIECIOCHO HORAS DEL PRIMERO DE FEBRERO DEL DOS MIL OCHO HASTA LAS VEINTCUATRO HORAS.- Se procede a señalar esta hora, en razón de que tal y como se puede acreditar con las mismas precompras y vigilancias realizadas, las aparentes ventas de droga se dan, en horas avanzadas de la noche por lo que no sería posible realizar esta diligencia antes; toda vez que como se indicó supra de ordenar esta diligencia no se tendría el resultado deseado." (folio 45 in fine). Como puede concluirse claramente, no existía urgencia alguna de autorizar el allanamiento fuera del horario establecido en el párrafo primero del citado artículo 193 del Código Procesal Penal, pues si bien se detectaba que la venta de drogas se realizaba en horario nocturno, también existía constancia de que en el horario vespertino igualmente se desarrollaba dicha actividad, así la autorización efectuada por la jueza de la etapa preparatoria para que el allanamiento se efectuara después de las dieciocho horas resulta ilegítima y constatado que efectivamente el mismo se concreta a partir de las 19:13 horas del día 1 de febrero de 2008 (confrontar folio 47), debe de concluirse que en efecto se opera una actividad procesal defectuosa de carácter absoluto, conforme al numeral 178 inciso a) del Código Procesal Penal, que privaría de eficacia al

allanamiento y a los elementos de prueba que de él deriven, en este sentido, como ya se apuntó es plenamente aplicable al presente supuesto lo dicho por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el Voto 2003-0481de las dieciséis horas seis minutos del nueve de junio de dos mil tres, así en esa oportunidad se expresó: "El profesor argentino Alberto Binder expresa: "La búsqueda de información en estos ámbitos de intimidad o de desarrollo personal [el autor de cita se refiere al domicilio, la correspondencia, papeles privados e incluso el escritorio de trabajo, entre otros supuestos] sólo es admisible si se cuenta con una orden de allanamiento o de registro, esto es, una autorización formal, precisa y circunstanciada del juez –y de ninguna otra autoridad- que permite, en el caso concreto, la violación de tales ámbitos protegidos. . . . No sólo debe ser una orden circunscrita espacial y temporalmente, sino que, además, debe ser una orden "circunstanciada". Esto significa que debe contener una referencia expresa al proceso en el cual ha sido ordenada (no pueden existir allanamientos "por fuera" de un proceso) y, además, debe indicar qué es lo que se busca. En modo alguno se trata de una orden genérica que habilita para violar el domicilio de una persona; es la orden específica de buscar determinados objetos, relacionados con una determinada investigación, en un ámbito específico. Toda orden de allanamiento que no cumpla con estos requisitos y toda la información que sea recolectada por medio de ella o sin contar con una autorización judicial, es una información ilícita que, por lo tanto, no puede ingresar al proceso penal". (Ver: BINDER (Alberto) Introducción al Derecho Procesal Penal , Buenos Aires, Editorial Ad- Hoc , 2000, 2ª edición, 1ª reimpresión, página 188). Comparte esta Sala el criterio del académico argentino, especialmente en cuanto a que con el instituto del allanamiento se trata de garantizar el respeto del ámbito de intimidad de las personas. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos proscribe en su artículo 12 la injerencia arbitraria en el domicilio de una persona. En términos prácticamente idénticos a los del instrumento recién mencionado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también prohíbe, en su artículo 11, la intervención arbitraria o abusiva en el domicilio de una persona. Por su parte, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también se estipula que toda persona tiene

derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o ilegales en su

domicilio. En los tres instrumentos internacionales de Derechos Humanos recién indicados, el tema del respeto del domicilio está ligado con el de la protección de la vida privada de las personas; de allí que ciertamente de lo que se trata al regular el allanamiento es de establecer una serie de reglas claras y precisas en que resulta permitido intervenir en el ámbito de intimidad de un sujeto. Esta reglamentación lo que persigue es garantizar al individuo que en principio su intimidad no podrá ser perturbada, pero que –en caso de ser necesario- sólo mediante resolución fundada de un juez competente podrá allanarse su morada, secuestrarse sus documentación privada, etcétera. Esto es lo que se ha plasmado en la Constitución Política (artículo 23) y en el Código Procesal Penal (artículos 193 a 197). Debido a lo anterior, si se irrespeta la forma como está regulado el instituto del allanamiento, entonces la realización del mismo deviene ilegal y ello acarrea su ineficacia, al igual que la de toda la información obtenida mediante la práctica de esa diligencia. Ya ha tenido oportunidad esta Sala de referirse en varias ocasiones al problema de comentario. Por ejemplo, véanse las sentencias 699 de las 09:40 horas de 23 de junio de 2000, 917 de las 10.00 horas de 21 de septiembre de 2001 y 408 de las 10:20 horas de 03 de mayo de 2002." Este mismo punto se planteo durante el debate, considerando que quien reclamaba no indicaba un agravio concreto; por lo que se denegó su pretensión considerando que de lo contrario se estaría accediendo a la nulidad por la nulidad misma (ver folio 200 y siguientes). No compartimos tal tesis, pues evidentemente la garantía constitucional en resguardo de la intimidad de los ciudadanos establece una limitación formal en el sentido de que para que sea posible la vulneración de ese derecho constitucional debe de hacerse conforme a lo que establece la ley, es decir, en este caso resulta evidente que la ley viene a dar contenido a la garantía constitucional y si en este caso no se da la justificación necesaria para afectar el domicilio fuera del horario que prescribe expresamente la ley, per sé se produce una violación constitucional de la garantía establecida en el numeral 23 de la Constitución Política ; por ello, no es dable exigirle una comprobación adicional de un agravio al recurrente. En la sentencia se hace referencia a un voto de la Sala Tercera el número 874-2000 de las 9:00 horas del 4 de agosto de 2000, al respecto cabe hacer ver que, en primer lugar se trata de un precedente anterior al que se cita en la presente resolución, adicionalmente, la situación es un tanto diferente a la que nos

ocupa, en esa oportunidad el juez de la etapa intermedia había hecho alusión a que la práctica de la diligencia en horas de la noche se justificaba en la conflictividad del lugar en donde se desarrollaba la actividad, lo que evidentemente si puede dar contenido a la razón de urgencia de practicar la diligencia fuera del horario normal, sin embargo, en el presente caso, no existe ningún argumento en ese sentido que haya sido siquiera sugerido en la resolución que autorizaba el allanamiento. Por el contrario el único argumento para autorizar ese allanamiento fuera del horario ordinario fue exclusivamente que las ventas de droga se realizaban en horas avanzadas de la noche, argumento que se ve, como se dijo, desmentido por el mismo contenido de la misma resolución, la que así no sólo resulta carente de fundamentación , sino contradictoria en sus propios términos. En vista de lo expuesto, procede declarar la ineficacia del allanamiento practicado y de la prueba ahí recabada. Ahora bien, establecida esa consecuencia es necesario determinar si suprimiendo hipotéticamente el citado allanamiento y la prueba producida en él la conclusión de la sentencia resulta enervada. A este respecto esta cámara concluye que eso no se da, toda vez que la actividad ilícita del justiciable se ve corroborada no sólo por la información inicialmente allegada al órgano policial y las compras probatorias de la actividad, sino por un hecho concreto de la venta efectivamente efectuada a un consumidor final que pudo documentarse en el proceso, particularmente con la declaración de uno de los oficiales que depuso en el debate, así se dijo en la sentencia: "El oficial xxxx brindó detalles sobre la transparencia que se tuvo durante la investigación tanto desde el momento en que se revisó al colaborador para asegurarse que no llevaba ningún objeto o cosa relacionado con droga, así como el aseguramiento, embalaje y envío de la droga incautada con ocasión de las compras experimentales. También señaló que en una oportunidad mientras realizaba una vigilancia estacionaria observó llegar a la casa del imputado a un reconocido adicto de nombre xxxx al cual interceptaron a una distancia prudencial de la vivienda del imputado y le incautaron un envoltorio conteniendo en su interior pasta crack, evidencia que fue secuestrada mediante acta N° 382474, embalada y enviada a los laboratorios forenses, y mediante dictamen de análisis criminalístico 403- QDR - QUI -2008, se determinó que se trataba de un envoltorio conteniendo 0,73 gramos de cocaína base crack, lo que aunado a la espontánea manifestación del señor xxxx de que había sido el imputado la

persona que le había vendido la droga, les permitió confirmar que la actividad delictiva en curso a la que se estaba dedicando el encartado. El citado oficial señala que en las vigilancias estacionarias que se realizaron se logró observar concurrir a la vivienda del encartado asiduos adictos reconocidos, entre los que mencionó a: xxxx (confrontar 203 frente y vuelto). Así, con ese detalle de esa específica comprobación de venta a un consumidor es claro que se acredita la actividad ilícita no sólo a través de comprobaciones policiales que en sí no producían lesión al bien jurídico tutelado, sino, específicamente con una venta concreta a un consumidor, en cuyo caso efectivamente se vio en riesgo el bien jurídico tutelado y viene esto a confirmar en un análisis integral la actividad por la que se le reprochó la responsabilidad al justiciable. Así las cosas, el reclamo esgrimido no resulta procedente, pues con independencia de la falta de fundamentación de la orden de allanamiento analizada, la conclusión final de la sentencia se mantiene incólume."

Res: 2008-00527[11]

Allanamiento: análisis acerca de las injerencias y restricciones a derechos o libertades fundamentales

Texto del extracto

"ÚNICO.- La encartada presenta recurso de casación en contra de la sentencia dictada mediante la aplicación del procedimiento abreviado por el Tribunal de Puntarenas, a las once horas con quince minutos del veinticinco de abril de dos mil ocho. Dos de las cuestiones propuestas fueron previamente declaradas inadmisibles, pues la forma en que se encontraban redactados los alegatos hacía imposible entrar a conocer los mismos, aspecto que no fue corregido en el término concedido para ello. En cuanto al alegato subsistente, sostiene la quejosa que no le fueron respetados sus derechos, ya que no participó un defensor público en el allanamiento, registro y secuestro practicado en el presente asunto; también que no se le informó de sus derechos. Se declara sin lugar el reclamo . Según se desprende de los autos del

proceso, durante la investigación seguida en el presente asunto se llevó a cabo un allanamiento de morada, así como diligencias de registro y secuestro de evidencias (cfr . folios 71 a 78), las cuales estuvieron amparadas en la petición del Ministerio Público y la respectiva resolución del Juez Penal autorizándol as . De tales diligencias resultaron evidencias que fueron fundamentales, conjuntamente con la aceptación de los hechos por la encartada, para que el a quo la considerara responsable del delito acusado y le impusiera la pena pactada. El Juez Penal al autorizar la diligencia indic ó respecto al punto en cuestión: " Siendo que el Allanamiento revista (sic) una intromisión a un derecho fundamental, y que los investigados no cuentan con abogado de su confianza, no se procederá con la presencia de un defensor técnico por asistir el Juez de Garantías. En caso de que se encuentren las personas implicadas de conformidad con los artículos 82 y siguientes del Código Procesal Penal se le otorgarán sus derechos y se le asignará el defensor si así lo pidiera " (folio 65). Sin embargo, de la lectura de las actas realizadas, es posible señalar que efectivamente en dichas diligencias no hubo participación de un Defensor Público. Concretamente a folio 71 se mencionan las personas que estuvieron presentes durante el allanamiento, registro y secuestro; indicándose en la misma que allí estuvieron el Juez Penal, el Fiscal Auxiliar del Ministerio Público y una gran cantidad de oficiales de la Policía de Control de Drogas; pero no el representante de la Defensa Pública. Sin embargo, conforme ha establecido la jurisprudencia, la inasistencia de un defensor público no implica per se un vicio que afecte el acto. En tal sentido la Sala Constitucional ha dicho: " El problema que se plantea en el presente recurso de habeas corpus, se contrae a determinar si la falta de participación de un defensor público en la ejecución de una orden de allanamiento, registro y secuestro, vulnera el derecho de defensa de los amparados. En criterio de la Sala , ello debe desestimarse pues no puede considerarse una correcta interpretación de las normas del Código Procesal Penal, en el tanto que se confunde las formalidades del anticipo jurisdiccional de prueba y la urgencia en su realización (artículos 293 y 294 de ese mismo cuerpo normativo), con las del allanamiento, registro y secuestro. Lleva razón el Juez recurrido, que exigir la presencia de un defensor en este último acto, no solo pondría en peligro el éxito de la investigación, sino que también daría lugar para que se lesione el principio de la averiguación de la verdad real de los hechos, al darse sobreaviso

de la sospecha de los órganos del Estado, de que un Juez de la República presume razonablemente de que en el lugar hay rastros de un supuesto delito. Todo lo anterior, lógicamente conllevaría a la desaparición de los rastros probatorios de que en el lugar -alguna vez- ocurrió una actividad perseguida por la Ley Penal y de quiénes fueron sus autores. En todo caso, lo anterior significa que al momento de ordenarse el allanamiento, registro y secuestro, éste se hace en contra de una o varias personas desconocidas, no individualizadas, de manera que no proceden los argumentos del recurrente, en cuanto a la aplicabilidad del artículo 13 del Código Procesal Penal. Nótese además, que si bien el recurrente se queja en el escrito inicial de que se afecta la intimidad de los recurrentes, es lo cierto que el Juez Contravencional de Esparza condujo las actuaciones impugnadas, siendo él el garante de los derechos fundamentales de los amparados. En consecuencia de lo anterior, es criterio de la Sala que el recurso debe desestimarse " (V. 1953-02). De manera similar la Sala Tercera ha establecido: " En lo relativo a la naturaleza y la ejecución del allanamiento, esta Sala ha hecho ver que quien funje (sic) como garante de la legitimidad del acto no es otra persona que el Juez: "El juez es garante de que existen indicios suficientes de estar en presencia de un delito; de que las razones por las cuales se pretende el ingreso a un domicilio, habitación o recinto privado, son atendibles al extremo de autorizarlo. En suma, es garante del respeto a los derechos de las personas afectadas por la medida, que incluso, dependiendo de su resultado, quizás nunca alcancen la condición de imputados, todo ello sin perjuicio del eventual cuestionamiento que pueda realizarse de la diligencia practicada, dentro del proceso. Lo dicho no impide que el juez pueda nombrar a un defensor público para que asista a la diligencia, como también está previsto para los anticipos jurisdiccionales de prueba que deban practicarse en forma urgente, sin que ello signifique que sea necesario o indispensable hacerlo, porque la participación del juez es suficiente" (voto 468-99 de 9,20 hrs. de 23 de abril de 1999) " (V. 1453-99). Atendiendo a tales precedentes, los cuales considera esta Cámara aceptables, debe indicarse que aunque ciertamente no se contó con la participación de un defensor público durante el allanamiento, registro y requisa, practicado en la presente causa, ello no implica un defecto que amerite privar de efectos jurídicos la sentencia impugnada. Respecto a la afirmación que hace la encartada en cuanto a que no se le infor mó de sus derechos, consta que la encartada fue impuesta de la

resolución que admitía el allanamiento, registro y secuestro, aunque se negó a firmarla (cfr . folio 70). De tal manera que no solamente fue informada de la realización de la diligencia, sino que también se encontraron presentes durante la realización de la misma el Juez Penal y el representante del Ministerio Público; sin que exista una queja de la imputada respecto a la existencia de un perjuicio concreto. Así mismo se acredita que dentro del plazo de ley se procedió a la diligencia de declaración, en donde a la acusada le fue nombrado abogado defensor público, identificada, debidamente intimada y se le brindó la oportunidad de declarar, optando por abstenerse (cfr . folios 79 y 80, 90). Se formuló la acusación por el Ministerio Público (cfr . folios 106 a 115), se convocó a audiencia preliminar (cfr . folio 133) y en la respectiva audiencia, siendo asesora da por su defensor público y contándose con la presencia del Fiscal y Juez Penal, la encartada de viva voz manifestó su deseo de acog erse a l procedimiento abreviado, aceptando los hechos y la pena pactada (cfr . folios 138 a 141). En todo lo dicho no se percibe que haya existido alguna afectación al derecho de defensa de la encartada, sin que ella específicamente indique un agravio concreto. De allí que deba declararse sin lugar el recurso interpuesto."

Res: 2008-00327[12]

Allanamiento: alcances del deber de fundamentar la orden que lo autoriza

Texto del extracto

" IV .- RESOLUCION DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA.- Se acoge el recurso de casación . Los Jueces de Casación que concurrimos en la presente decisión, por unanimidad decidimos anular la sentencia impugnada en cuanto condena a S. O. Z. por el delito de VENTA DE DROGAS absolviéndola de toda pena y responsabilidad, ello al acoger los alegatos de ineficacia de la orden de allanamiento y no acreditación más allá de cualquier duda razonable de que la citada imputada se dedicara a la venta de drogas a terceros. El juez Salas Castro considera además

procedente acoger otro alegato, exponiendo en nota separada la fundamentación de su posición. Solicita el recurrente que se anule la orden de allanamiento y las pruebas que de ella dependen en vista de que dicha orden omite por completo la debida fundamentación , limitándose a transcribir la solicitud. La fundamentación de una orden de allanamiento no se satisface con el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el numeral 195 del Código Procesal Penal que establece cuál es el contenido que debe tener dicha resoluciòn . Junto a esos requisitos formales deben tenerse presentes los requisitos sustanciales que se derivan directamente de la Constitución Política , particularmente de los principios Democrático y de Estado de Derecho que se contenidos en el numeral primero de la carta magna, tales requisitos sustanciales son la proporcionalidad: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto y razonabilidad de la ingerencia en del estado en el derecho a la intimidad que se pide vulnerar con la solicitud de allanamiento, lo cual requiere una valoración que debe realizar el juez penal, que es el encargado constitucional y legalmente para autorizar un allanamiento. En relación con lo expuesto, en jurisprudencia que esta Cámara de Casación Comparte, la Sala Tercera de Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente: " El reclamo no es procedente . Sin desconocer los requisitos legales que prescribe el 195 del Código Procesal Penal para el contenido de la orden de allanamiento, es importante recordar que la actividad del legislador en este desarrollo es delegada y secundaria de la principal que es la del Constituyente, quien se preocupó de regular puntual y detenidamente la autorización para lesionar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuyas exigencias y requisitos ignora quien recurre. Cualquier autorización para lesionar un derecho fundamental en el marco de un Estado de Derecho se origina en el Texto Fundamental. En nuestro caso además, debe partirse de los principios de lesividad , de necesidad y proporcionalidad y además de idoneidad que surgen del espíritu y letra del párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política y de su relación con los numerales 9 y 11 de ese mismo texto legal, exigiendo que los actos de poder sean motivados y el poder conferido se ejerza de manera responsable. Y reiterada jurisprudencia de la Sala se ha preocupado por desarrollar la importancia de las exigencias constitucionales en punto a la autorización para lesionar el ámbito de intimidad del domicilio o recinto privado. Al exigirse orden previa del juez para tal posibilidad, se obliga al juzgador

y sólo a éste a valorar la existencia de indicios razonables de estar en presencia de un delito, a ponderar la idoneidad de la medida para alcanzar un fin probatorio de importancia para la averiguación de la verdad, a sopesar la necesidad de la medida, lo que significa valorar si no existen razonablemente otras formas menos lesivas de obtener la prueba y luego la proporcionalidad de la lesión en relación con el hecho que se investiga. Exigencias todas que surgen del marco constitucional y que son anteriores y más relevantes que los requisitos meramente formales de la orden, que desarrolla el 195 citado. Es decir, para descender a los requisitos legales de la orden, primero el juez debió realizar toda la labor de análisis de las exigencias constitucionales que lo legitiman a autorizar el ingreso coactivo a un domicilio y claro que éstos requisitos deben estar y desarrollarse en la orden, como labor propia y autónoma del juez, que es el único sujeto autorizado por la Constitución para ordenar el allanamiento y que precisamente por ese poder y por esa investidura, se constituye en garante del respeto a los derechos fundamentales dentro del proceso penal y tiene una posición bien distinta de la de las partes, especialmente de aquélla que lleva a cabo y ejerce la acción penal. No se trata simplemente de que el juez no pueda transcribir en la orden el desarrollo fáctico de los antecedentes de la investigación que necesariamente debe contener toda solicitud de allanamiento que valga la pena analizar. El problema no está en esa transcripción que todos sabemos se limita, en la gran mayoría de los casos, a la reproducción del archivo electrónico en que el solicitante registró su solicitud. El problema está cuando el juez se limita a ser mero reproductor de tales elementos y se olvida de la razón de ser del cargo que ostenta, es decir, de ejercer responsablemente el poder jurisdiccional que tiene y desarrollar la labor de análisis y ponderación jurídica propia del cargo y no conformarse con las simples referencias fácticas y jurídicas que le cite y formule el fiscal en su solicitud. Han malinterpretado los juzgadores su labor, pues incluso un resumen sucinto de los antecedentes fácticos es preferible a la transcripción literal de la solicitud que la gran mayoría de las ocasiones contienen material que no es útil y no merecería ser transcrito en la orden. Lo que sí resulta importante es la valoración de la necesidad, procedencia, idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida de ingresar en forma coactiva a una morada o vivienda que solo compete al juez y que en el caso concreto está completamente

ausente, por más que quien recurre se esfuerce por afirmar que la juzgadora " hizo suyas " las consideraciones del fiscal. Y es que a propósito de esta afirmación vale señalar que en el caso concreto se aprecia una importante distorsión de los roles procesales asignados, pues en primer lugar, se pretende que el razonamiento del juez pueda ser suplido por la gestión que hicieron en este caso, la policía y el Ministerio Público. Ahora bien, estimando que este despropósito no tiene la virtud de viciar la diligencia, resulta que la juzgadora en efecto transcribió literalmente la gestión –con lo que apenas si cumple con el requisito de documentar la existencia de indicios razonables de estar en presencia de un delito- para de seguido señalar que con sustento en ello " y por ser pertinente " ordena el allanamiento, con cual se quedan en el camino los requisitos más importantes que el Constituyente le exige al juez y sólo al juez analizar. Así las cosas, hizo bien el Tribunal al deslegitimar tal orden y toda la evidencia obtenida del ingreso a la vivienda del acusado. El impugnante cita el precedente de esta Sala 176-04 de las 10:20 horas del 5 de marzo de 2004 que evidentemente constituye un criterio de sobra superado por jurisprudencia abundante y posterior, incluido el precedente que citan los juzgadores en apoyo a su decisión, a saber, el 965-04 de las 9:50 horas del 13 de agosto de 2004, al que deben adicionarse solo a modo de ejemplo, los precedentes 480-04 de las 10:30 horas del 14 de mayo de 2004, 139-05 de las 8:50 horas del 4 de marzo, 165-05 de las 9:30 horas del 11 de marzo, 211-05 de las 11:15 horas del 18 de marzo, 369-2005 de las 9:00 horas del 6 de mayo de 2005, 1188-2005 de las 9:45 horas del 21 de octubre, 1257-2005 de las 9:35 horas del 7 de noviembre todos del 2005; 399-06 de las 10:20 horas del 5 de mayo y 674-2006 de las 10:10 horas del 19 de julio, ambas de 2006, entre otros. Los requisitos formales de la orden están presentes, pero los sustanciales, que son los que legitiman la diligencia y los que pertenecen al rol del juez no lo están, de manera que la orden así emitida no puede tener validez " (voto número 849-2007 de las 10:35 horas del 17 de agosto de 2007). Tal y como se desprende de la anterior jurisprudencia, no basta con que el juez penal haga suya la solicitud de allanamiento, sino que se requiere que mediante una actividad intelectiva realice una ponderación de los requisitos materiales y determine la procedencia de la solicitud de allanamiento, valorando la idoneidad de la medida que se pide para lograr el fin propuesto en la solicitud, la necesidad de la misma en el tanto no sea posible,

por medios menos lesivos, lograr el mismo fin (principio de intervención mínima) y finalmente si la solicitud se justifica en orden a los intereses en conflicto, de modo que la medida no cause un perjuicio mayor que el que se pretende evitar. Toda esa labor intelectual que debe realizar el juez para autorizar una diligencia de allanamiento debe quedar plasmada en la resolución, lo cual no constituye una mera formalidad, sino el cumplimiento de un deber constitucional, como lo ha señalado este Tribunal de Casación, pues es la única manera de que el ciudadano pueda controlar que los poderes públicos no se ejerzan arbitrariamente. En ese sentido, este Tribunal de Casación ha dicho: " Por ello, las obligaciones del Juez no se constriñen a lo establecido por el citado artículo 195 CPP, sino que su resolución también debe cumplir con las disposiciones generales que se le exigen a los autos y sentencias, las cuales son definidas por la ley, tal como arriba se dijo, como la expresión del conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión. Como puede vislumbrarse de lo dicho antes, tal obligación no constituye un mero formalismo insustancial, por el contrario con ello se pretende tutelar debidamente la inviolabilidad del domicilio, garantizando que únicamente en los casos expresamente previstos por la

ley, o como dice el texto constitucional: "...con sujeción a lo que prescribe la ley... " (art . 23 Constitución Política), se autorice el ingreso a un recinto privado. Desde tal perspectiva corresponde al Juez Penal tutelar (como juez de garantías) el derecho del ciudadano a la inviolabilidad del domicilio, ponderando debidamente la petición que se le formula y autorizando el ingreso a la morada únicamente en los casos justificados. Ahora bien, como funcionario público el Juez debe dar razones de su proceder, pues "los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad" (art. 11 de la Constitución Política) , por ello debe mostrar que ha actuado, en uso de su autoridad, dentro de los parámetros legalmente permitidos. Corolario de todo lo anterior es que el Juez Penal debe examinar la petición de allanamiento y exponer las razones que tuvo para acoger o denegar la misma, de manera tal que su proceder pueda ser sujeto a control y se pueda determinar si hizo un uso correcto de su autoridad conforme a los parámetros normativos que rigen la materia" (voto número 615-2007 de las 15:24 horas del 13 de noviembre de 2007). En el presente caso, en la orden de allanamiento de folios 43 a 48, luego de

transcribir la solicitud de allanamiento, concretamente a folio 47, la Jueza Penal de San Carlos indica: " La susrita Juez Penal luego de un estudio de la solicitud que hace la señorita fiscal llega la conclusión que efectivamente consta en autos que de las vigilancias, así como de las precompras existen actas, por medio de las cuales se acredita sin lugar a dudas que A. O. Z., y C. A. C. L. , se dedican a la venta de drogas en su modalidad de crack y en razón de ello es que la señorita fiscal solicita se orden el marcaje de billetes… " (cfr . folio 47, líneas 5 a 10). Más adelante agrega: " Así las cosas, la suscrita luego de un estudio de la solicitud que hace la señorita fiscal, encuentra suficiente fundamento para llevar a cabo la misma, toda vez que existe una investigación por parte del Organismo de Investigación Judicial bajo la supervisión del Ministerio Público donde se comprobado por medio de Precompras, que los señores S. O. Z. y C. A. C. L. se vienen dedicando al ilícito negocio de la venta y tráfico de drogas en la vía pública y su casa de habitación en horas de la tarde, la gestión promovida por la señorita fiscal resulta procedente, por consiguiente con base en las investigaciones realizadas por los Agentes del Organismo de Investigación Judicial local mediante seguimientos logran observar como los acusados se dedican tanto en la vía pública como en su casa a la venta de drogas prohibidas, con las precompras realizadas por medio de un colaborador se demuestra con certeza que los acusados se dedican a la venta de dichas sustancias prohibidas " (cfr . folio 147, líneas 19 a 32). Al anterior fundamento de la orden de allanamiento se le pueden realizar las siguientes objeciones: En primer lugar, debe indicarse que la fundamentación que se hizo de la orden de allanamiento por parte de la jueza penal de San Carlos consistió en repetir en tres ocasiones un mismo argumento: Gracias a las vigilancias y las precompras, se demostró con certeza que los imputados vendían crack. En segundo lugar, la fundamentación de la orden de allanamiento no resulta amparada en la solicitud de allanamiento que se transcribe, en vista de que en la misma no consta que se hubieran realizado vigilancias y sin embargo en dos ocasiones la jueza penal fundamenta un juicio de certeza en dicha diligencia probatoria que es inexistente, lo que demuestra que no se procedió a realizar siquiera un examen cuidadoso de lo solicitado. En tercer lugar, no se valora la proporcionalidad y razonabilidad de la diligencia de allanamiento que se ordena. No se valora ni se indica cuál es fin buscado con la orden de allanamiento, qué es lo

que se pretende con la misma y menos si la medida que se pide es idónea para lograrlo. No se valora si la diligencia de allanamiento es necesaria en el tanto el fin que se pretende cumplir no es posible lograrlo por otro medio menos lesivos. En cuanto al subprincipio de "necesidad", la orden de allanamiento es contradictoria, porque autoriza la diligencia de allanamiento a pesar de tácitamente niega que la diligencia de allanamiento sea necesaria. En dos ocasiones la jueza penal indica que se tiene plena certeza de que los imputados se dedican a vender droga. En tal supuesto cabe preguntarse: ¿Si ya se cuenta con prueba que acredita con plena certeza que los imputados venden droga, qué "necesidad" hay de vulnerar sus domicilios? Si ya se tiene prueba que acredita con certeza la actividad delictiva y la participación criminal de los investigados, como se indica en la resolución de marras, la diligencia de allanamiento debe rechazarse, porque de realizarse sería violatoria del principio de proporcionalidad, en el tanto se estaría afectando derechos fundamentales sin ninguna necesidad. Finalmente, tampoco se realiza una ponderación de los intereses en conflicto para determinar que con la diligencia de allanamiento no se está causando un daño mayor que el que se pretende evitar. Como ya se ha señalado, y ha sido objeto de pronunciamiento por este Tribunal, "… la obligación de fundamentación no puede ser suplida con la mera mención de la petición del Ministerio Público, pues aunque éste ente se encuentra sujeto al principio de legalidad, no incumbe al mismo ordenar el allanamiento, sino al Juez y por ello su autoridad lleva aparejada tal responsabilidad, lo que implica dar cuentas y ello se hace por medio de la motivación. Lo anterior no implica que el Juez Penal no pueda compartir las razones esgrimidas por el Ministerio Público, por el contrario, si acoge la petición ha de ser por estimar las mismas aceptables; sin embargo, cuando menos ha de analizar la pretensión y exponer sus razones, pues ello constituye una garantía de que ha ejercido debidamente el poder conferido. En última instancia la motivación, sirviendo para que las partes y demás conozcan las razones que llevaron a la decisión (pudiendo discutirlas), es una garantía para el ciudadano de que el poder otorgado a los jueces se ejerce adecuadamente y que sus decisiones no son arbitrarias; máxime cuando están de por medio derechos constitucionales. (voto número 615-2007 de las 15:24 horas del 13 de noviembre de 2007). Por las razones dichas se declara ineficaz la orden de allanamiento, registro y secuestro de las trece horas con treinta minutos del veinte de marzo de dos mil

siete del Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de Alajuela (folios 43 a 48), y por depender directamente de dicha diligencia, se declaran ineficaces las siguientes pruebas: acta de allanamiento registro y secuestro de folios 51 a 55; informe policial de folios 73 a 89 en lo que se refiere al resultado del allanamiento; informe rendido por la Unidad Canina del O.I.J . de folios 108 a 110); acta de apertura de evidencia y vista de videos de folio 118 y un video en formato DVD del operativo final y el dictamen criminalístico de folios 127 a 129 en lo que se refiere a la droga decomisada en la diligencia de Allanamiento, Registro y Secuestro. Los efectos en la declaratoria de ineficacia se analizan a continuación. En el caso concreto, la relación de hechos acusados se compone de seis ítems (ver acusación de folios 176 a 184). En el primero y segundo se indica que el Organismo de Investigación Judicial recibió información por parte de la Fuerza Pública y de vecinos de Aguas Zarcas de San Carlos en el sentido de que en ese lugar en su casa de habitación y lugares aledaños, los imputados se dedicaban a la venta de cocaína base crack, siendo que por medio de un colaborador oficiales del citado organismo determinaron que los imputados vendían crack y cannabis sativa a terceras personas. En los ítems de la acusación numerados tres cuatro y cinco se describen un total de cinco compras controladas de droga realizadas por la policía judicial los días doce, trece, catorce, quince y veinte de marzo, la última con intervención de autoridad jurisdiccional. En el sexto ítem se describe el resultado de la diligencia de allanamiento, que en virtud de la declaratoria de ineficacia de la orden de allanamiento que la precede y de todos los actos de que dependían directamente de ella, tal ítem quedó sin sustento probatorio alguno. Reducido el elenco de hechos acusados, en lo que a la imputada O .. - Z. interesa a los primeros cinco ítems de la relación de hechos contenidos en la acusación, aún y cuando el operativo policial resultara suficiente para su plena acreditación, la imputada O. Z. debe ser absuelta de toda pena y responsabilidad, en virtud de la procedencia de otro de los alegatos que se formulan en el recurso, consistente en que no se demostró que la imputada vendía droga a terceras personas tal y como se acusa en ítem segundo de la relación de hechos que contiene la imputación delictiva. Según el contenido de la acusación, a la imputada O. Z. se le atribuyó en concreto la conducta de venta de drogas a terceros y no de tenencia de droga para la venta, conducta que perfectamente pudo atribuírsele a la

acusada, puesto que para vender droga necesaria y previamente debe tenerse disposición de la misma, disposición que requiere la previa posesión, sin embargo, dicha conducta delictiva no fue atribuida expresamente a la acusada O. Z, lo que no puede ser subsanado en la vía de casación y menos resolviendo un recurso de la defensa, puesto que ello implicaría una grave afectación al derecho de defensa de la imputada O. Z. , que se vería sorprendida por una modificación de la acusación contra la cual no tendría posibilidad alguna de defensa. Por otra parte, dicho sea esto a mayor abundamiento, ninguno de los testigos que depusieron durante la audiencia refirió haber observado a persona

alguna, ajena al radio de acción de la policía, comprar droga o al menos realizar un "pase" que lo sugiriera. Esta circunstancia se evidencia en la falta de análisis sobre el particular por parte de los juzgadores. La prueba incorporada a los autos es únicamente en el sentido de que la coimputada dicha, realizó algunas ventas a dos colaboradores de la policía, mediante un procedimiento controlado, experimental. De modo que, tal y como lo aduce el recurrente, existe falta de fundamentación si se condena a la señora O. por dedicarse a la venta de drogas a terceras personas, cuando solamente existen precompras hechas por un agente colaborador, sin que se haya determinado con prueba fehaciente que su defendida se dedicara a la venta de droga a personas diferentes a los colaboradores. En el presente caso, al juzgarse venta de droga a terceros y no tenencia de droga para la venta, la realización de compras experimentales resulta ser insuficiente para demostrar que la acusada de marras se dedicara a la venta de drogas a terceras personas. Con el fin de determinar que alguien se dedica a la venta de drogas a personas ajenas a la policía, es decir, que comete un delito y no la intervención en uno experimental, se requiere la existencia de prueba que evidencie tal actividad, tal es el caso de vigilancias en donde se determine no solamente la afluencia de personas con apariencia de consumidores de droga, sino además el intercambio de manos congruente con la transacción de compra-venta de droga, a lo que podría agregarse, cuando resulte posible, la detención de alguno o algunos de los compradores para verificar si portan droga luego del intercambio de manos. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante voto número 2003-05256 de las 14:34 horas del 18 de junio de 2.003 dijo: " VII . DEL DELITO EXPERIMENTAL. Por último, señala el recurrente que fue sometido a

un delito experimental, donde el agente encubierto promovió e indujo a cometer el delito, no obstante que con fundamento en la jurisprudencia constitucional, el delito experimental no puede dar lugar a un juzgamiento con consecuencias penales independientes. En cuanto al delito experimental, esta Sala en sentencia 5573-96 señaló: " IV .- La doctrina distingue claramente dos figuras, que continuamente son relacionadas con lo que se conoce como delito experimental: el agente provocador y el agente encubierto, pero lo cierto es que no siempre que participa un agente encubierto, existe provocación, es decir, no siempre el agente encubierto determina al sujeto investigado a cometer un delito -que es lo que hace el agente provocador-, sino que generalmente interviene cuando el delito ha sido consumado varias veces o se está cometiendo ya. En cuanto al delito experimental, debe señalarse que es una creación doctrinal aplicable -en principio- a cualquier figura delictiva común, cuya particularidad radica en que se inicia por provocación o instigación de un oficial de policía, de un tercero colaborador de ésta, o de un sujeto particular, de manera tal que el iter criminis se inicia en apariencia, pero de antemano el provocador, llámese Estado por medio de la policía o su colaborador, o el sujeto particular, tienen controlado todo el desarrollo de la conducta y, aun cuando en apariencia el autor o los autores del hecho estén llevando a cabo el delito, según su plan, lo cierto es que no existe peligro para el bien jurídico ni posibilidad de consumación del hecho, porque su desarrollo está siendo controlado, para evitar precisamente que eso suceda. Es pues, un "experimento", en el que nunca se producirá la consumación, ni habrá peligro o lesión para el bien jurídico tutelado. Por estas razones, además de otras que la doctrina penal discute, como el hecho de que en esos supuestos -se señala- existe, desde el punto de vista del sujeto activo, un delito imposible, por darse un "error de tipo", por no existir dolo en el instigador, etc., lo cierto es que esta acción no es delictiva y por lo tanto no es merecedora de pena, pues no es más que un experimento sin trascendencia para los bienes tutelados por el ordenamiento jurídico y que pretende proteger la norma penal. Esto es en líneas generales lo que plantea la doctrina al respecto. Pero no compete a la Sala incursionar en esos campos, ni delimitar en demasía el concepto doctrinal del delito experimental, pues esos son extremos propios para ser dilucidados por las autoridades jurisdiccionales de lo penal. En los antecedentes citados, esta Sala señala que el delito experimental no puede dar base a un

juzgamiento con consecuencias penales independientes, pues como se dijo, es un 'experimento'. "Otra situación es la del agente encubierto, donde: "[...] sí puede ser elemento probatorio para acreditar otro hecho, puntualizando que en todo caso nunca podría ser única prueba. Esta última afirmación merece ser clarificada. Los operativos que realiza la policía, no son en sí mismos delictivos, pues serían delito experimental en la mayoría de los casos, o bien, situaciones en que los oficiales o sus colaboradores actúan como "agentes encubiertos", haciéndose pasar por terceros que concurren a corroborar que una persona ya se dedica a una determinada actividad delictiva, que en todo caso ya se producía o se había consumado con anterioridad a esta participación del agente policial. De ese operativo puede tenerse como resultado, suficientes indicios que permitan acreditar que la persona ya ha cometido un hecho delictivo, el que sólo se ve reforzado -desde el punto de vista probatorio- con el experimento. Por ejemplo, el policía que compra droga, esa venta en sí misma no es delito, porque no hay posibilidad alguna para que se lesione el bien jurídico protegido por la norma. Pero esa compra, puede tener fuerza probatoria para acreditar -dependiendo de las circunstancias que rodeen el caso concreto- que el vendedor se dedica habitualmente a esa actividad, porque ya la venta, aunque de cantidades mínimas, indica que se poseía esa droga con fines de comercialización o suministro, acción que también resulta penada por la ley. En esas condiciones, especialmente por el principio de libertad probatoria que rige en nuestro medio, dependerá del caso concreto, y de la valoración de la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, determinar si es suficiente la prueba para arribar a la necesaria demostración de culpabilidad en el hecho, exigida constitucionalmente en el artículo 39, en el entendido de que ese hecho, no es el experimento o la actuación realizada con participación del agente encubierto en sí, sino otro hecho que eventualmente con la prueba obtenida del operativo se ve acreditado. Ese juicio corresponde realizarlo a los jueces penales de mérito, y su control eventual le compete a la Sala de Casación, mediante la valoración de la suficiencia de la fundamentación del fallo. La rigurosidad que debe tenerse en esta materia de [los] operativos simulados, se debe a que se trata de preconstitución de prueba contra el acusado. Por ello, el juzgador debe ser exigente en cuanto a la valoración de este tipo de operativos. La intervención en ellos del juez de la fase de investigación, como garante de la legalidad de la prueba es lo recomendable, pero de

antemano no podría negarse valor a un operativo encubierto si esta participación del juez no se da. Lo cierto es que, reiterando lo que esta Sala y su jurisprudencia han manifestado, la intervención del juez es indispensable cuando se pretenda incursionar o lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, si se pretende realizar un allanamiento; si es necesario realizar una intervención telefónica, en fin, si el operativo incluye la afectación de algún derecho fundamental. En los demás casos, el juez al valorar la prueba obtenida de las investigaciones policiales, debe ser particularmente exigente respecto de la existencia de indicios que legitimen el operativo encubierto, de modo que no sirva como pretexto para que las autoridades tienten a los sospechosos y los induzcan a ser autores de hechos delictivos que a lo mejor no tenían planeado realizar, actuando como típicos agentes provocadores, porque ese proceder de la policía es inconstitucional. Su misión no es provocar delitos, sino investigar los hechos delictivos que se cometan y aprehender a sus presuntos autores, sin detrimento de la función preventiva por excelencia que le corresponde a la policía administrativa, que puede actuar como policía de investigación, en colaboración o en defecto de la intervención de la policía judicial." "En conclusión, de todo lo anterior se dijo: "En resumen, sería violatoria del debido proceso la condena impuesta a una persona por un delito experimental o un operativo de simulación, no obstante, es válido que el operativo policial realizado con participación de agentes encubiertos, sirva como elemento de prueba para acreditar el hecho delictivo que se pretendía investigar por su medio. Corresponderá en todo caso a los jueces penales decidir si con la prueba obtenida del operativo simulado es suficiente para destruir el estado de inocencia y llegar a la necesaria demostración de culpabilidad. En el caso concreto las recurrentes reclaman que se les condenó por un delito experimental. Corresponderá a la Sala consultante examinar, según los parámetros que se han expuesto, si efectivamente la condena impuesta a cada una de las imputadas realmente se debe a un operativo simulado o a un delito experimental, o si por el contrario, se trata de operaciones que acreditan otro hecho por el que resultaron condenadas y el operativo es su prueba, y ésta a su vez es suficiente para la condena impuesta.""Se aprecia entonces que para el tema existe una clara jurisprudencia de esta Sala, en la que básicamente se señala la imposibilidad legal de que la realización un delito experimental pueda ser la base fáctica

exclusiva para una sentencia condenatoria penal. ” En el caso que nos ocupa, si bien se establece la existencia de información previa en el sentido de que la acusada se dedicaba a la venta de drogas, las diligencias policiales de investigación únicamente se concretaron a determinar su participación en compras controladas hechas por la policía, en forma experimental, mediante la ayuda de un colaborador. De ninguna de estas pruebas puede derivarse que la encartada efectivamente se dedicara a la venta de drogas - cocaína base crack y cannabis sativa - a terceras personas. Menos aún resulta ser cierto, como se establece en el segundo de los hechos probados, que por medio de los colaboradores “ tata” y “ chava ”, los oficiales Alejandro Hidalgo Rodríguez y Fabricio Esquivel Acuña del Organismo de Investigación Judicial de San Carlos, se determinara que la imputada S. O. S, vendía este tipo de drogas a terceras personas. Efectivamente, estos testigos permiten acreditar únicamente que la acusada realizó ventas en las compras experimentales programadas por la policía. El fallo recurrido omite analizar este aspecto y se desconoce cómo arribó a la conclusión de que la acusada realmente vendiera drogas de uso no autorizado a terceras personas. En todo caso, ninguno de estos testigos indicó haber observado a la acusada realizar venta de droga, o al menos observar la afluencia de terceros y transacciones entre ellos y la acusada. Nótese que únicamente el colaborador “ Chava ” declaró algo al respecto, en el sentido de que “Constante se veía entrar y salir gente de la casa de ellos, pero no podría decir que el momento en que yo iba a esa casa había alguien comprando” La circunstancia de que este testigo observara personas entrando y saliendo de la casa de la acusada no implica por sí que lo fuera para comprar drogas, sí, como lo refiere el propio testigo, él no podría afirmar que ninguno estuviera comprando drogas. Ninguno de los testigos refirió la existencia de otras vigilancias o seguimientos que permitieran comprobar que la acusada realizara venta indiscriminada de drogas a terceras personas, conforme se acusó. Por otra parte, lo afirmado por el recurrente en cuanto alega fundamentación contradictoria por cuanto estima que no obstante que existe la misma prueba contra el coimputado C. .L que contra la señora O. Z, se aplica el indubio pro reo en favor del primero y a la segunda se le condena. Efectivamente, descartando la cantidad de compras experimentales que se le practicaron a la señora O. Z. –pues no es la cantidad de prueba la que determina el que se condene, sino la calidad y pertinencia de la misma-

tanto ella como el coimputado C, L., están en idénticas situaciones: contra ambos existía información previa de que se dedicaban a la venta de drogas y a ambos se les realizaron precompras por parte de colaboradores de la policía. En consecuencia, no se ve cómo los juzgadores arriban a la conclusión de que existe prueba suficiente para arribar a la conclusión de que la coimputada O. Z. es autora del delito de venta de drogas y no, contra el señor C. L. Así las cosas, se concluye que la prueba recibida no permite acreditar, con la certeza requerida por el artículo 39 de la Constitución Política , que la acusada efectivamente se dedicara a la venta de drogas a terceras personas, como para fundamentar en su contra una sentencia condenatoria. Siendo que no existe ninguna prueba capaz de solventar estas omisiones, resulta innecesario disponer un juicio de reenvío, por lo que, por economía procesal, y en aplicación del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida; así como en aplicación al principio de tutela judicial efectiva, se resuelve el presente asunto por el fondo y se absuelve a S. O. Z. de pena y responsabilidad por el delito de venta de droga que se le ha venido atribuyendo. Se revoca lo dispuesto en cuanto al comiso del dinero que decretó el a quo, por lo que se dispone su devolución conforme lo establece la ley. Se dispone la inmediata libertad de la acusada, si otra causa no lo impide. Por considerarse innecesario, se omite pronunciamiento con respecto a los demás motivos esgrimidos por la defensa en su recurso."

Res: 2007-00664[13]

Allanamiento: efectuado sin orden previa en caso de posesión para el transporte internacional de droga. Aprehensión en casa de habitación de imputados que huían del sitio de los hechos. Aplicación de la doctrina del hallazgo necesario o inevitable

Texto del extracto

" IV . […] Sobre el allanamiento en la casa de habitación de Mateo Suazo , el Tribunal sostuvo, con un correcto fundamento para las circunstancias del caso, y señaló lo siguiente: "No tiene duda

este Tribunal respecto de que los oficiales de policía comandados por el testigo Rafael Mesén , venían en persecución de varias personas a quienes vieron huir del sitio donde se incautó una gran cantidad de bultos con droga, lo cual confirmaba las informaciones que tenían con antelación y que los había llevado hasta Laguna Samai en ese operativo que llevaban a cabo. Reseñando lo dicho por el oficial Mesén en el debate, tenemos que la Policía del Comando Atlántico fue llamada a colaborar con otras fuerzas policiales para que ejecutaran un internamiento en la zona montañosa cercana a Laguna Samai , toda vez que había información de que en la playa había encallado una lancha que transportaba droga y que se había visto a personas armadas que estaban trasladando bultos con la presunta droga, los cuales eran abastecidos en una vivienda cercana. En razón de esas informaciones y por orden expresa de sus superiores, el oficial Mesén en asocio de otros de sus compañeros acuden al sitio desde horas de la noche del día 22 de abril del 2005, de manera sigilosa ingresan por la zona boscosa y pueden apreciar la vivienda donde habitaba el aquí acusado Suazo Guido, misma que según los informes de inteligencia era donde aprovisionaban a los hombres relacionados con la droga, esto en horas cercanas a la medianoche, siendo que para ese momento no había movimientos en esa casa. Siguieron su curso hacia la zona de la playa, donde a eso de la una de la madrugada pudieron observar a dos personas que se movilizaban cerca de la playa como en labores de vigilancia, por lo que estimaron que estaban en el sitio del objetivo policial, se quedaron allí y cerca del amanecer observan a un grupo de personas vestidas con capas oscuras que estaban haciendo actividades en el área, dentro de ellos identifica con claridad a los acusados Wellington y Laureano Hooker Forbes , a Gabriel Agresot , a Carlos Nicanor González y a Jorge Pacheco Silva. Señala además que Harold Burns y Mateo Suazo no los vio en ese sitio. Al lanzarse a la aprehensión de estos sujetos, uno de los oficiales cometió el error de realizar disparos, lo cual provocó que una facción del grupo que estaba cerca de la droga huyera del lugar, pudiendo detener únicamente al menor de edad J. P. R. y al encartado Carlos Nicanor González. Tras unos minutos que se tomaron para verificar la existencia de la droga y coordinar la detención de los antes citados, el testigo Mesén Bermúdez junto a otros oficiales se disponen a seguir el rastro de aquellos sujetos que huyeron, el cual unido a su presunción de que podían haberse enrumbado hacia la vivienda que ya había visualizado los lleva hasta allá, encuentran en las

afueras al co -imputado Suazo Guido, a quien preguntan por los sujetos y de inmediato para aprehender a los sujetos que presumiblemente estaban allí guarecidos irrumpen en la casa botando una de las puertas, siendo que en efecto consiguieron detener a Harold Burns en asocio de Laureano Hooker Forbes , a la vez que observaron múltiples evidencias que los relacionaban con el delito investigado. Esta síntesis de la declaración de Rafael Mesén Bermúdez, quien es el policía que irrumpe en la vivienda Mateo Suazo , nos posibilita concluir con absoluta certeza que dicho ingreso está amparado en el inciso c) del artículo 197 del Código Procesal Penal. Existe información previa de la posible ocurrencia de un delito grave, relacionado con narcoactividad ; es a partir de dicha información y de la orden expresa de un superior jerárquico, en este caso el Coronel Pablo Bertozzi del Ministerio de Seguridad Pública, que el oficial Mesén Bermúdez está en la zona teniendo como objetivo la ubicación del cargamento de droga y la detención de personas vinculadas al delito, es en aras de cumplir esta misión que Mesén está actuando y cuando constata la existencia de un cargamento de drogas, a la vez que hay detenciones y un grupo de personas ligadas con el alijo que huyen del sitio, se apresta a dar persecución a los fugitivos hasta la vivienda de marras. Claramente el oficial Mesén afirma que su conclusión es que los fugitivos se dirigieron a esa morada : " detrás de donde estaba la droga, se veía el zacate majado como si varias personas hubieran huido del lugar, de inmediato le dije a Eliomar , al Teniente Ordóñez, Eduardo López y otros dos del Comando, corramos hacia la casa, ahí tienen que estar ocultos, esto debido a información de que ellos dormían y eran abastecidos en ese lugar". Es a partir de esa presunción inequívoca que Mesén actúa en asocio de sus otros compañeros de Policía con el fin de atrapar a los sujetos que visualizó en el sitio de la droga y huyeron tras los disparos: "Del lugar donde ubicamos la droga hasta la casa, podía haber unos mil metros, corrimos y al faltar unos 500 mts antes de la casa, observé un helicóptero tipo burbuja del Ministerio de Seguridad Pública, le hice señas para que bajara a la playa y así lo hizo, allí venía un grupo de Ministerio de Seguridad Pública, conocido como Las Focas, que se especializan en operaciones de droga y se lanzan con cuerda, estilo rapel , le dije al piloto que sobrevolara por la casa de madera, tipo seguridad perimétrica mientras yo llegaba a la casa, el helicóptero se fue a hacer el sobrevuelo, corrimos a la casa, unos 50 mts antes pasa una especie de quebradita con agua, y se

observaban las huellas recientes donde habían pasado corriendo, esto por la distancia de pisadas entre una huella y otra, lo que indica que no va caminando sino corriendo, cuando llego junto a la casa observó al señor acá sentado de camisa celeste (se refiere a Mateo Suazo) que está afilando un cuchillo en el molejón, tomando las medidas de seguridad le quito el cuchillo, los compañeros lo esposan y lo alejan mientras hago el allanamiento de la casa, al acercarme le digo a un compañero que entre a la casa por atrás mientras yo lo hago de frente, que es la parte que da hacia la laguna, verifico si hay posible fuga por la laguna y constato que no porque hay una lancha todavía estacionada a la pura par de la casa, frente a la laguna no se observa ninguna lancha huyendo, se mantiene todo limpio. La casa tiene una baranda de un metro y medio en la parte que da frente a la laguna. Me la brinco y le pego una patada a la puerta principal, en la pura sala observo a una persona acostada que es el señor que está aquí con camisa celeste (Laureano Hooker Forbes) mismo que había pasado con el "muerto" frente a nosotros en la playa, en un cuarto que está a la derecha hay un colchón en el piso en el cual está el señor de barba conocido como el gringo (señala a Harold Burns). Mi compañero ingresa y le digo que espose al que está en el cuarto mientras yo procedo con el que estaba en la sala (señala a Laureano)" (cfr . folios 903 y 904). Es importante indicar que para este caso, se articularon diversos elementos como lo son la existencia de una investigación previa, vigilancias de la policía en la que determinaron no sólo la existencia de una embarcación, sino la sólida presunción de la existencia de un cargamento de droga, además de que por presencia policial varios imputados huyeron hacia la casa de habitación cuya necesidad de allanar era imperiosa, habida cuenta de que los imputados estaban siendo perseguidos para su aprehensión, tal y como lo autoriza el inciso c del artículo 197 del Código Procesal Penal. Así las cosas, no es sostenible el argumento de la defensa sobre la ilegalidad de la diligencia, por lo que la misma suerte debe correr el argumento relacionado con la ilegalidad de la evidencia recolectada en esa oportunidad. […] En cuanto al tema del hallazgo inevitable, que es precisamente lo ocurrido en este caso en concreto, esta Sala ha dicho que para que se cumpla con lo que doctrinariamente se exige para el hallazgo inevitable es que las autoridades –ejerciendo funciones legítimas– hubiesen podido llegar al mismo resultado, es decir, "la validez de una prueba obtenida por un acto ilícito, pero a la que inevitablemente

habrían conducido las investigaciones lícitas que también se llevaban a cabo". (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 2005-00832 de las 9:20 horas, del 29 de julio de 2005). Por lo tanto, tampoco lleva razón quien impugna al decir que el imputado fue detenido en forma ilegítima, fue con el elenco de pruebas que se recibió, era suficiente para que se legitimara su detención."

Res: 2005-1124[14]

Allanamiento ilegal: bien jurídico tutelado

Texto del extracto

" II.- Esta cámara luego del estudio de los autos determina, que según la denuncia del ofendido (ver folios 1 a 3), éste pide que se investigue la actuación que consideró irregular de las autoridades de policía y un hijo de un abogado, al ingresar a su propiedad sin permiso y que incluso califica como ALLANAMIENTO ILEGAL. Los hechos se plantean como constitutivos, aparentemente de dicha figura penal, la cual se encuentra contemplada en el artículo 205 del Código Penal, encontrándose entre los delitos donde el bien jurídico tutelado es el ámbito de la intimidad y no los Deberes de la Función Pública, además de que dicha figura subsume en su tipicidadel al abuso de autoridad, razón por la cual es competencia de la materia Penal y no la de Hacienda, la cual investiga los delitos relacionados con la Hacienda y Función Pública. De tal forma que al tratarse los denunciados aparentemente constitutivos del delito de ALLANAMIENTO ILEGAL, le compete al menos por ahora, conocer al Juzgado Penal de Santa Cruz Guanacaste, donde se deberán remitir los autos."

Res: 2005-00369[15]

Allanamiento: ausencia de solicitud del fiscal para realizarlo.

Efectuado para recabar elementos probatorios constituye un típico acto de investigación

Texto del extracto

"I. [...] A) Ausencia de solicitud de allanamiento: en primer término la recurrente señala que no se cuenta en el expediente con la solicitud de allanamiento por parte del Ministerio Público, para ingresar a la casa de los encartados, lo que impide que las partes puedan controlar los motivos e indicios que determinaron la petición, y contrastarla con la autorización del Juez, el cual para resolver ha de circunscribirse a la motivación del Fiscal. Considera esta Sala, que efectivamente, no se cuenta en autos con la solicitud del Fiscal, para que la vivienda de los encartados fuera allanada. El documento que la fiscalía menciona al referirse al recurso, es de una diligencia pedida para una fecha anterior, setiembre de ese mismo año 2003 (folio 40), pero el allanamiento a que el fallo se refiere, se efectuó el 11 de noviembre (folio 10). En todo caso, ni el fiscal al momento de ofrecer prueba (folio 69), ni el Tribunal al evacuar la documental (folio 181), se refieren a dicho documento. Como bien señala la recurrente, el juez penal no está facultado para realizar de oficio actos propios de investigación, sino que en esa etapa su función es de órgano contralor de la actividad de las partes, y la investigación y recopilación de prueba, propia del fiscal. Esta división de tareas la establece claramente el Código Procesal Penal, de corte más acusatorio: "El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran" (artículo 62). Asimismo, dispone el numeral 277 de dicho código, en cuanto a la labor del Juez Penal en la etapa de investigación: "Corresponderá al tribunal del procedimiento preparatorio realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este código. Lo anterior no impedirá que el interesado pueda replantear la cuestión en la audiencia preliminar. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo

las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación". El allanamiento de una morada, con el fin de recabar elementos probatorios, es un típico acto de investigación, sujeto a control jurisdiccional en vista del derecho fundamental que vulnera. Es por ello que el Juez Penal, para realizar el acto, requería de la petición expresa del Ministerio Público, lo que en este caso, no consta que se haya hecho. No basta con que la resolución consigne que se presentó una solicitud avalada por el fiscal (no formulada por él) (folio 10), sino que ésta debe aparecer en el expediente, para que las partes puedan controlar que efectivamente, la solicitud esté debidamente sustentada, como por ley se exige a las peticiones del Ministerio Público: "Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica" (artículo 62 CPP, segundo párrafo). Si la solicitud se hace verbalmente, debe consignarse en un acta el contenido de la gestión. En el presente caso, ante la ausencia de la solicitud, no puede examinarse si existió, si estaba debidamente sustentada, ni si el Juzgador se circunscribió a valorar el fundamento de la petición, o si en su resolución consideró razones no esbozadas en la petición, lo cual le está vedado. Este control en cuanto a la motivación de la solicitud y su correspondencia con la decisión que ordena la diligencia, no puede verificarse ante la ausencia de la petición del Ministerio Público. No es dable para esta Sala, asumir que la solicitud existió, y que la orden se giró con sustento en las razones expuestas en la petitoria fiscal. Ante esa ausencia, el allanamiento deviene en ilegítimo, y los elementos decomisados en esa diligencia, no pueden ser considerados como prueba."

Res: 2005-00370[16]

Allanamiento ilegal: ineficacia por ausencia de motivos de urgencia que justifiquen su práctica fuera de horario permitido. Ingreso a varios domicilios debe fundamentarse cada uno por separado

Texto del extracto

" II. [...] Como ha indicado en repetidas ocasiones esta Sala, el artículo 23 de la Constitución Política garantiza la inviolabilidad del domicilio, con las excepciones previstas expresamente por la ley. Los motivos por los cuales se puede autorizar la restricción del derecho a la privacidad del domicilio se encuentran desarrollados en los artículos 193 y siguientes del Código Procesal Penal. De conformidad con estos artículos el allanamiento debe realizarse entre las seis y las dieciocho horas salvo que el morador o su representante consientan que se inicie fuera del horario establecido, o se trate de casos " sumamente graves o urgentes ". En caso de que existan estas razones de extrema gravedad o urgencia, las mismas deben hacerse constar en la resolución mediante la cual se ordena el allanamiento. En el caso de la adecuada fundamentación de las ordenes de allanamiento nos encontramos ante formas procesales con las cuales se pretende regular de manera racional la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en particular, del derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio. La inviolabilidad del domicilio debe ser la regla, y por esa razón el allanamiento se debe practicar tratando de afectar lo menos posible el derecho a la intimidad personal, lo cual se pretende salvaguardar mediante la limitación en cuanto al horario establecido por el artículo 193 arriba indicado. Si bien el allanamiento es una excepción a una regla general, todavía lo es más el allanamiento realizado en aquéllas horas en que el derecho a la intimidad y a la privacidad del domicilio es más vulnerable, es decir, entre las dieciocho horas y las seis horas . El Ministerio Público y la policía deben tener como regla, que no se deben realizar allanamientos dentro de ese horario. Para romper esa regla se requiere de casos que sean o de suma urgencia, o de extrema gravedad. Es decir, no basta con que se trate de sucesos graves, como lo son la mayoría de los casos sometidos a conocimiento de esta Sala, sino que debe tratarse de casos extremadamente graves, o de una urgencia tal que su no realización inmediata y en el horario indicado, generen consecuencias graves y de imposible reparación sobre los derechos de las víctimas o sobre los bienes jurídicos tutelados por las normas represivas que dan lugar al allanamiento, como ya lo ha indicado esta Sala en las resoluciones No. 699 de las 9:40 horas del 23 de junio de 2000, No. 917 de las 10:00 horas del 21 de setiembre de 2001, No. 408 de las 10:20 horas de 03 de mayo de

2002, No. 481 de las 16:06 horas del 9 de junio de 2003 entre otras. Debe agregarse y enfatizarse entonces, que si con las formalidades mencionadas se pretende proteger el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, esta protección debe realizarse por separado para los titulares de cada uno de los diversos domicilios que pretenden ser allanados en una investigación penal . Esto significa, que en el caso excepcionalísimo de un allanamiento que se pretende realizar después de las dieciocho horas, si se trata de autorizar jurisdiccionalmente el ingreso a varios domicilios, las razones de suma gravedad y urgencia que lo ameritan deben presentarse para cada uno de dichos lugares. Consecuentemente, en la resolución que faculta dicha actuación debe realizarse una adecuada fundamentación, indicando los motivos por los que se considera que existe gravedad y urgencia para autorizar el allanamiento para cada domicilio en particular. En el caso sometido a estudio de esta Sala efectivamente se puede verificar que la fundamentación dada por la Jueza Penal del II circuito judicial de San José (folios 76-78), para realizar el allanamiento después de las dieciocho horas no es aceptable en lo que respecta a uno de los domicilios allanados. Tanto en los informes de comprobación de venta de droga (visibles a folios 3 a 5, 8 a 10, 12 a 14, 16 a 18, 28 a 30, 32 a 34, 36 a 37, 39 a 41, 43 a 45 y 50 a 52) como en la solicitud de allanamiento (visible de folios 54 a 74) presentada por la representación fiscal se indica que la venta de droga se estaba realizando en horas de la noche " ... en las inmediaciones del antiguo Cine Líbano, 50 metros al Este, a mano derecha en una vivienda de color azul con portón de verjas de color negro y ventanas de color rosado... "; pero para el caso del justiciable Freddy Stewart Piedra solamente se indica que en el apartamento en el cual habitaba, supuestamente se preparaba y almacenaba droga (véase folios 28, 34, 62, 63, 64 y 73), y no se menciona en ninguno de esos informes de la investigación policial que esas actividades ilícitas se realizaran solamente en horas de la noche. Aparte de que los informes de la etapa de investigación no refieren lo anteriormente indicado, en la orden de allanamiento emitida por la jueza penal María Elena Chaves Gatgens también se omite toda fundamentación sobre las supuestas actividades ilícitas y sobre el horario en que estas se realizaban en el apartamento habitado por el señor Stewart Piedra. La orden de allanamiento establece que dicho acto había sido solicitado "... pues se recibió información de que en las inmediaciones del antiguo Cine

Líbano, se estaban dedicando a la venta de clorhidrato de cocaína... en horas de la noche" (folio 76). Se agrega que dicho ilícito fue verificado policialmente mediante las respectivas compras vigiladas, y se decide acoger la solicitud de allanamiento "... por cuanto la fiscalía coordinó el trabajo de investigación... De la solicitud se desprende que fueron varios los meses los que duró la vigilancia y el despliegue de actividades propias para determinar que en los sitios por allanar se suele vender droga...tomando en consideración el hecho de que todas las precompras se realizaron después de las 18 horas, en el mismo sitio supra indicado..." (folio 77). En este razonamiento, realizado respecto del primer objetivo por allanar (es decir la casa de habitación en la que se vendía la droga, ubicada del antiguo Cine Líbano 50 metros al Este), sin embargo, nada se razona sobre el horario, ni sobre las actividades de almacenamiento y preparación de drogas que supuestamente se realizaban en el segundo objetivo fijado por la policía, es decir el apartamento habitado por el justiciable Stewart Piedra. En otras palabras, para este último domicilio en particular, no se realizó una fundamentación específica que autorizara el allanamiento bajo los supuestos de gravedad y urgencia, pues el auto referido concluyó en forma errónea que la actividad de venta se realizaba en la noche en ambos domicilios, pese a que la solicitud de allanamiento se realizó respecto de dos actividades ilícitas diversas, venta de drogas por un lado, y preparación y almacenamiento de drogas, desarrolladas en dos lugares distintos; y pese además, a que sobre la última actividad no se indicaba nada sobre el horario en el cual se desarrollaba, como para justificar un allanamiento después de las 18 horas. Esta deficiente fundamentación hace que el allanamiento realizado en el apartamento en mención, contrario a lo establecido por el Tribunal de Juicio del primer circuito judicial de San José (a folios 481 y siguientes) resulte ilegal, así como toda la prueba obtenida mediante el mismo. Por estas razones se declara la ineficacia del allanamiento documentado mediante el acta de folios 89 a 91, así como de todas las pruebas derivadas de dicha diligencia. Debe mencionarse además, que dejando de lado los elementos de prueba que han sido excluidos mediante la declaratoria de ilegalidad de este allanamiento en particular, solamente existe prueba documental y testimonial en la que se indica que el encartado en dos ocasiones (el 18 de marzo y el 17 de mayo del 2004, como se señala a folios 492 y 493 de la sentencia) se dirigió hasta la

casa donde se vendía droga y entregó un paquete pequeño a quien ahí se encontraba. De estos elementos de prueba el Tribunal concluyó como hecho probado que lo que entregaba el acriminado era droga (folios 492 y 493) y que por ello participaba en una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes (folios 535 y siguientes). Sin embargo, esa conclusión vulnera abiertamente las reglas de la sana crítica racional, y en particular el principio de derivación, ya que no puede inferirse de la prueba evacuada en autos. En su declaración el testigo Marco Vargas Montiel indicó que vio a Freddy Stewart cruzar la calle, entregar algo a la persona que vendía droga y luego volver al apartamento en que residía (folios 503 y 504), pero de igual manera mencionó, como se transcribe a folio 505, que "... él introdujo algo por las verjas, metió la mano pero no pude distinguir que era ...En la segunda oportunidad fue un movimiento similar (folio 505, la negrilla no es del original). La testigo Sandy Solano Barrientos refiere los mismos hechos (folios 511 y 512), de que vio al endilgado "... salir e ingresar de nuevo a la casa de color lila, yo lo vi llevar la bolsa y entregarla... " (folio 514), pero de seguido precisó "... no se que iba dentro del paquete." (folio 514). Esta duda respecto del contenido de los paquetes entregados, así como la inexistencia de prueba lícita para poder saber la naturaleza de su contenido, deja en claro que la conclusión del Tribunal en el sentido de que se trataba de droga y sobre la autoría o participación criminal del justiciable Stewart Piedra, no se derivan de los elementos de prueba analizados, vulnerando por ello el principio de sana crítica racional, tal como lo reclama el recurrente en el cuarto motivo de su recurso. Dado que la diligencia de allanamiento del apartamento, como los elementos de prueba derivados de la misma no pueden ser tomados en cuenta en un eventual reenvío, vista además la vulneración de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba restante y ante la inexistencia de otros elementos

de prueba en contra del imputado, carece de sentido ordenar la reposición del juicio, por lo que se casa la sentencia únicamente en cuanto al imputado Freddy Stewart Piedra, a quien se absuelve de toda pena y respon sabilidad por el delito acusado, y se ordena su inmediata libertad. "

1 DUARTES Delgado, Edwin y SEGURA Montero, Francisco. El allanamiento de domicilio y otros recintos. 1° Edición. Editec Editores S. A. san José, 1996. pp. 13-14.

2 MUÑOZ Con, Carolina y RUIZ Ugalde, Alfonso. El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2002. pp. 20-24.

3 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA. Dada el 7 de noviembre de 1949

4 APROBACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Ley No. 8083 de 7 de febrero del 2001. Publicado en La Gaceta No. 56 de 20 de marzo del 2001

5 CÓDIGO PENAL. Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970. Publicado en La Gaceta No. 257 de 15 de noviembre de 1970

6 CÓDIGO PROCESAL PENAL. Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996. Publicado en Alcance No. 31 a La Gaceta No.106 de 4 de junio de 1996

7 LEY DE PENSIONES ALIMENTARIAS. Ley No. 7654 de 19 de diciembre de 1996. Publicado en La Gaceta No. 16 de 23 de enero de 1997

8 REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS POLICIALES DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA, APLICABLES A PERSONAS MENORES DE EDAD. Decreto Ejecutivo No. 32429-MSP del 3 de Febrero del 2005. Publicado en La Gaceta No. 119 del 21 de Junio del 2005

9 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN PRIMERA, San Ramón, a las diez horas treinta minutos del veintisiete de febrero de dos mil nueve.

10 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN PRIMERA. San Ramón, a las diez horas treinta y cinco minutos del veintisiete de febrero de dos mil nueve.

11 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN PRIMERA. San Ramón, a las catorce horas del siete de noviembre de dos mil ocho.

12 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN SEGUNDA, San Ramón, a las diez horas del veintitrés de julio de dos mil ocho.

13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del veintidós de junio de dos mil siete.

14 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Goicoechea, a las nueve horas treinta minutos del treinta y uno de octubre de dos mil cinco.

15 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas del seis de mayo de dos mil cinco.

16 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cinco minutos del seis de mayo de dos mil cinco.