



Jurisprudencia sobre Allanamiento en el Derecho Procesal Penal

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal	Descriptor: Actos procesales
Palabras Clave: Allanamiento, Derecho Procesal Penal, debido proceso, prueba, validez	
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 16 de octubre del 2014

El presente documento contiene jurisprudencia reciente de los años 2013 y 2014 sobre el allanamiento en el proceso penal, como actos procesales dentro del mismo.

Contenido

JURISPRUDENCIA	1
1. REQUISITOS, FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS EN CASO DE PRACTICARLO FUERA DEL RANGO HORARIO ESTABLECIDO POR LEY	1
2. VALIDEZ DE MOTIVAR LA ORDEN CON BASE EN LOS ARGUMENTOS RENDIDOS POR LA FISCALÍA	7
3. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA “PLAIN VIEW” CUANDO SE DECOMISA UN OBJETO NO PRETENDIDO EN LA ORDEN DE ALLANAMIENTO. NULIDAD EN CASO DONDE SE UTILIZAN CRITERIOS ANDROCÉNTRICOS PARA VINCULAR AL IMPUTADO CON EL DELITO.	11
4. ALCANCES DE LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN DE LA ORDEN	16
5. CONSECUENCIAS DE ILEGALIDAD PARA CON LA PRUEBA ASÍ OBTENIDA	21
6. DEBIDO PROCESO. MOTIVACIÓN DE LA ORDEN DEBE RESPONDER A LAS EXIGENCIAS Y PARTICULARIDADES DE CADA CASO CONCRETO	22

JURISPRUDENCIA

- 1. REQUISITOS, FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS EN CASO DE PRACTICARLO FUERA DEL RANGO HORARIO ESTABLECIDO POR LEY**

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]ⁱ

Voto de mayoría:

"I.-En el **primer motivo del recurso por la forma** y con fundamento en los numerales 9 , 142 y 180 del Código Procesal Penal, 39 de la Constitución Política de la República de Costa Rica y 8 inciso 2 de la Convención de Derechos Humanos, el licenciado Francisco Campos Bautista reclama falta de fundamentación probatoria e intelectual, violación al debido proceso y rechazo injustificado de actividad procesal defectuosa, pues se autorizó un allanamiento de morada fuera de las dieciocho horas sin los requisitos y fundamentación de ley correspondiente. Estima el quejoso infundada la orden de allanamiento de las 17 horas del 3 de julio de 2009, decretada por el Juzgado Penal de San Ramón, pues no se motivó la práctica de dicha diligencia después de las 18 horas, así como tampoco las razones de urgencia y necesidad que la justificaban para llevarla a cabo a dicha hora. Cita como apoyo a su reclamo las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia votos N° 2000-00699, N° 2001-00917, N° 2002-00408, N° 2003-00481 y el N° 2003-00866. Por otra parte insiste el quejoso en reclamar falta de fundamentación de la orden de allanamiento por ser ésta una repetición fiscal. Señala a su vez como un equívoco del juez penal establecer las 18 horas en adelante como el momento de mayor auge para la actividad de venta de droga, pues ello implica necesariamente la posibilidad del expendio de dichas sustancias en horarios menos restrictivos y por tanto la excepcionalidad planteada no aplicaría al presente caso, señalando como argumentos en su favor el hecho acusado N° 6 y las actas de la Fianza Pública visibles a folios 34, 38 y 40 donde las actividades de venta de droga se realizan antes de la restricción horaria impuesta por el artículo 193 del Código Procesal Penal; o sea el allanamiento pudo realizarse en el día y si a eso se agrega la habitualidad del comportamiento incurrido por el encartado según la apreciación dada por la autoridad jurisdiccional, las razones de urgencia y necesidad se encuentran infundadas, defecto absoluto que amerita declarar ineficaz el allanamiento practicado así como la prueba derivada y como pretensión accesorias se absuelva al justiciable de toda pena y responsabilidad. **El reclamo se declarara parcialmente con lugar.** A efecto de resolver el recurso resulta necesario realizar un análisis jurídico del instituto procesal del allanamiento que dió origen al reclamo planteado. De esta forma y como preámbulo fundamental, es la privacidad y dentro de ella la protección y resguardo del domicilio, un derecho fundamental el cual es tutelado por el artículo 23 de la Constitución Política de la República de Costa Rica cuando establece: *"El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley"*. En este mismo sentido la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11 declara fundamental el derecho a la intimidad y domicilio y su protección por medio de la ley cuando señala: **"Artículo 11 . Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas ingerencias o esos ataques."**

En igual sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al establecer: **"Artículo 17 : 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación."**

Asimismo la Declaración Universal de Derechos Humanos establece la privacidad como derecho humano y su protección al amparo de disposiciones legales promulgadas al efecto:

"Artículo 12. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."*

En este orden de ideas nuestro ordenamiento jurídico, en acato de tal mandato tanto constitucional como internacional preve normas de carácter penal como por ejemplo, la violación de domicilio, el allanamiento ilegal, entre otros, con la finalidad de materializar y proteger el derecho fundamental declarado. Ahora bien, desde una concepción propia del derecho penal, el domicilio se define como un espacio delimitado cuya naturaleza se encuentra orientada al núcleo familiar o personal con exclusión de personas ajenas, o sea es un espacio vital donde se desarrolla la actividad íntima familiar o personal de un sujeto y que requiere permanencia o habitualidad. Todo ello para decir que en general el instituto procesal del allanamiento resulta ser una interdicción debidamente regulada por la ley al derecho humano fundamental de la intimidad y domicilio en los términos establecidos por las diferentes normativas señaladas. En ese orden de ideas como bien se refiere: "En el campo estrictamente procesal, el allanamiento se concibe como una diligencia de investigación, de naturaleza coercitiva o cautelar, por la cual se pretende obtener elementos de prueba que verifiquen, confirmen o aseguren que en determinado recinto se encuentran rastros de un delito, se está cometiendo un ilícito o se esconden los responsables de un hecho delictivo, como supuestos más comunes. Sin duda alguna, es una diligencia que lesiona derechos fundamentales y eso lo dice la propia Constitución cuando la describe y autoriza. Sin embargo y pese a que es realmente una diligencia irreplicable pues, por su propia naturaleza participa necesariamente de características que la hacen propia y única, como son la necesidad de practicarse en forma inmediata, la confidencialidad en su realización, participando de un innegable factor sorpresa, que evite a toda costa la fuga de información o el riesgo de pérdida de los resultados que se esperan. En tales circunstancias el o la juez (a) es garante de que existan 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"* (Vargas Rojas, Omar y Campos Zúñiga, Mayra. La Prueba en el proceso penal costarricense y su interpretación en la jurisprudencia nacional, 1ª ed., San José, Costa Rica, IJSA, 2010, pp.104 a 105). No obstante tener un rango de derecho fundamental dado por la Constitución Política y normas internacionales como las reseñadas, no es un derecho absoluto en el tanto puede ser limitado por razones de interés penal, cumpliéndose eso sí, con una serie de requisitos de orden constitucional previstos en el artículo 23 de la Constitución Política y legales previstos en los artículos 193, 194, 195, 196 y 197 del Código Procesal Penal. En este orden de ideas constitucionalmente se exige orden escrita, juez competente y el cumplimiento de las exigencias de ley. Dentro del ámbito de la ley se exige para lugares habitados la realización personal de la diligencia por un juez observando una limitación horaria entre las 6 y las 18 horas del día con la finalidad de "(...) evitar la irrupción en el domicilio cuando los habitantes se hallen entregados al descanso (...) " (Cafferata Nores, José. La prueba en el proceso penal. 5ª ed., Buenos Aires, Argentina, Depalma, 2003, p. 206.). A su vez la resolución escrita debe ser motivada, a la hora de su ejecución debe entregarse copia de la resolución decretada al interesado o en su defecto a quien la ley designe, es necesario también levantar una acta mediante la cual se registre la diligencia de allanamiento, misma que deberá afectar lo menos posible el derecho de intimidad de las personas presentes en el lugar. Estos requisitos a su vez plantean excepciones como la posibilidad de practicar dicha diligencia a cualquier hora si existe consentimiento del afectado, en casos sumamente graves o de urgencia debidamente motivados y sin orden escrita en los supuestos del artículo 197 del Código Procesal Penal. En la autorización de un allanamiento y su correspondiente ejecución es necesario una valoración de la pertinencia,

necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida y el razonamiento mediante el cual se arriba a la decisión de ordenar la diligencia, lo cual como lo señala el derecho constitucional ha de realizarse por escrito con la finalidad de un control ulterior en las diferentes fases del proceso pues, de existir cualquier ilícitud en su dictado o realización que afecte el derecho fundamental a la privacidad o intimidad de quien soporta la interdicción de su derecho, produce una afectación de carácter absoluta alegable en cualquier estado del proceso e incluso en revisión de sentencia. Al respecto se ha señalado que: "Para controlar su decisión, debe valorarse no sólo la evidencia de la posible comisión de un hecho delictivo, a lo que la solicitud del Minsiterio Público en general se refiere en exclusiva, sino además y esencial para la decisión, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. La necesidad de motivar y expresar el sustento de la decisión, constituye una garantía para quien vea restringido su derecho y evita, o al menos disminuye la arbitrariedad" (Vargas Rojas y Campos Zúñiga, op. cit., p.110). El grado de motivación que exige una orden de allanamiento requiere un análisis exhaustivo y particular de sus fundamentos y procedencia de tal manera que su decisión no sea el producto de la arbitrariedad o de la exposición de todo el conocimiento y experiencia adquiridos gracias al estudio por parte del órgano jurisdiccional. Debe ponderarse además la etapa procesal, el tipo de resolución, el avance de la investigación y el grado de convicción que como medida precautoria requiere para su dictado. A diferencia de la sentencia condenatoria que requiere un grado de convicción de certeza, el allanamiento sobre todo si se trata en las etapas incipientes del proceso, requiere para su dictado no solo los requisitos fácticos y jurídicos reseñados sino también un juicio de probabilidad respecto de la existencia del hecho y participación del justiciable. Al respecto se ha señalado: *"Eso hace, que si bien se deba cumplir con el deber de fundamentación, la misma debe responder a las posibilidades concretas y a la propia realidad de la investigación. Sería absurdo exigir un juicio de certeza o de gran probabilidad, cuando precisamente lo que se busca es investigar para contar con los medios de prueba idóneos que permitan someter a proceso y eventualmente a pena a quienes se dediquen a esas actividades. Incluso, podría darse el caso de que inicialmente existan algunos indicios, pero que una vez realizada la investigación se descarte la existencia del hecho o la participación concreta de algún sospechoso. Desde luego que eso no significaría que la intervención fuere ilegal o arbitraria, sino que simplemente no cumplió con las expectativas planteadas. De contarse con un juicio de certeza o de gran probabilidad ni siquiera procedería la intervención, puesto que la prueba se habría obtenido por otros medios menos gravosos"* (Vargas Rojas y Campos Zúñiga, op. cit., pp.111-112). Para el caso concreto bajo análisis dado que el allanamiento realizado en el presente proceso se ejecutó después de las 18 horas, excepción calificada según lo prevé el artículo 193 del *Código Procesal Penal* cuando señala: *"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". Es importante profundizar doctrinaria y jurisprudencialmente a fin de determinar los supuestos fácticos y jurídicos mediante los cuales se pueda establecer cuándo una diligencia tan calificada, como el allanamiento, fuera de las limitaciones horarias establecidas pueda considerarse ajustada a derecho sin demérito de las garantías legales y fundamentales de la parte quien la soporta, para determinar luego si el allanamiento decretado resultó eficaz. Como medida excepcional que es el allanamiento debe fundamentarse adecuadamente según las exigencias propias del derecho fundamental a intervenir, tal y como se ha venido exponiendo. En este sentido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia retomando varios antecedentes ha señalado: "I- Sobre el deber de fundamentación y la lesión a un derecho fundamental: Reflexionando sobre *los pilares que sustentan el llamado Estado de Derecho, podríamos concluir que no existe otra forma de*

valorar políticamente el esquema de un Estado, para medir sus verdaderas características, de aquél que detalla la forma y los requisitos que permiten a las autoridades lesionar los derechos fundamentales de los individuos. Conociendo, en primer lugar, cuáles derechos pueden ser lesionados “legítimamente” en ese estado y cuáles serían los requisitos que rodean tal autorización, podemos valorar si efectivamente ese Estado parte de que su legitimación sustancial se debe al respeto de tales derechos, de manera tal que las autorizaciones que contempla, como parte de la ineludible realidad de que no existen derechos absolutos y de que existen situaciones que autorizarían excepcionalmente una lesión a algunos de ellos, están rodeadas de una serie de requisitos que se convierten a su vez en prerrogativas del ciudadano que le garantizan que, para lesionar un derecho fundamental, deberá realizarse una ponderación real, seria y especialmente razonada de: i) la existencia de indicios comprobados de estar en presencia de un delito, como primer parámetro ineludible para permitir el análisis de si se lesiona o no un derecho fundamental, en virtud de lo contemplado en el numeral 28 párrafo segundo de la Constitución Política; ii) la necesidad de la medida, es decir, que se impone porque no existe otra forma menos lesiva de obtener los resultados que se esperan; iii) su proporcionalidad de cara a los intereses y los objetivos que por su medio se pretenden; iv) la idoneidad de la autorización para alcanzar los objetivos que se pretenden; v) la ponderación razonada, actual de todos estas prerrogativas, hecha por el sujeto constitucionalmente autorizado para, a su vez, autorizar una lesión a un derecho fundamental: el juez, mediante la emisión de una orden escrita debidamente motivada. Así, valorando cuáles derechos, cómo se pueden lesionar y quién es el autorizado para hacerlo, se puede tener un panorama político claro de qué tipo de Estado tenemos en frente. Por ello, cada vez que una autoridad pretende la autorización para incursionar en un derecho fundamental, la resolución que se emita es una clara manifestación política del Estado, es su reflejo, su retrato, de manera que nunca como en este tipo de resoluciones está plasmado el rol político del juzgador y su nivel de compromiso con los valores constitucionalmente protegidos, como de la importancia de su función en el esquema del Estado de Derecho. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido esta posición clara y diáfana en resguardo de esa importancia política de primer orden, en cuanto al respeto de los derechos fundamentales y a la necesidad de que se ponderen y razonen todas las prerrogativas antes expuestas por el juez cuando autoriza la lesión de un derecho esencial (cfr. entre otras, resoluciones 298-95 de las 9:05 horas del 25 de mayo, 560-95 de las 10:10 horas del 22 de setiembre y 614-95 de las 9:55 horas del 13 de octubre, todas de 1995; 468-99 de las 9:20 horas del 23 de abril de 1999; 246-00 de las 9:50 horas del 3 de marzo y 699-00 de las 9:40 horas del 23 de junio, ambas del año 2000; 917-01 de las 10:00 horas del 21 de setiembre del año 2001; 1179-02 de las 10:25 horas del 22 de noviembre del año 2002; 722-03 de las 9:30 horas del 22 de agosto y 866-03 de las 14:45 horas del 30 de setiembre, ambas del año anterior). En especial, se destaca la importancia de la fundamentación como garantía de ejercicio razonable y democrático del poder jurisdiccional cuando autoriza una incursión de esta índole, al tiempo que ha rescatado la trascendencia que para el cumplimiento de este rol, tiene –en el caso del allanamiento especialmente- la existencia de una orden escrita previa a toda incursión en la intimidad de un lugar habitado. En realidad, sólo la existencia de una orden previa y debidamente motivada, permitirá al intérprete valorar si en efecto, se cumplían todas las exigencias constitucionales antes relacionadas para autorizar la intervención y, entonces, valorar su legitimidad –formal y sustancial-, es decir, controlar su validez. Y, se añade ahora, sólo mediante la exigencia al juzgador, de motivar y razonar, de exponer y justificar cuáles son los presupuestos, cómo se cumplen y por qué justifican la autorización para lesionar un derecho fundamental frente a una solicitud concreta que lo pretende, se puede garantizar a su vez, que el juez cumple su rol de garantizador del respeto de esos derechos, de contralor de la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones de los sujetos encargados de la investigación -Ministerio Público y Policía Judicial-. Nunca como ahora, en el esquema procesal diseñado con el nuevo ordenamiento procesal se tiene restablecido y reproducido en el seno del proceso penal, la premisa básica de la democracia –la división de poderes y el control de su

ejercicio-. El juez en la etapa de investigación y en la fase intermedia, por muy deslegitimado que esté, por lo que sucede en la práctica, su rol, está para controlar y garantizar la legalidad de las actuaciones en esta etapa, para valorar y ponderar razonadamente las solicitudes que se le formulen y nunca como un simple espectador que está dispuesto a autorizar todo lo que se le solicite, manteniéndose al margen de su procedencia, porque ello sería simplemente abandonar el sentido y justificación de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho, que encuentra precisamente en el proceso penal, en la sede por excelencia del ejercicio del poder represivo estatal, su más prístina razón de ser. La Constitución Política y el Código Procesal Penal apuestan por el juez contralor, garante y bastión del respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, comprometidos siempre cuando se trata de una investigación penal y sólo mediante el ejercicio razonado y de conformidad con los parámetros expuestos, se puede validar la autorización jurisdiccional para lesionar un derecho fundamental. No basta pues, que haya intervención jurisdiccional, este es uno de los requisitos constitucionalmente exigidos y el primer paso para considerar la legitimación formal de la autorización. Ese juez debe cumplir con los otros requisitos, debe razonar, exponer cómo y por qué la medida se justifica, es necesaria, es idónea, es proporcional al fin que se pretende y cuáles son los márgenes en que la autorización se concede, requisitos puntualizados en las normas constitucionales antes citadas y, en el caso del allanamiento, especialmente de la relación de los artículos 9, 11, 28 párrafo segundo, 23, 39 y 41 de la Constitución Política y 195 del Código Procesal Penal" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 2004-0965 de las 9:50 horas del 13 de agosto de 2004) En esta misma línea de pensamiento y por encontrarse relacionado con el punto del caso en concreto, toca definir el concepto de urgencia, conceptualizado según la Real Academia Española, vigésimo tercera edición como: " 1.-

f. Cualidad de urgente. 2.- f. Necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio..."

Por su parte Javier Llobet Rodríguez, sin entrar propiamente a una conceptualización del término, lo define por medio de ejemplos de la vida judicial cuando señala que: "*Una situación de urgencia podría existir cuando el juez no dispone de transporte para trasladarse, o bien cuando debe realizar otro acto de similar relevancia al mismo tiempo, sin que uno de los actos pueda postergarse. Igualmente cuando existe el peligro de que la espera que supone el traslado del juez puede implicar una afectación del acto, de modo que el mismo no pueda ver afectados los resultados que se espera con éste" (Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado, 3ª ed., San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2006, p. 295. De igual forma se refiere a ambos conceptos cuando citando precedentes jurisprudenciales señala: " El juez debe disponer expresamente que se procede después de las dieciocho horas, debido al carácter urgente y grave, dando las razones al respecto. No basta que se trate de un supuesto de urgencia, sino además se requiere que sea grave. En este sentido la Sala Tercera en el voto 1188-2005 del 21-10-2005 dijo: "El juez no debe conformarse con la sola petición fiscal, debe valorar ésta, tanto para decidir sobre su procedencia sino que para establecer el momento oportuno (de acuerdo a la ley) para practicar tal diligencia, puesto que tal acto afectará el ámbito de intimidad de modo que, en aplicación del principio de proporcionalidad, solamente en casos calificados por la extrema gravedad o la urgencia se puede realizar en otro horario, previa constancia de esta situación de urgencia, precisamente para permitir el control de legalidad posterior". Se señaló en el voto 370-2005 del 6-5-2005 de la Sala Tercera que: "El Ministerio Público y la policía deber 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"."

(Llobet Rodríguez, Javier, op. cit., pp 295-296). Por su parte Omar Vargas Rojas y Mayra Campos Zúñiga al referirse a la urgencia señalan: *"El otro tema estrechamente ligado con el anterior es la determinación de los casos de urgencia. El artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé la actuación del o la jueza(a) Contravencional únicamente en casos de urgencia. La Sala Tercera se ha pronunciado reiteradamente sobre la necesidad de sustentar la urgencia, tanto para delegar el allanamiento, como para la actuación de la autoridad delegada. Así, se señaló: "Ni siquiera intenta acreditar por qué en ese caso se da tal "gravedad" y tal "urgencia". El uso de ambos vocablos no es suficiente para justificar en un caso específico el empleo de las facultades extraordinarias por parte del juzgador. Para que así sea, tanto la solicitud en la que se autorice el mismo debe plantear, como la mayor especificidad posible, las razones por las cuales se consideran existentes, en el caso concreto, motivos de gravedad o de urgencia que autorizan su realización a horas diversas de las señaladas en el párrafo primero del numeral 193 del Código Procesal Penal. La necesidad de practicar el acto procesal en tales momentos debe demostrarse con relación al caso específico; no recurriendo al expediente de previsiones generales, lo cual transformaría en peligroso su empleo, pues bastaría su simple alusión para que se tenga por correcto llevar a cabo diligencias sólo previstas para situaciones calificadas, en detrimento notable de la seguridad, valor del Derecho. A mayor abundamiento, en la especie no se percibe cuál era la urgencia o suma gravedad como también qué perfiles calificantes tuviera este asunto que no muestren los usuales, como para apoyar el allanamiento a deshoras"* (Vargas Rojas y Campos Zúñiga, op. cit., pp.109-110). Por último, de forma resumida, la interdicción de las garantías fundamentales en juego cuando se decreta una orden de allanamiento a morada requiere de un análisis profundo, primero tendente a determinar la realidad fáctica de la investigación y su apoyo probatorio del cual debe al menos derivarse un juicio de probabilidad respecto de la comisión y participación en el hecho delictivo investigado. Examinar a su vez la pertinencia, necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonamiento fundado a través del cual se arriba a la decisión de ordenar la medida y en el caso de ser calificada dentro del análisis respecto de la procedencia se ha de examinar y razonar los aspectos de urgencia y suma gravedad, los cuales deben concordar con la realidad de la investigación. Para el caso que nos ocupa el recurrente plantea su reclamo contra la orden de allanamiento decretada por el Juzgado Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, sede San Ramón, resolución de las 17 horas del 3 de julio de 2009, la cual considera ilegítima pues no se fundamentó las exigencias de suma gravedad y urgencia tendentes a justificar un allanamiento más allá de las limitaciones horarias establecidas por ley. Además cuestiona la habitualidad de la conducta del encartado como un aspecto que no refleja la realidad planteada en los razonamientos del juzgador relacionados con la investigación, pues la prueba documental demuestra la inexistencia de limitaciones horarias en la conducta atribuida al encartado y que justificaran el allanamiento calificado efectuado en su contra."

2. VALIDEZ DE MOTIVAR LA ORDEN CON BASE EN LOS ARGUMENTOS RENDIDOS POR LA FISCALÍA

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal,]ⁱⁱ

Voto de mayoría

I.-En memorial visible de folio 609 a 611, la licenciada Maricris Soto Herrera, representante del Ministerio Público, interpone recurso de apelación contra la resolución número 23-S-2013, de

las 13:30 horas del 1 de febrero de 2013, emitida por el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Sede Guápiles, en el tanto absolvió a los encartados de toda pena y responsabilidad por el delito de infracción a la ley de psicotrópicos. En el **único reclamo alega errónea fundamentación**. Refiere que los jueces declararon con lugar una actividad procesal defectuosa respecto a la orden del juez de la etapa preliminar que ordenó el allanamiento en la vivienda de los imputados, puesto que, según dijo el Tribunal no existía fundamentación, pues no explicó las razones por las que era necesaria la intromisión en el domicilio. Sin embargo, la recurrente aduce que la juzgadora hizo suyas las palabras del fiscal que solicitó la medida, detallando cada una de las compras controladas realizadas a los encartados, así como las vigilancias, todo lo cual constituía la prueba que se tenía para sustentar el allanamiento. Además, la jueza penal indicó de manera clara y concisa el grado de probabilidad de la comisión del delito que se estaba cometiendo, lo que no es amplio, según indica la impugnante, pero sí suficiente para fundamentar la orden. También indicó la juzgadora la necesidad y urgencia de llevar a cabo el allanamiento. Solicita se declare con lugar el recurso y se declare la ineficacia de la sentencia, ordenándose el respectivo juicio de reenvío. Posición de la Defensa. A folio 615 la licenciada Carmen Amador Pereira, defensora de los imputados solicita se declare inadmisibles el recurso, en el tanto no se cumplen con los requisitos para que el recurso pueda ser considerado de apelación. Además, si se entra a conocer, pide sea rechazado, ya que la fundamentación de la resolución que se declaró ineficaz es inexistente.

II.-El reclamo es procedente. Luego de revisar la fundamentación del Tribunal de juicio que declara con lugar la actividad procesal defectuosa, así como la resolución emitida por el Juzgado Penal de Siquirres, al ser las 10:00 horas del 18 de marzo de 2006, visible de folio 63 a 85, se concluye que los requerimientos que se dijeron incumplidos, en realidad sí están presentes en la orden de allanamiento. Con el fin de comprender mejor esto, debe traerse a colación las exigencias dispuestas por el legislador cuando de este tipo de decisiones jurisdiccionales se trata. Así, el artículo 193 del Código Procesal Penal establece: "*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.*". El numeral 195 del mismo cuerpo legal, indica: "*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.*". Con base en el artículo 142 del Código de rito, debe entenderse que este auto no puede carecer de las razones de hecho y de derecho en que se basa el juez para determinar la procedencia del allanamiento. En esta labor, se ha admitido que el juez utilice los elementos descriptivos contenidos en el requerimiento fiscal, siempre y cuando exista una argumentación del juez donde indique por qué procede el allanamiento. Una vez aclarada la base sobre la cuál debe hacerse el examen de la orden que se declaró ineficaz, deben mencionarse las razones que tuvo el a quo para hacerlo. Desde el folio 588 del legajo principal, en lo que interesa, el Tribunal indicó: "...analizada la resolución en que se ordenó el allanamiento, concluye este Tribunal que la Jueza Penal de Siquirres no le dio el fundamento debido. Pese a tratarse de una exigencia no sólo de orden legal, sino y sobre todo de naturaleza constitucional. En la resolución la Jueza Penal se limitó a transcribir la solicitud que le presentó la Fiscalía agregando una escueta e insulsa explicación, para concluir que otorgaba el allanamiento. La Jueza pretendió sustituir los razonamientos de hecho y derecho que debía plasmar en la resolución, mediante una simple referencia a la solicitud de la Fiscalía.

En vez de ponderar la petición, valorando la proporcionalidad de la medida, se limitó a acoger los argumentos del órgano acusador como sustento de su decisión. Con su proceder, la Jueza Penal quebrantó el numeral 142 del Código Procesal Penal ...Pese a que con la orden se afectaba el derecho a la privacidad del domicilio, la citada Jueza omitió toda ponderación respecto a la proporcionalidad del acto procesal solicitado. No analizó si el allanamiento en este caso era el mecanismo idóneo, necesario y proporcionado a la finalidad propuesta, ni indicó cuáles eran los motivos justificantes de la diligencia, no obstante tratarse de una medida excepcional que sólo debía emplearse cuando no existieran otros medios probatorios menos lesivos a los derechos fundamentales, para demostrar la delincuencia investigada. Ésta Cámara de Juzgadores comprende la importancia de la fundamentación como garantía para legitimar el ingreso a una morada, por ello cuando un juez penal incumple su deber de fundamentación de una orden de allanamiento, vulnera así mismo las garantías constitucionales contenidas en los artículos 23, 24 y 39 de la Constitución Política. ...El juez debe razonar, exponer cómo y por qué la medida se justifica, es necesaria, es idónea, es proporcional al fin que se pretende y cuáles son los márgenes en que la autorización se concede. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha analizado reiteradamente este tema, siendo que para los efectos de este fallo se trae a colación su resolución N°965-04 de las 9:50 horas del trece de agosto de dos mil cuatro,...

Caso concreto: M Jefe del Departamento Regional de Limón de la Policía de Control de Drogas y el Licenciado Freddy Quesada Román Fiscal Auxiliar de la Fiscalía de Siquirres, solicitaron en forma conjunta a la Jueza Penal de Siquirres, autorizara el allanamiento de la vivienda ubicada en Siquirres, La Francia, 250 metros al norte de la línea férrea, casa de madera sin pintar, rodeada de malla con alambre navajo, expusieron los resultados obtenidos hasta ese momento en la investigación en curso realizada por la policía de control de drogas, que a su criterio justificaban autorizar el ingreso a la vivienda de los sujetos investigados. Además, solicitaron marcaje de billetes e individualizaron los oficiales de la policía que ingresarían al sitio (cfr. solicitud de allanamiento folios 39 a 59). Con esta solicitud, la jueza penal emitió la resolución de las diez horas del dieciocho de marzo del dos mil seis en la que autorizó el allanamiento, registro, secuestro, requisa e identificación de billetes (cfr. resolución de folios 63 a 85), resolución en la que, tal y como lo reclama la defensora, la jueza penal hizo una transcripción literal de la solicitud para de seguido autorizar el ingreso, señalando únicamente en diez renglones y medio, como “fundamento” de su autorización y que no es copiado de la solicitud fiscal, lo siguiente: “Efectivamente considera esta autoridad se hacen necesarias las diligencias solicitadas por el señor fiscal el día de hoy ya que la investigación ha terminado y la investigada le manifestó a la agente encubierta que iba a dejar la venta de droga porque ya le “olía a cárcel”, por lo que se sustenta la emergencia con que se actúa con el fin de corroborar los indicios claros de que en el lugar se desarrolla un actividad ilícita y además allegar mas elementos probatorios, realizar de ser procedente las detenciones correspondientes, detener la comisión del ilícito, decomisar droga y evidencias relacionadas con el ilícito, dado que es evidente que en tal inmueble con probabilidad se esté desarrollando una actividad de narcotráfico indiscriminado, ello por cuanto las compras controladas fueron positivas.” (sic) De la lectura de dicha resolución no puede desprenderse cuánto razonó la juzgadora y cómo valoró todos los requisitos constitucionales y legales, tampoco se conocen razones suyas suficientes, aparte de las propias que expuso el fiscal al solicitar la orden, que justificaron que la juzgadora autorizara el ingreso a esa vivienda; tampoco valoró la existencia de indicios comprobados que pareciera si señaló la solicitud fiscal, simplemente los transcribió, sin que se sepa si la juzgadora las hizo suyas o si las consideró suficientes; tampoco cómo se pondera la idoneidad de la medida, su necesidad, la proporcionalidad de cara a los resultados que se pretendían y cuáles son éstos; en fin, no se conoce de qué forma la jueza controló los presupuestos y la viabilidad de la solicitud del fiscal, la que simplemente acogió sin mayor valoración. Es decir, se hizo precisamente lo que el sistema trata de evitar, que el juez penal se convierta en un simple tramitador de solicitudes fiscales, antes que del contralor de su legalidad, también su viabilidad. No se trata de valorar si existían razones suficientes para

autorizar el ingreso, sino si éstas fueron puntualmente razonadas por la jueza, que es otra cosa y el punto medular para considerar válida o no la actuación. Así las cosas, lleva razón la defensora y la diligencia de allanamiento, como el decomiso de las evidencias logradas gracias a su práctica son nulas por haber sido obtenidas en violación a un derecho fundamental y por ello, eliminadas del proceso, sin que puedan ser consideradas de ninguna forma en contra de los acusados."

(cfr. folios 588 a 591). A primera vista, el razonamiento del a quo es correcto, pero cuando se revisa el auto que declara ineficaz, visible a partir del folio 63, se observa que la sentencia no es acertada respecto a la ausencia de esta fundamentación. Véase que la orden inicia diciendo: "Vista la solicitud de Allanamiento, Registro, Secuestro de evidencias, requisa de personas presentes e identificación de billetes y monedas que hace el Lic. Freddy Quesada Román....con motivo del operativo procesal probatorio para el subsiguiente allanamiento del inmueble que se dirá, donde se ha comprobado indiciariamente que se lleva a cabo una actividad de venta de droga en su modalidad de cocaína base crack cc. Piedras y picadura de marihuana, solicitando además el registro, Secuestro, Inspección y Requisa, y la realización de una compra controlada el día 18 de marzo del 2006 del 2006, tomando en consideración los siguientes actos de investigación que evidencian la probabilidad de la comisión del ilícito...."

(cfr. folio 63). A partir de aquí, ciertamente se transcribe la motivación que incluyó el fiscal en su requerimiento de folio 41 a 58, pero no es ilegítimo hacerlo, pues dentro de los requerimientos del artículo 195 del Código Procesal Penal, se incluye que la autorización debe estar motivada, lo que ha sido entendido como la indicación de los indicios que hasta el momento justifican con gran probabilidad que se está frente a la comisión del delito por el cual se solicita y ordena el allanamiento. La introducción que hace la juzgadora para señalar los indicios recopilados en distintos informes y que fueron resumidos en la solicitud fiscal, establece que las razones que por las que se considera procedente el allanamiento es porque la actividad de venta de droga ha sido comprobada indiciariamente, y para explicar esta afirmación, retoma lo incluido en la solicitud fiscal, lo que no es una simple transcripción, sino parte de la prueba que influye en la decisión de aprobar el allanamiento y que debe ser puesta en conocimiento de las partes con el fin de que puedan ejercer las defensas que, procesalmente, estén autorizadas. Esta exposición, aunque sea una transcripción de la gestión fiscal, pertenece a la fundamentación de la solicitud, y por ello no puede desecharse tal y como lo hizo el Tribunal de sentencia. Es evidente que si las incluyó en su solicitud, las reconoció como indicios suficientes para ordenar el allanamiento, lo que no puede obviarse como erróneamente lo hacen los juzgadores. Ahora bien, a folio 83 la señora jueza resuelve, fundamentando con base en los indicios transcritos, lo siguiente: "Tomando en consideración y dada la Gravedad y urgencia del ilícito investigado, al poderse demostrar policialmente que efectivamente que (sic) L, se dedica a la actividad ilícita de venta de drogas de forma indiscriminada a cualquier persona que así se lo solicite, pues la oficial encubierta no era conocida por la investigada y a pesar de ello logró adquirir droga sin problema alguno y en repetidas ocasiones; además como se indicó anteriormente, el movimiento típico de venta de droga en la vivienda de la señora investigada es constante, ya que se ha observado la afluencia de consumidores ingresar a la vivienda utilizada por ésta como centro de operaciones para desplegar su actividad ilícita, manteniéndose cada persona escaso tiempo dentro de ella, así como también consumiendo la droga comprada en la vivienda en un parquecito, lesionándose con esta acción desplegada por ésta (sic) persona en investigación el bien jurídico tutelado -La Salud Pública- (sic). Efectivamente considera esta autoridad se hacen necesarias las diligencias solicitadas por el señor fiscal el día de hoy ya que la investigación ha terminado y la investigada le manifestó a la agente encubierta que iba a dejar la venta de droga porque ya le "olía a cárcel", por lo que se sustenta la emergencia con que se actúa con el fin de corroborar los indicios claros de que en el lugar se desarrolla un (sic) actividad ilícita y además allegar más elementos probatorios, realizar de ser procedente las detenciones correspondientes, detener la

comisión del ilícito, decomisar la droga y evidencias relacionadas con el ilícito, dado que es evidente que en tal inmueble con probabilidad se esté desarrollando una actividad de narcotráfico indiscriminada, ello por cuanto las compras controladas fueron positivas...Asímismo según artículos 193, 194 y 195 del C.P.P. por los motivos expuestos se ordena el ALLANAMIENTO del inmueble ubicado en"

(cfr. folio 83 a 84. El subrayado pertenece al original). De acuerdo con lo anterior, se ha podido corroborar que la jueza estableció las razones por las cuales debía allanarse la casa de la imputada I, señalando con claridad que en esa vivienda no sólo se almacenaba droga, sino que en ella se vendía, permitiéndose el ingreso de personas que consumían la droga en ese mismo sitio. La necesidad y proporcionalidad de la medida también están claras, pues aunque la jueza penal no lo expresa con estas mismas palabras, deja en evidencia que la imputada está a punto de dejar la actividad, y la investigación se volvería estéril; además, habiéndose determinado que en la casa era donde se almacenaba droga y se consumía ésta, era indispensable intervenir de esa forma la vivienda de la encartada. Finalmente, no existía una forma distinta de lograr el objetivo de la investigación, pues la encausada, según las investigaciones transcritas por la jueza y la fundamentación aludida líneas atrás, era en su casa era donde realizaba el giro comercial de droga, y sería ahí donde se encontraría la evidencia que se pretendía para demostrar la comisión del delito que se había investigado y sobre el que se tenían indicios comprobados mediante las precompras y las vigilancias. Por todo lo anterior, se concluye que la sentencia impugnada contiene los defectos señalados por la recurrente, en el tanto omite valorar correctamente la orden de allanamiento y la anula sin tomar en cuenta que ella sí posee una adecuada fundamentación, y, aunque ésta no tiene la extensión que pretende el Tribunal de juicio, resulta suficiente para satisfacer la garantía constitucional y legal que se protege a través de este tipo de procesos. Por todo lo anterior, se anula la sentencia impugnada, así como el debate que le precedió, ordenándose el respectivo juicio de reenvío, de manera que el mismo Tribunal con una integración distinta sustancie nuevamente la causa, en atención a los principios de objetividad e imparcialidad.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por la licenciada Maricris Soto Herrera, representante del Ministerio Público. En consecuencia, se anula la sentencia impugnada, así como el debate que le precedió, ordenándose el respectivo juicio de reenvío, de manera que el mismo Tribunal con una integración distinta sustancie nuevamente la causa, en atención a los principios de objetividad e imparcialidad. **NOTIFÍQUESE.** -

3. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA "PLAIN VIEW" CUANDO SE DECOMISA UN OBJETO NO PRETENDIDO EN LA ORDEN DE ALLANAMIENTO. NULIDAD EN CASO DONDE SE UTILIZAN CRITERIOS ANDROCÉNTRICOS PARA VINCULAR AL IMPUTADO CON EL DELITO.

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

"II.-Se declara parcialmente con lugar el recurso . Por referirse al mismo tema de valoración de prueba y fundamentación de la decisión, se abordan conjuntamente los anteriores "motivos" del recurso formulado. **i)** No encuentra fundamento el criterio del impugnante respecto de la ilegitimidad que pudo significar el decomiso del arma en un allanamiento ordenado con otro objetivo por otra investigación, por vulneración del artículo 23 de la

Constitución Política. Se tuvo por establecido que no era a Y. a quien se investigaba ni que tampoco ese bien (arma) era el que pretendía buscarse en la vivienda, pero esto no implica que la orden de allanamiento no alcanzaría a legitimar la incautación de una evidencia distinta de la que se previó encontrar. Como tesis de principio se apunta, en el recurso, que tal prueba fue obtenida ilícitamente porque no era el fin perseguido. Sin embargo, la doctrina sobre el tema ha desarrollado una serie de excepciones a esa regla, cuando se estima que, no obstante, la infracción constitucional, la prueba podría alcanzar validez, si concurren algunos supuestos, como la del hallazgo inevitable, la de la fuente independiente, la buena fe de los funcionarios de gobierno, o la simple percepción (*plain view doctrine*), que tienen la virtud de mostrar que, no obstante la vulneración constitucional, la prueba llegó a la policía, sin una infracción directa, y por mecanismos no buscados ni perseguidos ilegítimamente. En este caso, el fallo señaló que se dio un hallazgo inevitable pues, al allanar la vivienda, necesariamente se encontraría el arma, al estar expuesta y ser tan de gran tamaño y poderío, que no podía ser ignorada. En criterio de esta Cámara, no es esta tesis la que da validez a la prueba encontrada, y con ello fundamento a la sentencia, sino la doctrina de la simple percepción (*o plain view*), desarrollada en la justicia norteamericana, retomada por la jurisprudencia nacional, y que se adecua al caso, pues el ingreso a la vivienda, a los fines perseguidos, fue legítimo, y no puede exigirse a la autoridad que, ante un hecho como este, se desentienda en razón de que eso no era lo que se buscaba. Este tema ha sido discutido en la jurisprudencia, considerándose al respecto que se trata de una excepción a la prueba ilícita y por ello conserva validez la evidencia obtenida. En ese sentido ha señalado la Sala Tercera que la ampliación de la orden adquiere sentido en aquellos supuestos en los que, previamente definido el alcance de la diligencia a practicar, es decir, cuando de antemano se ha determinado, de manera concreta y específica, cuáles serán los objetos o documentos que se pretenden incautar, se advierta la necesidad de extender dicha actuación a otros que no estaban ahí comprendidos. *"De lo contrario, si a priori no era posible saber con exactitud y precisión qué elementos serían decomisados, y al practicarse la diligencia se encontraron evidencias que correspondían y resultaban esenciales para otra investigación, nada obstaba para que, conforme se hizo en este asunto, también se secuestraran."*

Incluso, si se asumiera que, en este caso, se omitió esa ampliación (la que en realidad no era obligatoria), aún el decomiso del arma resultaba, tanto lícito como legítimo y, así se incorporó al proceso. En lo que al tema de la prueba ilícita se refiere, dice la Sala, *"fue desarrollado por la jurisprudencia estadounidense bajo la "Teoría del Fruto del Árbol Envenenado", se llegaron a implementar algunas hipótesis en las cuales se limitaron los efectos derivados de una actuación irregular durante la investigación que implicaba una afectación de derechos fundamentales, es decir, se idearon algunas excepciones a la tradicional regla de exclusión, entre las cuales, atendiendo al caso que nos ocupa, destaca la doctrina " plain view": "(...) La orden de allanamiento debe ser determinada. Este requisito ... ha sido reconocido por la doctrina. El tema de la determinación de la orden de allanamiento también está expresamente consagrado en el derecho fundamental norteamericano. La cuarta enmienda otorga a la población el derecho a la seguridad en sus casas, personas, documentos y efectos contra registros y secuestros arbitrarios, exigiendo para la orden correspondiente una causa probable apoyada por juramento declaración solemne "que describa en particular el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o decomiso" (...) La determinación recae tanto sobre el lugar como sobre el fin que se persigue con la medida, el que se encuentra relacionado al proceso penal en el cual se ha librado la orden. Frecuentemente en la práctica se libra una orden de allanamiento con determinado fin, autorizando su diligenciamiento a la policía. Una vez que el comisionado ha ingresado al domicilio, es común que se encuentre ante evidencias inesperadas, ya sea relacionadas al hecho que se investiga en la causa que dio origen a la orden, a otra distinta, o incluso vinculadas a un ilícito del que nunca se había tomado conocimiento (...) La posición minoritaria*

considera violatoria de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, a toda actividad llevada a cabo en el allanamiento que no haya estado prevista en la orden o no haya sido admitida por una orden posterior (...) Mayoritariamente, en la jurisprudencia se da la tesis contraria, ya que convalida los actos realizados en exceso de lo previsto en la orden. Es decir, que permite valorar principalmente secuestros efectuados por la policía dentro de lugares cerrados, sin una orden de allanamiento previa que haya autorizado el ingreso para esa incautación en particular. La jurisprudencia es prolífica en la cuestión (...) La doctrina de la plain view, elaborada por la Corte Suprema Norteamericana, ha sido fuente directa de pronunciamientos en la materia de nuestro país (...) La plain view doctrine que acoge el pronunciamiento legítimo secuestros practicados sin la orden correspondiente, si los efectos se encontraran a plena vista, de manera evidente; es decir, cuando sea manifiesta la necesidad de proceder a su incautación. Cuando el comisionado “tropiece con ellos y existan causas razonables para secuestrarlos, debe hacerlo” (...) ya que en tal caso “no necesita desviar la mirada e ignorar lo que evidentemente tiene frente a él”, H. (M.), “Eficacia de la prueba ilícita y su derivadas en el proceso penal”, editorial AdHoc, Buenos Aires. 1ª edición, setiembre del 2002, pp 113 - 118). Como se colige de la anterior cita doctrinaria, el hallazgo de evidencias que no estaban incluidas previamente en la orden de allanamiento, aún y cuando ni siquiera se relacionen con la investigación que dio origen a la práctica de dicha diligencia, resulta legítimo si en ello medió una actuación policial transparente que podríamos llamar “de buena fe”, es decir, cuando los elementos inesperados estuvieren a simple vista o, durante el registro, se haya tropezado con ellos, a tal punto que resulte absurdo exigirle a las autoridades “cerrar los ojos” ante lo evidente. Debido a esto, el mismo autor ya citado explica las precisiones que se le han hecho a esta doctrina del plain view, veamos: “También un sector de la doctrina acepta los secuestros en exceso de lo previsto en la orden, sólo si median (sic) una serie de específicas circunstancias (...) si la policía ya encontró lo que buscaba o revisa lugares donde claramente no va a encontrar lo que claramente se le indicó que buscara, es claro que todo procedimiento que se siga a partir de allí significará un ataque a la privacidad de los individuos, que va más allá de lo que el juez que libró la orden de allanamiento ha autorizado” Ibidem, página 118. Como se ve, la tesis que nos ocupa no es irrestricta o ilimitada, pues en su base se mantiene esa actuación de buena fe de las autoridades que practican la diligencia, siendo que cuando aquella no está presente, obviamente estaremos en presencia de una actuación abusiva y arbitraria que atentaría contra el derecho fundamental a la privacidad e inviolabilidad del domicilio. Ello sucedería, por ejemplo (y conforme lo ejemplifica el mismo autor) en aquellas situaciones en las que se haya librado una orden de registro y secuestro para hallar e incautar un vehículo, y la policía buscara en armarios, gavetas, habitaciones, prendas (es decir, en sitios donde razonablemente no podría encontrarse el bien objeto de la diligencia), y gracias a ello se localicen otras evidencias, o cuando la orden se centra en la detención de un individuo, conseguida la cual se sigue registrando el lugar con igual resultado al anterior. Es claro que en tales supuestos no podría convalidarse ni legitimarse un hallazgo tal, pues se evidenciaría una actuación malintencionada y abusiva que vendría a menoscabar las garantías constitucionales reconocidas a favor de la ciudadanía. Con base en lo anterior, es claro que de las circunstancias que mediaron en el caso que nos ocupan, es decir, de la forma en que se llevó a cabo la diligencia de allanamiento que determinó el hallazgo e incautación de una copia de los cheques (...), así como la solicitud de servicio telefónico, no permitirían de ningún modo siquiera sugerir una actuación oscura y desleal de la policía (extremo que ni siquiera denuncia la defensa), lo que permitiría establecer la legitimidad de tales evidencias en la presente causa. En todo caso, y en lo que a esa solicitud de servicio telefónico se refiere, es claro que estarían ante la doctrina del hallazgo necesario o inevitable, ya receptada por la jurisprudencia de esta Sala (entre otros véase el voto Nº 1252001, de las 10:36 horas del 02/02/2001), pues si no se hubiese contado con esa información la misma fácilmente se hubiese obtenido lícitamente a partir de los registros que maneja el Instituto Costarricense de Electricidad, en su área de telecomunicaciones. Asimismo, en relación a este tema concreto que nos ocupa, en casos con

alguna semejanza la jurisprudencia de esta Sala ha tenido la oportunidad de señalar lo siguiente: "la licenciada (...) expresa en el primer aparte del único motivo de su recurso (...) que la sentencia de mérito se funda en prueba ilegítima. Sostiene que el tribunal a quo admitió parte de los datos obtenidos a través de las intervenciones telefónicas practicadas en este asunto, violando con ello el debido proceso y el principio de legalidad, ya que las utilizó para asentar conclusiones respecto del delito de homicidio, cuando en la fecha en que se ejecutaron la ley no las autorizaba para investigar ese tipo de delincuencias (...). Es cierto, como lo apuntan los defensores, que al realizarse las intervenciones de las comunicaciones en este asunto, la ley de registro, secuestro y examen de documentos privados no contemplaba aún la posibilidad de que las medidas interceptoras tuviesen como propósito investigar delitos como el homicidio u otros distintos de los que, taxativamente, señaló el legislador (secuestro extorsivo y los que describe la ley sobre estupefacientes) (...) El extremo debe resolverse, cual lo hizo el a quo, con arreglo a la jurisprudencia constitucional que ya existe sobre el tema y, en particular, el fallo Número 157196 de 12:36 horas de 29 de marzo de 1996 –también citado por los jueces de mérito que dispuso: "II. Debe iniciarse el estudio del caso concreto con un análisis respecto de la posibilidad de utilizar, para efectos disciplinarios, los conocimientos obtenidos por medio de la intervención telefónica que se realizara con la finalidad de investigar un delito de tráfico de drogas. En primer lugar, es necesario indicar que la facultad de autorizar una intervención telefónica está limitada a la investigación de cierto tipo de delitos previamente seleccionados por el legislador, los que en nuestro país están indicados en forma taxativa en el artículo 9 de la Ley No.7425 de 9 de agosto de 1994 (...) Esta delimitación realizada por el legislador constituye, sin lugar a dudas, un criterio objetivo de proporcionalidad entre el hecho que se pretende investigar, frente a la lesión que, con la autorización, se produce respecto del derecho fundamental que tienen las personas, al secreto de las comunicaciones contenido en el numeral 24 de la Constitución Política, lo que, necesariamente debe ser así, puesto que no es posible que se lesione ese derecho fundamental bajo cualquier pretexto. Sin embargo, sí debe indicarse que, el hecho de que exista tal criterio objetivo de proporcionalidad y que sólo se pretendan registrar las conversaciones de utilidad para la causa delictiva que se investiga, no significa que no se vayan a dar lo que, en doctrina, se han llamado "descubrimientos casuales", que se refieren precisamente al encuentro a partir de la intervención de diversas situaciones como serían: a) hechos delictivos del acusado distintos del que motivó la intervención; b) hechos delictivos de un tercero no autor ni partícipe del delito investigado, pero relacionados con éste; c) hechos delictivos de un tercero pero sin relación alguna con el delito investigado; d) conocimientos provenientes de un tercero, pero relacionados con el hecho investigado; e) conocimientos que provienen de un tercero que se refieren a un hecho delictivo distinto del investigado. Desde esta perspectiva, si bien no se podría eliminar el conocimiento obtenido a partir de esos descubrimientos casuales, también es lo cierto que ello no implica que ese conocimiento no pueda ser tomado en cuenta como "notitia criminis", de modo tal que, a partir de ese conocimiento fortuito, el juzgador podría iniciar una investigación independiente sobre ese nuevo hecho en la que no podría de ningún modo, incluir las intervenciones a partir de las cuales obtuvo esa noticia." (Sentencia 2003-0776. Esta tesis ha sido reiterada en las sentencias Nº 2003-0900, 2006-0271, 2005-0219, todas de la Sala Tercera). Esta Cámara coincide en que no puede sancionarse a la autoridad por encontrar y procesar evidencia que fue hallada por mera casualidad y que en consecuencia es válida y puede ser usada en el proceso. No obstante que no se ha detectado ilegitimidad en la obtención del arma prohibida base de esta investigación, corresponde acoger, parcialmente, el recurso por la ausencia de elementos de juicio unívocos que permitieran establecer que el justiciable Y. es autor del delito que se le atribuyó. **ii)** Los hechos que dieron origen a este proceso tienen relación con una investigación que la Policía Judicial seguía en contra del hermano del imputado, de nombre P., por el posible delito de robo agravado y, como diligencia de investigación se solicitó y ordenó un allanamiento en la casa del encartado Y. (causa penal 13-001209-0063-PE). En la sentencia oral impugnada, a partir del contador 22:04:34 del archivo digital c0003130709220420, luego de

identificar a las partes y narrar los hechos acusados, el Tribunal tuvo por acreditado que, al practicarse el allanamiento el 24 de junio de 2013, se encontró en dicha vivienda un arma de fuego calibre 5.56 tipo R15 con cargador y 29 municiones en el cargador, la cual es catalogada como prohibida por la Ley de Armas. Que esta fue localizada en una silla de un cuarto de la casa y, sobre esa base, se tuvo por demostrada su tenencia por parte del encartado, a quien se le condenó por la posesión de armas prohibidas. Para llegar a esa conclusión se valoró la declaración L., Investigador Judicial, quien participó en el allanamiento e ingresó a la vivienda del encartado y dijo que iniciaron la revisión de la vivienda y, en un cuarto, sobre una silla, al lado de la cama, encontraron un arma R15, calibre 5.56 que, al manipularla, detectaron que no tenía puesto el seguro y que dentro de su recámara tenía un cartucho completo y un cargador con 29 municiones. También se analizó la declaración de N., quien indicó que lo decomisado correspondía a un fusil de asalto, calibre 5.56 parecida a la M16, semiautomático, funcionaba (pues fue disparada) y tenía un cartucho colocado. Sobre el tipo de arma, el dictamen pericial (cfr. f. 20-21), ratificado por el oficial N., señaló que se encuentra en perfecto estado de funcionamiento y que no puede inscribirse porque tiene capacidad para 30 cartuchos, y sólo es permitido a los ciudadanos inscribir y portar aquellas con un máximo de 10. Como documental se incorporó el informe policial que da cuenta del allanamiento realizado y el hallazgo de aquel objeto en casa del encartado, listo para disparar, sin seguro y que el justiciable no tenía permiso de portación (cfr. f. 8-10). Para el Tribunal de juicio la declaración de L. fue esencial porque, con su testimonio estableció, sin lugar a dudas, que el arma estaba sobre una silla, con tiro en la recámara, y a simple vista, dispuesta para disparar, y que al ser justiciable el propietario de la vivienda y convivir con su familia allí, conocía de su existencia. Se agregó, además, que alguien debió prepararlo, siendo imposible que el encartado no tuviera conocimiento de su existencia. Lo condena en calidad de "Jefe de la casa", porque era quien tenía el derecho de "decidir que ingresa y que no ingresa a la casa" y, subjetivamente, el Tribunal señaló que, por la dimensión del arma, de su poderío y estar cargada, debía ejercerse sobre la misma una supervisión, debido al peligro que representaba para los menores de edad (cfr. secuencia 22:10:42). Esta Cámara ha examinado el fallo a la luz de las probanzas incorporadas y de los fundamentos del recurso de apelación, estimándose que, sobre este extremo del recurso, le asiste razón al impugnante, por las siguientes consideraciones. La prueba incorporada reveló que, efectivamente, el arma estaba cubierta con alguna ropa de la familia, que por la naturaleza del bien, de gran poder ofensivo, cargada y lista para disparar y ser una vivienda pequeña en la que el acusado habitaba con su familia, tuvo la posibilidad de conocer de su existencia. No obstante, tales indicios no son unívocos, y no permiten establecer, con la certeza necesaria, que Y. era quien poseía el arma ilegal decomisada en su casa de habitación sino que, válidamente puede presumirse que pudo ser de otra persona, incluso de su hermano, quien no fue detenido en el lugar pero se le buscó en esa casa, tan es así que su causa penal justificó la diligencia en la que se logró este hallazgo. Así queda claro que el allanamiento practicado no se dirigía a investigar al encartado, y lo que se buscaba eran bienes diferentes, sobre un eventual robo en que figuraba como sospechosa otra persona, lo cual, si bien no invalida la obtención de la prueba, primero, porque se actuó dentro del marco de legalidad, en el tanto se ingresó a la vivienda con una orden emitida por la autoridad jurisdiccional competente, y se ejecutó en forma correcta, dejando constancia de las actuaciones realizadas, lo cierto es que revela que en esa casa habían más personas, también hombres -para seguir la línea del Tribunal- que pudieron tener control y disposición del objeto. La posibilidad de que el arma fuera del acusado se diluyó pues, desde el inicio, se buscaba a otra persona, que no correspondía a los hijos o esposa del acusado, en esa misma vivienda. Por otro lado, no se concuerda con el juzgador cuando justifica su vinculación con el hecho, a partir de que él era el "Jefe de la casa" y que, por esa razón, debía saber, o decidir, sobre lo que entra o sale del hogar, en tanto es una afirmación androcéntrica que fortalece un sistema patriarcal e invisibiliza a los demás habitantes de la casa. Además, desde ningún punto de vista esa condición permite establecer que él conocía plenamente la existencia del arma en su casa y, en

todo caso, eso sería casi como una responsabilidad objetiva, invalida en el Derecho Penal. Por otro lado, "saber" o "conocer" de la existencia de ese objeto no implicaba, necesariamente, su tenencia ilícita y aunque ese "saber" bien puede constituir otro delito (vgr. de encubrimiento), en este caso no se acusó. Bajo esas circunstancias, aun cuando esta Cámara ha estimado que la solicitud de absolutoria planteada por la Fiscalía no es vinculante, en este caso, al igual que la Defensa, llevan razón en sus argumentos cuando señalan que el que el encartado fuera dueño del inmueble no significaba que fuera responsable del arma, ya que en el sitio se encontraban otras personas y la prueba recibida en el juicio fue insuficiente para despejar alguna duda al respecto, por lo que este reclamo debe acogerse y, en consecuencia, en aplicación del principio *in dubio pro reo* debe absolverse de toda pena y responsabilidad a Y. Por lo tanto, se acoge parcialmente el recurso planteado, se revoca lo resuelto y, aplicación del principio *in dubio pro reo* se absuelve de toda pena y responsabilidad a Y. del delito de tenencia de arma prohibida que se le atribuyó. Se mantiene incólume el comiso y la absolutoria dispuesta por el delito de uso ilegal de uniformes, insignias o dispositivos policiales."

4. ALCANCES DE LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN DE LA ORDEN

[Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia]^{iv}

Voto de mayoría

Mediante escrito agregado de folio 998 a 1052, el privado de libertad, H, solicita la revisión del fallo número 1159-2006, dictado por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, a las 16:00 horas, del 10 de noviembre de 2006. Mediante el mismo, se le impuso dieciséis años de prisión, por dos delitos de robo agravado, en daño de W y R. Resultó parcialmente admitido para su conocimiento de fondo, el primer motivo del procedimiento incoado, en el que se alega violación al debido proceso por incorporación de prueba ilegítima y falta de defensa técnica efectiva: Hace ver el sentenciado, que el procedimiento seguido para la toma de los datos previos al reconocimiento físico en rueda de personas, es anómalo. Explica que si se observan las respectivas actas (fs. 281, 283, 284 y 285), los datos previos del testigo G fueron tomados a las 8:45 horas, misma hora en la que, según el acta, fueron tomados los datos previos al testigo A. Los datos previos correspondientes al testigo J, según el acta de folio 285, fueron tomados tan sólo un minuto antes que los dos anteriores, y a las 9:00 horas, acorde con el acta, fueron tomados los datos previos a W. Además, resalta que los testigos fueron citados para la diligencia a las 9:00 horas, lo que sumado a la situación anterior de los tiempos, implica que la defensora particular, licenciada Violeta Bonilla, no se encontraba presente en la toma de datos, legitimando con su rúbrica la actuación ilegítima. Considera el gestionante que lo consignado en las actas responde a "machotes", que contribuyeron a dar apariencia de cumplimiento al requisito legal, y que además, por tomarse los datos en forma simultánea, la prueba se contaminó, ya que los deponentes tuvieron la oportunidad "...de conocerse entre sí e intercambiar opiniones acerca de la fisonomía o particularidades de sus atacantes, contaminando el proceso en esta etapa..." (f. 1001). Indica que lo consignado a folios 131, 133 y 307 del expediente, es prueba de que los testigos fueron citados y se presentaron una hora antes de la hora señalada para el reconocimiento en rueda de personas. Explica además, que la continuidad de la diligencia de reconocimiento se vio afectada por la suspensión de dicho acto, para realizar la inspección ocular de un vehículo, con la anuencia de la defensa (ver fs. 309 y 310), con lo que los denunciados quedaron "...fuera de todo control que permitiera asegurar que no se comunicaran entre sí..." (f. 1003) entre las 9:00 horas y las 15:00 horas del mismo día, cuando se reanudó la diligencia de reconocimiento. Además, la inspección ocular inició sin la presencia de la defensora, pero con su total anuencia. Además, al

reiniciar la diligencia de reconocimiento, no se consigna si los testigos fueron debidamente juramentados (fs. 287-302). Además, siguiendo la cronología de las actas de reconocimiento, los imputados W y L fueron reconocidos en forma simultánea por los deponentes G y J. A su parecer, las actas correspondientes a los reconocimientos realizados por el testigo G, se alteraron en su hora de realización, y lo mismo ocurrió con el testigo S, lo que “...permite inferir que en todos los casos este denunciante y G entraron juntos a efectuar la práctica judicial...” (f. 1005). A partir de lo anterior, queda demostrada la anuencia de la defensora para que los testigos S y A, realizaron en forma conjunta el reconocimiento de dos de los cuatro encartados, quedando en duda (por alteración de actas), si lo mismo sucedió con los acusados M y A. Estima que la perfecta sincronización en cuanto a tiempo de duración del reconocimiento de cada imputado, resulta sospechosa. Además, estima muy cortos los intervalos existentes entre el reconocimiento de uno y otro justiciable, “...considerando la dinámica empleada para cada traslado desde la zona de celdas que se encuentran en el sótano del edificio de Tribunales del Primer Circuito Judicial de San José hasta el mezanine de ese mismo edificio en donde se efectuó el reconocimiento...” (f. 1006), así como el protocolo a seguir. Indica que las mismas circunstancias expuestas, en cuanto al reducido tiempo entre los reconocimientos de uno y otro imputado, ocurre también respecto de los reconocimientos físicos efectuados por los testigos R y C. Explica que el deber de mantener comunicados a los testigos durante la realización de diligencias probatorias, fue incumplido también en relación con los reconocimientos fotográficos. Además, al tenerse al sindicado como posible partícipe de los hechos investigados, debió haberse invitado a un defensor técnico a representarle en los actos de reconocimiento fotográfico realizados por los testigos C y A. **No asiste razón al requirente:** A partir de las horas consignadas en las actas de toma de datos previos, a los testigos llamados a la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, el sindicado realiza una cadena de presunciones destinadas a establecer que los datos allí consignados no fueron realmente aportados por los testigos, que en dicha diligencia no participó la defensora técnica de M, y además, que durante el tiempo en que fue suspendida la diligencia de reconocimiento, los testigos tuvieron ocasión de comentar detalles sobre la apariencia física de los imputados, lo que torna ilegítima la prueba. Ciertamente se comprueba que la fecha y hora ubicada en el encabezado de las actas de “identificación previa para reconocimiento físico” (fs. 281 a 286), son muy próximas entre sí. Sin embargo, es usual que en el caso de la recepción de dos o más testigos, varios auxiliares de la misma oficina se distribuyan el levantamiento de las actas, o bien que un mismo auxiliar tenga listas las plantillas (junto con su encabezado), cambiando los datos diferenciadores conforme se suceden los testigos. Por ello no es posible establecer, a partir del dato de la hora del encabezado, que en todo caso fue aportado por uno o varios funcionarios judiciales, en algún momento o con una exactitud que no es posible precisar, datos como la imposibilidad del fiscal de realizar las advertencias de ley, o su ausencia, así como la de la defensora particular, en el momento en que se recibe la información de interés de los testigos. Tómese en cuenta que lo que se consigna en el encabezado, es el momento en que inicia la diligencia o bien, en la que se abre el documento con los datos del encabezado. En otras palabras, el sindicado afinca sus alegatos en una presunción que no tiene asidero probatorio, cual es que la hora consignada encabezado brinda información útil sobre la duración de la toma de datos de cada acta. Como ya se dijo, por la práctica judicial, dicha inferencia no es cierta. Discute asimismo el sindicado, que el señalamiento para la práctica del reconocimiento fue a las 9:00 horas, y en tanto que en algunas de las actas se lee como hora de inicio de la toma de datos previos, las 8:45 horas de ese mismo día. Sin embargo, en las actas se consigna que la toma de datos fue realizada en presencia de la licenciada Violeta Bonilla Rojas, defensora particular de H y otros de los encartados (por error en las actas se indica que se trataba de una defensora pública), amén de que cada una de las actas se encuentra rubricada por ella. Es así que los reparos del justiciable tienen sustento en inferencias erróneas, y presunciones suyas: que la defensora no podía haber llegado a la oficina judicial minutos antes de la hora señalada, o que pese a indicarse su participación en la

toma de datos previos, esto no es cierto. Además, la participación activa de la defensora en la toma de datos previos, se hace evidente en las preguntas suyas que se consignan en las actas de folios 284-286, que resultan ser las que se tomaron a horas más tempranas. Discute asimismo el requirente que no es suficiente el lapso existente en entre uno y otro reconocimiento, y que si se analizan las horas de reconocimiento, varios testigos habrían reconocido un mismo encartado a la vez. Por las mismas razones que se señalaron supra (por ejemplo, la preparación previa de los encabezados del acta de reconocimiento, o falta de exactitud en cuanto a dicho dato), no es posible tener como ciertas las afirmaciones que realiza el sindicado. La posible “contaminación” de la prueba en razón de haberse suspendido la diligencia, tampoco es de recibo, más aún si no se establece agravio más allá de lo dificultoso que sería, en cada caso, hacer el traslado desde celdas de los imputados y descartes. Además, se echa de menos el agravio y si alguna duda surgía en la defensa técnica o material, sobre la forma cómo fueron ubicados o conducidos los descartes, u otras situaciones de interés, tal y como si tuvieron contacto visual con ellos previo a la diligencia de reconocimiento, por vía directa o en imágenes transmitidas por algún medio de comunicación, ello pudo haber sido preguntado por la parte interesada a los testigos en el acto mismo de la toma de datos o posteriormente en el contradictorio. Ello ocurrió en relación con los testigos A y J, quienes hicieron ver (y así se consignó en el acta respectiva, fs. 284 vto. y 286 fte.) que previo a la diligencia, un agente del Organismo de Investigación Judicial, les había mostrado un video del sospechoso dentro del banco. La presencia de varios de los testigos en el mismos edificio u oficina judicial, antes de la realización del reconocimiento, no permite inferir que los reconocimientos positivos, sean producto de sugerencias o intercambio de información sobre las características físicas de los sospechosos. La legitimidad del acto de reconocimiento, por demás, no depende de la circunstancia de que los testigos se hayan mantenido incomunicados entre sí, en el tiempo previo al reconocimiento, lo que en todo caso es imposible, si se toma en cuenta que, en lo que resulta de interés, uno de los testigos es subalterno del otro (caso Farolito), y en el asunto en que figura como ofendida R, el otro testigo presencial es marido de esta. Lo que interesa no es impedir que los testigos puedan relacionarse entre sí, sino comprobar que el reconocimiento que se realice, provenga de la imagen que guardaba en su mente cada testigo, y no de una sugestión o indicación concreta. En este punto, la falta absoluta de gravamen respecto al vicio sugerido, se comprueba por la circunstancia de que la testigo R reconoció al sujeto que le apunta directamente a ella, en cambio que su marido pudo reconocer más bien a W, quien fue el sujeto que lo abordó a él directamente. Con respecto al robo en el que resultó perjudicado W, solamente éste reconoció a H, en tanto que su acompañante en ese momento dentro del vehículo, no pudo reconocer a ninguno de los sujetos. Ahora bien, en cuanto a los reconocimientos fotográficos, los mismos fueron válidamente realizados por la policía, sin presencia de defensor técnico, por cuanto se trata de actos de investigación tendientes a averiguar la identidad de los autores de los delitos investigados. Nótese que según las actas de reconocimiento fotográfico, los actos probatorios en sede policial se realizaron, en lo que atañe a H, el 14 de marzo (fs. 39-40), y contribuyeron precisamente a brindar un indicio inicial de su participación en los ilícitos. Al no haber sido H señalado como sospechoso para ese momento, no tenía carácter de imputado en los términos del artículo 81 del Código Procesal Penal y por dicho motivo, la realización de la diligencia probatoria en sede policial sin la presencia de defensa técnica, no es violatoria del debido proceso. Finalmente, las actas de inspección ocular, rubricadas también por la defensora Bonilla Rojas, consignan que con su venia, el acto se inició sin su presencia, pues ella indicó que se haría presente “...minutos de iniciada esta diligencia...” (f. 310), lo que efectivamente ocurrió, según se consigna en la misma acta. El dato con utilidad probatoria que se obtuvo a partir de dicha diligencia, fue la descripción del automotor, el que se asocia con el vehículo que, en tomas de video de una de las entidades bancarias, se aprecia en las afueras de uno de los bancos en los que se puede apreciar a H, observando con atención a quien sería su próxima víctima. No se aprecia que el retraso de trece minutos de la defensora técnica, relación con la

hora de inicio de la inspección ocular, tenga incidencia alguna en la vinculación del vehículo con dicho encartado, o en la determinación de las características externas del mismo, y por dicho motivo, el reparo no tiene las consecuencias que le abona el peticionario. En virtud de las razones anteriormente expuestas, corresponde declarar **sin lugar** el presente motivo de revisión, por incorporación de prueba ilegítima y falta de defensa técnica efectiva.

II .- Del tercer motivo de revisión (se omite mención del segundo motivo porque no se admitió), se reservó parcialmente para su conocimiento de fondo, la queja por infracción al debido proceso, “por no valoración de elementos probatorios admitidos para el debate e infracción a las reglas de la sana crítica racional”. Del presente motivo, se admitió únicamente en parte, el segundo apartado del reproche, consistente en falta de motivación de la condena, por sustentarse la misma en frases dogmáticas. Indica que en lugar de fundamentar la condena de cada uno de los encartados, el *a quo* recurre a la transcripción del dicho de los testigos, eludiendo el deber de valorar la prueba admitida. Llama la atención sobre el uso de lenguaje que es más propio de terminología policial, por parte de los testigos, lo que a su juicio es evidencia de manipulación de la prueba. Indica además, que se utiliza el mismo razonamiento para sustentar la condena por el hecho cometido en daño de R, y el cometido en perjuicio de W. **El reclamo se declara sin lugar:** No se observa que el Tribunal haya incumplido la exigencia de fundamentación probatoria intelectual, sea por la vía de reiterar únicamente lo manifestado por los testigos, sin analizarlo, o a través del uso de lo que el requirente denomina frases dogmáticas. La condena de los ofendidos W (caso Farolito) y A (caso Ticoburguesa), la sustenta el Tribunal en el reconocimiento en rueda de personas realizado por los ofendidos, así como su reiteración de dicho reconocimiento en sala de debate, ya que en el mismo, ambos sindicados identificaron a H, como uno de los sujetos que los asaltaron, con uso de arma de fuego. Los jueces también analizan en el fallo, que en el reconocimiento en rueda de personas, ambas víctimas pusieron de manifiesto que H no tenía barba en el momento del suceso, y ello explica, a ojos del *a quo*, que el testigo C haya encontrado parecido en un 70% durante el reconocimiento en rueda de personas (f. 601), y el mismo detalle se hace ver en relación con la co-afectada A, quien expresó en dicha diligencia que encontraba a H parecido al sujeto que le apuntaba con el arma (cfr. f. 606). En ambos robos, existe un testigo presencial que brinda respaldo a lo sucedido, en cuanto a su dinámica, pero que no logró reconocer a H como uno de los implicados. En el caso de C, los juzgadores refieren que el testigo G explicó que después de sacar del banco varios millones de colones para el pago del aguinaldo, su jefe, el ofendido W, lo fue a recoger a la entidad bancaria, y poco después en el camino de regreso a la oficina, fueron interceptados por varios sujetos a bordo de un vehículo, que uno de ellos descendió del automotor y apuntándoles con un arma, los obligó a entregarles el dinero (fs. 604-605). En relación con la ofendida R, C indicó que luego de que él y su esposa, A, ingresaran a un local de Ticoburguesas, entraron tres sujetos armados y les despojaron de sus objetos de valor y del dinero que acababan de cambiar en el Banco Nacional de Curridabat. El Tribunal resalta que debido al impacto de un evento como el que ocurrió, es normal que los testigos enfoquen su atención en algunos aspectos y no en otros. Al respecto se apunta en sentencia: *“...bien pudo ser que el señor G no determinara a este imputado al momento del hecho, pues estaban siendo abordados por tres sujetos y además, sí reconoce a otro de los coimputados (W)...como el que lo apuntaba al momento del hecho, razón por la cual es dable pensar que mientras estaba siendo apuntado no logró ver al sujeto que apuntaba a su compañera...”* (fs. 667-668). Continúa el *a quo* exponiendo que en el caso en que resultó afectada R, se suma un indicio a los anteriores, y es el video de seguridad del Banco Nacional, del que se extrae que minutos antes del robo, detrás de la ofendida, haciendo fila en la caja, se encontraba el sindicado H, lo que a ojos de los jueces, unido a los restantes elementos probatorios, confirma la tesis de que los sindicados habrían seguido a la afectada desde el banco hasta el local de comidas rápidas, para asaltarla (ver fs. 609-610). Como puede apreciarse, existen similitudes en cuanto a los elementos probatorios a considerar en ambos robos, como el reconocimiento

de H sólo por parte de uno de los dos testigos presenciales de cada delito, y la alusión que ambos hacen a la barba como una variación del aspecto físico que presentaba el endilgado al momento del suceso, y en el reconocimiento en rueda de personas. Pero ello no significa que exista falta de motivación intelectual, pues los jueces analizaron las particularidades de cada asunto, sin dejar de mencionar algún aspecto de interés para la averiguación de la verdad. La indicación de que la testigo miente, por usar terminología que no es propia de las mujeres, sino del ámbito policial, o al menos de *“hombres, sobre todo los que tiene (sic) estrato social bajo”* (f. 1035) tal y como la indicación de partes del arma, o los términos *“encañonar”*, *“apuntar”* o *“disparar”* (ibid), no sólo resultan discriminatorias por género, sino infundadas, pues parte de la suposición sin sustento de que, previo al debate, o de resultar *“contaminada”* por su contacto con los policías judiciales, la testigo desconocía dichos términos. Ocurre lo mismo con la indicación de que la forma de expresarse del co-ofendido W es muy similar a la utilizada por policías judiciales, y por esa vía, tampoco es de recibo la probabilidad de que la forma de expresarse en debate de los testigos, sea indicativa de haber sido aleccionados por el oficial M, o cualquier otro agente policial. El análisis integral de la prueba, permitió en el caso de ambos ofendidos, llegar a la conclusión de que C y A habían dicho la verdad, al indicar que reconocían a H como uno de sus atacantes, y por ello, se **rechazan** los alegatos contenido en el segundo motivo de la revisión incoada.

III.- Finalmente, se admitió el cuarto motivo de revisión, en el que se alega actividad procesal defectuosa de la resolución que dispuso el allanamiento en la vivienda de la encartado H. Explica, que la resolución emitida por el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José, a las 16:45 horas, del 20 de abril de 2006, fue sustraída de la prueba que debía ponderar el *a quo*, y que de haberla analizado, se habría concluido que entre la solicitud del Ministerio Público y el dictado de la orden de allanamiento, transcurrieron tan solo seis minutos, lo que significó que la jueza no habría tenido ocasión de revisar –como correspondía – la prueba existente y en consecuencia, no se fundamentó debidamente la orden. Hace notar que la solicitud de allanamiento, se presentó a las 16:19 horas, del 20 de abril de 2006, en el tanto la orden de allanamiento se emite a las 16:25 horas de ese mismo día (cfr. f. 55). Refiere que la jueza transcribió literalmente los hechos, tal cual eran contenidos en el requerimiento fiscal. Además, que repitió frases consignadas en la solicitud de realización de la diligencia, que se menciona la prueba descrita en los informes, pero no se entró realmente a conocer el contenido de la misma. Aduce que *“...el domicilio del suscrito no necesariamente debía ser allanado, puesto que la investigación no había concluido ni arrojado certeza sobre la participación y división de funciones de los imputados...”* (f. 1150). Solicita el privado de libertad, que se incorporen la solicitud y orden de allanamiento, a fin de determinar *“...el incumplimiento de la jueza otorgante de su deber de garantizar los derechos constitucionales de los afectados...”* (f. 1051). **No ha lugar el reproche:** Gran parte de los reparos del requirente, parten de una suposición, la cual consiste en que la hora consignada en la resolución que autorizó la práctica del allanamiento, es la hora en que la misma fue finalizada, o entregada al fiscal. No obstante, en la regularidad de los casos, la práctica judicial consiste en consignar en el encabezado del escrito, precisamente al dar inicio a su redacción, la hora y fecha de la resolución, continuando con su desarrollo, sin que al finalizar se acostumbre regresar al encabezado y cambiar la hora inicialmente fijada. Por dicha razón de orden práctico, no son de recibo las alegaciones de premura en el dictado de la orden, y su consecuencia, la imposibilidad material de la juez de garantías, para realizar un verdadero examen de las circunstancias particulares del caso. Ahora bien, en lo que toca a la fundamentación de la orden, es cierto que esta Sala ha mantenido que *“...los suscritos **no avalan las resoluciones en las que los Jueces simplemente sustituyen sus propias valoraciones con una remisión a la solicitud de las partes** . Lo que se exige - porque así lo demanda la normativa constitucional y legal - es que los Juzgadores cumplan con la obligación de analizar la solicitud y consignar las razones por las que las consideran apropiadas. Al*

respecto, no pueden dictarse reglas. Lo que sí debe quedar claro es, que la Sala ni pretende que el Juez en la orden escriba nuevamente, con sus propias palabras, la relación de hechos que menciona la solicitud de allanamiento, o bien que ofrezca justificaciones adicionales para practicar la diligencia, si es que no hay más que las indicadas en la gestión de la parte. Lo único que se espera es, que se cumpla con el artículo 142 del Código Procesal Penal y como consecuencia, que el Juez manifieste de manera expresa y con la extensión requerida, por qué hace suyos los argumentos expuestos en la solicitud y por qué la diligencia - en el caso concreto - resulta proporcional a los fines perseguidos...” (Sala Tercera, número 165, de las 9:30 horas, del 11 de marzo de 2005. El resaltado corresponde al texto original). El examen de la orden de allanamiento (fs. 55 a 60), permite concluir que, si bien se transcribió la relación de hechos, no se señaló la existencia de prueba adicional a la señalada por el fiscal, y se hizo alusión a algunas de los mismos términos referidos por ésta en su solicitud, en realidad nada de ello significa una vulneración al deber de motivación. Se ha reiterado en nuestra jurisprudencia, que el requerimiento constitucional se cumple no por lo novedoso de las referencias y del estilo de la redacción, sino en razón de que se verifique que los datos aportados por el Ministerio Público, que resulten de interés, fueron sometidos a análisis por parte del juez de garantías, y en ese tanto explique por qué estima razonable la vulneración al derecho a la intimidad, a la luz de las circunstancias particulares del caso. En este orden de ideas, puede verificarse a folio 57 del expediente, que la juzgadora indicó que los elementos de convicción que apuntaban hacia H como posible autor del hecho resultaban suficientes, indica sobre este particular, la existencia de denuncias y fotografías obtenidas de los videos de seguridad de las agencias bancarias, en las que se observa a H dentro del banco, “realizando esperas en el sitio por varios minutos”, lo que encaja dentro del modus operandi con el que se sospecha actuaba el grupo criminal en cuestión (cfr. f. 58). Señala que además dos de los ofendidos reconocieron a H y al co-encartado M “como partícipes de los hechos ocurridos en su perjuicio” (f. 58), y que un vehículo observado en los videos, se asocia con el que, en videos y vigilancias, se señala como conducido por H (ver f. 59). Añade la juzgadora, el dato de la detención de H ese mismo día, y la posibilidad de encontrar en su vivienda, armas de fuego, recibos de transacciones bancarias y teléfonos celulares, entre otros (f. 57), lo que contribuiría a la averiguación de la verdad real, como criterios que inclinan la balanza hacia la razonabilidad y proporcionalidad de la realización de la diligencia, que se autorizó a partir de las diecisiete horas del día 20 de abril de 2006. Se concluye de lo anterior, que la orden se encuentra adecuadamente fundada, motivo por el cual, se declara **sin lugar** el cuarto motivo de la revisión interpuesta.

Por Tanto:

Se declara **sin lugar** el procedimiento de revisión interpuesto por el sentenciado (fs. 998-1052).

5. CONSECUENCIAS DE ILEGALIDAD PARA CON LA PRUEBA ASÍ OBTENIDA

[Tribunal de Apelación de Sentencia]^v

Voto de mayoría

“1. [...] En primer lugar, debe indicársele a la recurrente que, so pretexto de hacer acopio de prueba importante para la defensa, así sea con carácter definitivo o irreproducible, ningún Tribunal puede avalar que se efectúe un allanamiento sin las condiciones previstas por el constituyente y el legislador. Por ello, gracias a la actividad procesal defectuosa que ella interpuso, por no reunirse tales presupuestos en lo actuado en este asunto, se declaró ilegal la prueba derivada del allanamiento efectuado en la casa del enjuiciado, prueba que era de cargo

pues éste no está obligado a demostrar nada, pues tiene un estado constitucional de inocencia garantizado. No puede pretender la defensa, como lo explicita en este recurso, que tenga algún agravio porque se declarara esa actividad procesal defectuosa, que ella misma propuso, [...]”

6. DEBIDO PROCESO. MOTIVACIÓN DE LA ORDEN DEBE RESPONDER A LAS EXIGENCIAS Y PARTICULARIDADES DE CADA CASO CONCRETO

[¹ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal,]vi

Voto de mayoría

“I- Violación al debido proceso: El licenciado Francisco Campos Morera, como defensor público de J., interpone recurso de apelación de sentencia contra el fallo número 58-2013, de las 11:00 horas del 7 de febrero de 2013, dictado por el Tribunal Penal del Tercer Circuito Judicial de San José, sede de Desamparados. Invoca como un primer alegato, la violación al debido proceso, pues estima que durante la investigación, se incurrió en un defecto de carácter absoluto, al haberse ordenado la realización de un allanamiento, sin que la orden judicial esté debidamente fundamentada, en quebranto de la garantía prevista en el artículo 23 de la Constitución Política, 193 y siguientes del Código Procesal Penal (en adelante Cpp), 17 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11 inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...] La protesta no es de recibo. Es indiscutible que el allanamiento es una intrusión en la esfera de intimidad de una persona y de los que, en general, habitan la vivienda objeto de la medida. Como tal, esta autorización, que es factible porque la propia garantía de inviolabilidad del domicilio, consagrada en el numeral 23 de la Constitución Política, la contempla, debe ser acordada mediante un acto jurisdiccional debidamente motivado, por derivación lógica de la relación de este artículo, con las previsiones de los artículos 28 párrafo segundo, 9 y 11, 39 y 41 del mismo texto constitucional. La medida debe ser necesaria, útil, idónea y el delito o los delitos investigados, deben revestir de suficiente gravedad, para que justifique, desde el principio de proporcionalidad (necesidad en sentido estricto) tal intromisión en un derecho fundamental. El apelante protesta que la orden jurisdiccional que autorizó el ingreso a la vivienda del acusado no está, a su juicio, debidamente motivada. Sugiere que por ello se infringe la garantía constitucional del numeral 23 y su homóloga prevista tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, partiendo incluso del análisis que, de forma acertada se hace del tema en la sentencia, es claro cómo el apelante no demuestra el vicio que alega, que, de ser cierto, sin duda alguna afectaría la legitimidad de la diligencia y de los hallazgos obtenidos, pero tal defecto ni lo fundamenta ni demuestra el apelante, quien remite a “la simple lectura” de la orden para acreditar el vicio y no aprecia esta Cámara que exista, luego de una revisión integral de la orden, del proceso en sí y de la sentencia que se impugna. No existe un formato preestablecido por el legislador para el desarrollo de la motivación de la orden de allanamiento, lo cual debe responder a las exigencias y particularidades de cada caso concreto, a propósito de las cuales el juzgador estaría obligado a desarrollar las exigencias constitucionales de motivación para afectar un derecho fundamental, antes señaladas. Esto es así porque si bien el legislador en el numeral 195 Cpp contempla los requisitos de la orden jurisdiccional de allanamiento, dentro de los cuales señala, como no podría ser de otra forma, en el inciso d), “ El motivo del allanamiento”, en realidad son los presupuestos propios del derecho fundamental a la inviolabilidad del

domicilio y las normas relacionadas con el ejercicio del poder por parte de los funcionarios públicos, el principio de proporcionalidad y el esquema del Estado democrático de Derecho en que se basa nuestro sistema jurídico, de respeto a los derechos fundamentales, las que obligan al juez a justificar en cada caso concreto la autorización para incursionar al interior de una vivienda o sitio habitado. Así, sin recurrir a formulismos, a frases predefinidas o a un esquema preestablecido, lo que hay que analizar es sí en la resolución se abarcan los temas esenciales de los que se ocupó el Constituyente, para no hacer nugatorio el respeto de los derechos fundamentales y es aquí precisamente donde esta Cámara, coincidiendo con el Tribunal de Juicio, considera que el defecto que el apelante protesta no existe, aún si la juzgadora que emitió la orden no utilizó en sus fundamentos, de forma expresa, los adjetivos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, como tales, de la autorización que concedía cuando, por el contrario, el significado y contenido de estos conceptos sí es posible apreciarlos en el desarrollo de la motivación expuesta y que permiten darle plena validez a dicha decisión y, consecuentemente, a la autorización para ingresar a la vivienda que ocupaba el justiciable. [...] No existe, en consecuencia, omisión alguna en la autorización dada para el ingreso a la vivienda del acusado, de modo que la orden y la actuación desplegada con sustento en ella, son plenamente legítimas, lo mismo que las evidencias y lo realizado durante su ejecución. Así las cosas, procede declarar sin lugar el reclamo.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios, elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos, según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (Nº 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón. Sentencia: 00074. Expediente: 09-000818-0068-PE.Fecha: 05/02/2014. Hora: 11:30:00 a.m.

ⁱⁱ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José. Sentencia: 02768. Expediente: 06-200192-0486-PE. Fecha: 20/11/2013.Hora: 11:30:00 p.m.

ⁱⁱⁱ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José. Sentencia: 02713.Expediente: 13-001253-0063-PE. Fecha: 15/11/2013. Hora: 08:30:00 a.m.

^{iv} Sala Tercera de la Corte. Sentencia: 01531. Expediente: 11-000428-0006-PE. Fecha: 18/10/2013. Hora: 10:20:00 a.m.

^v Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José. Sentencia: 01753.Expediente: 12-001404-0066-PE.Fecha: 09/08/2013.Hora: 10:00:00

^{vi} Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.Sentencia: 01707.
Expediente: 07-003448-0042-PE. Fecha: 05/08/2013.Hora: 10:40:00 a.m.